



SILVINA S. GONZÁLEZ NAPOLITANO
N. GLADYS SABIA DE BARBERIS
TOMÁS GUIADO LITTERIO
CLAUDIA G. GASOL VARELA
CECILIA SILBERBERG

TEMAS EN OCASIÓN DE LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CIJ SOBRE EL ARCHIPIÉLAGO DE CHAGOS

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL

CARI / CONSEJO ARGENTINO PARA LAS
RELACIONES INTERNACIONALES

TEMAS EN OCASIÓN DE LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CIJ SOBRE EL ARCHIPIÉLAGO DE CHAGOS

TEMAS EN OCASIÓN DE LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CIJ SOBRE EL ARCHIPIÉLAGO DE CHAGOS

SILVINA S. GONZÁLEZ NAPOLITANO /
N. GLADYS SABIA DE BARBERIS / TOMÁS GUIADO LITTERIO /
CLAUDIA G. GASOL VARELA / CECILIA SILBERBERG

Temas en ocasión de la opinión consultiva de la CIJ sobre el archipiélago de Chagos /
Silvina S. González Napolitano ... [et al.]. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires :
Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales-CARI, 2021.
268 p. ; 23 x 15 cm.
ISBN 978-987-1558-26-1
1. Derecho Internacional. I. González Napolitano, Silvina S.
CDD 341.42

*Las opiniones de los autores son a título personal
y no comprometen a institución oficial alguna*

Impreso en Argentina
Hecho el depósito que marca la ley 11.723

© Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 2021
Uruguay 1037, piso primero
C1016ACA Buenos Aires, Argentina
Teléfono 4811-0071 al 74

Diseño de tapa: *Mario Modugno*
Diagramación y corrección: *Marcelo Iglesias*

Prohibida su reproducción total o parcial
Derechos reservados

ÍNDICE

LOS PLANTEOS VINCULADOS AL LAUDO ARBITRAL SOBRE EL ÁREA MARINA PROTEGIDA DE CHAGOS Y SU IMPACTO EN LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CIJ <i>Silvina González Napolitano</i>	9
LA LIBRE DETERMINACIÓN Y LA FORMACIÓN DE UN ESTADO POR SECESIÓN <i>N. Gladys Sabia de Barberis</i>	25
EL PRINCIPIO DE INTERTEMPORALIDAD: GENERALIDADES, SU APLICACIÓN EN LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE EL ARCHIPIÉLAGO DE CHAGOS <i>Tomás Guisado Litterio</i>	77
VALOR DE LAS RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS EN EL MARCO DE UN PROCESO DE DESCOLONIZACIÓN COMO FUENTE DE DERECHO. UN ANÁLISIS A LA LUZ DE LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CIJ RELATIVA A LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA SEPARACIÓN DEL ARCHIPIÉLAGO DE CHAGOS <i>Claudia Gasol Varela</i>	99
ANÁLISIS DE LAS PARTICIPACIONES DE LOS ESTADOS Y DE LA UNIÓN AFRICANA EN EL PROCEDIMIENTO DE LA OPINIÓN CONSULTIVA SOBRE LAS “CONSECUENCIAS LEGALES DE LA SEPARACIÓN DEL ARCHIPIÉLAGO DE CHAGOS DE MAURICIO EN 1965” <i>Cecilia Silberberg</i>	197

LOS PLANTEOS VINCULADOS AL LAUDO ARBITRAL SOBRE EL ÁREA MARINA PROTEGIDA DE CHAGOS Y SU IMPACTO EN LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CIJ

Silvina S. González Napolitano^{1}*

SUMARIO: I. Introducción; II. Arbitraje concerniente al Área Marina Protegida de Chagos; III. El objeto de la opinión consultiva y su relación con lo resuelto en el arbitraje; IV. Observaciones finales: ¿se afectó el principio de cosa juzgada?

I. Introducción

El 25 de febrero de 2019 la Corte Internacional de Justicia (en adelante, la CIJ o la Corte), a pedido de la Asamblea General de las Naciones Unidas, emitió una opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del Archipiélago de Chagos de Mauricio*. Al igual que ocurrió en otros procedimientos consultivos, la Corte recibió comentarios de varios Estados y, en este asunto en particular, también de la Unión Africana.

Por diversos motivos, algunos Estados manifestaron que la Corte no tenía jurisdicción para emitir esta opinión consultiva o que, en virtud del poder discrecional que gozaba, debía abstenerse de responder la consulta planteada. Estos se encontraban entre los 15 países que habían votado en contra, o los 65 que se habían abstenido de votar, en la sesión de la Asamblea General en la que se aprobó la Resolución 71/282 por la que se decidió hacer la consulta a la CIJ.

Uno de los argumentos esgrimidos para persuadir a la Corte de que se abstuviera de actuar fue que resultaba inapropiado que dicho órgano reexaminara una cuestión que ya había sido resuelta por un tribunal arbitral constituido en virtud del Anexo VII de la Convención de las Naciones

^{1*} Doctora en Derecho (UBA). Profesora Titular Regular de Derecho Internacional Público y Profesora Adjunta Regular de Derechos Humanos y Garantías (UBA). Profesora en cursos de grado y/o posgrado (UBA, Universidad Austral y UTDT). Directora Académica del Observatorio de Arbitraje Internacional y Derecho de las Inversiones Extranjeras (UBA). Miembro consejero del CARI.

Unidas sobre el Derecho del Mar (en adelante, CONVEMAR). Se trataba del *Arbitraje concerniente al Área Marina Protegida de Chagos*, cuyo laudo fue emitido el 18 de marzo de 2015.

La Corte no se vio persuadida por tales argumentos y declaró su jurisdicción para emitir la opinión consultiva. La explicación a este punto fue dada en solo un considerando de la opinión (párrafo 81), sin mencionar o desarrollar los motivos precisos por los que esos Estados consideraban que la opinión consultiva podía afectar lo resuelto por el tribunal arbitral, que tenía carácter de cosa juzgada.

En consecuencia, el objeto del presente es pasar revista de lo decidido en el arbitraje sobre el área marina protegida de Chagos y precisar cuáles eran los puntos claves que, para algunos Estados, podían tener impacto en el marco del procedimiento consultivo ante la CIJ. Ello con el fin de entender por qué la Corte rechazó tales argumentos.

II. Arbitraje concerniente al Área Marina Protegida de Chagos

El 1 de abril de 2010 el Reino Unido anunció la creación de un área marina protegida alrededor del archipiélago de Chagos, la cual se extiende hasta las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base. En rechazo de la creación de dicha área, el 20 de diciembre de 2010, Mauricio inició un procedimiento arbitral contra el Reino Unido en virtud del artículo 287 de la CONVEMAR. El tribunal arbitral se constituyó en virtud del Anexo VII de dicha Convención y se registró ante la Corte Permanente de Arbitraje². El 18 de marzo de 2015, el tribunal emitió un laudo en el que declaró su jurisdicción respecto de una de las cuestiones planteadas por Mauricio, pero se declaró incompetente en cuanto a las otras tres.

Mauricio argumentaba que el Reino Unido no tenía derecho a declarar un área marina protegida en esa zona ya que no era un Estado ribereño del archipiélago de Chagos en el sentido previsto por la CONVEMAR. Por el contrario, era Mauricio el Estado ribereño con derecho a hacerlo, de acuerdo con lo establecido en los artículos 56.1 y 76.8 de dicho tratado. Así, el área marina protegida era incompatible con las obligaciones

² El tribunal arbitral estaba compuesto por los siguientes árbitros: Ivan Shearer (presidente, australiano), Christopher Greenwood (británico), Albert Hoffmann (sudafricano), James Kateka (tanzano) y Rüdiger Wolfrum (alemán).

asumidas por el Reino Unido en la CONVEMAR y afectaba los derechos de Mauricio, entre ellos los vinculados a la pesca. Por lo tanto, el Reino Unido no debía adoptar ninguna medida que impidiera que la Comisión de Límites de la Plataforma Continental hiciera recomendaciones a Mauricio respecto de la presentación que este Estado pudiera hacer en relación con el archipiélago de Chagos³. Ello por cuanto, como es sabido, la Comisión no considera ninguna presentación que involucre controversias de soberanía entre Estados⁴.

Por su parte, el Reino Unido cuestionó la jurisdicción del tribunal arbitral al considerar que el demandante estaba construyendo artificialmente un caso en virtud de la CONVEMAR para someter cuestiones de soberanía⁵. Según el Reino Unido, su soberanía sobre el archipiélago de Chagos se remontaba a 1814, momento a partir del cual había ejercido soberanía de forma ininterrumpida. El archipiélago formaba parte del *British Indian Ocean Territory* (“BIOT”), establecido en 1965, previo a la independencia de Mauricio que tuvo lugar en 1968. El tribunal decidió tratar las cuestiones jurisdiccionales junto con el fondo del asunto⁶.

Cabe destacar que en este procedimiento arbitral ambas partes presentaron alegatos respecto de los antecedentes del archipiélago de Chagos y su relación con los Estados litigantes⁷.

En cuanto al establecimiento del área marina protegida, el Reino Unido indicó que la decisión de crear una reserva natural o santuario para el coral y la vida marina se fundó en consideraciones medioambientales, ya que no trajo aparejado ningún beneficio comercial para dicho Estado derivado del aprovechamiento de los recursos naturales⁸. De acuerdo con el Reino Unido, al no estar poblada, se trataba de una de las pocas áreas prístinas del mundo, cuya conservación y preservación superaba los beneficios derivados de las actividades pesqueras, las cuales, por otra parte, correspondían principalmente a los países desarrollados, más que a los de la

³ *Arbitraje concerniente al Área Marina Protegida de Chagos* (Mauricio c. Reino Unido), Laudo del 18 de marzo de 2015, párr. 48.

⁴ Reglamento de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, art. 46.

⁵ *Arbitraje concerniente al Área Marina Protegida de Chagos*, doc. cit., párr. 12.

⁶ *Ibid.*, párr. 31.

⁷ *Ibid.*, párr. 56-125.

⁸ *Ibid.*, párr. 128.

región⁹. Por tal motivo, el Reino Unido había iniciado una consulta pública para legitimar la creación del área marina protegida.

Paradójicamente, el Reino Unido explicó que la creación de un área marina protegida representaba una ventaja para Mauricio ya que, a través de su establecimiento, se podía incrementar el valor del territorio que se podría ceder al Estado demandante (cuando ya no se lo necesitara con fines de defensa), aunque no se habían tomado decisiones respecto de una posible cesión¹⁰.

En respuesta, Mauricio expresó su preocupación por la falta de discusión previa entre ambos Estados en lo atinente al proyecto de área marina protegida¹¹. Mauricio consideraba que era inapropiado lanzar una consulta pública sobre la creación de un área marina protegida, ya que primero debían reunirse los científicos y oficiales de ambos Estados para examinar las implicancias del proyecto en cuestión¹². Además, a diferencia del Reino Unido, Mauricio tenía presente la necesidad de contemplar el futuro reasentamiento de los pobladores (que era objeto de una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), por lo que consideraba que no debía prohibirse la pesca de manera absoluta.

Para resolver la primera excepción a la jurisdicción, que estaba vinculada a la primera alegación de Mauricio, es decir, si la controversia planteada concernía a la interpretación o aplicación de la CONVEMAR, el tribunal debía evaluar la naturaleza de la disputa. En caso de que la controversia fuera, en esencia, sobre soberanía territorial, debía establecer en qué medida el artículo 288.1 de la Convención permitía al tribunal considerar cuestiones de soberanía territorial como una condición previa para la determinación de derechos y deberes en el mar adyacente. Ello debido a que Mauricio pretendía que el tribunal interpretara la expresión “Estado ribereño” utilizada en la Convención.

De acuerdo con el tribunal, la principal disputa entre las partes era de soberanía territorial sobre el archipiélago de Chagos. De modo que la cuestión del carácter de Estado ribereño era solo un aspecto de una

⁹ Ibid., párr. 129.

¹⁰ Ibid., párr. 128.

¹¹ Ibid., párr. 129.

¹² Ibid., párr. 130.

controversia más amplia¹³. Si bien no excluyó de manera categórica que pudiera haber cuestiones menores de soberanía territorial a una disputa relativa a la interpretación o aplicación de la Convención, el tribunal afirmó que este no era el caso. En consecuencia, concluyó su falta de jurisdicción para abordar la primera cuestión planteada por Mauricio¹⁴.

En cuanto a la segunda alegación del demandante, respecto a que Mauricio era el Estado ribereño del archipiélago de Chagos, el tribunal entendió que esto también formaba parte de una controversia más amplia, atinente a la soberanía sobre el mencionado archipiélago. Entonces hizo lugar a la excepción planteada por el Reino Unido¹⁵.

La tercera alegación de Mauricio se refería a que el Reino Unido, con su actuación, no debía impedir que la Comisión de Límites de la Plataforma Continental pudiera hacer recomendaciones sobre el límite exterior de la plataforma continental en el archipiélago de Chagos. El tribunal consideró que, al momento del inicio del arbitraje, no existía una controversia entre Mauricio y el Reino Unido en torno a ello, razón por la cual decidió no entender en esta cuestión¹⁶. Cabe destacar que, el 26 de marzo de 2019, Mauricio hizo una presentación parcial ante la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, a través de la cual brindó información sobre los límites de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas respecto de la región meridional del archipiélago de Chagos¹⁷.

La cuarta alegación de Mauricio era sobre la compatibilidad del área marina protegida con la CONVEMAR. Según Mauricio, el tribunal tenía jurisdicción en virtud del artículo 297.1.c de dicha Convención, ya que el área marina protegida se trataba de una medida para la protección y la preservación del medio marino. Contrariamente, el Reino Unido afirmaba que la cuestión se relacionaba con el ejercicio de derechos de soberanía de recursos vivos de la zona económica exclusiva, razón por la cual el tribunal

¹³ *Ibíd.*, párr. 212.

¹⁴ *Ibíd.*, párr. 221.

¹⁵ *Ibíd.*, párr. 229-230.

¹⁶ *Ibíd.*, párr. 349.

¹⁷ Ver

https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/submission_mus1_82_2019.html.

carecía de jurisdicción en virtud de la exclusión prevista en el artículo 297.3, inciso “a”, de la CONVEMAR¹⁸.

El tribunal consideró que el área marina protegida no era una medida vinculada solamente a las pesquerías. Al respecto citó las declaraciones que en su oportunidad habían hecho funcionarios británicos referidas a los objetivos del área marina protegida relacionados con la protección de los arrecifes, la vida marina o el medio ambiente, entre otros¹⁹. El tribunal pasó revista de la historia legislativa del artículo 297 de la CONVEMAR para confirmar su interpretación respecto a que la jurisdicción se expande a otros supuestos de ejercicio de derechos de soberanía no abarcados en el inciso 1 de dicha disposición, en la medida en que no estuvieran contenidos en alguna de las exclusiones previstas en los incisos 2 y 3²⁰. De este modo, la controversia no necesitaba coincidir con uno de los supuestos mencionados en artículo 297.1²¹. De todas formas, el tribunal entendió que tenía jurisdicción en virtud de los artículos 288.1 (por cuanto se trataba de una controversia relativa a la interpretación y

¹⁸ *Arbitraje concerniente al Área Marina Protegida de Chagos*, doc. cit., párr. 284. El art. 297.3.a. dispone: “Las controversias relativas a la interpretación o la aplicación de las disposiciones de la presente Convención en relación con las pesquerías se resolverán de conformidad con la Sección II, con la salvedad de que el Estado ribereño no estará obligado a aceptar que se someta a los procedimientos de solución establecidos en dicha Sección ninguna controversia relativa a sus derechos soberanos con respecto a los recursos vivos en la zona económica exclusiva o al ejercicio de esos derechos, incluidas sus facultades discrecionales para determinar la captura permisible, su capacidad de explotación, la asignación de excedentes a otros Estados y las modalidades y condiciones establecidas en sus leyes y reglamentos de conservación y administración”.

¹⁹ *Arbitraje concerniente al Área Marina Protegida de Chagos*, doc. cit., párr. 286.

²⁰ *Ibid.*, párr. 317.

²¹ El art. 297.1 de la CONVEMAR menciona los siguientes supuestos: “a) cuando se alegue que un Estado ribereño ha actuado en contravención de lo dispuesto en esta Convención respecto de las libertades y los derechos de navegación, sobrevuelo o tendido de cables y tuberías submarinos o respecto de cualesquiera otros usos del mar internacionalmente legítimos especificados en el artículo 58; b) cuando se alegue que un Estado, al ejercer las libertades, derechos o usos antes mencionados, ha actuado en contravención de las disposiciones de esta Convención o de las leyes o reglamentos dictados por el Estado ribereño de conformidad con esta Convención o de otras normas de derecho internacional que no sean incompatibles con ella; o c) cuando se alegue que un Estado ribereño ha actuado en contravención de reglas y estándares internacionales específicos relativos a la protección y preservación del medio marino que sean aplicables al Estado ribereño y que hayan sido establecidos por esta Convención o por conducto de una organización internacional competente o en una conferencia diplomática de conformidad con esta Convención”.

aplicación de la CONVEMAR) y 297.1, inciso “c” (por referirse a la protección y la preservación del medio marino).

En cuanto al fondo de la cuestión, el tribunal sostuvo que debía considerar las obligaciones surgidas de los artículos 2.3, 56.2, 194 y 300 de la CONVEMAR. A los fines de los artículos 2.3 y 56.2, los derechos en cuestión eran los que surgían del “compromiso Lancaster House” asumido por el Reino Unido respecto de Mauricio el 23 de septiembre de 1965 (también referido como “el Acuerdo de 1965” o, en plural, “los compromisos de Lancaster House”), que estaba vinculado a la separación del archipiélago de Chagos²². Ello sin perjuicio de que el tribunal era consciente de que las partes disentían en cuanto a si dicho compromiso era válido u obligatorio, o en cuanto a lo que se habría acordado en él²³.

Mauricio consideraba que el acuerdo alcanzado en 1965 no era válido, ya que había sido negociado bajo coacción; además violaba el derecho a la autodeterminación²⁴. No obstante, si se lo consideraba válido, a partir de la independencia de Mauricio los compromisos asumidos en Lancaster House eran obligatorios para el Reino Unido en virtud del derecho internacional. Incluso si el consentimiento dado por los ministros de Mauricio estuviera viciado, aun así, generaba obligaciones para el Estado demandado ya que, al momento de la independencia, el Reino Unido todavía retenía el archipiélago, por lo que reafirmaba las condiciones bajo las cuales había recibido dicho territorio²⁵. Las obligaciones del Reino Unido no solo derivaban de esos compromisos, sino de la conducta posterior de oficiales y asesores británicos, lo que constituía una fuente jurídica independiente²⁶. De este modo, Mauricio invocaba la doctrina de los actos unilaterales y el estoppel.

Por su parte, el Reino Unido consideraba que los compromisos de Lancaster House eran solo políticos, pero en caso de ser considerados jurídicos, estaban regidos por el derecho constitucional británico. De acuerdo con este derecho, los acuerdos entre la Corona británica y la colonia de Mauricio no podían tener efectos jurídicos vinculantes y, por lo

²² *Arbitraje concerniente al Área Marina Protegida de Chagos*, doc. cit., párr. 294.

²³ *Ibid.*, párr. 418.

²⁴ *Ibid.*, párr. 393.

²⁵ *Ibid.*, párr. 394-395.

²⁶ *Ibid.*, párr. 396-398.

tanto, no podían ser ejecutados ante las cortes británicas. El Reino Unido tampoco tuvo, unilateralmente, la intención de considerarlos obligatorios²⁷.

Según el tribunal, los compromisos contraídos por el Reino Unido en Lancaster House formaban parte del *quid pro quo* (expresión sostenida por Mauricio) mediante el cual se había logrado el acuerdo de Mauricio para el desprendimiento del archipiélago de Chagos²⁸. En cuanto a la naturaleza jurídica, el tribunal interpretó que, si bien ambas partes se habían comprometido a respetar el Acuerdo de 1965, en ese momento, en el que Mauricio era una colonia, estaban legalmente incapacitadas para expresar ese compromiso como una cuestión de derecho internacional, de modo que se trataba de una cuestión de derecho constitucional británico²⁹. Pero, la independencia de Mauricio en 1968 lo elevó al plano internacional y lo transformó en un acuerdo internacional³⁰. Por otra parte, el tribunal no observó ningún indicio en el curso de las negociaciones o en el lenguaje utilizado en 1965 de que se pretendiera algo menos que un compromiso firme³¹. De hecho, enfatizó que, a partir de la independencia de Mauricio, el Reino Unido en numerosas ocasiones reafirmó los compromisos asumidos en Lancaster House, y Mauricio había confiado en ellos, lo que era suficiente para resolver cualquier defecto en el consentimiento dado³². De este modo, el tribunal se apoyó en la figura del estoppel para reforzar las obligaciones asumidas por el Reino Unido respecto de Mauricio.

Así, después de su independencia, Mauricio tenía derecho a los compromisos vinculantes asumidos por el Reino Unido en Lancaster House, en los cuales confió el demandante, que consistían en: (a) devolver el archipiélago de Chagos a Mauricio cuando ya no lo necesitara con fines de defensa; (b) preservar para el Gobierno de Mauricio el beneficio de cualquier

²⁷ *Ibid.*, párr. 399-405.

²⁸ *Ibid.*, párr. 421.

²⁹ *Ibid.*, párr. 424-425.

³⁰ *Ibid.*, párr. 425. El hecho de elevar el compromiso al plano internacional a partir de la independencia de Mauricio, tornando irrelevantes las circunstancias de su celebración para la determinación de la intención de las partes, fue considerado por algunos doctrinarios como una solución “elegante”, que permitió al tribunal evitar considerar la cuestión de una posible “coacción”. Ver AKSENSOVA, Marina y BURKE, Ciaran, “The Chagos Islands Award: Exploring the Renewed Role of the Law of the Sea in the Post-Colonial Context”, *Wisconsin International Law Journal*, vol. 35, n. 1 (2017), p. 8.

³¹ *Arbitraje concerniente al Área Marina Protegida de Chagos*, doc. cit., párr. 427.

³² *Ibid.*, párr. 428.

mineral o petróleo descubierto en o cerca del archipiélago; y (c) asegurar que los derechos pesqueros siguieran estando disponibles para dicho gobierno, en la medida de lo posible³³.

En conclusión, para el tribunal, estos tres compromisos eran legalmente obligatorios y, en consecuencia, el Reino Unido, al establecer el área marina protegida, había violado sus obligaciones en virtud de los artículos 2.3, 56.2 y 194.4 de la CONVEMAR³⁴.

Cabe destacar que, al analizar el artículo 2.3 de la CONVEMAR, el cual establece que “La soberanía sobre el mar territorial se ejerce con arreglo a esta Convención y otras normas de derecho internacional”, el tribunal consideró que los compromisos de Lancaster House no formaban parte de las reglas del derecho internacional general para las cuales la Convención creaba una obligación de cumplimiento. Sin embargo, el derecho internacional general exigía que el Reino Unido actuara de buena fe en sus relaciones con Mauricio, incluso con respecto a los compromisos mencionados³⁵. De este modo, el tribunal encontró en el principio de buena fe una base para justificar las obligaciones asumidas en virtud del Acuerdo de 1965.

III. El objeto de la opinión consultiva y su relación con lo resuelto en el arbitraje

Por su parte, la solicitud de opinión consultiva presentada por la Asamblea General ante la Corte Internacional de Justicia tenía dos preguntas:

a) ¿Se completó con arreglo a derecho el proceso de descolonización de Mauricio cuando obtuvo la independencia en 1968, después de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio y teniendo en cuenta el derecho internacional, incluidas las obligaciones recogidas en las resoluciones de la Asamblea General 1514 (XV), de 14 de diciembre de 1960, 2066 (XX), de 16 de diciembre de 1965, 2232 (XXI), de 20 de diciembre de 1966, y 2357 (XXII), de 19 de diciembre de 1967?

³³ Ibid., párr. 448.

³⁴ Ibid., párr. 547.

³⁵ Ibid., párr. 517.

b) ¿Cuáles son las consecuencias en virtud del derecho internacional, incluidas las obligaciones reflejadas en las resoluciones mencionadas, que se derivan de que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte siga administrando el archipiélago de Chagos, entre otras cosas respecto a que Mauricio no pueda aplicar un programa para reasentar en el archipiélago de Chagos a sus nacionales, en particular los originarios del archipiélago de Chagos?³⁶

Si bien, como puede observarse, ninguno de los dos interrogantes se refería al área marina protegida de Chagos, algunos Estados manifestaron en el procedimiento consultivo que la opinión solicitada podía reabrir lo decidido por el tribunal arbitral en el laudo de 2015. Contrariamente, otros participantes entendieron que la cosa juzgada no era aplicable ya que en este procedimiento no se buscaba litigar la misma cuestión que en el arbitraje³⁷.

Veamos, con un poco más de detalle, en qué contexto algunos Estados se refirieron al arbitraje del área marina protegida de Chagos en su presentación ante la Corte Internacional de Justicia.

Alemania estaba entre los Estados que sostenían que la Corte tenía jurisdicción para emitir la opinión consultiva, pero consideraba que debía limitar su respuesta a aquellos aspectos que eran relevantes para la Asamblea General respecto de la descolonización, sin expedirse sobre las consecuencias jurídicas para los Estados de su determinación ni sobre los remedios frente a una eventual violación del derecho internacional³⁸. Tampoco podía pronunciarse sobre la controversia bilateral entre Mauricio y el Reino Unido que constituía el trasfondo de la solicitud de opinión consultiva, dado el principio general del consentimiento que rige el ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte³⁹. Así, Alemania citó el laudo arbitral de 2015 para señalar que Mauricio ya había intentado resolver por medio del arbitraje del Anexo VII de la CONVEMAR las cuestiones

³⁶ Res. A/RES/71/292, aprobada por la Asamblea General el 22 de junio de 2017.

³⁷ *Consecuencias Jurídicas de la Separación del Archipiélago de Chagos de Mauricio*, CIJ, Opinión Consultiva del 25 de febrero de 2019, párr. 1 (en adelante, Opinión Consultiva sobre Chagos), párr. 80.

³⁸ Opinión Consultiva sobre Chagos, doc. cit., Declaración escrita de Alemania, enero de 2018, párr. 48, 155.

³⁹ *Ibid.*, párr. 34.

bilaterales sobre las que se basaba la Asamblea General en el pedido de esta opinión consultiva⁴⁰.

Australia también hizo referencia a la disputa bilateral mantenida durante décadas, la cual generó una serie de casos, tanto ante tribunales domésticos como internacionales. En ese contexto mencionó el arbitraje de Chagos y puntualizó que la mayoría de ese tribunal arbitral había declinado su jurisdicción sobre las cuestiones de soberanía. En tal sentido, Australia consideraba que no era apropiado que la CIJ determinara su jurisdicción para emitir la opinión consultiva, puesto que tanto Mauricio como el Reino habían excluido todas las disputas jurídicas entre ellos en sus respectivas declaraciones de aceptación de la jurisdicción. Por medio de la opinión consultiva, la Asamblea General buscaba sobrepasar el consentimiento requerido de las partes⁴¹.

Además, Australia sostenía que los argumentos que Mauricio iba a presentar en el procedimiento consultivo resultarían incompatibles con lo determinado en el arbitraje de Chagos⁴². Puntualmente, Australia explicó lo siguiente:

A modo de ejemplo, el Tribunal Arbitral del *Arbitraje de Chagos* consideró el efecto jurídico del Acuerdo de 1965 entre el Reino Unido y Mauricio relativo a la separación del Archipiélago de Chagos a cambio de una indemnización y una serie de compromisos detallados. Encontró que “tras la independencia de Mauricio, el Acuerdo de 1965 se convirtió en una cuestión de derecho internacional entre las Partes” y que se resolvieron las preocupaciones sobre los defectos en el consentimiento de Mauricio a este respecto [...]. La declaración hecha por el Representante de Mauricio (Sr. Jugnauth) inmediatamente antes de la adopción de la Resolución 71/92 de la AGNU el 22 de junio de 2017 es indicativa de la intención de Mauricio de revisar la determinación vinculante del Tribunal Arbitral respecto a que el Acuerdo de 1965 forma parte del derecho internacional en el proceso actual. Al hacerlo, el Sr. Jugnauth sugirió motivos de nulidad que incluían

⁴⁰ *Ibíd.*, párr. 35.

⁴¹ Opinión Consultiva sobre Chagos, doc. cit., Declaración escrita del Gobierno de Australia, 23 de febrero de 2018, párr. 13-15.

⁴² *Ibíd.*, párr. 39.

coacción, falta de competencia jurídica y violaciones de normas imperativas del derecho internacional [...]⁴³.

Por su parte, Estados Unidos⁴⁴ también argumentó que la CIJ no tenía jurisdicción para entender en la disputa bilateral de soberanía que mantenían el Reino Unido y Mauricio. Así, remarcó que las posiciones legales ante la Corte eran las mismas que habían presentado las partes en el arbitraje de Chagos y, en tal sentido, efectuó la comparación de las afirmaciones efectuadas en uno y otro procedimiento⁴⁵. Según este Estado, la relación directa en lo discutido en ambos tribunales estaba dada por una cuestión central, que era la del estatus legal del acuerdo bilateral que alcanzaron en 1965 sobre el archipiélago de Chagos y que posteriormente afirmaron mediante una serie de declaraciones y acciones hasta, por lo menos, 1980. Un elemento central era determinar si Mauricio había dado un consentimiento válido a la creación del BIOT⁴⁶. De acuerdo con Estados Unidos, resultaba inadecuado que la CIJ reviera un acuerdo que el tribunal arbitral ya había interpretado y aplicado, en ausencia de un consentimiento de las partes⁴⁷.

De este modo, las dos cuestiones esenciales que planteaban estos Estados y que se relacionaban con el arbitraje sobre el archipiélago de Chagos eran, por un lado, la existencia de una controversia bilateral, que también fue planteada ante la jurisdicción arbitral y, por el otro, que una de las cuestiones ya había sido resuelta por el tribunal arbitral: la naturaleza jurídica y el efecto del Acuerdo de 1965.

La Corte declaró que tenía jurisdicción para emitir la opinión consultiva y que no iba a rehusarse a hacerlo⁴⁸. En cuanto a la existencia de

⁴³ *Ibid.*, nota al pie 40 (traducción propia).

⁴⁴ Téngase en cuenta que Estados Unidos siempre ha reconocido la soberanía del Reino Unido sobre el Archipiélago de Chagos y durante varias décadas ha operado junto a ese Estado una base militar en la isla Diego García.

⁴⁵ Opinión Consultiva sobre Chagos, doc. cit., Comentarios escritos de los Estados Unidos de América, párr. 2.6. Ver también nota al pie 17.

⁴⁶ *Ibid.*, párr. 2.7 y 2.8.

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 2.10.

⁴⁸ *Ibid.*, párr. 54-91. Algunos autores opinan que, con decisiones como esta, la Corte ha ido ampliando sutilmente el margen de acción dentro de su competencia consultiva; LIMA, Lucas Carlos, "The Opinion on the Chagos Archipelago: The Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice and the Notion of Dispute", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 75 (2019), p. 297 ("El principal órgano judicial de

una controversia bilateral reiteró algo similar a lo que había dicho en otras opiniones consultivas: que no había sido convocada para resolver una disputa territorial, sino para asistir a la Asamblea General en lo relativo a la descolonización de Mauricio⁴⁹. En cuanto a lo segundo, luego de destacar que una opinión consultiva no se daba a los Estados sino a un órgano (en este caso, la Asamblea General), la Corte se limitó a señalar que el principio de la cosa juzgada no le impedía rendir una opinión consultiva, por cuanto, al emitirla, consideraría cualquier decisión judicial o arbitral relevante. En cualquier caso, los hechos del arbitraje en cuestión no eran los mismos que se debatían en el procedimiento consultivo⁵⁰.

Sin embargo, la Corte no dio una respuesta específica a la cuestión planteada por los Estados que cuestionaban la jurisdicción de la CIJ sobre la naturaleza y efectos del Acuerdo de 1965, que ya había sido objeto de análisis por el tribunal arbitral. ¿Acaso cuando la CIJ afirmó que consideraría cualquier decisión arbitral relevante estaba dando respuesta a las objeciones referidas al Acuerdo de 1965? Si así fuera, la Corte podría haber hecho referencia a las consideraciones y conclusiones del tribunal arbitral al hacer su propio análisis en cuanto a los compromisos asumidos en Lancaster House.

No obstante, debemos reconocer que la Corte mencionó, en la parte de los hechos, lo que había decidido el tribunal arbitral en el laudo de 2015 respecto del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Reino Unido, aunque sin mencionar específicamente que con ello se estaba refiriendo al Acuerdo de 1965. En efecto, la Corte expresó lo siguiente:

Sobre los méritos, el Tribunal Arbitral encontró, *inter alia*, que, al establecer el área marina protegida alrededor del Archipiélago de Chagos el Reino Unido ha violado sus obligaciones en virtud del Artículo 2, parágrafo 3, Artículo 56, parágrafo 2, y Artículo 194, parágrafo 4, de la Convención, y que el compromiso del Reino Unido de retornar el Archipiélago de Chagos a

Naciones Unidas reitera su posición de verificar el cumplimiento del derecho internacional, incluso cuando una controversia descansa en los márgenes (o en el centro, según el observador) del objeto de la opinión”).

⁴⁹ Opinión Consultiva sobre Chagos, doc. cit., párr. 86.

⁵⁰ *Ibid.*, párr. 81.

Mauricio, cuando ya no fuera necesario a los fines de defensa, era legalmente obligatorio⁵¹.

Podríamos asumir que la mención del compromiso del Reino Unido de retornar el archipiélago se refiere, de forma implícita, a lo acordado en Lancaster House, que fuera considerado obligatorio por el tribunal arbitral. Pero en la parte en que analiza el fondo de la opinión consultiva, cuando alude al acuerdo alcanzado el 23 de septiembre de 1965, la Corte no menciona en absoluto el análisis o las conclusiones del tribunal arbitral⁵². Además, llega a la conclusión de que lo “acordado” en esa oportunidad era ilegal, por no haber un consentimiento genuino y libremente expresado.

Concretamente, la Corte sostuvo que cuando se celebró el Acuerdo de 1965, Mauricio estaba bajo la autoridad del Reino Unido en carácter de colonia, de modo que, cuando se acordó en principio la separación de Mauricio del archipiélago de Chagos, los representantes de Mauricio no ejercían poderes reales, ya que el poder se concentraba en manos de las autoridades británicas. Por lo tanto, no era posible hablar de un acuerdo internacional si la parte que cedió territorio al Reino Unido estaba bajo la autoridad de este último Estado⁵³. Así, la Corte consideró que la separación del archipiélago de Chagos del territorio de Mauricio no se basó en la expresión libre y genuina de la voluntad del pueblo interesado⁵⁴. Por lo tanto, la separación del archipiélago de Chagos y su incorporación a una nueva colonia (BIOT) era ilegal⁵⁵.

IV. Observaciones finales: ¿se afectó el principio de cosa juzgada?

De la lectura de la opinión consultiva de la CIJ no queda claro en qué se basaban algunos Estados para sostener que con la emisión de la opinión se podía afectar lo decidido por el tribunal arbitral en el laudo de 2015 sobre el área marina protegida de Chagos. Por otra parte, de la lectura

⁵¹ *Ibíd.*, párr. 50 (traducción propia).

⁵² *Ibíd.*, párr. 171-174.

⁵³ *Ibíd.*, párr. 172.

⁵⁴ Esta expresión (“freely expressed and genuine will of the people of the territory”) generó diversos interrogantes, tanto sustanciales como de procedimiento. Ver GURMESSA, Anbesie Fura, “Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Case of Chagos Archipelago: A Commentary”, *Hawassa University Journal of Law*, vol. 3 (2019), p. 211.

⁵⁵ Opinión Consultiva sobre Chagos, cit., párr. 174.

de los escritos de Alemania, Australia y Estados Unidos en el marco del procedimiento consultivo se comprende la preocupación vinculada a lo ya decidido en la instancia arbitral respecto de la naturaleza y el efecto jurídico del Acuerdo de 1965.

A partir de las conclusiones de la CIJ en su opinión consultiva, y en función de las preocupaciones de los mencionados Estados, se abre un interrogante: ¿la determinación de la Corte respecto del Acuerdo de 1965 alteró lo decidido por el tribunal arbitral en el laudo de 2015? ¿Se afectó el principio de cosa juzgada?

Tal como reconoce la jurisprudencia y la doctrina internacionales, para que se aplique el principio de cosa juzgada se requiere de tres requisitos: identidad de partes, de objeto y de causa⁵⁶. Además, no todo lo que está contenido en una decisión adquiere fuerza de cosa juzgada, sino solo aquellas consideraciones que se refieren a la parte dispositiva o que están directamente relacionadas con ella⁵⁷.

En el caso que nos ocupa, tanto el tribunal arbitral como la CIJ coincidieron en que, en 1965, no era posible hablar de un “acuerdo” cuando la parte que cedía el territorio al Reino Unido estaba bajo la autoridad de este último. Pero, indudablemente, al tratar la separación del archipiélago de Chagos, y su incorporación a la nueva colonia conocida como BIOT, la CIJ fue por un camino diferente al tomado por el tribunal arbitral, ya que la ilegalidad de esos actos se basaba, no en el acuerdo de 1965, al que consideró ilegal, sino en el incumplimiento de obligaciones que emanaban del derecho internacional general. En concreto, la Corte aludía al no respeto del principio de integridad territorial de Mauricio, el cual se había reflejado en las resoluciones de la Asamblea General⁵⁸.

⁵⁶ Ver CHENG, Bin, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Grotius Publications, Cambridge (1987), p. 336 y ss.; GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina, “El principio de cosa juzgada y su aplicación por la CIJ en el caso sobre la Convención de genocidio”, *El genocidio ante la Corte Internacional de Justicia*, CONSIGLI, José Alejandro (coord.), Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Buenos Aires, 2010, p. 167 y ss.

⁵⁷ *Servicio Postal Polaco en Danzig*, CPJI, Opinión Consultiva del 16 de mayo de 1925, *PCIJ Series B*, n. 11, pp. 29-30; *Controversia sobre el recorrido de la traza del límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy* (Argentina/Chile), Tribunal Arbitral, sentencia del 21 de octubre de 1994, párr. 70.

⁵⁸ Opinión Consultiva sobre Chagos, doc. cit., párr. 173.

En nuestra opinión, lo decidido por la CIJ no alcanza para afirmar que se afectó la cosa juzgada. Por un lado, porque el tribunal arbitral nunca afirmó que el Acuerdo de 1965 se basara en la expresión libre y genuina del pueblo interesado. Para dicho tribunal arbitral había un compromiso legítimo de devolver el archipiélago de Chagos a Mauricio, pero ese compromiso se derivaba, independientemente de la validez del Acuerdo de 1965, de la buena fe y el estoppel, este último como producto de la conducta posterior del Reino Unido. *A fortiori*, el tribunal arbitral mencionó en forma expresa que la repetición de los compromisos del lado británico, en los que había confiado Mauricio, era suficiente para resolver “cualquier defecto” en el consentimiento dado en 1965 en Lancaster House⁵⁹. De modo que el tribunal dejó latente la posibilidad de que el consentimiento estuviera viciado. Por otro lado, la opinión consultiva tampoco podría afectar la cosa juzgada, dado que no posee el alcance vinculante que tiene una sentencia, ni se dirige a los Estados en la controversia bilateral, como bien señaló la propia Corte⁶⁰.

Podemos entender las razones generales por las que la Corte desestimó los cuestionamientos mencionados: la opinión consultiva no está dirigida a las partes litigantes en la controversia bilateral, la consulta efectuada por la Asamblea General no tiene el mismo objeto que lo resuelto por el tribunal arbitral. Sin embargo, habría sido valioso contar con un mayor análisis en cuanto a la relación entre los fundamentos dados por ambos tribunales respecto de la naturaleza y los efectos de lo “acordado” en 1965 en Lancaster House. Pero, como ya sabemos, la CIJ es muy cautelosa y no expresa su posición más allá de lo necesario para dar respuesta a la consulta efectuada.

⁵⁹ *Arbitraje concerniente al Área Marina Protegida de Chagos*, doc. cit., párr. 428 (“the United Kingdom’s repetition of the undertakings, and Mauritius’ reliance thereon, suffices to resolve any concern that defects in Mauritian consent in 1965 would have prevented the Lancaster House Undertakings from binding the United Kingdom”).

⁶⁰ Opinión Consultiva sobre Chagos, doc. cit., párr. 81.

LA LIBRE DETERMINACIÓN Y LA FORMACIÓN DE UN ESTADO POR SECESIÓN

N. Gladys Sabia

SUMARIO: I. Introducción; II. La secesión de una parte de un Estado por declaración unilateral de independencia; III. Canadá y la aspiración secesionista de Quebec; IV. España y la aspiración secesionista de Cataluña; V. Caso Kosovo y la Opinión Consultiva de la CIJ; VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando nos referimos a la noción de Estado, conceptualizamos que se trata de un orden jurídico centralizado y coactivo independiente de otro orden de igual especie, pero subordinado al derecho internacional, que tiene un ámbito personal, material y temporal de validez dentro de determinado ámbito espacial que constituye el territorio del Estado.

Es verdad que un Estado puede ampliar o disminuir ese ámbito espacial hasta donde ejerce generalmente la totalidad de sus poderes. Ello puede deberse a causas naturales, como cuando se modifica el curso de un río limítrofe o cuando islas que por un proceso de erosión y posterior depósito del material en suspensión en otra parte, con el tiempo parecen desaparecer para volver a aparecer en otra ubicación y quedan del otro lado de un límite entre países vecinos. Son también los casos de aluvión, avulsión. Las ampliaciones pueden deberse a la acción del hombre como ocurre, por ejemplo, en la fijación de líneas de bases para determinar el mar territorial.

En otras épocas existían tierras *res nullius* que podían adquirirse por posesión, concepto que luego evolucionó en posesión efectiva, o por prescripción si tenían un dueño anterior e incluso por conquista.

Todo lo expresado se completa con otras acciones humanas como la

cesión, el desmembramiento consensuado, la disolución de Estados, la unión entre Estados o partes de ellos, la secesión, entre otras.

No puede dejar de reconocerse que es gracias a la descolonización que se han creado numerosos Estados, pero la relación entre la Metrópoli y los territorios coloniales ha evolucionado desde los siglos XVIII y XIX, en los que se independizaron muchas colonias británicas, españolas, francesas, portuguesas, entre otras, aún cuando no existía en esa época en derecho internacional un derecho de las colonias a la independencia, la independencia se presentaba como una cuestión de hecho, fruto en muchos casos de guerras y batallas. Como manifiesta Kohen: “... *these new States were not created as a result of the existence of any right to Independence under international law. Their existence came into being as a matter of fact and of recognition by the other members of the more limited community of the States of the time.*”¹ Según ese autor, en esa época la separación del territorio constituía en realidad una secesión respecto de la metrópoli, pero a mediados del siglo XX, con el proceso de descolonización instaurado en la Carta de las Naciones Unidas y sobre todo en las Resoluciones posteriores de sus órganos, se hizo evidente que en este último periodo los territorios de ambos no se confundían, por lo que no estaría en juego el concepto de secesión, como sí lo estaba en esa época anterior.

En este trabajo me voy a circunscribir a la formación de un Estado por separación unilateral del Estado al que pertenecía y que tiene por corolario la disminución del ámbito espacial y personal de validez de ese orden jurídico centralizado y coactivo del Estado matriz y la creación de otro orden jurídico centralizado y coactivo dentro del ámbito espacial del territorio separado. Cuándo y cómo ello es posible va a ser justamente la materia de análisis.

Cuando nos referimos a la secesión de un territorio de su Estado matriz, pensamos en una acción unilateral, es decir, en los casos en que no existe consentimiento ni un proceso negociado de independencia. En definitiva nos planteamos si existe un derecho a la declaración unilateral de independencia de una parte del pueblo del Estado matriz, que conforma una minoría y que habita en el territorio que se pretende escindir.

¹ Marcelo G. KOHEN, “INTRODUCTION” en “*Secession, International Law and Perspectives*”, Edited by Marcelo Kohen, Cambridge Press, New York, 2006, pág. 1.

Como en la actualidad se aprecia la persistencia de esta problemática en países como Canadá, España, Gran Bretaña y otros, pues enfrentan procesos secesionistas impulsados por los propios ciudadanos y a través de las propias instituciones de esos países, estimo interesante dar una mirada sobre esa situación enfocada tanto en el derecho interno como en el derecho internacional aunque, en principio, parecería pertenecer exclusivamente al ámbito interno de los Estados. De esta forma tendremos una base comparativa para apreciar la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre el caso Kosovo que trata el tema de la declaración unilateral de independencia de esta Provincia autónoma de Serbia.

Atento que Kosovo era parte de Serbia, ¿por qué se consideró que dicha declaración se ajustó al derecho internacional? La contestación a esta pregunta va a precisar las semejanzas y diferencias entre los otros casos estudiados y el de Kosovo.

II. LA SECESIÓN DE UNA PARTE DE UN ESTADO POR DECLARACIÓN UNILATERAL DE INDEPENDENCIA

Este tema se relaciona con la declaración de independencia y creación de Estados en contextos no coloniales ni cuyos pueblos estén sometidos a dominación extranjera y lleva a plantearnos si el principio de la libre determinación puede ser invocado por minorías existentes en el interior de un Estado que no están sometidas a ninguna de esas dos circunstancias.

Si bien, como expresé más arriba, se trataría en principio de una cuestión interna de los estados, correspondiendo a su propia legislación establecer esa posibilidad y sus condiciones, como manifiesta la internacionalista López Jurado, refiriéndose a Cataluña, “ni el derecho internacional ni la Unión Europea pueden ser ignorados en esta problemática, entre otras cosas, porque ningún Estado se crea para actuar en el vacío, sino para interactuar con otros Estados en el marco de la sociedad internacional”.²

² Carmen López- Jurado Romero de la Cruz, “La secesión de territorios no coloniales y el soberanismo catalán”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2013), pág. 3.

Cuando nos referimos a los Estados, el derecho internacional está siempre presente. No podemos soslayar que, de acuerdo con Hans Kelsen, la razón última del derecho internacional debe hallarse en una norma básica presupuesta que considere a la costumbre como hecho de creación jurídica. Dentro de las normas consuetudinarias que derivan de dicha norma básica y que son las primeras positivas, se encuentra el principio de efectividad, norma consuetudinaria del derecho internacional que da razón de validez a los Estados y, por ende, a las Constituciones. Sin embargo, cabe afirmar que un orden coactivo centralizado que no sea efectivo dentro de un ámbito espacial determinado, es decir que no pueda contener a su población ni aplicar sus normas ni proteger sus instituciones por un tiempo prolongado, es altamente probable que termine perdiendo su carácter de Estado.³ En efecto, el orden jurídico estatal se estructura internamente a partir de la Constitución, ya sea formal o consuetudinaria que, a su vez, da razón de validez a todas las normas de rango inferior y a los órganos internos que las crean y aplican. El derecho internacional es muy importante para la existencia de los Estados, porque en ese ordenamiento jurídico encuentra su validez bajo la condición de su eficacia, lo que le permite a sus órganos internos aplicar sus normas para interrelacionarse con otros Estados, con organismos internacionales y demás sujetos de derecho internacional. Para Kelsen, validez y eficacia son dos conceptos diferentes ya que uno está en el plano del deber ser y el otro en el plano del ser. Sin embargo “...una norma es considerada como válida solo bajo la condición de que pertenezca a un sistema normativo, a un orden que, considerado en su totalidad, es eficaz”⁴. De ello se desprende que el Estado como orden jurídico centralizado para ser válido tiene también que ser eficaz.

Los Estados no solo celebran tratados sino que además están obligados a respetar normas consuetudinarias internacionales por tratarse de derecho positivo, y sobre todo de aquellas que no pueden ser derogadas como las de *ius cogens*, normas de derechos humanos, el derecho humanitario, entre otros. Dentro del tema que nos interesa, se encuentran los principios que obligan a los Estados a respetar la integridad territorial y la independencia política de los otros Estados así como la libre determinación de los pueblos, reconocidos en los artículos 2.4 y 55 de la Carta de las Naciones Unidas, en Resoluciones de la Asamblea General y en

³ Conf. Hans Kelsen, “Teoría General del Derecho y del Estado”, Imprenta Universitaria, México, D.F., 1958, pp.439/40.

⁴ Hans Kelsen, *op.cit.*, pág. 49.

tratados internacionales. Parecería, de acuerdo con la redacción de estos artículos, que los pueblos tienen derecho a la libre determinación y son los Estados los que deben respetar ese ejercicio y también respetar la integridad territorial de los otros Estados pero, según veremos, estos principios también han evolucionado.

El principio referente a la libre determinación está, *prima facie*, limitado a los pueblos coloniales y a aquellos sometidos a dominación extranjera. En relación con la independencia, parecería que en la Carta de las Naciones Unidas, dicho objetivo era aplicable en realidad solo a los territorios fideicometidos. El artículo 73, que se refiere a los demás territorios no autónomos, tiene la forma de una simple declaración por la cual las potencias coloniales se comprometían a impulsar el desarrollo político, económico, social de esos territorios, pero entre sus objetivos no se hallaba el que lograsen su independencia. Recién ese objetivo se configuró en la Resolución 1514 de la Asamblea General del 14 de diciembre de 1960, denominada “Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales”, cuyo punto 2 expresa: “Todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. Es decir que la citada Resolución la tipificó en relación con los pueblos coloniales, sin embargo este derecho debía ejercerse bajo la contención establecida por el punto 6 de la misma Resolución, que establece: “Todo intento encaminado a quebrar total o parcialmente la unidad territorial de un país es incompatible con los principios y propósitos de la Carta de las Naciones Unidas”. De acuerdo con este Punto, no solo los Estados estarían obligados a respetar la integridad territorial de otros Estados sino también constituye un freno que se impone a ciertos grupos étnicos o minoritarios que quieran encaminarse hacia la independencia respecto del Estado al que pertenecen e incluso a ciertos pueblos coloniales que pretendan porciones de territorio exorbitantes a aquel que les correspondiese. Por su parte el Punto 7 impone obligaciones a todos los Estados cuando expresa: “Todos los Estados deberán observar fiel y estrictamente las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la presente Declaración sobre la base de la igualdad, de la no intervención en los asuntos internos de los demás Estados y del respeto de los derechos soberanos de todos los pueblos y de su integridad territorial”. Entiendo que, del plexo normativo que analizaremos en este trabajo, el derecho a la libre determinación de los

pueblos tiene, *prima facie* sus limitaciones, y las obligaciones de respeto a ese principio y al de la integridad territorial se imponen tanto a los pueblos coloniales como a los Estados. Sin embargo, estudiaremos si las minorías de un Estado radicadas en una parte de su territorio tienen o no derecho a la libre determinación, y si también deben respetar la integridad territorial de los estados a los que pertenecen. En este punto es dable aclarar cuáles son los pueblos a que se refieren la Carta y las distintas Resoluciones dictadas en su consecuencia para diferenciarlos de las minorías que deben ser respetadas pero no por ello se impone reconocer su independencia.

En tal sentido, cabe citar la Resolución 1541 (XXV) de la Asamblea General denominada: “Principios que deben servir de guía a los Estados Miembros para determinar si existe o no la obligación de transmitir la información que se pide en el inciso e) del Artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas referente a los territorios no autónomos”, cuyo Principio I c. establece que: “Existe a primera vista la obligación de transmitir información respecto de un territorio que está separado geográficamente del país que lo administra y es distinto de éste en sus aspectos étnicos o culturales.”

A su vez, el Principio V subraya: “Una vez que se trata a primera vista de un territorio distinto desde el punto de vista geográfico, étnico o cultural, se pueden tener en cuenta otros elementos. Estos elementos podrán ser, entre otros, de carácter administrativo, político, jurídico, económico o histórico. Si tales elementos influyeron en las relaciones entre el Estado Metropolitano y el territorio de modo que éste se encuentre colocado arbitrariamente en una situación o en un estado de subordinación, conforman la presunción de que existe la obligación de transmitir la información que se pide en el inciso e) del Artículo 73 de la Carta”. Caen bajo esta categoría los territorios no autónomos. Pero no todos los territorios no autónomos están habitados por pueblos coloniales, como son los casos de Gibraltar y Malvinas, en los cuales los pobladores fueron sustituidos por la potencia colonizadora.

Algunos autores, sobre todo los que defienden posiciones separatistas en relación con Estados constituidos, consideran muy importante que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos surgido fuera del contexto colonial, establezca en su artículo 1: “Todos los pueblos tienen derecho de libre determinación”, por lo que los pueblos no

serían solo los coloniales sino que podrían ser minorías integrantes de cualquier Estado. Sin embargo esto es refutado por otros autores que consideran que hay que tener en cuenta el Artículo 27 del Pacto mencionado que, si bien reconoció la existencia de minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no previó para estas el derecho a la autodeterminación.

En este sentido, Tomuschat describe la situación en África porque en ese continente, cuando se independizaron los Estados durante los procesos de descolonización, se aplicó el principio del *uti possidetis* por lo que se respetaron los límites de las antiguas colonias y no se tuvo en cuenta la unidad de las etnias que en muchos casos quedaron separadas entre distintos países, lo que desembocó en guerras y violencia, y sin embargo no se les reconoció derecho a la libre determinación. Este autor manifiesta:

*“It is abundantly clear, therefore, that international practice from Africa, the continent where the greatest number of incongruities between ethnic lines and State boundary lines can be observed, strongly speaks against acknowledging a right of secession being enjoyed by ethnic groups. In fact, in countries like Nigeria, where roughly 250 linguistic and ethnic groups exist, and Cameroon, where the number of the indigenous languages rises to more than 120, the application of that legal proposition would lead to nonsensical results through infinite fragmentation which could hardly be stopped at any given point if no additional criteria were introduced, such as the viability of a potential State entity... This again, confirms that the presumed premise-the existence of an unlimited right of secession for every ethnic group-must be wrong.”*⁵

Otros casos, como el de Bangladesh y Pakistán, no estuvieron en la misma línea.

Por lo tanto, es interesante indagar si existe una evolución del principio referente a la libre determinación de los pueblos y su posible aplicación a otras situaciones en las que estarían implicados “pueblos no coloniales”, pero que en realidad serían etnias o grupos minoritarios integrantes de un Estado, y de ser así cuáles serían las condiciones que deberían darse.

⁵ Christian Tomuschat, “Secession and self- determination”, en “*Secession, International Law and Perspectives*”, Edited by Marcelo Kohen, Cambridge Press, New York, 2006, pág. 29.

Para ello analizaré algunos ejemplos actuales y paradigmáticos, como son la Provincia de Quebec y la Comunidad Autónoma de Cataluña, que consideran que sus respectivas aspiraciones independentistas encuentran sustento tanto en el derecho interno como en el derecho internacional. Asimismo me detendré en la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre el caso de Kosovo, en virtud de que se trata de una secesión unilateral de un territorio perteneciente a Serbia habitado por un grupo étnico o minoritario diferente al serbio pero en un contexto no colonial.

III. CANADÁ Y LA ASPIRACIÓN SECESIONISTA DE QUEBEC

Este país enfrenta desde hace años la aspiración secesionista de la Provincia de Quebec, mayormente francófona, situada al Este de Canadá, siendo sus ciudades más importantes la de Montreal y la de Quebec.

Tanto en el descubrimiento como en la posesión de tierras en las costas del noreste de lo que hoy constituye Canadá, estuvieron involucrados ingleses y franceses. Los descubrimientos fueron realizados en el siglo XV por Juan Caboto en una expedición patrocinada por Enrique VII de Inglaterra y Jacques Cartier remontando, este último, el río San Lorenzo hasta el lugar en el que ahora se erige Montreal. Según el Catedrático Calonge Velásquez, a principios del siglo XVII empezaron a instalarse compañías mercantiles, pero recién a mediados del siglo XVII Canadá fue declarada Provincia francesa convirtiéndose posteriormente en la colonia de la *Nouvelle France*. Por su parte, los británicos crearon en 1670 la *Hudson's Bay Company* y anexaron territorios del noroeste. En el Tratado de Utrecht de 1713 Francia e Inglaterra se repartieron el territorio de Canadá.⁶

Según el Tratado de Utrecht del 11 de abril de 1713, suscripto entre Francia, Gran Bretaña y Países Bajos, los representantes de Luis XIV, a cambio del reconocimiento de Felipe V como rey de España, cedieron a Gran Bretaña extensos territorios de la futura Canadá (Kitts, Nueva Escocia, Terranova).⁷

⁶ Antonio CALONGE VELÁZQUEZ, "El Derecho de secesión en Canadá: una regulación jurídica completa y un problema político sin resolver", en *Revista de Derecho de la Unión Europea*. Madrid ISSN 1695-1085. N° 25-, julio-diciembre 2013, pág. 109.

⁷ Tratado de Utrecht-Wikipedia.

No obstante ello, continuaron las rivalidades, pero Gran Bretaña fue tomando ventaja, ya que después de la Guerra de los Siete Años, con la caída de Montreal, se suscribió el Tratado de París de 1763, por el que la mayoría del territorio canadiense pasó a formar parte del Reino Unido, pasando la *Nouvelle France* a denominarse *Québec* y era un territorio aislado dentro de una mayoría anglosajona.⁸

Otros hitos importantes se produjeron en 1840, cuando la *British North America Act* creó la Provincia de Canadá, y en 1867, cuando el 1° de julio de ese año la *British North America Act* creó la moderna y autónoma Canadá. Esa ley constitucional indicaba que las provincias de Ontario, Quebec, New Brunswick y Nueva Escocia acordaban crear el “Dominio” de Canadá, pero esa Ley no pretendía crear un Estado nuevo independiente, al que posteriormente se agregaron otros territorios. Finalmente con la promulgación del Estatuto de Westminster el 11 de diciembre de 1931 se determinó la total independencia de Canadá.⁹

En el año 1982 se promulgó la Constitución de Canadá (Canada Act), repatriada del Reino Unido, que fue asumida por todas las provincias a excepción de Quebec, pero que de todos modos fue declarada constitucional por el Tribunal Supremo en una sentencia del 6 de diciembre de 1982 en virtud de que no existe un derecho de veto de Quebec. Dumberry explica que:

*“...the term ‘patriation’ refers to the repatriation of the Constitution (mainly the 1867 British North America Act...) from the United Kingdom, which until then had retained the formal power to pass amendments to the Constitution. The adoption of the Constitution Act, 1982, which formally put an end to the authority of the United Kingdom Parliament over Canada included a Charter of Rights and Freedoms and a domestic procedure to amend the Constitution”.*¹⁰

La aspiración independentista de Quebec se tradujo en dos referendos que se realizaron en 1980 y 1995, ambos fracasados, pero en esta última oportunidad, si bien ganaron los partidarios de la permanencia en

⁸ Antonio CALONGE VELÁZQUEZ, *op. cit.*, pág.110.

⁹ Antonio CALONGE VELÁZQUEZ, *op. cit.*, pág. 111.

¹⁰ Patrick DUNBERRY, “Lessons learned from the Québec secession reference before the Supreme Court of Canada”, en “SECESSION, International Law and Perspectives”, Edited by Marcelo Kohen, Cambridge Press, New York, 2006, pág. 419.

Canadá, es dable acotar que fue por muy poca diferencia.

Después de que fracasara el referéndum de 1995, el nuevo ministro quebequés, Lucien Bouchard, anunció la voluntad del Partido Quebequés de impulsar un nuevo referéndum tan pronto como se dieran las condiciones para ganar pero antes de 2003.¹¹

Como la Constitución de Canadá de 1982¹² no prohíbe expresamente la secesión de las Provincias de la Federación, y ante el adagio de que en derecho todo lo que no está expresamente prohibido está permitido y el avance independentista, el Gobernador General de Canadá en Consejo presentó ante la Corte Suprema de ese país, de conformidad con el artículo 53 de la Ley de la Corte Suprema, las siguientes preguntas:

1. L'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec peut-il, en vertu de la Constitution du Canada, procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada.

2. L'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec possède-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada. A cet égard, en vertu du droit international, existe-t-il un droit à l'autodétermination qui procurerait à l'Assemblée, la législature ou le gouvernement du Québec le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec?

*3. Lequel du droit interne ou du droit international aurait préséance au Canada dans l'éventualité d'un conflit entre eux quant au droit de l'Assemblée nationale, de la législature ou du gouvernement du Québec de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?*¹³

En realidad, no se introdujo ante el mencionado tribunal superior un asunto contencioso, sino un pedido de dictamen jurídico del tenor de las opiniones consultivas de los tribunales internacionales.

En efecto, ello es posible de acuerdo con el citado artículo 53 de la Ley de la Corte Suprema que expresa en su parte pertinente:

“53 (1) Le Gouverneur en Conseil peut soumettre au jugement de la Cour toute question importante de droit ou de fait touchant :

a) L'interprétation de lois constitutionnelles,

¹¹ Alfonso CUENCA MIRANDA, “Canadá y la Cuestión de Quebec (II)”, jstor.org/stable/23511962?Seq=1

¹² Solon.org/Constitutions/Canada/English/ca_1982_html

¹³ Scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/1643/index,%0

- b) *la constitutionnalité ou l'interprétation d'un texte législatif fédéral ou provincial,*
(...)
d) *les pouvoirs du Parlement canadien ou des législatures des provinces, ou de leurs gouvernements respectifs, indépendamment de leur exercice passée, présent ou futur.*"¹⁴

Como la Provincia de Quebec no se presentó ante la Corte, el *amicus curiae*, designado por el Gobierno de Canadá para defender la posición de Quebec, planteó la incompetencia del tribunal basado en la inconstitucionalidad del citado Artículo 53 y en que las preguntas formuladas no eran judiciables. Analizadas ambas circunstancias, dicho foro se declaró competente.

Respecto del Punto 1 del pedido de dictamen, se consideró que los argumentos favorables al derecho de secesión se basaban principalmente en el principio de la democracia, pero que este significaba más que la simple regla de la mayoría puesto que la democracia existe en Canadá en el contexto de otros valores constitucionales. Dentro de la Confederación, la gente de las provincias y territorios ha desarrollado fuertes interdependencias tanto económicas como sociales, políticas y culturales, basadas en valores compartidos que incluyen el federalismo, la democracia, el constitucionalismo y el estado de derecho, así como el respeto de las minorías. Una decisión democrática de los quebequeses a favor de la secesión no sería legal de acuerdo con la Constitución, sin negociaciones basadas en los principios expuestos, con los otros participantes del Estado Federal. Las instituciones democráticas de Canadá permiten un proceso continuo de discusión y evolución, como lo demuestra el derecho reconocido por la Constitución para que cada participante en la federación tome la iniciativa de impulsar enmiendas constitucionales, lo que conlleva la obligación recíproca de los otros participantes de entablar debates sobre cualquier proyecto legítimo de cambiar el orden constitucional.

Aún cuando hubiese un claro resultado a su favor, Quebec no podría invocar el derecho a la autodeterminación para imponer a las otras partes de la federación los términos de un plan de secesión. El voto democrático, independientemente del tamaño de la mayoría, en sí mismo, no tendría ningún efecto legal y no podría anular los mismos principios en otras

¹⁴ Laws-lois, justice.gc.ca/fra/lois/s-26/TexteCompleet.html.

provincias o en Canadá en su conjunto. La propuesta inversa tampoco sería aceptable, pues el orden constitucional canadiense existente no puede permanecer indiferente a la expresión clara de una clara mayoría de los quebequeses, de su deseo de no formar más parte de Canadá. Sin embargo deberían concretarse negociaciones entre dos mayorías legítimas, la de Quebec y la de Canadá en su conjunto para reconciliar los derechos y obligaciones de ambas partes.

La tarea de la Corte estaría circunscripta a aclarar el marco legal dentro del cual se deberían tomar decisiones políticas en virtud de la Constitución, sin embargo dependerá de los actores políticos determinar aquello que constituye una mayoría clara en respuesta de una pregunta clara. Si existiese un apoyo mayoritario a favor de la secesión, correspondería a los actores políticos determinar el contenido de las negociaciones y el proceso a seguir, porque la conciliación de intereses solo puede lograrse mediante la interacción de concesiones recíprocas que caracterizan las negociaciones políticas.

En lo que respecta al Punto 2 sobre la existencia de un derecho unilateral de secesión en virtud del derecho internacional, se manifestó que aunque es cierto que la mayoría de la población de Quebec comparte muchos de los rasgos que caracterizan a un pueblo, no es necesario resolver la cuestión de su existencia, ya que el principio de la libre determinación de los pueblos existente en derecho internacional solo es aplicable en el caso de un pueblo gobernado como parte de un imperio colonial o sujeto a subyugación, dominación o explotación extranjera.

Como parecería que las ideas independentistas se centran sobre todo en el principio de la democracia, en su dictamen la Corte profundiza los cuatro principios subyacentes de la Constitución, es decir, el federalismo, la democracia, el constitucionalismo y la primacía del derecho y el respeto de las minorías.

Según el Tribunal, el federalismo es indiscutible en Canadá y puntualizó: “... *Le principe sous-jacent du fédéralisme a donc joué un rôle d’une importance considérable dans l’interprétation du texte de la Constitution.*”¹⁵

¹⁵ Scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/1643/index,% párr.57.

Para la Corte la democracia constituye un valor fundamental de la cultura jurídica y política de Canadá, y agregó: *“En termes institutionnels, la démocratie signifie que chacune des assemblées législatives provinciales et le Parlement fédéral sont élus du suffrage populaire... Au niveau individuel, le droit de vote aux élections à la Chambre des communes et les assemblées législatives provinciales à tenir régulièrement des élections et de permettre aux citoyens d’élire les représentants aux diverses institutions politiques.”*¹⁶

La democracia está relacionada con el federalismo, ya que existen mayorías diferentes e igualmente legítimas en las distintas provincias y territorios, y expresa: *“La fonction du fédéralisme est de permettre aux citoyens de faire partie simultanément de collectivités différentes et poursuivre des objectifs aussi bien au niveau provincial qu’au niveau fédéral...”*¹⁷

Pero siguiendo el pensamiento del mencionado Tribunal, es la Ley la que crea el marco dentro del cual la voluntad soberana debe ser determinada e implementada, pues para ser legítimas las instituciones democráticas deben estar basadas en fundamentos legales.¹⁸ Sin embargo también destaca que el funcionamiento adecuado de una democracia requiere un proceso continuo de discusión, considerar las voces disidentes y responder a ellas con las leyes que toda la comunidad debe respetar.¹⁹

La Constitución de 1982 otorga a cada participante de la Confederación el derecho de iniciar una propuesta de enmienda constitucional y este derecho, según el Tribunal, impone a los otros participantes la obligación recíproca de comprometerse a discusiones constitucionales para tener en cuenta la expresión democrática de un deseo de cambio de otras provincias y de darle respuesta.²⁰

El Dictamen del Tribunal se refiere a la aplicación de los principios constitucionales en un contexto de secesión al que considera como un procedimiento por el cual un grupo o una parte de un Estado busca separarse de la autoridad política y constitucional de ese estado para formar

¹⁶ Ibídem, párr. 64.

¹⁷ Ibídem, párr. 66.

¹⁸ Ibídem, párr. 67.

¹⁹ Ibídem, párr. 68.

²⁰ Ibídem, párr. 69.

un nuevo Estado dotado de un asiento territorial y reconocido a nivel internacional, considerándolo tanto un acto jurídico como político. La secesión debe examinarse desde el punto de vista interno del Estado del cual se va a separar pero también debe considerarse si, desde el punto de vista internacional, existe una norma que permita apreciar la legalidad del acto de secesión pretendido²¹.

Según la Corte canadiense, la secesión de una Provincia de Canadá requiere, en términos jurídicos, una modificación de la Constitución, lo que exige una negociación con las otras Provincias y con el Gobierno Federal.

El fundamento jurídico de la secesión sería la voluntad democrática claramente expresada por un referéndum de la Provincia separatista, en este caso de Quebec. Si bien expresa que la Constitución no trata de un recurso al referéndum y este no tendrá ningún efecto jurídico, puede constituir un medio democrático de conocer la opinión del electorado sobre cuestiones políticas importantes sobre un caso preciso. El principio democrático exigirá otorgar un peso considerable a la expresión clara del pueblo de Quebec, aunque el referéndum no tenga en sí mismo un efecto jurídico directo y no pueda solamente por ello realizar una secesión unilateral.²²

Como reitera la Corte Suprema en varias oportunidades, existe para ambas partes la obligación de negociar y sería un acto ilegal declarar unilateralmente la secesión. Sin embargo el orden constitucional canadiense se vería afectado en su existencia y funcionamiento por la expresión no ambigua de una clara mayoría de quebequeses de su deseo de no formar parte de Canadá y el primer medio de dar efectividad a su deseo de no formar parte de Canadá es la obligación de negociar de conformidad con los principios constitucionales.²³

Por otra parte, desde el punto de vista del derecho internacional, es a los pueblos que reconoce el derecho a la autodeterminación, como el Artículo 1 y el Art. 55 de la Carta de las Naciones Unidas y de tantos tratados internacionales y Resoluciones de la Asamblea General. Es decir que el grupo que invoca la autodeterminación debe cumplir la condición preliminar de ser calificado como pueblo, y se refiere tanto a los pueblos

²¹ *Ibidem*, párr. 83.

²² *Ibidem*, párr. 87.

²³ *Ibidem*., párr. 104.

colonizados como los sometidos a una dominación extranjera. En el interior de un Estado se supone que también existe ese derecho a la autodeterminación, conforme al principio de integridad territorial, pero cuando ello no es posible un derecho de secesión puede nacer en circunstancias excepcionales.²⁴

Las fuentes reconocidas del derecho Internacional establecen el derecho de un pueblo a disponer de sí mismo y es normalmente realizado por vía de la determinación interna y consiste en la búsqueda de ese pueblo de su desarrollo económico, político, social y cultural dentro de un Estado existente. El derecho a la autodeterminación externa, como por ejemplo sería la secesión unilateral, solo nacería en casos extremos cuyas circunstancias estarían cuidadosamente definidas.²⁵

Según la Corte, el principio de la autodeterminación en derecho internacional ha evolucionado en el respeto de la integridad territorial de los Estados. Los diversos documentos internacionales que se refieren al derecho de los pueblos a la libre determinación sostienen igualmente el principio según el cual su ejercicio debe ser suficientemente limitado para prevenir las amenazas contra la integridad territorial de un Estado existente o la estabilidad de las relaciones entre Estados soberanos.²⁶

Para la Corte, un Estado en el que el Gobierno representa en condiciones de igualdad y sin discriminación al conjunto de los habitantes que residen en su territorio y que respeta la autodeterminación en sus asuntos internos, tiene derecho en virtud del derecho internacional a la protección de su integridad territorial.²⁷

Asimismo, afirma que el pueblo quebequés no es víctima de atentados a su existencia o a su integridad física ni de violación masiva de sus derechos fundamentales ni es un pueblo oprimido, y sus miembros han ocupado cargos de Primeros Ministros y otros importantes. Tampoco se podría razonablemente afirmar que la población de Quebec se ve impedida de acceder al Gobierno.²⁸

²⁴ *Ibíd.*, párr. 122.

²⁵ *Ibíd.*, párr. 126.

²⁶ *Ibíd.* párr. 127.

²⁷ *Ibíd.*, párr. 130.

²⁸ *Ibíd.*, párr. 135.

Para ese Tribunal, los fracasos persistentes en la búsqueda de un acuerdo sobre la modificación de la Constitución no constituyen una negación del derecho a la autodeterminación.²⁹

En relación con la tercera requisitoria, el Tribunal afirmó que dadas las respuestas a las preguntas 1 y 2, no existe conflicto entre el derecho interno y el derecho internacional.

En resumen, de acuerdo con el Tribunal Constitucional de Canadá, el derecho internacional acepta el derecho de secesión en el caso de los pueblos coloniales o de un pueblo oprimido por una ocupación extranjera o, excepcionalmente, en el caso de que un grupo definido se vea gravemente impedido de ejercer útilmente su derecho a la autodeterminación en el interior del país del que es parte. En un Estado en que el Gobierno representa a la totalidad del pueblo o de los pueblos residentes en su territorio, en condiciones de igualdad, sin discriminaciones y que permite la autodeterminación en su orden interno tiene el derecho de mantener su integridad territorial y a que sea reconocido por otros Estados. Quebec no constituye un pueblo colonizado ni oprimido y no le está prohibido un acceso real al gobierno para propender su desarrollo político, económico, cultural y social. La conclusión del Tribunal es que la Asamblea Nacional, la Legislatura o el Gobierno de Quebec no poseen, en virtud del derecho internacional, el derecho a una secesión unilateral respecto de Canadá.³⁰

Por ello, para el Tribunal no existe en el caso de Canadá un derecho unilateral de secesión en virtud de la Constitución o del derecho internacional, es decir un derecho de secesión sin negociación lo cual no descarta la posibilidad de una declaración inconstitucional conducente a una secesión de facto. El resultado dependerá de su reconocimiento por la comunidad internacional, pero ese reconocimiento no proveerá ningún justificativo retroactivo al acto de secesión en virtud de la Constitución o del derecho internacional.³¹

En cuanto a la creación de un Estado por una secesión ilegítima desde un punto de vista del derecho internacional, es ya conocido en

²⁹ *Ibidem*, párr 137.

³⁰ *Ibidem*, párr. 154.

³¹ *Ibidem*, párr. 155.

derecho internacional el peso relativo que le otorga al derecho interno de los Estados, que ni siquiera puede ser invocado como justificativo para incumplir con las obligaciones provenientes de los tratados internacionales, según los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena del Derecho los Tratados de 1969 que, por su parte, recepta el derecho consuetudinario en la materia. No se podría obligar a los Estados que pretenden reconocer un nuevo Estado que investiguen si fue realizado de acuerdo con su derecho interno el que, en muchos casos es controvertido por la doctrina dentro del mismo país. Ello no significa que, si así lo considerasen, pueden tener en cuenta esa circunstancia de ilegitimidad en su origen. En verdad, el reconocimiento está teñido de una cierta arbitrariedad. Este tema está muy relacionado con el reconocimiento de Estados y en este sentido Dumberry manifiesta:

“It is submitted, that the criteria identified by the Court (such as the reason for secession and the procedure by which it is achieved) are indeed elements which States will undoubtedly take into account in their political decision whether or not to recognise a new State. However, the ‘legitimacy of the process’ of secession, as important as it may be, is not a ‘precondition’ for international recognition and clearly not a ‘legal norm’ as the Court is suggesting. It is true that the recognition process is becoming increasingly collective (at least in the European context), and that it is also more and more made conditional upon certain guarantees. However, recognition has always been and remains today essentially a discretionary political act, which is not conditioned by any ‘precondition’ or ‘legal norm’, even in the European context.”³²

El mismo autor pone como ejemplos las declaraciones unilaterales de independencia de Croacia y Eslovenia, que eran claramente inconstitucionales respecto del derecho interno de Yugoslavia, que solo permitía la secesión con la aprobación de todas las demás repúblicas. Sin embargo fueron reconocidas en primer lugar por la República Federal de Alemania y luego por otros países, antes de que finalmente las reconociera la entonces República Federal de Yugoslavia.³³

En virtud de ese Dictamen del Tribunal Supremo, en el año 2000 el Gobierno Nacional dictó la Ley de la Claridad, denominada *“Loi donnant effect à l’exigence de clarté formulée par la Cour Suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec”*, llamada también *“Loi de*

³² Patrick DUMBERRY, op. cit., pág. 438.

³³ Patrick DUMBERRY, op. cit., pps.440 y 442.

clarification” o simplemente “*Loi C-20*”.³⁴ En los considerandos de esa ley se expresa que el Gobierno de toda Provincia de Canadá tiene la facultad de consultar a su población mediante referéndum sobre cualquier asunto. También ese Tribunal ha confirmado que la separación de una Provincia, para ser legal, requeriría la modificación de la Constitución y que, a su vez, dicha modificación requeriría que en las negociaciones sobre la secesión participen al menos los gobiernos de todas las Provincias y el Gobierno de Canadá y que deberían regirse por los principios del federalismo, la democracia, el constitucionalismo, el estado de derecho y la protección de las minorías. La ley establece que la pregunta debe ser apreciada por la Cámara de los Comunes que emitirá una resolución que determine si la pregunta fue clara.

Al examinar una pregunta observará si esta permite que la población de la Provincia exprese claramente si desea que la Provincia deje de formar parte de Canadá y se convierta en un estado independiente. El Gobierno de Canadá debe abstenerse de entablar negociaciones sobre las condiciones en las que una Provincia podría separarse si la Cámara de los Comunes concluyese que la pregunta del referéndum no es clara. Una vez efectuado el referéndum, la Cámara de los Comunes tiene que evaluar y determinar, mediante una resolución, si una clara mayoría de la población de la Provincia ha manifestado claramente su voluntad de que esta se separe de Canadá.

La misma ley establece los factores a considerar por la Cámara de los Comunes y que son: el peso de la mayoría de votos válidos emitidos a favor de la opción separatista; el porcentaje de votantes del censo que participaron en el referéndum y cualesquiera otros asuntos o circunstancias que estime relevantes como también otras opiniones a tener en cuenta como las opiniones de todos los partidos políticos representados en la Asamblea Legislativa de la Provincia en cuestión, resoluciones o declaraciones oficiales del Gobierno o Asamblea Legislativa de toda provincia o territorio de Canadá, resoluciones o declaraciones oficiales del Senado o de los representantes de los pueblos indígenas, especialmente los de la Provincia cuyo gobierno propuso el referéndum de separación. Solo si la Cámara de los Comunes de Canadá determinase que una mayoría clara de la población de la Provincia se manifestó claramente a favor de que esta se separe de

³⁴ <https://alexiscondori.com/traslation/0007-ley-de-claridad-texto-en-español>

Canadá, podría realizarse el referéndum.

También se manifiesta que, según la Constitución de Canadá, las provincias canadienses carecen de facultades para separarse de Canadá unilateralmente y por lo tanto sería preciso modificar la Constitución, lo cual, a su vez, precisaría negociaciones en las que deberían participar los gobiernos de todas las provincias, así como el Gobierno de Canadá.

Como respuesta a la Ley de Claridad, el Gobierno de Quebec aprobó en el mismo año la Ley N° 99 denominada “*Loi sur l’exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l’État du Québec*” que estipula que los quebequeses tienen el derecho a decidir si se quieren separar de Canadá y que solo es necesario el 50 más 1 por ciento de los votos emitidos en un referéndum de la Provincia. El artículo 13 establece: “*Aucune autre Parlement ou gouvernement ne peut réduire les pouvoirs, l’autorité, la souveraineté et la légitimité de l’Assemblée nationale ni contraindre la volonté démocratique du peuple québécois et de l’État du Québec à disposer lui-même de son avenir.*”³⁵ La Ley fue cuestionada por un grupo de unionistas de Quebec a quienes se agregó en 2013 el Gobierno Federal, mediante una demanda declarativa que tramitó en los autos: “*Henderson c. Procureur générale de Québec*”.

Sin embargo, en esas actuaciones, el Procurador de Quebec aseveró que el Gobierno no quiso adoptar una ley que permitiese a esa provincia declarar la independencia sin negociar previamente con el resto de Canadá. Sostuvo que la Ley 99 tuvo por objeto crear una especie de constitución provincial o de carta interna destinada a regir las actividades de Quebec y que su contenido respetaba, en su totalidad, las competencias federales-provinciales. Según el Procurador, los artículos impugnados codifican diversos derechos fundamentales y principios que han guiado siempre a los órganos del Estado quebequés en los límites de su competencia y protegen los derechos inalienables del pueblo quebequés, uno de los cuales consiste en un derecho a la autodeterminación.

La interpretación que efectúa Quebec de la opinión consultiva que emitió la Corte Suprema de Canadá es muy diferente a la del Gobierno Federal que, como vimos, llevó a éste a dictar la Ley de Claridad.

³⁵ *Loi sur l’exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l’État de Québec*, en assnat.qc.ca/fr/travaux_parlementaires/projet-loi-99-36-1.html

El Tribunal Superior de Quebec dictaminó sobre la demanda declarativa el 18 de abril de 2018, es decir, dieciocho años después, que la Ley 99 es constitucional.³⁶ El Gobierno canadiense apeló y la vista para las apelaciones está prevista para el año 2020.³⁷

El caso de la secesión de Quebec tiene todavía un final abierto, pero atento los distintos focos separatistas existentes en el mundo, es poco probable que una Provincia separada de Canadá, sin cumplimentar los procesos constitucionales internos, sea reconocida por terceros países, atento que es muy evidente que en ese país no se conculcan los derechos de las minorías, que los quebequeses han accedido al Gobierno, que existe libre determinación interna. También es poco probable que a corto plazo la Cámara de los Comunes decida que una clara mayoría de la población de Quebec quiera separarse y es presumible que dará mucho peso a las obligaciones contraídas por Quebec en relación con las demás Provincias y territorios que integran el Estado Federal. Parecería que la Ley de Claridad apaciguó por el momento ese impulso independentista. Sin embargo, en el contexto expuesto, poco probable no significa imposible.

IV. ESPAÑA Y LA ASPIRACIÓN SECESIONISTA DE CATALUÑA

La problemática independentista planteada por Cataluña que pretende separar esa comunidad autónoma del Reino de España adolece, como en el caso de Quebec, de la vía constitucional que lo permita claramente, pero esa pieza jurídica estructural es más contundente pues, si bien reconoce la autonomía de las nacionalidades y regiones, declara la unidad indisoluble del Estado español. Así el Artículo 1.2 de la Constitución de 1978³⁸ dispone: “La soberanía nacional reside en el pueblo Español del que emanan los poderes del Estado”, e inmediatamente el Artículo 2 expresa: “La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y

³⁶ Décision de la Cour Supérieure de Québec, “*Henderson c. Procureure Générale du Québec*”, 2018 QCCS 1586.

³⁷ La vanguardia.com/política/20190328/461315974129/Ottawa-dice-que-Quebec-no-puede-separarse-sin-modificar-ant...

³⁸ Lamoncloa.gob.es/espana/ley fundamental/document /29022016/Constitution.Consolidado.pdf.

regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”.

Tampoco tendría Cataluña, de acuerdo con el Artículo 149.1.32 de la Constitución española, el derecho de convocar unilateralmente a consultas populares vía referéndum pues su autorización se le atribuye exclusivamente al gobierno español.

Es más, el Artículo 155.1 de ese texto constitucional establece:

“Si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación de la mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés común”.

Por su parte, el Artículo 8 encomienda a las fuerzas armadas defender la integridad territorial y el ordenamiento constitucional de España sin distinguir si las acciones contra cualquiera de ellos provienen del exterior o del interior del país como ser desde una Comunidad Autónoma o de un Territorio.

Sin embargo, el 23 de enero de 2013 el Parlamento de Cataluña adoptó la resolución 5/X que contiene una “Declaración de soberanía y derecho a decidir del pueblo de Cataluña”.³⁹

En su Preámbulo expresa que el pueblo de Cataluña, a lo largo de su historia, ha manifestado democráticamente su voluntad de autogobernarse. Ese autogobierno se fundamenta también en derechos históricos del pueblo catalán, en sus instituciones seculares y en la tradición jurídica catalana así como en el parlamentarismo que tiene sus raíces en la Edad Media. En el siglo XIV se creó la Generalidad que fue ampliando su autonomía y durante los siglos XVI y XVII actuó como gobierno del Principado de Cataluña, hasta su abolición por parte de Felipe V.

De acuerdo con el mismo documento, en 1914 se creó la Mancomunidad de Cataluña como un primer paso en la recuperación del autogobierno, pero fue abolido en el Gobierno de Primo de Rivera. En 1931

³⁹ Parlament.CAT/document/intrade/7217.

con la Segunda República Española se constituyó la Generalidad de Cataluña que se dotó de un Estatuto de autonomía pero que fue suprimido por el Gobierno del General Franco en 1939.

En el contexto del nuevo sistema autonómico definido por la Constitución española de 1978, Cataluña aprobó en referéndum el Estatuto de autonomía de Cataluña en 1979 y realizó las primeras elecciones al Parlamento de Cataluña en 1980. En el año 2005 se inició un proceso de reforma de dicho Estatuto pero, según Cataluña, los obstáculos puestos por parte de las instituciones españolas impidieron su concreción.

La citada Resolución 5/X manifestó que: “De acuerdo con la voluntad mayoritaria expresada democráticamente por el pueblo de Cataluña, el Parlamento de Cataluña acuerda iniciar el proceso para hacer efectivo el derecho a decidir para que los ciudadanos y ciudadanas de Cataluña puedan decidir su futuro político colectivo, de acuerdo con los siguientes principios...”

Entre los principios cita primero la Soberanía, determinando que “El pueblo de Cataluña tiene, por razones de legitimidad democrática, carácter de sujeto político y jurídico soberano”. Además enumera otros principios tales como: “Legitimidad democrática”, en el proceso del ejercicio del derecho a decidir, “Transparencia”, “Diálogo”, “Cohesión social”, éste último es un punto importante ya que asegura que se garantizará la cohesión social y territorial del país y se mantendrá Cataluña como un solo pueblo: “Europeísmo”, “Legalidad”, “Papel principal del Parlamento” y “Participación”. Este último principio implica que se deben hacer partícipes activos del proceso al mundo local y al máximo de las fuerzas políticas, de agentes económicos y sociales y de entidades cívicas de Cataluña.

La mencionada Resolución fue impugnada ante el Tribunal Constitucional por el Abogado del Estado, en representación del Gobierno español, solicitando, asimismo, que se acordase la suspensión de la Resolución impugnada.⁴⁰

Entre los puntos fundamentales de la impugnación se halla el Principio Primero de la Declaración cuando afirma que el pueblo de

⁴⁰ Hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolución/Show/23861

Cataluña tiene carácter de sujeto político y jurídico soberano. El Abogado del Estado sostuvo que desde la perspectiva de la Constitución no hay más que un soberano, el pueblo español (art. 1.2 de la Constitución española) y “que declarar soberano al pueblo catalán, como ‘sujeto político y jurídico’ constituye una infracción constitucional evidente del art. 1.2 C.E.” Otro de los puntos importantes que planteó el Abogado del Estado es que la Resolución impugnada es inconciliable con el art. 2 C.E. en la medida en que viola frontalmente el propio fundamento de la Constitución, la indisolubilidad de la Nación y la indivisibilidad de la patria de todos los españoles. Luego de revisar críticamente los demás Principios concluyó: “En resumen, solo el pueblo español es soberano. Solo el pueblo español y no una de sus fracciones, puede ser unidad ideal de imputación del poder constituyente y como tal fundamento de la Constitución y del Ordenamiento”. Asimismo, puntualizó que solamente después y no antes de un acto constituyente del soberano pueblo español –que incluye al pueblo catalán y a todos los demás pueblos de España– podría el pueblo de Cataluña, de manera jurídicamente legítima, declararse a sí mismo soberano. Solo una decisión soberana del pueblo español podría reconocer de manera constitucionalmente válida la soberanía del pueblo de Cataluña. Por todo ello, el Abogado del Estado consideró que la Resolución del Parlamento de Cataluña 5/X era inconstitucional y nula.

Por su parte, los Letrados del Parlamento de Cataluña refutaron tal argumentación porque para que pudiera proceder la vía impugnativa sería necesario que las resoluciones recurridas tuvieran la capacidad necesaria para producir una real y efectiva infracción al orden constitucional, que produjeran efectos normativos o jurídico que, a su criterio, en ese instrumento no los tenían.

En tal sentido, los citados Letrados sostuvieron ante el Tribunal Constitucional que:

“La Declaración se presenta, por tanto, como el resultado de un proyecto político que establece las bases o la hoja de ruta mediante la cual el proceso quiere desarrollarse. Para su entendimiento resulta determinante, según los letrados autonómicos, el enunciado inicial que expresa la voluntad del Parlamento de iniciar un proceso para hacer efectivo el ‘derecho de decidir’ para conocer la expresión mayoritaria de la voluntad del pueblo de Cataluña sobre su futuro político, debiendo entenderse el resto de la Declaración subordinada a este enunciado inicial de modo que no se presente como un acto definitivo o final, sino como un proyecto político pendiente de

desarrollar de acuerdo con unos principios, con un resultado incierto en cuanto a su concreción efectiva”. También consideraron que “el Principio primero de la resolución —soberanía— no significa otra cosa que la expresión de una convicción, un deseo o una voluntad de entendimiento político que el Parlamento quiere manifestar en el inicio de este proceso”.

Sin embargo, el Tribunal entendió que el acto impugnado era un acto político adoptado por un poder público, el Parlamento de Cataluña, en ejercicio de una de las atribuciones que confiere a este órgano el ordenamiento de la Comunidad Autónoma según el Reglamento parlamentario y mediante el procedimiento establecido al efecto, pero con naturaleza jurídica, pues para que resultase admisible la impugnación, el acto impugnado siquiera inicialmente debía tener capacidad para producir efectos jurídicos. Según el Tribunal, el Principio primero de la Resolución impugnada, en cuanto declara la soberanía del pueblo de Cataluña, es susceptible de producir efectos jurídicos, por lo que consideró admisible la impugnación.

Respecto de la soberanía, el Tribunal consideró que “La cualidad de soberano del pueblo de Cataluña se predica de un sujeto creado en el marco de la Constitución, por poderes constituidos en virtud del ejercicio del derecho a la autonomía reconocido por la norma fundamental” y también manifestó que “La identificación de un sujeto dotado de la condición de sujeto soberano resultaría contraria a los principios de los arts.1.2 y 2 de la CE.”

Por ello, hizo lugar a la impugnación en relación con la cláusula primera, por lo que debe ser considerada inconstitucional o nula, desestimando la impugnación de las demás cláusulas, entre ellas el derecho a decidir, que según el tribunal no aparece como una manifestación de un derecho a la autodeterminación, o como una atribución de soberanía no reconocida en ella. Las referencias del derecho a decidir, de acuerdo a una interpretación constitucional no contradicen los enunciados constitucionales y lo mismo ocurre con los demás principios.⁴¹

Con posterioridad a la declaración de inconstitucionalidad en relación con la Resolución 5/X, del 23 de enero de 2013, y sosteniendo que

⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de España 72/2014 de 25 de marzo, (Hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolución/Show/23861).

el Parlamento de Cataluña era competente para convocar consultas populares, no refrendarias, dicho órgano aprobó la Ley 10/2014 del 26 de setiembre de 2014. En virtud de esta Ley el Presidente de la Generalidad de Cataluña dictó el Decreto 129/2017 del 27 de setiembre de ese año, a fin de convocar la consulta no refrendaria sobre el futuro político de Cataluña, con dos preguntas: “¿Quiere que Cataluña se convierta en un Estado?” y para el caso de respuesta afirmativa la segunda pregunta era: “¿Quiere que este Estado sea independiente?”⁴²

Tanto la Ley como el Decreto como unas actuaciones realizadas a través de la página web y otros medios, fueron impugnadas por el Gobierno español.

Mediante Sentencias 31/2015 y 32/2015, ambas del 25 de febrero 2015, el Tribunal Constitucional resolvió las impugnaciones declarando, respectivamente, la inconstitucionalidad de la Ley y del Decreto, y por Decreto 138/2015 del 11 de junio de ese año, declaró la inconstitucionalidad de las actuaciones realizadas por la Generalitat de Cataluña en relación con el proceso de participación ciudadana.

No obstante ello, el Parlamento y el Gobierno de Cataluña adoptaron diversas decisiones en relación con el proceso de participación ciudadana con el objeto de propiciar la futura constitución de un Estado independiente.⁴³

El Parlamento de Cataluña, luego de las elecciones, aprobó la Resolución I/XI del 9 de noviembre de 2015, sobre el inicio del proceso político en Cataluña, que proclamaba solemnemente el inicio del proceso de creación de un Estado independiente en forma de república y la apertura de un proceso constituyente, afirmando también que la Cámara no se supeditaría a las decisiones del Estado español, en particular del Tribunal Constitucional.⁴⁴

Como evidentemente la Resolución vulneraba la Constitución española y además el Estatuto de Autonomía de Cataluña, pues autonomía

⁴² BOE.es-Documento CE-D-2017-793, en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2017-793>, pág. 7.

⁴³ *Ibidem*, pág. 8.

⁴⁴ *Ídem*.

no significa soberanía, la sentencia del Tribunal Constitucional 259/2015 del 2 de diciembre declaró su inconstitucionalidad.

Un hito importante en este proceso es la Ley del Parlamento de Cataluña 19 /2017 del 6 de setiembre de ese año, relativa al referéndum de autodeterminación. Esta ley hace referencia, entre los fundamentos, a textos internacionales sobre Derechos Humanos, como los Pactos sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobados por la Asamblea General y ratificados por España en 1977, que reconocen el derecho de los pueblos a la autodeterminación como el primero de los derechos humanos. Según lo establecido por el artículo 96 de la Constitución española todos los tratados internacionales ratificados por España forman parte de su ordenamiento jurídico.⁴⁵

Sin embargo, en este punto me permito recordar que la libre determinación de los pueblos tiene dos aspectos, uno referido al orden interno de un Estado, y otro, al orden externo. En el orden externo se aplica la libre determinación que puede llegar hasta la independencia, sin discusión, a los casos de descolonización y a pueblos sometidos al yugo extranjero. Esta limitación ha ido evolucionando y podría decirse que en la actualidad también podría aplicarse excepcionalmente a grupos minoritarios no coloniales en casos en que se atente de manera grave contra la autodeterminación interna de esos pueblos. Ello ocurriría si no pudiesen participar en los gobiernos ya sean nacional o locales, que les esté vedado elegir las autoridades o ser elegidos, es decir un grado mayúsculo de discriminación, pues de otro modo lo que prescriben estos pactos, así como la resolución, es que deben respetarse todos los derechos de las minorías.

Interpretar de otro modo estas disposiciones atentaría contra la integridad territorial de los Estados, que es un bien altamente protegido por las disposiciones internacionales.

A pesar de las impugnaciones efectuadas por el Estado español a todas las leyes y decretos que avanzaron sobre el tema de la independencia, la Ley del Parlamento de Cataluña 19/17,⁴⁶ establece en su Artículo 1º que “regula la celebración del referéndum de autodeterminación vinculante

⁴⁵ Ibídem, pág. 1.

⁴⁶ Noticias.juridicas.com/base datos/CCAA/604479-1-19-2017-de-6-sep-ca-cataluna-referendum-de-autodeterminación_html

sobre la independencia de Cataluña, sus consecuencias en función de cuál sea el resultado y la creación de la Sindicatura Electoral de Cataluña”. El Artículo 2° vuelve a lo manifestado en instrumentos anteriores cuando afirma que “el pueblo de Cataluña es un sujeto político y soberano y como tal ejerce el derecho a decidir libre y democráticamente su condición política”. Por su parte, el Artículo 3° establece en su apartado 1) que “el Parlamento de Cataluña actúa como representante de la soberanía del pueblo de Cataluña” y el apartado 2) dispone que esta Ley “prevalece jerárquicamente sobre todas aquellas normas con las que pueda entrar en conflicto, en tanto que regula el ejercicio de un derecho fundamental e inalienable del pueblo de Cataluña”. El Artículo 4° convoca a la ciudadanía de Cataluña a decidir sobre su futuro político mediante la celebración de un referéndum y determina en su apartado 2) la pregunta que se deberá formular: “¿Quiere que Cataluña sea un Estado independiente en forma de República?”. El referéndum tendrá el carácter de vinculante, de acuerdo con el apartado 3). Según el apartado 4), si el recuento de los votos válidamente emitidos da como resultado que hay más afirmativos que negativos, “implica la independencia de Cataluña.” El apartado 4) determina que en caso de mayoría de votos afirmativos, el Parlamento de Cataluña, dentro de los dos días siguientes a la proclamación de los resultados por parte de la Sindicatura electoral, celebrará una sesión ordinaria para efectuar la declaración formal de la independencia de Cataluña, sus efectos y acordar el inicio del proceso constituyente.

El Abogado del Estado español en nombre del Gobierno presentó recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2017 del 6 de setiembre, referente al referéndum de autodeterminación que tuvo registro en el citado Tribunal el 7 de setiembre de 2017. Entre los antecedentes presentados, el escrito manifiesta que el recurso trasciende a lo que constituye un proceso constitucional ordinario, “pues la Ley impugnada supone una de las mayores afrentas a la Constitución española que por parte de un Parlamento autonómico puede concebirse en un Estado democrático y de derecho...”⁴⁷

Asimismo agregó que:

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional núm.4334, declarando la inconstitucionalidad y nulidad de la Ley de Cataluña 19/2017 de 6 de setiembre, denominada “del referéndum de autodeterminación” en https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2017-074_/2017-4334STC.pdf, pág. 2.

“la sola lectura de esos primeros cuatro preceptos legales, sobre los que pivota el resto del articulado, permite adelantar la inconstitucionalidad íntegra de la Ley impugnada, en la medida en que se sitúa *ab origine* extramuros de la legalidad constitucional, constituyéndose como norma suprema al margen por completo de la Constitución. El Parlamento de Cataluña, asumiendo sin derecho alguno la inexistente soberanía del pueblo catalán, hurta con esta norma al verdadero sujeto soberano del poder constituyente, esto es, al pueblo español en su conjunto, una decisión de esencial trascendencia constitucional: la secesión unilateral de una parte de su propio territorio”.⁴⁸

También se planteó que la Ley 19/17 vulneraba los procedimientos necesarios para una reforma constitucional, al prever un referéndum secesionista, que implicaba ‘*per se*’ una sustitución del régimen constitucional.⁴⁹

Atento que entre los fundamentos de la Ley 19/17 se halla la calificación del derecho a la autodeterminación de los pueblos como el primer derecho humano, citando el derecho internacional y el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, el escrito del Abogado del Estado español vierte consideraciones también sobre los aspectos internacionales.

El Tribunal Constitucional empieza por señalar la anómala fórmula de promulgación por parte del Presidente de la Generalidad que no lo hace “en nombre del Rey” y “por su condición de representante ordinario del pueblo de Cataluña”, sino que se refiere directamente a su aprobación por el Parlamento de Cataluña. También destaca que en el Preámbulo se invocan entre sus fundamentos algunas resoluciones del Parlamento de Cataluña relativas al derecho de autodeterminación, que han sido enjuiciadas y declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional.

Asimismo, cabe destacar algunos puntos claves de la sentencia, como cuando expresa:

“Tanto la anómala fórmula de promulgación como las señaladas menciones del preámbulo anuncian lo ya inequívoco en el articulado de la Ley, en el que se proclama la ‘soberanía del pueblo de Cataluña’ (art.2), diferenciada de la nacional, que la Constitución residencia en el pueblo

⁴⁸ *Ibidem*, pág. 6.

⁴⁹ *Ídem*.

español (art. 1.2.CE). También se identifica al Parlamento, autor de esta Ley, como ‘representante’ de aquella ‘soberanía’ (art.3.1) así como la supremacía jurídica de la Ley 19/2017 sobre cualesquiera otras normas que pudieran contradecirla. Esto último se afirma en el art.3.2...”.⁵⁰

De acuerdo con la sentencia:

“La Ley 19/2017 no busca fundamentarse...ni en la Constitución ni en el propio EAC, pero sí pretende hacerlo en un supuesto ‘derecho a la autodeterminación’ (art.3.3) que se dice ‘fundamental e inalienable del pueblo de Cataluña’ (art.3.2.), que, según se afirma ‘forma parte del ordenamiento jurídico vigente’ (art.3.3). Estos enunciados normativos entroncan con la invocación que el preámbulo realiza a determinados tratados internacionales de los que España es parte, en los que aquel ‘derecho de los pueblos a la autodeterminación’ se habría reconocido como ‘el primero de los derechos humanos’, citándose al respecto los artículo 96 y 10.2 C.E.”⁵¹

En relación con los Pactos internacionales, manifiesta que:

“Es cierto que tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 19 de diciembre de 1966, como en el de derechos Económicos y Sociales, de igual fecha, de los que España es parte, se proclama, y así lo recuerda el preámbulo de esta Ley 19/2017, que ‘Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación’ (art.1.1 de uno y otro tratado). No lo es menos que diversas resoluciones inequívocas de las Naciones Unidas, en cuyo ámbito se suscribieron aquellos pactos, han acotado ese derecho, entendido como pretensión de acceso unilateral a la independencia, a los casos de ‘sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras’. Fuera de ellos ‘todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas’, como se afirma en los números 1 y 6 de la Declaración sobre la concesión de la independencia a países y pueblos coloniales, aprobada por la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1960”.⁵²

En este sentido también cita el párrafo tercero del punto uno de la Declaración 50/6 de las Naciones Unidas que expresa:

“Seguir reafirmando el derecho de todos los pueblos a la libre determinación, teniendo en cuenta la situación particular de los pueblos

⁵⁰ Ibidem, pág. 22

⁵¹ Ibidem, pág. 23.

⁵² Ibidem, pág. 25.

sometidos a dominación colonial o a otras formas de dominación u ocupación extranjeras, y reconociendo a los pueblos a tomar medidas legítimas, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, encaminadas a realizar su derecho inalienable a la libre determinación. Nada de lo anterior se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de los Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción alguna”⁵³.

En otra parte de la sentencia se afirma:

“Los principios constitucionales así contradichos de manera frontal son indisociables... El imperio de la Constitución como norma suprema...declarado expresamente por su art. 9.1, trae causa de que la Constitución misma es fruto de la determinación de la Nación soberana por medio de un sujeto unitario, el pueblo español, en el que reside aquella soberanía y del que emanan los poderes del Estado. Se destaca también que la soberanía de la Nación, residenciada en el pueblo español, conlleva necesariamente su unidad (art.2 CE) mediante la que la Nación misma se constituye, al propio tiempo, en Estado social y democrático de derecho. Un Estado único, común para todos y en todo el territorio, sin perjuicio de su articulación compuesta o compleja por obra del reconocimiento constitucional de autonomías territoriales, siendo así el art.1.2 CE base de todo nuestro ordenamiento jurídico...”⁵⁴.

Atento todos los argumentos que plasma en su sentencia, el Tribunal Constitucional manifestó que estaba obligado a declarar la inconstitucionalidad y nulidad, en su integridad, de la ley del Parlamento de Cataluña 19/2017, de 6 de septiembre referente al referéndum de autodeterminación y así lo decidió en su sentencia del 17 de octubre de 2017.

Este caso también tiene final abierto y el Tribunal Constitucional de España, así como el Gobierno central español han sido muy concluyentes con la inconstitucionalidad de las leyes de Cataluña, con la posición de que la independencia solo corresponde a los pueblos coloniales y a aquellos sometidos a dominación extranjera y no ha dado un mínimo rayo de luz a

⁵³ Ídem.

⁵⁴ Ibídem, pág. 30.

las aspiraciones de Cataluña, como lo ha hecho Canadá con la Ley de Claridad. Por otro lado, la desobediencia de Cataluña ha sido marcada y se han producido situaciones que exceden este trabajo pero que demuestra que la pretensión independentista está lejos de deponerse.

V. CASO KOSOVO Y LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CIJ

Kosovo constituía una Provincia autónoma dentro de Serbia, por lo tanto es muy importante para este trabajo analizar la declaración unilateral de independencia que se produjo el 17 de febrero de 2008 de una parte del territorio de ese país habitado por un grupo étnico diferente del eslavo, pero no colonial, como así también la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia que se refiere a los principios de libre determinación de los pueblos y al de integridad territorial, justamente en esos casos no coloniales.

Para ello, haré referencia a la situación de violencia que se vivía en la región y a las Resoluciones del Consejo de Seguridad aprobadas en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas porque este órgano consideraba que la situación de Kosovo constituía una amenaza a la paz y seguridad internacionales, y sobre todo la Resolución 1244 de fecha 10 de junio de 1999 que estableció una presencia civil y otra de seguridad con instituciones provisorias para Kosovo, con el objeto de constituir una verdadera autonomía en esta Provincia pero, en las Resoluciones, parecía *prima facie* que debía respetarse siempre la integridad territorial de la entonces República Federal de Yugoslavia, finalmente República Serbia.

Como no se pudo arribar a un acuerdo entre las partes en conflicto, a pesar de la presencia internacional, que instituyó el Consejo de Seguridad, todo llevó a la declaración unilateral de independencia de Kosovo. Se debe clarificar en este punto si el autor de dicha declaración fue la Asamblea de Kosovo, o el pueblo de Kosovo y si los autores eran competentes para hacerlo. Estos puntos han sido estudiados en forma pormenorizada en la Opinión Consultiva emitida por la Corte Internacional de Justicia, el 22 de julio de 2010.”⁵⁵

El contexto más general de este caso se halla en el

⁵⁵ CIJ, “Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d’indépendance relative au Kosovo, avis Consultatif, Recueil 2010, pág. 403.

desmembramiento de la ex Yugoslavia como consecuencia del fin de la guerra fría, como lo fue el de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y de Checoslovaquia. Entre 1991 y 2006 Yugoslavia se desmembró en las siguientes seis Repúblicas: Eslovenia, Croacia, Bosnia-Herzegovina, Montenegro, Macedonia y Serbia. A pesar del desmembramiento, aún cuando estaba integrada solo por Serbia y Montenegro, siguió llamándose República Federal de Yugoslavia hasta 2003 en que pasó a ser Serbia y Montenegro. Posteriormente en 2006 se separaron también las citadas Repúblicas. El caso de estos desmembramientos eran distintos a Kosovo, pues el territorio de este último era parte de Serbia.

Esta región originariamente estuvo poblada por serbios, pero la llegada del Imperio otomano desplazó al pueblo eslavo y en su lugar se pobló de albaneses, cuya religión en su mayoría es el islam.

En líneas generales se puede decir que en el siglo XIX el Principado de Serbia pudo recuperar su autonomía y el Tratado de Londres de 1913 le devolvió el territorio de Kosovo. Durante el Gobierno de Tito aumentó la autonomía de Kosovo y la Constitución de 1974 dio origen a la Provincia Autónoma Socialista de Kosovo. Con posterioridad a la muerte de Tito y a partir de 1989, las autoridades yugoslavas impusieron una política represiva sobre la población albanesa de Kosovo, derogando el estatuto de autonomía y estableciendo el control directo serbio sobre su administración. Se produjo, a partir de 1998, un enfrentamiento armado generalizado entre Serbia y la guerrilla albano-kosovar denominada “Ejército de Liberación de Kosovo” (ELK).⁵⁶ Las relaciones antagónicas entre serbios y kosovares fue *in crescendo*, por las acciones de las dos partes, hasta que se produjo una verdadera guerra que se prolongó entre finales de febrero de 1998 y el 11 de junio de 1999. En febrero de 1999 se celebró en Rambouillet (Francia) una Conferencia de Paz entre Serbia y los separatistas de Kosovo. Los Acuerdos de Rambouillet fueron el resultado de las negociaciones que se llevaron a cabo entre ambas delegaciones bajo el mando del Secretario General de la NATO, pero participaron también otros negociadores como el Grupo de Contacto, que había convocado la reunión, integrado por representantes de Estados Unidos, la Unión Europea y Rusia y bajo la presidencia de los Ministros de Relaciones Exteriores del Reino Unido y Francia, países también miembros del Grupo.

⁵⁶ Alfonso J. Iglesias Velasco, “La Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK), en “*Revista CIDOB D’Afers Internacionals*”, núm.56, pág. 116.

El 4 de junio de 1999 por nota dirigida al Secretario General, el Representante Permanente de Francia ante las Naciones Unidas remitió en nombre de los copresidentes de la Conferencia de Rambouillet, el “Acuerdo Provisional de Paz y Gobierno Autónomo de Kosovo”⁵⁷ que finalmente no fue suscripto por Yugoslavia, entre otras cosas por otorgar demasiada autonomía a Kosovo y por la presencia de las tropas de la NATO.

Desde el 24 de marzo hasta junio de 1999 la NATO realizó una ofensiva aérea continuada sobre ciertos objetivos de Yugoslavia con el supuesto fin de obligar a ese país a aceptar y cumplir el plan de Paz de Rambouillet, pero sin haber estado expresamente autorizada para ello por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.⁵⁸

Cabe señalar que el Consejo de Seguridad estuvo siempre activo pues ya la Resolución 1160 del 31 de marzo de 1998, condenaba: “el uso de la fuerza excesiva por las fuerzas policiales serbias contra civiles y manifestantes pacíficos en Kosovo, así como todos los actos de terrorismo del Ejército de Liberación de Kosovo o cualquier otro grupo o persona y todo el apoyo externo a las actividades terroristas en Kosovo, incluidas la financiación, la provisión de armas y el adiestramiento” y también es importante destacar que en esta Resolución se afirmaba “el compromiso de todos los estados Miembros de respetar la soberanía y la integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia”. El Consejo de Seguridad consideraba que el problema se solucionaría con diálogo y con un proceso político auténtico, con el objeto de alcanzar una mayor autonomía de Kosovo y el respeto de los derechos de esa minoría kosovar pero como integrante de la República Federal de Yugoslavia, como en esa época aún se llamaba. En esta Resolución aprobó una serie de acciones con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pues consideró que la situación era muy grave.

Para ello es importante destacar el punto 5 de la Resolución cuando manifiesta que:

“Concuerda, sin perjuicio de los resultados que arroje ese diálogo, con la propuesta formulada en las declaraciones del Grupo de Contacto de fechas 9 y 25 de marzo de 1998 en el sentido de que los principios relativos

⁵⁷ Documento del Consejo de Seguridad, S/1999/648.

⁵⁸ Alfonso J. IGLESIAS VELASCO, *op.cit.*, pág. 117.

a una solución para el problema de Kosovo deberían basarse en la integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia y ajustarse a las normas de la OCSE, incluidas las establecidas en el Acta Final de Helsinki de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa de 1975 y en la Carta de las Naciones Unidas, y de que esa solución debe también tener en cuenta los derechos de los albaneses de Kosovo y de todos los que viven en Kosovo y expresa su apoyo a un mejoramiento de la condición jurídica de Kosovo que entrañe un grado sustancialmente mayor de autonomía y de administración propia satisfactoria”.

Como continuaba la situación crítica, y siempre actuando de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad aprobó la Resolución 1199 (1998) en la que expresó una gran preocupación por los informes que llegaban al Secretario General acerca de que más de 230.000 personas había sido desplazadas de sus hogares y por el uso indiscriminado de la fuerza por parte de las fuerzas de seguridad serbias y la República Federativa de Yugoslavia y exigió que todas las partes cesasen las hostilidades y mantuviesen un alto al fuego, pero las hostilidades y la inestabilidad continuaron e incluso a partir del 24 de marzo de 1999 hubo bombardeos de parte de la NATO.

Posteriormente el Consejo de Seguridad, actuando asimismo en el marco del Capítulo VII de la Carta, aprobó la Resolución 1244 (1999) el 10 de junio de 1999 que preveía una presencia internacional militar en el lugar denominada KFOR y una presencia internacional civil denominada Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (MINUK) y acogió con beneplácito la aceptación por parte de Yugoslavia de esas presencias. Cabe acotar en este último punto que, según Tomuschat, esa conformidad fue dada bajo presión y con la posibilidad cierta de que prosiguieran las operaciones de la NATO.⁵⁹

Una de las obligaciones impuestas al Secretario General de las Naciones Unidas consistía en presentar periódicamente informes sobre la aplicación de la resolución, incluidos los referentes a las presencias internacionales civil y de seguridad, las que tendrían un periodo inicial de permanencia de 12 meses y se mantendrían después a menos que el Consejo de Seguridad resolviese otra cosa.

⁵⁹ Christian TOMUSCHAT, *op.cit.*, pág. 33.

La Resolución estaba acompañada de un Anexo I cuyos principios sobresalientes consistían en el establecimiento de una administración provisional para Kosovo con arreglo a lo que decidiese el Consejo de Seguridad y un proceso político encaminado al establecimiento de un acuerdo sobre un marco político provisional que debía prever un gobierno autónomo sustancial para Kosovo. Para ello deberían tenerse en cuenta los acuerdos de Rambouillet y los principios de soberanía e integridad territorial de Yugoslavia.

En el Anexo II de la Resolución del Consejo de Seguridad 1244 (1999) del 10 de junio, siguiendo las ideas de los Acuerdos de Rambouillet, se desarrollaron principios para lograr una solución de la crisis de Kosovo, uno de ellos consistente en la solicitud al Secretario General para que designase, en consulta con el Consejo de Seguridad, a un Representante Especial para que coordinase estrechamente esa presencia civil con otra presencia de seguridad a fin de que ambas se orientasen hacia los mismos objetivos y se apoyasen mutuamente.

Tomuschat manifestó en el trabajo citado más arriba: *“Never before had the Security Council exerted its mandate in such draconian fashion, imparting instructions on how the internal constitutional order of a sovereign State should be framed⁶⁰ y también consideró que la Resolución del Consejo de Seguridad 1244 (1999), “...can be deemed to constitute the first formalized decision of the international community within a sovereign State may under specific circumstances enjoy a right of self determination.”⁶¹ Este caso muy excepcional estaría en línea con la opinión de la Corte Suprema de Canadá que hemos analizado en este trabajo.*

Sin embargo, como veremos, en la Opinión de la Corte Internacional de Justicia, las especiales circunstancias del caso no fueron tomadas como el argumento clave para fundamentar jurídicamente y con carácter excepcional, la declaración unilateral de independencia.

A pesar de que en todas las resoluciones se destacaba que lo que se pretendía era alcanzar una autonomía aceptable para Kosovo y siempre respetando el principio de la integridad territorial de Yugoslavia, se produjeron innumerables problemas que derivaron en que el 17 de febrero

⁶⁰ Christian TOMUSCHAT, *op. cit.*, pág. 33.

⁶¹ Christian TOMUSCHAT, *op. cit.*, pág. 34.

de 2008 se declarara en forma unilateral la Independencia de Kosovo respecto de Serbia.

Producida esa Declaración de independencia, la Asamblea General aprobó el 8 de octubre de 2008 la Resolución 63/3 con el objeto de solicitar a la Corte Internacional de Justicia la siguiente Opinión Consultiva: “La déclaration unilatérale d’indépendance des institutions provisoires d’administration autonome du Kosovo est-elle conforme au droit international?”

Un punto para dilucidar consiste en aclarar si esa declaración unilateral se encuadró en el orden interno de Yugoslavia en ese momento o incluso en el de la Provincia autónoma de Kosovo que, en principio, no establecía la posibilidad de secesión o en el derecho internacional y en este último caso cuáles serían las normas aplicables. De esa forma descubriremos si existen diferencias o puntos en común respecto de otros casos como la pretendida secesión de Quebec con respecto de Canadá o de Cataluña respecto del Reino de España.

Por nota fechada el 8 de octubre de 2008 dirigida al Secretario de la Corte quién recibió el original del pedido de Opinión Consultiva el 15 del mismo mes, el Secretario General de las Naciones Unidas le comunicó oficialmente la decisión de la Asamblea de someterle el pedido de Opinión Consultiva sobre la cuestión de Kosovo.

La Corte, una vez analizados los distintos aspectos que hacen a la admisibilidad del pedido de Opinión Consultiva, tal como se le formulara la pregunta, se abocó a estudiar el contexto fáctico que condujo a la adopción de la declaración de independencia de forma unilateral.

Con tal objeto, la Corte consideró que debía referirse a las características del régimen que el Consejo de Seguridad estableció por vía de la citada Resolución 1244 (1999) y de los reglamentos promulgados en su consecuencia, a fin de asegurar la administración provisional de Kosovo. También manifestó que debía referirse a los hechos que ocurrieron en el marco del proceso de determinación del estatuto final para ese territorio, antes de examinar los acontecimientos del 17 de febrero de 2008.⁶²

⁶² CIJ, “*Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d’indépendance relative au Kosovo, avis Consultatif, Recueil*” 2010, pág. 426.

Según la Corte, la citada Resolución 1244 (1999) se proponía remediar una situación humanitaria grave y autorizaba al Secretario General a establecer una presencia internacional civil en Kosovo con el objeto de instaurar una administración provisional, efectuar la supervisión de las instituciones de autoadministración democrática provisionales y poner fin al conflicto armado en Kosovo. La Resolución exigía que la República Federativa de Yugoslavia pusiera inmediatamente fin a la violencia y a la represión y que realizara una retirada verificable y escalonada de todas las fuerzas militares, paramilitares y de policía siguiendo un calendario estricto.

También decidió que se desplazaran a Kosovo, bajo la égida de las Naciones Unidas, las presencias internacionales tanto civil como de seguridad que habían recibido el beneplácito de Yugoslavia, aún cuando en doctrina se plantearon dudas sobre la espontaneidad de ese consentimiento, como acoté más arriba. Pero la misma Resolución exigía que la Armada de Liberación de Kosovo (ALK) y los otros grupos armados de Albania y Kosovo pusieran inmediatamente fin a todas las operaciones ofensivas y que cumplieran todas las exigencias en materia de desmilitarización.

El artículo 11 de la Resolución daba las pautas para la instauración en Kosovo de la autonomía y de la autoadministración hasta que se adoptara un reglamento definitivo y su inciso e) resume un poco todas las demás al prescribir: *“faciliter un processus politique visant a déterminer le statut futur du Kosovo, en tenant compte des accords de Rambouillet (S/1999/648)”* y el inciso f) establece: *“a un stade final, superviser le transfert des pouvoirs des institutions provisoires du Kosovo aux institutions qui auront été établies dans le cadre d’un règlement politique...”*

El 12 de junio de 1999 el Secretario General presentó al Consejo de Seguridad, de conformidad con el artículo 10 de la Resolución 1244 (1999) un Plan de Operación preliminar para la organización del conjunto de la presencia civil bajo la denominación *“Mission d’administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo”*, (MINUK) que estaría dirigida por un Representante Especial del Secretario General elegido por este en consulta con el Consejo de Seguridad. El Representante Especial tendría cuatro representantes especiales adjuntos que prestarían colaboración en los siguientes temas. Respecto de la Misión Civil Provisional, el rol principal lo cumplirían las Naciones Unidas; en cuanto a los asuntos humanitarios, lo

ejercería el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados; para la creación de instituciones, el rol principal quedaba en cabeza de la Organización para la Seguridad y la Cooperación de Europa (OSCE) y, respecto de la reconstrucción, lo sería la Unión Europea.⁶³

El Representante Especial dictó, el 25 de junio de 1999, el Reglamento N° 1999/1 de la MINUK en el que se establecía que los poderes legislativo y ejecutivo referentes a Kosovo, incluyendo la administración de justicia, le serían conferidos. El mismo Reglamento expresaba en su Sección 3 que continuarían en vigor las leyes aplicables en el territorio de Kosovo con anterioridad al 24 de marzo de 1999 en la medida que no entraran en conflicto con las normas internacionalmente reconocidas en materia de derechos humanos ni con la no discriminación ni con la ejecución del mandato conferido por la Resolución 1244/1999 a la MINUK. La Sección 3 fue derogada por el Reglamento N° 1999/25 de la MINUK, promulgado por el Representante Especial el 12 de diciembre de 1999, por lo cual la ley aplicable en Kosovo serían los reglamentos promulgados por el Representante Especial y sus textos subsidiarios y la legislación en vigor el Kosovo el 22 de marzo de 1989.

Los poderes y responsabilidades enunciados en la Resolución 1244 (1999) fueron expuestos en forma más exhaustiva en el Reglamento N° 2001/9 de fecha 15 de mayo de 2001 relativo al marco constitucional para una administración autónoma provisoria de Kosovo. Dicho marco constitucional definió las responsabilidades de la administración de Kosovo, que incumbían al Representante Especial y a las instituciones provisionales para la administración autónoma de Kosovo, pero el preámbulo del marco constitucional establece que:

“l'exercice des responsabilités des institutions provisoires d'administration autonome au Kosovo ne peut empêcher en aucun cas le représentant spécial du Secrétaire général de statuer en dernier ressort sur la mise en œuvre de la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité”.⁶⁴

El Secretario General designó, en junio de 2005, a M. Kai Eide, que se desempeñaba como Representante Permanente de Noruega ante la NATO, como enviado especial encargado de realizar un examen global sobre la situación de Kosovo y, una vez elaborado su informe, los miembros del

⁶³ CIJ, ibídem pág. 428.

⁶⁴ CIJ, ibídem, pág. 429.

Consejo de Seguridad acordaron la necesidad de comenzar el proceso de determinación del estatuto final de Kosovo dando su apoyo al Secretario General para comenzar el proceso político.⁶⁵

En noviembre de 2005, el Secretario General de las Naciones Unidas nombró a un expresidente de Finlandia, M.Martti Ahtisaari, como Enviado Especial a fin de que llevara a cabo dicho proceso, nombramiento que fue ratificado por el Consejo de Seguridad. Adjunto al nombramiento se hallaba un documento titulado “Mandato” de acuerdo con el cual el Enviado Especial debía rendir cuentas al Secretario General de todas las etapas del proceso. El Consejo de Seguridad no hizo ningún comentario sobre ese Mandato⁶⁶ y solo agregó a título de referencia el texto de Principios Rectores, elaborado por el Grupo de Contacto. Esos principios indicaban especialmente que:

*“...Un règlement négocié devrait être une priorité pour la communauté internationale. Une fois que le processus sera engagé, il ne pourra plus être bloqué et devra être mené à son terme. Le groupe de contact demande aux parties d’y participer de bonne foi et de manière constructive, de s’abstenir de toute mesure unilatérale et de rejeter toute forme de violence...”*⁶⁷

*“Le Conseil de sécurité demeurera activement saisi de la question et devra approuver la décision finale sur le statut du Kosovo”.*⁶⁸

A partir de esa designación es muy importante, tal como lo hizo la Corte, hacer un análisis cronológico de los hechos que se sucedieron. En primer lugar, cabe destacar que entre las delegaciones de Serbia y de Kosovo tuvieron lugar múltiples negociaciones entre el 20 de febrero y el 8 de setiembre de 2006 sobre cuestiones de descentralización de las funciones gubernamentales y administrativas en esa Provincia, el patrimonio cultural, los sitios religiosos, cuestiones económicas y de los derechos de las comunidades, pero sus posiciones según el Secretario General estaban sumamente alejadas en cada uno de los temas.⁶⁹

El 2 de febrero de 2007, el Enviado Especial sometió a las partes un proyecto de Reglamento sobre el estatuto de Kosovo y los invitó a realizar

⁶⁵ CIJ, *ibidem*, pág. 430.

⁶⁶ CIJ, *idem*.

⁶⁷ CIJ, *ibidem*, pág. 431.

⁶⁸ CIJ, *idem*.

⁶⁹ CIJ, *idem*.

un proceso de consultas, pero tampoco se obtuvieron resultados.⁷⁰

El 26 de marzo del mismo año, el Secretario General sometió al Consejo de Seguridad el informe de su Enviado Especial en el cual este decía que después de las múltiples negociaciones bilaterales y consultas con expertos se hacía evidente que las partes no se iban a poner de acuerdo sobre el estatuto futuro de Kosovo, y manifestó que la continuación de las negociaciones no permitiría salir del *impasse*.

El Enviado Especial concluyó:

*“Le moment est venu de régler le statut du Kosovo. Ayant interrogé attentivement l’histoire récente du Kosovo et ses réalités présentes et tenu des négociations avec les parties, je suis parvenu à la conclusion que la seule option viable pour le Kosovo est l’indépendance, en un premier temps sous la supervision de la communauté internationale”.*⁷¹

Las conclusiones del Enviado Especial fueron acompañadas del texto definitivo de una proposición global de Reglamento sobre el estatuto futuro de Kosovo, que preveía la creación inmediata de una comisión constitucional encargada de redactar una constitución para Kosovo y enunciaba un gran número de exigencias sobre los principios y disposiciones que debían figurar en ese texto constitucional. Requería que la Asamblea de Kosovo lo aprobara por dos tercios de votos en un plazo de 120 días. Además estaba previsto que el mandato de la MINUK expirara cumplido un plazo de 120 días a cuyo fin todos los poderes legislativos y ejecutivos que le habían sido confiados pasarían en bloc a las autoridades del gobierno de Kosovo.⁷²

También se establecía que las elecciones legislativas y municipales debían realizarse a más tardar nueve meses después de la entrada en vigor de la Constitución y además preveía el nombramiento de un representante civil internacional que en última instancia sería la autoridad competente para interpretar el Reglamento, pero cuyo mandato debería ser revisado no más allá de dos años desde la entrada en vigor del Reglamento a fin de reducir progresivamente su intervención.⁷³

⁷⁰ CIJ, ídem.

⁷¹ CIJ. Ibídem, pág. 432.

⁷² CIJ, ídem.

⁷³ CIJ., ibídem, pág. 433.

El Secretario General suscribió plenamente las recomendaciones de su Informe sobre el estatuto futuro de Kosovo y sobre el Reglamento y los remitió al Consejo de Seguridad. Este órgano de las Naciones Unidas envió una misión a Kosovo sin llegar a una decisión en cuanto al estatuto final⁷⁴.

Las negociaciones fueron retomadas por una troika compuesta por representantes de los Estados Unidos, la Unión Europea y la Federación Rusa y se desarrollaron entre el 9 de agosto y el 3 de diciembre de 2007 pero tampoco obtuvieron un acuerdo y en su informe dejaron aclarado que ninguna de las dos partes quería ceder en un punto esencial como era la soberanía.⁷⁵

El 17 de noviembre de 2007 se desarrollaron las elecciones para designar los miembros de la Asamblea de Kosovo y de treinta Asambleas municipales y de sus alcaldes y la Asamblea de Kosovo tuvo su sesión inaugural el 4 y el 9 de enero de 2008.

El 17 de febrero se reunió la Asamblea en sesión extraordinaria y recordando los años de negociaciones bajo la égida de la comunidad internacional y deplorando que no se hubiese alcanzado un acuerdo sobre un estatuto aceptable para las dos partes, se declararon resueltos a establecer el estatuto para terminar con los conflictos y realizar plenamente el potencial democrático de la sociedad de Kosovo.⁷⁶

La parte dispositiva de la Declaración que se produjo, expresa en el primer punto:

“1. Nous, dirigeants démocratiquement élus de notre peuple, déclarons par la présente que le Kosovo est un État souverain et indépendant. Cette déclaration reflète la volonté du peuple et est en pleine conformité avec les recommandations de l’ Envoyé spécial du Secrétaire général de l’ONU, Martti Ahtisaari, et avec sa Proposition globale de Règlement portant statut du Kosovo”⁷⁷

En la Declaración se comprometieron a proteger y promover los derechos de todas las comunidades de Kosovo y de su participación efectiva

⁷⁴ CIJ., ídem.

⁷⁵ CIJ., ídem.

⁷⁶ CIJ, íbidem, pág. 434.

⁷⁷ CIJ, ídem.

en los procesos políticos y en la toma de decisiones y a cumplir con las obligaciones internacionales de Kosovo, incluidas las asumidas en nombre de Kosovo por la MINUK.⁷⁸

Ante esta Declaración, la República de Serbia informó al Consejo de Seguridad que constituía una secesión impuesta y unilateral de una parte de su territorio y que no tendría ningún efecto jurídico ni respecto de Serbia ni en relación con el derecho internacional. El Consejo de Seguridad celebró el 18 de febrero de 2008 una sesión pública de urgencia en la que participó el Presidente de ese país quien denunció que la Declaración constituía un acto ilícito y considerada nula por la Asamblea Nacional de Serbia.⁷⁹

Llegado a este punto, la Corte se abocó al tema de fondo referente a la conformidad o no de la Declaración de independencia con el derecho internacional general y el específico aplicable a Kosovo, específicamente la Resolución del Consejo de Seguridad 1244 (1999), dentro de los cuales debía ser examinada la pregunta de la Asamblea General.

La Corte destacó que las declaraciones de independencia han sido numerosas desde el siglo XVIII, XIX y principio del siglo XX sin que en general esa práctica haya sido considerada como una transgresión al derecho internacional, que no la prohibía.

En la segunda mitad del siglo XX, el derecho internacional, en materia de autodeterminación, ha evolucionado para dar derecho a la independencia en beneficio de los pueblos de territorios no autónomos o de aquellos sometidos a la subyugación, a la dominación o explotación extranjera y así han nacido muchos Estados.⁸⁰

Es muy importante, para conocer el pensamiento de la Corte, destacar el siguiente párrafo: *“Il est toutefois également arrivé que des déclarations d’indépendance soient faites en dehors de ce contexte. La pratique des États dans ces derniers cas ne révèle pas l’apparition, en droit international, d’une nouvelle règle interdisant que de telle déclarations soient faites”*.⁸¹

⁷⁸ CIJ, ídem.

⁷⁹ CIJ, íbidem, pág. 435.

⁸⁰ CIJ, íbidem, pág. 436.

⁸¹ CIJ, ídem.

Respecto de la opinión de algunos participantes en el procedimiento ante la Corte, que consideraron que una interdicción estaba implícitamente contenida en el principio de integridad territorial, la Corte estuvo de acuerdo en que el principio de la integridad territorial constituye un elemento importante del orden jurídico internacional, consagrado por el artículo 2.4 de la Carta y en la Resolución 2625 (XXV). Según la Corte, ambos textos ponen a cargo de los Estados la obligación de abstenerse en sus relaciones internacionales, de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de otro Estado. En el mismo orden de idea, el Acta Final de la Conferencia de Helsinki sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa del 1° de agosto de 1975. Por tal motivo, la Corte expresa: “*La portée du principe de l'intégrité territoriale est donc limitée à la sphère des relations interétatiques*”.⁸²

Incluso Resoluciones del Consejo de Seguridad condenando ciertas declaraciones de independencia como en relación a Rodesia del Sur, el Norte de Chipre o la República Srpska no modifican esta concepción en virtud de que, según la Corte:

“...le Conseil de sécurité s'est prononcé sur la situation telle qu'elle se présentait concrètement lorsque les déclarations d'indépendance ont été faites: l'illicéité de ces déclarations découlait donc non de leur caractère unilatérale, mais du fait que celles-ci allaient ou seraient allées de pair avec un recours illicite à la force ou avec d'autres violations graves de normes de droit international générale, en particulier de nature impérative (jus cogens)”.⁸³

La Corte también se refirió al argumento, si bien esgrimido a título secundario por algunos participantes, de que la población de Kosovo tenía derecho de crear un estado independiente, ya fuera en nombre del derecho de autodeterminación o de un llamado “derecho de secesión-remedio”, pero consideró que ello excedía la pregunta formulada por lo que no se detendría en su análisis.

Para la Corte, la cuestión de saber si fuera de los territorios no autónomos existe el derecho a la autodeterminación o si existe un derecho a la secesión-remedio, ambos muy controvertidos, escapa a la pregunta

⁸² CIJ, ibídem, pág. 437.

⁸³ CIJ, ídem.

formulada en la Opinión Consultiva, porque para responder al pedido de la Asamblea general “...il suffit à la Cour de déterminer si la déclaration d’indépendance a violé le droit international général ou la *lex specialis* créée par la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité”⁸⁴

En mi opinión, si se admitiese que el “derecho de secesión-remedio” forma parte del derecho internacional, podría invocarse como un fundamento válido, por lo que hubiera sido necesario que la Corte se expidiera sobre la existencia de ese derecho.

En definitiva, la Corte opinó que la declaración unilateral de independencia no era violatoria del derecho internacional general.⁸⁵ A esta altura del análisis, consideró necesario examinar, para contestar la pregunta, la pertinencia jurídica de la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, que ha sido expresamente adoptada por ese órgano sobre la base de los artículos 24 y 25 y el Capítulo VII de la Carta por lo que impone claramente obligaciones jurídicas internacionales y ningún participante ha objetado que dicha Resolución forma parte del derecho pertinente aplicable a Kosovo.

Asimismo, algunos participantes estuvieron interesados en determinar si los Reglamentos adoptados por el Representante Especial en nombre de la MINUK, especialmente el Marco constitucional (Reglamento 2001/9), formaban parte del derecho internacional aplicable en el sentido del pedido de la Opinión Consultiva, pues plantearon que el cuadro constitucional era un acto interno y no de derecho internacional.⁸⁶

La Corte observó que los reglamentos de la MINUK, inclusive el Reglamento N° 2001/9 por el que fue promulgado el marco constitucional, fueron adoptados por el Representante Especial del Secretario General en virtud de los poderes que le fueron conferidos por la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y el marco constitucional tiene fuerza obligatoria derivada del carácter vinculante de la Resolución 1244/1999 y estaban en vigor el 17 de febrero de 2008.⁸⁷

⁸⁴ CIJ. *ibidem* pág. 438.

⁸⁵ CIJ. *Ídem*.

⁸⁶ CIJ, *ibidem*, pág. 439.

⁸⁷ CIJ, *ibidem*, p. 440.

Por lo expuesto, la Corte concluyó que la Resolución 1244/1999 del Consejo de Seguridad y el marco constitucional hacían parte del derecho internacional que debía considerarse para contestar la pregunta de la Asamblea General.⁸⁸

La Corte manifestó que la Resolución 1244/1999 debía interpretarse conjuntamente con los principios establecidos en sus Anexos 1 y 2, a los que hice referencia más arriba. Esos principios generales tuvieron por objeto solucionar la crisis de Kosovo, primero promoviendo el cese de la violencia y la represión y luego estableciendo una administración provisional y una solución a más largo plazo instaurando un marco político que preveía para Kosovo una autonomía sustancial que tuviera en cuenta los acuerdos de Rambouillet y la soberanía e integridad territorial de la entonces República Federal de Yugoslavia.⁸⁹ En definitiva:

“La Cour conclut donc que l’objet et le but de la résolution 1244 (1999) étaient d’établir un régime juridique temporaire de caractère exceptionnel qui s’est substitué, sauf lorsqu’il l’a expressément conservé, à l’ordre juridique serbe et visait à stabiliser le Kosovo; ce régime était censé s’appliquer à titre transitoire”⁹⁰.

Seguidamente, la Corte se pregunta si la Resolución 1244 (1999) o las medidas adoptadas en su consecuencia tuvieron por efecto prohibir específicamente toda declaración de independencia. Para ello estimó conveniente comenzar por determinar con precisión de quién emanó la Declaración de independencia.⁹¹ ¿Fue un acto de la Asamblea de Kosovo, en tanto que institución provisoria y actuando dentro del marco constitucional o, de lo contrario, en qué otra calidad actuó? Existen diversos puntos de vista pero la Corte notó que si bien en la reunión del 17 de febrero de 2008 en la que se adoptó, tanto el Presidente de la Asamblea como el Primer Ministro de Kosovo hicieron referencia a la Asamblea de Kosovo y al marco constitucional, sin embargo estimó que la declaración debe ser evaluada dentro de un contexto más general teniendo en cuenta los acontecimientos que han precedido su adopción sobre todo los vinculados al proceso de determinación del estatuto final.

⁸⁸ CIJ, ibídem, p. 442.

⁸⁹ CIJ, ibídem, pág. 444.

⁹⁰ CIJ, ídem.

⁹¹ CIJ, ídem.

En realidad, la Resolución no trata cuestiones relativas al estatuto final sino cuando establece las responsabilidades de la MINUK, entre las cuales está la de *“faciliter un processus politique visant a déterminer le statut futur du Kosovo, en tenant compte des accords de Rambouillet”*⁹² y *“à un stade final superviser le transfert des pouvoirs des institutions provisoires du Kosovo aux institutions qui auront été établies dans le cadre d’un règlement politique”*.⁹³

Según la Corte, se infiere de la Declaración de independencia que sus autores tomaron conciencia del fracaso de las negociaciones referentes al estatuto final ya que no se pudo arribar a un estatuto aceptable para ambas partes.⁹⁴ Al declarar la independencia, los autores no han actuado ni entendido actuar en calidad de instituciones nacidas de ese orden jurídico y habilitado a ejercer acciones en ese marco sino que han decidido adoptar una medida cuya importancia y efectos iban más allá. Refuerza esa posición que los autores se hubieran comprometido ante terceros Estados a respetar las obligaciones internacionales de Kosovo especialmente aquellas que había tomado la MINUK en su nombre, pero según el cuadro constitucional las relaciones exteriores las ejercía el Representante Especial.⁹⁵

Asimismo, la Corte destacó que el original de la Declaración, que fue escrito en idioma albanés, no dice en ninguna parte que emana de la Asamblea de Kosovo, sino que ello fue establecido en las traducciones en inglés y en francés. En albanés decía: *“Nous, dirigeants démocratiquement élus de notre peuple”*⁹⁶, lo cual era especial ya que en las resoluciones adoptadas por la Asamblea era usual utilizar la tercera persona del singular. La Declaración fue firmada por las personas que estaban presentes y el Presidente de Kosovo, que no formaba parte de la Asamblea⁹⁷

Además, el Representante Especial tenía las facultades de supervisar y de anular los actos de instituciones provisorias de administración, pero guardó silencio y solo se refirió a la situación de Kosovo en su informe periódico normal sobre las actividades de la MINUK, pero no se detuvo a

⁹² CIJ, pág. 445.

⁹³ CIJ, ídem.

⁹⁴ CIJ, ídem.

⁹⁵ CIJ, íbidem, pág. 446.

⁹⁶ CIJ, ídem.

⁹⁷ CIJ, íbidem, pág. 447.

efectuar un análisis jurídico de la declaración o de la calidad en que actuaron aquellos que la habían adoptado.

Por las razones expuestas, la Corte concluyó que la Declaración no fue formulada por la Asamblea de Kosovo en tanto que institución provisoria de administración autónoma, dentro de los límites del marco constitucional “*mais est celui de personnes agi de concert en leur qualité de représentants du peuple de Kosovo, en dehors du cadre de l’administration intérimaire*”.⁹⁸ Una vez aclarado el sujeto de la Declaración, analizó si constituyó una violación de la Resolución 1244 (1999) o de las medidas adoptadas en su consecuencia. Hubo controversias durante el proceso ante la Corte. Algunos participantes consideraban que consistía en una tentativa de poner fin a la presencia internacional instituida por la Resolución citada o que se necesitaba una Resolución del Consejo de Seguridad estableciendo el Estatuto final, por lo que la Declaración era irreconciliable con la Resolución 1244 (1999)”⁹⁹

Otra posición era completamente opuesta y consideraba que la Resolución 1244 (1999) ni prohibía ni excluía la Declaración de Independencia y afirmaban que esa Resolución se ocupaba de la administración provisoria pero no del Estatuto final, y sostuvieron que las referencias de los Anexos de la Resolución a los Acuerdos de Rambouillet, y por lo tanto indirectamente a la voluntad del pueblo de Kosovo, de conformidad con el Capítulo 8.3 que dice: “... Tres años después de la entrada en vigor del presente Acuerdo se convocará una reunión internacional para definir un mecanismo de solución final para Kosovo, sobre la base de la voluntad del pueblo, las opiniones de las autoridades competentes...”. Otros participantes alegaron que una vez agotadas las vías de negociación, la Resolución 1244 (1999) no constituía más un obstáculo para la declaración de independencia.

Para la Corte, la respuesta al pedido de la Asamblea General pasaba por una atenta lectura de la Resolución 1244 (1999). En primer lugar tenía por objeto, esencialmente, instaurar un régimen provisional para Kosovo a fin de enmarcar el proceso político y así alcanzar a largo plazo el estatuto final, pero no contenía ninguna disposición que se refiriera al estatuto final

⁹⁸ CIJ, ibídem, pág. 448.

⁹⁹ CIJ, ídem.

o de las condiciones que ese estatuto debía satisfacer.¹⁰⁰ A ese respecto, la Corte remarcó que en esa época la práctica del Consejo de Seguridad cuando decidía fijar condiciones restrictivas en cuanto al estatuto permanente, esas restricciones eran precisas en las resoluciones pertinentes. En el caso de Kosovo el Consejo de Seguridad no se reservó el arreglo definitivo de la situación de Kosovo y tampoco se expidió sobre las condiciones del estatuto final.

La Opinión Consultiva considera que en derecho internacional general no hay prohibición en relación con la declaración de independencia de los Estados por secesión en un contexto, como el de Kosovo, que no es colonial, y que tampoco se estableció prohibición alguna en las Resoluciones y demás documentación pertinente referente a Kosovo que se han descrito en este trabajo, que también constituyen normas de derecho internacional aplicables al caso. Con respecto al principio del respeto de la integridad territorial de los Estados, la Corte considera que es una obligación de los Estados en relación con otros Estados, motivo por el cual la población de Kosovo no estaría obligada por ese Principio.

VI. CONCLUSIONES

El análisis efectuado en este trabajo me lleva a concluir que las interpretaciones sobre el contenido de las normas de derecho internacional aplicables a la secesión de una provincia o un territorio respecto del Estado que integraba, por vía de una declaración unilateral de independencia emanada del grupo étnico o minoritario que lo habita, en un contexto distinto al de los pueblos coloniales, no tienen un carácter uniforme.

En el caso de Quebec, la Corte Suprema de Justicia de Canadá entendió que el derecho internacional prevé que la libre determinación de los pueblos externa puede ser ejercida en dos casos, respecto de los pueblos coloniales y de los pueblos sometidos a dominación extranjera. Sin embargo reconoce que excepcionalmente podría darse una tercera situación y es cuando el Estado matriz no reconoce la libre determinación interna, es decir que un grupo étnico o una minoría que ocupa una parte de su territorio no pueda elegir autoridades o ser elegido, no pueda ocupar cargos públicos, se les prive de sus derechos, no se les reconozcan los derechos humanos, pero

¹⁰⁰ CIJ, *ibidem*, pág. 449.

ello en un grado tal que no pueda resolverse por la vía de garantizar el respeto de los derechos de la minorías. El Gobierno de Canadá asevera que nada de ello ocurre en Quebec, por lo que no corresponde reconocerle un derecho a su población para la declaración unilateral de su independencia.

La Corte Suprema de Justicia de Canadá considera que la secesión en países federales, estando tan interrelacionadas las distintas provincias y territorios, acarrearían problemas muy intrincados a todo nivel, pues la unión, en su momento, impuso derechos y obligaciones a todas las partes que no pueden ser abandonados sin el consenso de las demás provincias y territorios y del Estado Nacional. La Constitución canadiense no prevé la secesión. En última instancia, si Quebec u otra Provincia quisiera separarse de Canadá debería, en primer lugar, impulsar un proceso para modificar la Constitución y la salida tendría que ser negociada y consensuada con las demás partes. En este sentido la legislación que estableció la necesidad de determinar la existencia de claridad tanto en la evaluación del deseo de realizar un referéndum como en la interpretación de su resultado, que no reside en la simple constatación numérica, hace muy difícil que aún consiguiendo una reforma constitucional, Quebec pueda alcanzar el resultado anhelado.

Para la Corte Constitucional de España, desde el punto de vista de su ordenamiento interno, la Constitución española es mucho más específica que la de Canadá, pues dice expresamente en su artículo 2 que el Estado se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas. Además la soberanía es del pueblo español y la población de Cataluña es pueblo español. Aún para que una Provincia pueda convocar un referéndum es necesaria la autorización del gobierno central. España tiene una posición firme respecto del derecho internacional en lo que respecta a que son los pueblos coloniales y aquellos sometidos a fuerzas extranjeras, los que tienen derecho a la autodeterminación. En cuanto a la obligación de no atentar contra la integridad territorial de un Estado no es solo una obligación simplemente interestatal. Si se independizara Cataluña, se estaría atentando contra la integridad territorial de España.

Sin embargo la Corte Internacional de Justicia, en la Opinión Consultiva sobre Kosovo, afirmó que no existen normas restrictivas en el

derecho internacional para la declaración unilateral de independencia aún fuera del contexto colonial. Por tal motivo la declaración de Kosovo, según la Corte, no violó ese derecho y tampoco el derecho internacional especial aplicable exclusivamente al caso porque en ninguno de los instrumentos legales de su marco constitucional instituido de acuerdo con la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, se prohibió a Kosovo o a su población declarar la independencia.

Sin embargo si se leen detenidamente las Resoluciones de la Asamblea General, del Consejo de Seguridad, de los Acuerdos de Rambouillet, siempre vemos que ponen un límite a la autodeterminación y es que se debe respetar el principio de la integridad territorial. La Corte invalida ese límite porque considera que solo es aplicable a las relaciones entre Estados. Esta posición es muy peligrosa porque podría dar una luz verde a la desintegración de los Estados, ya que son muchos los casos en que grupos étnicos o minorías quieren separarse de los Estados que integran so pretexto de que no se respetan sus derechos, cuando para ello solo corresponde que se les exija a los Estados por todos los medios posibles, tanto nacionales como internacionales, que se respeten tales derechos.

Para concluir estimo que la Opinión Consultiva sobre Kosovo en relación al valor de la Declaración unilateral de independencia, si bien se emitió en un caso muy particular de mucha violencia, el razonamiento para llegar a la conclusión basado en que no se había violado el derecho internacional es muy forzada. Respecto del Derecho internacional general, la tendencia es que los pueblos de territorios no autónomos o de aquellos sometidos por una fuerza extranjera son los únicos que pueden acceder a la independencia pero también muy excepcionalmente podría llegar a independizarse parte del territorio de un Estado que estuviera habitado por una minoría a la que se le impidiera la autodeterminación interna y a la que se le conculcaran gravemente sus derechos. Ahora bien, ¿no sería este el caso de Kosovo? ¿No podría ser este un caso excepcional aceptado por el derecho internacional? De ser así podría haber respondido sencillamente la pregunta diciendo que por las circunstancias gravísimas e insolubles del caso, la declaración no había violado el derecho internacional general y por ende, la integridad territorial de Serbia. Tampoco quiso explayarse sobre el tema de la secesión-remedio porque, según la Corte, no era necesario para contestar la pregunta que se le formulara. Sin embargo Tomuschat considera que en la época actual la igualdad soberana de los Estados perdió

el monopolio como pilar central del edificio del derecho internacional, pues el derecho internacional debe preservar la paz y la seguridad internacionales y el respeto de los derechos humanos de los individuos y la Carta de las Naciones Unidas promueve el respeto de los derechos humanos y agrega expresamente:

“Consequently, if a State strays from this path, not just by negligence but on account of a deliberate policy, it may forfeit the protection it enjoys by virtue of international law. To be sure, the interests at issue must be carefully balanced. In the present context, the relevant question is whether the international community, which for its part has many options to pursue, wishes to remain the only actor entitled to take remedial action by way of countermeasures or open criticism in formalized procedures, as practised in particular in the fora of the United Nations or whether it grants a certain space of independent action to the actual victims of oppressive policies. Our conclusion is put forward without any hesitation. Within a context where the individual citizen is no more regarded as a simple object, international law must allow the members of a community suffering structural discrimination –amounting to grave prejudice affecting their lives– to strive for secession as a measure of last resort after all other methods employed to bring about change have failed”¹⁰¹

Como manifesté más arriba, el razonamiento de la Corte pudo ser más simple y dejar la secesión-remedio en el plano de la excepción como un tercer caso en que sería aplicable el derecho a la autodeterminación, a través de una declaración unilateral de independencia por parte de etnias o minorías cuando se dieran las condiciones que justamente ocurrieron en Kosovo, que además fueron constatadas por el Consejo de Seguridad. En lugar de ello, aseveró que no está prohibida la secesión en el derecho internacional general. Asimismo afirmó que en ese caso tampoco se estaría violando el principio de la integridad territorial ya que esta es una obligación que atañe solo a los Estados por lo que el pueblo de Kosovo no tendría entidad para atentar contra la integridad territorial de Serbia. La Corte consideró que la Resolución 1244 (1999) y el marco constitucional creado en consecuencia conformaban el derecho internacional especial aplicable al caso, y la Declaración no había violado las obligaciones instituidas por esas normas pues no prohibían la secesión. Además, según interpretó la Corte, el autor de la Declaración unilateral de Independencia no fue el Parlamento de Kosovo ni se hizo en nombre de órgano alguno del Gobierno provisional ni dentro del marco constitucional, sino por las

¹⁰¹ Christian TOMUSCHAT, op. cit., pág. 41.

personas que estuvieron presentes en la sesión y actuaron en nombre del pueblo de Kosovo. Al considerar que el deber de respetar la integridad de un Estado es una obligación que solo rige en las relaciones interestatales concluyó que no importaba interdicción alguna para la minoría emplazada en Kosovo en cuyo nombre se efectuó la declaración.

Entiendo que la Opinión Consultiva analizada constituye un muy mal antecedente para los dos casos paradigmáticos que desarrollé en este trabajo y para otros intentos de secesión que pudieran producirse, impulsados por grupos étnicos o minorías independentistas que abren en estas ideas, porque parecería, según el criterio de la Corte, que no existe ninguna interdicción en derecho internacional para acceder a la independencia a través de la libre determinación aún fuera del contexto de los territorios no autónomos, cuando solo podría servir de fundamento para esos casos excepcionales a los que se refiere la Corte Suprema de Canadá.

Pero es dable afirmar que el ámbito de aplicación de la Opinión Consultiva se circunscribe a los casos no coloniales pero a pesar de los temores que pueda despertar en los Estados que siguen luchando por la recuperación de territorios todavía ocupados por una potencia extranjera, esta no impacta en los casos de descolonización dentro del sistema instituido por la Carta de las Naciones Unidas y que se hallan aún en proceso, tales como Malvinas y Gibraltar que, a su vez, constituyen también una excepción pues no se les aplica el principio de autodeterminación ya que sus habitantes no constituyen un pueblo colonial.

EL PRINCIPIO DE INTERTEMPORALIDAD: GENERALIDADES, SU APLICACIÓN EN LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE EL ARCHIPIÉLAGO DE CHAGOS

Tomás Mariano Guisado Litterio¹

SUMARIO: I. Introducción. II. La vigencia intertemporal del derecho internacional. III. La fecha crítica y la intertemporalidad. IV. Distinción entre el principio de intertemporalidad y otras reglas relacionadas. V. La intertemporalidad y los títulos coloniales. VI. La intertemporalidad en la opinión consultiva de *Chagos*. VII. El posible impacto de la opinión consultiva sobre Chagos en la cuestión Malvinas en lo atinente al principio de intertemporalidad. VIII. Reflexiones finales. IX. Bibliografía.

I. Introducción

La naturaleza descentralizada del derecho internacional implica que se trata de un ordenamiento jurídico donde los cambios se dan de una forma considerablemente más parsimoniosa que en el derecho interno. La formación de consensos y la consolidación de costumbres son procesos graduales y paulatinos, que normalmente tardan décadas en afianzarse, mientras que en el orden doméstico la súbita irrupción de una reforma legislativa puede de un día para el otro transformar radicalmente los cimientos del sistema normativo. Tan paulatina es la evolución del derecho internacional que un observador despistado podría erróneamente percibirlo como un ordenamiento jurídico estático. No obstante, tal lectura no podría estar más lejos de la verdad. El derecho internacional es dinámico y está

¹ Abogado egresado con diploma de honor y orientación en Derecho Internacional Público (UBA). Maestrando en Relaciones Internacionales (UBA). Docente de Derecho Internacional Público (UBA). Becario en la Sesión de Invierno 2020 de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Países Bajos. Miembro del Instituto de Derecho Internacional del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales. Integrante de Proyectos de Investigación DeCyT y UBACyT.

sujeto a una transformación constante guiada por el designio de los Estados, a veces planificada y otras veces espontánea. Se ha dicho que la costumbre internacional, por ejemplo, está sujeta a “contextos sociales fluidos y a las fluctuaciones de los intereses y comportamientos de los Estados”². El principio de intertemporalidad –que será definido y estudiado en el próximo acápite– se ha erigido precisamente en respuesta a este fenómeno, como una solución a casos en que resulta necesario analizar la vigencia de un derecho de fuente internacional a lo largo del tiempo, para no recaer en un anacronismo jurídico.

Es a la luz de este principio que este capítulo se propondrá dar lectura a la opinión consultiva dictada en el año 2019 por la Corte Internacional (CIJ) a raíz de la consulta de la Asamblea General (AGNU) acerca de la descolonización del archipiélago de Chagos, reclamado por Mauricio, pero actualmente bajo administración colonial británica. Esta tarea podría parecer difícil, atento a que el principio de intertemporalidad no aparece mencionado ni una sola vez en la opinión consultiva sobre *Chagos*. Empero, su influencia en el *dictum* es insoslayable. La vigencia intertemporal del derecho constituye la óptica a través de la cual los tribunales internacionales se han acostumbrado a analizar los hechos que datan de décadas o siglos atrás –algo no poco frecuente en instancias internacionales– y la opinión consultiva de *Chagos* no es la excepción. Sin mencionar expresamente el principio, la Corte Internacional de Justicia se ha valido de él como guía para pronunciarse acerca de la legalidad del proceso de separación del archipiélago de Chagos del resto de la colonia británica que pasó a ser la República de Mauricio.

El presente capítulo, por consiguiente, tiene por objeto analizar el rol que el principio de intertemporalidad ha tenido en el dictamen de la Corte relativo a la descolonización del archipiélago de Chagos y las consecuencias de la continuación de la administración británica establecida en las islas. A tales efectos, este capítulo no se detendrá en otros aspectos de la opinión consultiva que no sean relevantes para el tópico de la intertemporalidad, aun cuando hayan sido sustanciales para la conclusión de la Corte, como las resoluciones pertinentes dictadas por la Asamblea General, el principio *uti possidetis* o el derecho de autodeterminación de los pueblos, que serán objeto de análisis en otros capítulos de la presente obra.

² D’ASPREMONT, Jean, *Formalism and International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 164.

Por ende, se comenzará por definir al principio de intertemporalidad y reseñar su desarrollo jurisprudencial. Luego, se buscará disipar equívocos diferenciándolo de las reglas de interpretación de tratados con las que usualmente se lo confunde por su vinculación con el factor temporal. Asimismo, se estudiarán en particular los casos en que el principio de intertemporalidad se ha aplicado a cuestiones en donde estaban en juego títulos territoriales de origen colonial, por su estrecha relación con el asunto *sub examine*. Por último, teniendo en cuenta las conclusiones preliminares, se considerará especialmente cómo el principio de intertemporalidad ha pesado en la decisión de la CIJ, para luego terminar con una reflexión sobre todos los puntos abarcados y las potenciales repercusiones en la cuestión de las Islas Malvinas.

II. La vigencia intertemporal del derecho internacional

Fue por primera vez en el año 1928 cuando se formuló explícitamente, en el ámbito del derecho internacional³, el principio de intertemporalidad, a través de la pluma del distinguido árbitro suizo Max Huber. En el trascendente caso de la *Isla de Palmas*, referencia ineludible para el estudio de las controversias territoriales, Huber sostuvo que ese principio indica que “un hecho jurídico debe ser apreciado a la luz del derecho contemporáneo con él”, en lugar de aquel vigente al momento de la disputa⁴. Esto significa que se requiere que el hecho creador de un derecho subjetivo sea acorde con el ordenamiento vigente al momento de surgimiento de este derecho, pero, para que el derecho subjetivo subsista en el tiempo, resulta indispensable que permanezca en conformidad con las condiciones requeridas por la evolución del ordenamiento jurídico⁵. Se discernen, entonces, dos elementos dentro del mismo principio: “los derechos deben ser juzgados a la luz del derecho contemporáneo a su

³ Esta regla, receptada como “principio de intertemporalidad” en el derecho internacional, se remonta al principio general de derecho “*tempus regit factum*”, según el cual “la legalidad de un acto o las consecuencias jurídicas de un hecho solo pueden ser juzgadas de conformidad con la ley en vigor al momento en que el acto o hecho tuvo lugar” (FELLMETH, Aaron X. y HORWITZ, Maurice, *Guide to Latin in International Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2009, p. 275) (traducción propia).

⁴ CPA, *Caso de la Isla de Palmas* (Países Bajos c. Estados Unidos), laudo de 4 de abril de 1928, p. 18 (traducción propia).

⁵ *Ibíd.*, pp., 18-19.

creación” y “los derechos adquiridos de una forma válida de acuerdo con el derecho contemporáneo a su creación pueden ser perdidos si no se los mantiene de acuerdo con los cambios que trae el desarrollo del derecho internacional”⁶.

La Corte Internacional de Justicia y su antecesora echaron mano en varias oportunidades al principio de intertemporalidad del derecho, a veces sin nombrarlo expresamente. Por ejemplo, en su pronunciamiento de 1951 en el caso de las *Pesquerías Anglo-noruegas*⁷, la Corte recurrió a la intertemporalidad al analizar los títulos de Noruega respecto del brazo de LoppHAVet. La CIJ observó que la regla del rango visual era el principio determinante de la extensión de los derechos de pesca en la época en que el rey noruego atribuyó pesquerías a sus súbditos en la zona⁸. Dos años después, en la disputa anglo-francesa por los islotos *Minquiers y Écréhous*⁹, el tribunal se valió de títulos feudales medievales, de pleno efecto en aquella época, para adjudicar ambas formaciones insulares al Reino Unido. Consideró, asimismo, que el Reino Unido había proveído suficiente evidencia como para acreditar que mantuvo ininterrumpidamente el ejercicio de la soberanía sobre los islotos con el correr del tiempo desde la Edad Media hasta el S. XX¹⁰. En el caso de *Groenlandia Oriental*¹¹, la Corte Permanente de Justicia Internacional tampoco hizo una mención explícita del principio de intertemporalidad. Sin embargo, tomó en consideración las variaciones en el derecho internacional al analizar los sucesos históricos relativos al control sobre la isla de Groenlandia. En su fallo, la Corte Permanente consideró la continua manifestación de soberanía por parte del Reino de Dinamarca a lo largo del tiempo como un factor esencial para el mantenimiento de su título¹².

⁶ ELIAS, Tasmin O., “The doctrine of intertemporal law” en *American Journal of International Law*, Vol. 71, N° 2, p. 286 (traducción propia).

⁷ CIJ, *Caso de las Pesquerías* (Reino Unido c. Noruega), sentencia de 18 de diciembre de 1951.

⁸ ELIAS, Tasmin O., *The International Court of Justice and some contemporary problems*, Springer Ciencia+Media, La Haya, 1983, pp. 125-126.

⁹ CIJ, *Caso de los islotos de Minquiers y Écréhous* (Reino Unido c. Francia), sentencia de 17 de noviembre de 1953.

¹⁰ WADE, Emlyn C., “The Minquiers and Ecrehous Case” en *Transactions of the Grotius Society*, Vol. 40, 1954, pp. 98-108.

¹¹ CPJI, *Caso del estatuto jurídico de Groenlandia Oriental* (Noruega c. Dinamarca), sentencia de 5 de abril de 1933.

¹² SHARMA, Surya P., *Territorial acquisition, disputes, and international law*, M. Nijhoff Publishers, Boston, 1997, pp. 98-99.

Todos los ejemplos mencionados hasta el momento, incluyendo el célebre caso de la *Isla de Palmas*, que versaba sobre la disputa entre los Estados Unidos y los Países Bajos respecto de la isla homónima, trataron sobre controversias territoriales. Sin embargo, sería incorrecto suponer que esta importante doctrina se circunscribe al análisis de los títulos de soberanía territorial. Merece una consideración mucho más extensa, aplicable a toda clase de derechos subjetivos emanados de cualquier fuente del derecho internacional¹³. Si bien el análisis intertemporal es un recurso típico en circunstancias donde es necesario estudiar si un título invocado era jurídicamente hábil para generar la adquisición de un derecho territorial de acuerdo con la ley del momento del hecho, el principio de intertemporalidad apuntala la legalidad de cualquier acto de relevancia para las relaciones internacionales¹⁴.

En el arbitraje sobre *Grisbådarna*¹⁵, se planteó una controversia limítrofe compleja entre Noruega y Suecia acerca de la delimitación marítima entre estos dos Estados. El tribunal arbitral recurrió a los principios jurídicos que entendió que se encontraban vigentes en el siglo XVII (en el que los límites entre los dos países se habían establecido por tres tratados) para trazar el límite marítimo con una línea perpendicular a la dirección general de la costa. El laudo se anticipaba dos décadas a la formulación de Huber, pero indubitavelmente se trataba de una instancia primitiva de aplicación del principio de intertemporalidad¹⁶. Décadas más tarde, la CIJ aplicaría el principio de intertemporalidad –nuevamente, sin mención explícita– en el caso del *Derecho de paso por el territorio indio*¹⁷. En ese litigio, el tribunal consideró que la validez de un tratado debe ser juzgada según las reglas prevalecientes en el momento de su celebración, no por las prácticas desarrolladas gradualmente en los siglos ulteriores¹⁸. Por

¹³ Ibid., pp. 285-286.

¹⁴ ALLEN, Stephen, "Self-determination, the Chagos Advisory Opinion and the Chagossians" en *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 69, n° 1, p. 6.

¹⁵ CPA, *Caso de la delimitación de cierta parte del límite marítimo entre Noruega y Suecia* (Noruega c. Suecia), laudo de 23 de octubre de 1909.

¹⁶ WYATT, Julian, *Intertemporal Linguistics in International Law: Beyond Contemporaneous and Evolutionary Treaty Interpretation*, Hart, Oxford, 2019, pp. 33-34.

¹⁷ CIJ, *Caso del derecho de paso por el territorio indio* (Portugal c. India), sentencia de 12 de abril de 1960.

¹⁸ HÉBIÉ, Mamadou, "The acquisition of original titles of territorial sovereignty in the law and practice of European colonial expansion" en HÉBIÉ, Mamadou y KOHEN, Marcelo G. (eds.),

ende, no debería descartarse que el principio de intertemporalidad sea aplicable a controversias de cualquier tipo.

III. La fecha crítica y la intertemporalidad

La noción de fecha crítica se encuentra íntimamente conectada con aquella del principio de intertemporalidad. Se trata del “punto en el tiempo que recae al final de un período dentro del cual los hechos materiales de la controversia supuestamente ocurrieron”¹⁹. En otras palabras, es la fecha en que una parte alega haber consolidado su título territorial, de manera que cualquier hecho posterior carece de relevancia para la disputa, pues no sería susceptible de alterar los derechos en litigio.

Es un concepto que a veces se lo ha construido de forma autónoma, sin soslayar su evidente relación con el principio de intertemporalidad, y en otras ocasiones se lo ha entrelazado indisolublemente con esta doctrina. Sin embargo, la utilidad de la fecha crítica como parámetro jurídico resulta, siendo generosos, escasa. Ha sido en oportunidades objeto de discusión entre las partes de una controversia territorial, pero nunca fue un factor determinante para los tribunales durante la resolución de un diferendo, que ocasionalmente han optado por rechazar el concepto en su totalidad²⁰.

En el caso de la *Frontera Argentino-Chilena*, por ejemplo, el tribunal arbitral consideró que “la noción de fecha crítica es de poco valor” y que sería analizada toda la evidencia ofrecida “independientemente de la fecha de los actos”²¹. En otros casos, se ha optado por la identificación de varias “fechas significativas” sin individualizar a una específica como “crítica”²². A veces, distintos autores eligen diferentes fechas críticas para una misma controversia, incluso cuando están de acuerdo en cuanto a los hechos y

Research Handbook on Territorial Disputes in International Law, Edward Elgar, Cheltenham, 2018, pp. 36-37.

¹⁹ GOLDIE, L. Frederick E., “The critical date” en *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 12, N° 4, 1963, p. 1251.

²⁰ Li, Zhenni, “International intertemporal law” en *California Western International Law Journal*, Vol. 48, N° 2, 2018, pp. 355-356.

²¹ AD-HOC, *Caso de la Frontera Argentino-Chilena* (Argentina c. Chile), laudo de 24 de noviembre de 1966, p. 167 (traducción propia).

²² CRAWFORD, James, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 207.

derechos en juego. Por ejemplo, respecto de la controversia de las Islas Malvinas, Mónica Pinto señala como fecha crítica al 3 de enero de 1833 (en que los británicos usurparon el archipiélago)²³, mientras que Marcelo Kohen identifica dos fechas críticas: el 19 de noviembre de 1829 (cuando se manifestó por primera vez una divergencia entre Gran Bretaña y las Provincias Unidas) y el 8 de enero de 1834 (cuando las posiciones de las partes quedaron manifestadas de modo definitivo)²⁴. De todas maneras, cualquiera sea la fecha crítica que se elija para analizar la cuestión Malvinas (entre las tres sugeridas por Pinto y Kohen), en nada cambiaría el estatus jurídico de las islas.

A pesar de que la fecha crítica sea una regla destinada a regir los derechos de las partes con relación al tiempo, lo cierto es que el principio de intertemporalidad no necesita del concepto de fecha crítica para operar, y puede producir los mismos resultados aún si la fecha crítica no fuese determinada o siquiera discutida²⁵. Es por esta razón que las partes de un litigio suelen centrar sus argumentos en la identificación del derecho que estaba vigente al momento en que tuvo lugar cada hecho alegado en lugar de intentar determinar una fecha tras la cual los hechos subsiguientes carecen de relevancia. Si se estudian los comentarios escritos presentados por Mauricio y el Reino Unido en el procedimiento relativo a Chagos, se notará que no hay ninguna mención a la fecha crítica (como tampoco la hay en el pronunciamiento de la Corte), pero el principio de intertemporalidad está presente transversalmente en los razonamientos jurídicos de ambos Estados de todos modos.

IV. Distinción entre el principio de intertemporalidad y otras reglas relacionadas

A lo largo de la historia, el principio de intertemporalidad se ha confundido con otras cuestiones que también se encuentran vinculadas con la vigencia en el tiempo del derecho internacional, sobre todo en problemáticas relacionadas con la interpretación de tratados. Esta confusión

²³ PINTO, Mónica, "Argentina's rights to the Falklands/Malvinas Islands" en *Texas International Law Journal*, vol. 18, 1983, p. 5.

²⁴ KOHEN, Marcelo G., "La fecha crítica y la cuestión Malvinas" en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 46, n.º 1, 1994, pp. 8-9

²⁵LI, *opus cit.*, pp. 366-367.

se ha dado principalmente con la tensión entre el principio de contemporaneidad y el de interpretación evolutiva, por un lado, y con la regla general de irretroactividad de los efectos de los tratados, por el otro. De hecho, tan pronunciado ha sido el enredo entre las doctrinas de intertemporalidad y la de interpretación contemporánea de los tratados que hasta la propia Comisión de Derecho Internacional (CDI) ha quedado envuelta en la discusión²⁶.

El principio de contemporaneidad sostiene que los términos plasmados en los tratados deberían interpretarse en el sentido vigente al momento de la celebración del tratado. El principio de interpretación evolutiva es la contracara del anterior, y sugiere que debería asignársele a los términos de los tratados el sentido vigente al momento en que se pretenda aplicarlo. Si bien el Relator Especial Humphrey Waldock propuso agregar un artículo sobre la cuestión al proyecto de artículos que derivaría en la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, la CDI no llegó a un acuerdo al respecto y prefirió no referirse al tópico²⁷.

No obstante, la Corte Internacional de Justicia tuvo que abordar la cuestión al interpretar un tratado de 1858 entre Costa Rica y Nicaragua. En su fallo, la CIJ comenzó por destacar que la intención común de las partes es, por definición, contemporánea al momento en que estas celebraron el tratado²⁸. En este sentido, señaló que en el pasado su jurisprudencia había leído los términos empleados en los tratados con el sentido originalmente buscado por las partes²⁹. No obstante, consideró que hay “situaciones en que la intención de la parte al celebrar el tratado fue –o presuntamente pudo haber sido– darle a los términos usados un significado o contenido capaz de evolucionar, no fijo de una vez y para siempre, para permitir, entre otras cosas, desarrollos en el derecho internacional”. En estos casos, debe

²⁶ WYATT, *opus cit.*, pp. 36-41.

²⁷ MERKOURIS, Panos, *Article 31(3)(C) VCLT and the Principle of Systemic Integration: Normative Shadows in Plato's Cave*, Brill-Nijhoff, Boston, 2015, pp. 119-120.

²⁸ CIJ, *Disputa sobre derechos de navegación y derechos conexos* (Costa Rica c. Nicaragua), sentencia de 13 de julio de 2009, p. 33.

²⁹ Citó los siguientes fallos: CIJ, *Caso sobre los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos* (Estados Unidos c. Marruecos), sentencia de 27 de agosto de 1952; y CIJ, *Caso sobre la Isla Kasikili/Sedudu* (Botsuana c. Namibia), sentencia de 13 de diciembre de 1999.

adscribirsele a estos términos el sentido que tengan al momento de aplicar el tratado en lugar del que tenían al tiempo de su celebración³⁰.

La regla de irretroactividad de los tratados, en cambio, sí halló su camino a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, específicamente en su art. 28. Esa cláusula dispone que las disposiciones de un tratado no generan obligaciones para las partes respecto de hechos que hayan tenido lugar con anterioridad a la fecha de la entrada en vigor, a menos que “...una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”. Este criterio había ya sido sostenido por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de las *Concesiones Mavrommatis*³¹, en que el tribunal le adscribió a un tratado efecto retroactivo. El tratado regulaba las concesiones que las autoridades otomanas habían otorgado con anterioridad a que el territorio de Palestina pasara a administración británica, y después de ese traspaso el Reino Unido se negaba a reconocerlas. En el caso, no había una disposición expresa que dispusiera la retroactividad del tratado, sino que tal efecto, a criterio del tribunal, podía inferirse del propósito que las partes perseguían al momento de redactar el texto, destinado a proteger las concesiones ya otorgadas³². En definitiva, en el tópico de la interpretación temporal de los tratados –tanto en lo que hace a la retroactividad como a la contemporaneidad– la Corte entendió que la voluntad de las partes era el elemento primordial a considerar.

Lo dicho hasta el momento no implica de ninguna manera que el principio de intertemporalidad sea una doctrina que se restrinja exclusivamente a normas de derecho internacional general y que no sea aplicable a los tratados. De hecho, nada impide que la vigencia intertemporal del derecho rija también respecto de los tratados, como para cualquier otra norma de derecho internacional. En el derecho internacional, los tratados no son meros arreglos de coordinación entre partes, sino que son fuentes constitutivas de normas internacionales. Por más que la voluntad original de las partes quede fija al momento en que fue plasmada en el texto convencional, las reglas jurídicas creadas por el tratado son

³⁰ CIJ, *Caso de la disputa sobre derechos de navegación...*, doc. cit., pp. 33-34 (traducción propia).

³¹ CIJ, *Caso de las Concesiones Mavrommatis en Palestina* (Grecia c. Reino Unido), sentencia de 30 de agosto de 1924.

³² GALLUS, Nick, “Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Investment Treaty Decisions” en *ICSID Review*, Vol. 31, N° 2, 2016, pp. 295-296.

dinámicas y evolucionan con el pasar del tiempo junto con el resto del orden positivo internacional³³. Esas normas convencionales, por supuesto, se prestan a ser aplicadas intertemporalmente.

Mientras que el tema de los principios de contemporaneidad e interpretación evolutiva redundaba precisamente en una cuestión estrictamente interpretativa (qué sentido ha de adscribirse a los términos empleados en un tratado), el principio de intertemporalidad hace a la misma aplicación de la norma: a su vigencia. Cuando se habla de la *aplicación* intertemporal de las normas convencionales, debe distinguírsela de la *interpretación* (contemporánea o evolutiva) de los términos del tratado, pues constituyen cuestiones separadas. La retroactividad de un tratado también tiene que ver con los efectos de la norma (su aplicación), pero no debe confundírsela con la intertemporalidad. El principio de intertemporalidad indica la aplicación, a un hecho pasado, de una norma jurídica que estaba vigente en ese momento, mientras que la retroactividad permite que se aplique a una situación pasada una norma que se encuentra vigente en el presente.

V. La intertemporalidad y los títulos coloniales

Especial consideración merecen los fallos en que tribunales internacionales se han referido a la cuestión de los títulos territoriales basados en dominación de carácter colonial, en atención a la evidente situación colonial que se plantea en el archipiélago de Chagos. En efecto, la opinión consultiva relativa a *Chagos* está lejos de ser el primer asunto en materia de descolonización que llega a los estrados del Palacio de la Paz en La Haya. Una vez más, entonces, es propicio citar al mentado arbitraje de Max Huber en el caso de la *Isla de Palmas*. En su laudo, Huber señaló que los acuerdos entre Estados y “príncipes nativos o jefes de pueblos no reconocidos como miembros de la comunidad de naciones” no son tratados, sino instrumentos de organización interna de las relaciones entre la potencia administradora y su colonia. No obstante no ser instrumentos jurídicos internacionales propiamente dichos, Huber les adscribe valor como títulos por los cuales las potencias europeas solían adquirir territorio colonial bajo las formas de suzeranía, vasallaje o protectorado. A tal efecto,

³³MERKOURIS, *opus cit.*, p. 109.

destacó que resultaba habitual en la época este tipo de “contratos” con las autoridades nativas, que mantenían la organización social indígena intacta a cambio de concesiones comerciales y abdicación de la soberanía³⁴.

Quizás la más célebre aplicación del principio de intertemporalidad a un título colonial en actuaciones tramitadas ante la CIJ se dio en la opinión consultiva del *Sahara Occidental*³⁵, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas llamó a la Corte a decidir una consulta detrás de la cual yacía la disputa entre Mauritania y Marruecos por las tierras saharianas que se encontraban bajo administración colonial española. En particular, se preguntó a la Corte si la inhóspita región de Sahara Occidental era *terra nullius* al momento de la colonización por parte del Reino de España, y cuál era el vínculo entre ese territorio y el Reino de Marruecos y la “entidad mauritana” (así llamada debido a que Mauritania no se hallaba en ese momento constituido como un Estado)³⁶. Respecto de la primera pregunta, la Corte señaló que el Sahara Occidental se encontraba, al momento de la colonización, habitada por pueblos nómades organizados social y políticamente en tribus. Si bien estas tribus no alcanzaban, según los estándares contemporáneos a la colonización, el nivel de Estado soberano, su existencia excluía la posibilidad de que el territorio pudiera ser considerado como *terra nullius*³⁷. El tribunal sostuvo que, en el período temporal relevante, los Estados europeos no consideraban que el territorio colonial era adquirido mediante la “ocupación” de tierras sin dueño, sino mediante acuerdos que constituían “títulos derivados”, aun cuando no pueda propiamente hablarse de una “cesión” de soberanía³⁸.

Con relación al segundo interrogante, la Corte descartó que haya habido ejercicio de soberanía marroquí sobre el territorio de Sahara Occidental, empleando frecuentes referencias al marco jurídico de la época de los presuntos títulos invocados por Marruecos. Por otra parte, el tribunal se rehusó siquiera a evaluar el planteo de Mauritania, toda vez que entendió que no podía considerarse que una “entidad mauritana” existiese en aquel momento, dado que solamente se trataba de una colección de tribus y

³⁴ CPA, *Caso de la Isla de Palmas...*, doc. cit., pp. 31-32.

³⁵ CIJ, *Opinión consultiva sobre el Sahara Occidental*, 16 de octubre de 1965.

³⁶ OKERE, Boniface O., “The Western Sahara Case” en *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 28, N° 2, 1979, pp. 297-299.

³⁷ *Ibid.*, pp. 304-306.

³⁸ PETERS, Anne, “Treaty Making Power” en *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, edición online, Oxford University Press, 2010, p. 13.

emiratos sin una personalidad jurídica que los vinculara. Los hallazgos de la Corte la llevaron a la conclusión de que el Sahara Occidental, empleando una lectura intertemporal de los hechos relevantes, no se encontraba bajo soberanía ni de Marruecos ni de Mauritania al momento de la colonización española³⁹.

En el caso de *Camerún c. Nigeria*⁴⁰, se presentó ante la Corte el interrogante de la naturaleza jurídica de los llamados “tratados de protección” entre las potencias europeas y las tribus de África subsahariana, por los cuales una potencia denominada “protectora” asume la soberanía sobre un “protectorado”, a la vez que le reserva a éste cierto grado de autonomía. Pese a ostentar la denominación de “tratados”, estos arreglos difícilmente podrían ser considerados como tales, puesto que establecen una vinculación colonial entre un Estado soberano y una entidad que, a fin de cuentas, carece de soberanía y de una personalidad jurídica internacional diferenciable de aquella de la potencia protectora. En el litigio referenciado, la Corte consideró que el acuerdo bajo estudio, celebrado en 1884 entre Gran Bretaña y la Vieja Calabar, no se trató de un tratado internacional, puesto que una de las partes no integraba, según las reglas de la época, la comunidad de naciones. No obstante, el acuerdo sí resultaba efectivo, de conformidad con el derecho imperante en el momento de celebración, para acordarle a Gran Bretaña un título válido de soberanía sobre las tierras de la Vieja Calabar⁴¹.

Tal como se desprende de la jurisprudencia reseñada, la perspectiva intertemporal deja entrever que los acuerdos entre Estados soberanos y referentes aborígenes locales no eran considerados, en la época de su celebración, verdaderos tratados internacionales. La percibida asimetría entre las partes (una “civilizada” y la otra “primitiva”) impedía otorgarles ese carácter, reservado para instrumentos consensuados por dos integrantes de la “comunidad de naciones”⁴². Sin embargo, su valor jurídico se

³⁹ OKERE, *opus cit.*, pp. 307-309.

⁴⁰ CIJ, *Caso sobre la frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria* (Camerún c. Nigeria), sentencia de 11 de junio de 1998.

⁴¹ SHAW, Malcolm N., “The International Court of Justice and the law of territory” en TAMS, Christian J. y SLOAN, James (eds.), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 159-160.

⁴² GUIADO LITTERIO, Tomás Mariano, “Tratados celebrados por sujetos de derecho internacional distintos de Estados u organizaciones internacionales” en VV.AA., *Reflexiones sobre Temas de la CDI en Homenaje a su 70° Aniversario*, Buenos Aires, CARI, 2019, p. 167.

manifiesta bajo otra forma, puesto que se les ha reconocido el potencial de valer como títulos de territorio. Por supuesto, no se trata de una transferencia de soberanía, dado que la contraparte “incivilizada” mal podría transmitir aquello que no posee, según indica la elemental regla *nemo plus iuris*. En cambio, el asentimiento de los nativos a recaer bajo el paraguas de soberanía de una potencia metropolitana es la verdadera fuente del título territorial. Todo ello, vale recordar, es producto del principio de la vigencia intertemporal del derecho, aplicado a disputas planteadas ante los tribunales cuando la era colonial había ya quedado muy atrás.

VI. La intertemporalidad en la opinión consultiva de *Chagos*

En junio de 2017, por una holgada mayoría, la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió consultar a la Corte Internacional de Justicia acerca de la legalidad del proceso de separación del archipiélago de Chagos del resto de la Colonia de la Corona Británica de Mauricio inmediatamente antes de su independencia. Chagos fue convertido en el Territorio Británico de Ultramar del Océano Índico y los chagosianos autóctonos fueron expulsados en masa para permitir el establecimiento en la Isla Diego García (principal atolón del archipiélago) de una base militar estadounidense de enorme tamaño y significativa importancia estratégica. Por estas razones, como era de esperar, Mauricio ha disputado fervientemente la administración británica de las islas desde que obtuvo su independencia. Sin embargo, la AGNU evitó en su consulta referirse a la controversia territorial bilateral, planteando en su lugar exclusivamente un asunto multilateral de descolonización. De esta manera, empleando una cuidadosamente astuta redacción en las preguntas planteadas, evitó que la CIJ se abstuviera de pronunciarse acerca del asunto debido a la ausencia del consentimiento del Reino Unido al ejercicio de jurisdicción contenciosa⁴³. En concreto, se le preguntó a la Corte si la descolonización de Mauricio fue completada conforme a derecho y cuáles serían las consecuencias jurídicas de la continuación de la administración británica del archipiélago de Chagos⁴⁴.

⁴³ MILANOVIC, Marko, “ICJ Advisory Opinion Request on the Chagos Islands” en *EJIL: Talk!*, 24/07/2018, disponible en <https://www.ejiltalk.org/icj-advisory-opinion-request-on-the-chagos-islands/>.

⁴⁴ AGNU, Resol. 71/292: “Solicitud de una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965”, adoptada el 22 de junio de 2017.

En el año 1965, el gobierno metropolitano británico concluyó con el Consejo de Ministros de Mauricio⁴⁵ el denominado Acuerdo de Lancaster House. A través de este arreglo, se sustrajo de la Colonia de Mauricio al archipiélago de Chagos. Ese mismo año, se constituyó el Territorio Británico de Ultramar del Océano Índico, compuesto del mencionado archipiélago y otras islas extraídas de la Colonia de la Corona de Seychelles. La independencia de Mauricio se formalizaría en 1968, ya escindido el archipiélago del resto del territorio de la antigua colonia. A partir de ese año y hasta 1972 se llevaría adelante el ya mencionado proceso de expulsión forzosa de los chagosianos a fin de liberar el terreno para la instalación de la base militar de los Estados Unidos de América en la Isla Diego García⁴⁶.

Como se anticipó en la introducción, el principio de intertemporalidad no aparece mencionado expresamente ni una sola vez en la opinión consultiva sobre *Chagos*. No obstante, su influencia se encuentra patente tanto en el razonamiento de la Corte como en las sumisiones de las partes. Tanto el Reino Unido como los Estados Unidos de América manifestaron en sus memoriales que la cuestión de la escisión de Chagos del resto de Mauricio debía ser analizada de conformidad con el derecho internacional vigente al momento en que se produjo⁴⁷. En este sentido, mantenían una postura consistente en negar el carácter consuetudinario, a mediados de la década del '60, del principio de autodeterminación de los pueblos, más allá de que no discutían que aquella regla habría quedado cristalizada en la costumbre internacional en los años subsiguientes. Según la lectura de las potencias occidentales, la descolonización no era en esa época una obligación jurídica sino un acto de desprendimiento voluntario compelido en todo caso por un sentimiento de “deber moral” motivado por consideraciones de “*nobleza obliga*”. En su opinión, el principio recién adquiriría fuerza consuetudinaria un lustro más tarde, en 1970, con la adopción en la AGNU de la “Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre

⁴⁵ Si bien el Consejo de Ministros de Mauricio estaba compuesto por líderes políticos mauricianos electos por canales democráticos, seguía siendo un órgano inserto dentro de la estructura de dominación colonial británica.

⁴⁶ CIJ, “Opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la separación del Archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965”, 25 de febrero de 2019, pp. 13-15.

⁴⁷ Si siguiéramos la doctrina de la fecha crítica, podríamos fijarla en el año 1965, cuando se desmembró a Mauricio y se le sustrajo el archipiélago de Chagos.

los estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”⁴⁸. En cuanto a la escisión en sí misma, el Reino Unido destacó que la partición de las administraciones coloniales por “razones administrativas” no era algo infrecuente en la época⁴⁹, y que de todas formas los mauricianos habían prestado su consentimiento a través del Acuerdo de Lancaster House⁵⁰.

Mauricio no cuestionaba la aplicación del principio de intertemporalidad para la dilucidación del derecho aplicable a la escisión, pero sí disintió respecto de cuáles eran las reglas vigentes en ese derecho intertemporal aplicable. En concreto, Mauricio y varios otros de los Estados que presentaron sus opiniones ante la Corte sostuvieron que la descolonización era percibida como una obligación jurídica encarnada en la costumbre internacional desde al menos el año 1960, en que se adoptó en la Asamblea General la “Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales”⁵¹. La separación de Chagos, por su lado, era visto como el desmembramiento de un pueblo con derecho a la autodeterminación, acto violatorio de aquel derecho. En este sentido, el Acuerdo de Lancaster House no implicó un asentimiento del pueblo mauriciano a la separación en ejercicio de su autodeterminación, ya que la voluntad manifestada se encontraba viciada por la coacción ejercida por la potencia metropolitana⁵². El principal choque de posiciones entre Mauricio y el Reino Unido en cuanto al contenido del derecho intertemporal vigente en 1965 pasaba, entonces, por el interrogante de si el principio de autodeterminación se había consolidado como costumbre en 1960 o en 1970⁵³, invocando cada uno una resolución diferente de la AGNU para sustentar su punto de vista.

⁴⁸ AGNU, Resol. 2625 (XXV): “Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, adoptada el 24 de octubre de 1970.

⁴⁹ SUMMERS, James, “Decolonisation revisited and the obligation not to divide a Non-Self-Governing Territory” en *Questions of International Law*, N° 55, 2018, pp. 151-161.

⁵⁰ ALLEN, Stephen, “The Oral Hearings in ‘Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965’” en *EJIL: Talk!*, 11/09/2018, disponible en <https://www.ejiltalk.org/the-oral-hearings-in-legal-consequences-of-the-separation-of-the-chagos-archipelago-from-mauritius-in-1965/>.

⁵¹ AGNU, Resol. 1514 (XV): “Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales”, adoptada el 14 de diciembre de 1960.

⁵² ALLEN, *opus cit.*

⁵³ SUMMERS, *opus cit.*, pp. 151-161.

La jurisprudencia de la Corte Internacional no aportaba demasiadas luces a esta discusión. La Corte reconoció expresamente el principio de autodeterminación de los pueblos por primera vez en 1971 en la opinión consultiva de *Namibia*⁵⁴, lo que no significa necesariamente que aquel no haya existido durante la década del '60. Por otra parte, en la opinión consultiva de *Kosovo*⁵⁵, el tribunal se contentó con manifestar que el derecho se conformó en la segunda mitad del siglo XX, sin creer necesario dar mayores precisiones⁵⁶. Con relación a la misma cuestión, Chipre esbozó en su memorial un punto interesante, enfocándose en el segundo aspecto del principio de intertemporalidad: el mantenimiento del hecho en el tiempo a la luz de la evolución del derecho internacional. Teniendo esto en cuenta, consideró que no era relevante si el principio de autodeterminación de los pueblos (y la consecuente obligación de descolonizar) era o no una regla jurídicamente vinculante en el período 1965-1968, dado que indubitadamente se había vuelto vinculante posteriormente. La privación que el Reino Unido continuaba ejerciendo para con los chagosianos respecto de su derecho de autodeterminación se había vuelto ilegal con el correr de los años, aun cuando se reconociese que en un primer momento no lo era. A tales efectos, es propicio tener en cuenta que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su art. 64, dispone la terminación inmediata de cualquier tratado que se encuentra en oposición a una norma de *ius cogens* sobreviniente a su celebración⁵⁷, lo que resulta especialmente relevante para el Acuerdo de Lancaster House⁵⁸.

Llegado el momento de dictar la opinión consultiva, la Corte sostuvo que la adopción de la Resol. 1514 en 1960 marcó “un momento definitorio en la consolidación de la práctica estatal sobre descolonización”. Evaluó los antecedentes de la resolución, así como la práctica anterior y

⁵⁴ CIJ, *Opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudafrica en Namibia (África Sudoccidental)*, no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, 21 de junio de 1971.

⁵⁵ CIJ, *Opinión consultiva sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo*, 22 de julio de 2010.

⁵⁶ SUMMERS, *opus cit.*, p. 154.

⁵⁷ Es necesario tener presente que suele entenderse que el derecho de autodeterminación de los pueblos es una norma de *ius cogens* (ROHR, Aldana, *La responsabilidad internacional del Estado por violación al jus cogens*, SGN Editora, Buenos Aires, 2015, p. 65.). Por lo tanto, según la tesis de Chipre, aún si el Acuerdo de Lancaster House no hubiere sido inválido *ab initio*, habría terminado *ipso iure* apenas sobrevino el derecho de autodeterminación como norma imperativa.

⁵⁸ ALLEN, *opus cit.*, p. 8.

subsiguiente, y sostuvo que aquella tiene “carácter declarativo con respecto al derecho de autodeterminación como una norma consuetudinaria”⁵⁹. El principio de autodeterminación, que ya se venía formando en la década del '50 y fue plasmado en la Resol. 1514, pasó a ser reafirmado en varios instrumentos posteriores, tanto resoluciones de la AGNU (como la Resol. 2025) como tratados (como los pactos de derechos humanos de 1966). El respeto a la autodeterminación de los pueblos, tal como surge de la Resol. 1514, incluye la obligación de no desmembrar a los territorios no autónomos⁶⁰. El tribunal manifestó que, en su opinión, “el derecho de autodeterminación constituye el derecho internacional aplicable durante el período bajo consideración, o sea, entre 1965 y 1968”⁶¹. La separación de Chagos solo podría haberse realizado de resultar de la libre y genuina voluntad del pueblo. Esta voluntad no pudo haber sido reflejada en el Acuerdo de Lancaster House, debido a que se trató de un arreglo entre el gobierno británico metropolitano y líderes locales que representaban a una colonia del Imperio Británico, sin participación de verdaderos representantes de los chagosianos ni la celebración de un referéndum⁶².

Tal como puede apreciarse, la CIJ optó por adherir a la postura manifestada por los agentes de Mauricio. No resultó necesario expedirse sobre los puntos señalados por Chipre, respecto de que la administración británica de Chagos se habría vuelto ilícita con el correr del tiempo. En particular, tampoco hizo falta que el tribunal se pronunciara sobre el putativo carácter de *ius cogens* del principio de autodeterminación, que podría haber dado por terminado el Acuerdo de Lancaster House, debido a que ni siquiera se lo consideró un tratado. La Corte entendió que la Resol. 1514 consolidó costumbre en formación hasta ese momento, y actuó como catalizador para acelerar el proceso de descolonización en la década del '60⁶³. Para 1970, cuando se dictó la Resol. 2025, el derecho de autodeterminación como norma consuetudinaria ya estaba firmemente establecido. Sobre estas bases, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que, pese a haber adquirido la independencia en 1968, el proceso de descolonización de Mauricio nunca llegó a completarse enteramente

⁵⁹ CIJ, “Opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos...”, *doc. cit.*, p. 36 (traducción propia).

⁶⁰ *Ibid.*, p. 37.

⁶¹ *Ibid.*, p. 38 (traducción propia).

⁶² *Ibid.*, pp. 40-41.

⁶³ ALLEN, *opus cit.*, p. 11.

conforme al derecho internacional debido a la imposición de la separación del archipiélago de Chagos, por lo que la continua administración del Reino Unido sobre las islas constituye un acto internacionalmente ilícito y debería cesar cuanto antes⁶⁴.

VII. El posible impacto de la opinión consultiva sobre Chagos en la cuestión Malvinas en lo atinente al principio de intertemporalidad

Mucha tinta ha corrido para señalar los varios paralelismos que pueden trazarse entre las cuestiones del archipiélago de Chagos y de las islas Malvinas. Después de todo, las similitudes son abundantes. En ambos casos, el Reino Unido ejerce actualmente una ocupación ilegal de un grupo de islas que constituye parte integrante del territorio de otro Estado. Además, tanto en Malvinas como en Chagos el gobierno británico ha expulsado a los habitantes autóctonos del archipiélago y los ha reemplazado por una población implantada, imponiendo un régimen de dominación colonial para consolidar el acto de fuerza.

Uno de los puntos de contacto más trascendentes entre la cuestión de Chagos y la cuestión Malvinas es la actuación de la Asamblea General y de su órgano especializado en la materia: el Comité Especial de Descolonización. Leopoldo Godio y Facundo Rodríguez se han ocupado en destacar que, en la opinión consultiva de *Chagos*, la CIJ siguió un criterio por el que “las resoluciones de la Asamblea General en materia de descolonización van más allá de meras recomendaciones; y reflejan verdaderas obligaciones internacionales”⁶⁵. La Corte sostuvo que corresponde a la AGNU determinar las “modalidades” de culminación del proceso de descolonización debido a que ello recae dentro de sus competencias en ejercicio de sus funciones como supervisora del mandato de descolonización establecido en la Carta. Esto es de suma relevancia para la cuestión Malvinas. Si bien la CIJ se estaba refiriendo en este caso a la

⁶⁴ CIJ, *Opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la separación del Archipiélago de Chagos...*, doc. cit., p. 44.

⁶⁵ GODIO, Leopoldo M. A. y RODRÍGUEZ, Facundo D., “La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia referida a la separación del archipiélago de Chagos” en *Diario La Ley*, Año LXXXIII, n.º 65, 2019, p. 3.

Resol. 2066 (XX)⁶⁶, atinente a Chagos, es propicio tener en cuenta que lo mismo podría decirse respecto de la Resol 2065 (XX)⁶⁷, adoptada ese mismo día en el voto inmediatamente anterior⁶⁸. La Resol. 2065 (XX), vale recordar, instó a la Argentina y al Reino Unido a negociar la cuestión de la soberanía de las islas a los fines de proceder a su descolonización.

Sin embargo, existen otros elementos del dictamen de la Corte que pueden servir para afianzar la posición argentina, especialmente en lo relativo al principio de intertemporalidad. Cabe traer a colación el señalamiento de Marcelo Kohen en el sentido de que la administración británica en las islas Malvinas socava el derecho de autodeterminación del pueblo argentino, que fue expulsado del archipiélago en 1833 de modo similar que los chagosianos entre 1968 y 1972⁶⁹. Pese a que los británicos suelen emplear el argumento del derecho de autodeterminación para aducir que la población isleña tiene derecho a elegir bajo qué soberanía han de quedar las islas, no puede caber duda de que los actuales habitantes del archipiélago no son un pueblo genuino, ni son titulares del derecho de autodeterminación⁷⁰. Por lo tanto, el verdadero derecho de autodeterminación a considerar en la cuestión Malvinas es el del pueblo argentino, que fue expulsado por la fuerza de parte de su territorio nacional y que al día de hoy se le impide regresar a las islas usurpadas.

Si bien nadie sostendría seriamente que el derecho de autodeterminación estaba vigente en 1833, cuando se produjo el despojo y el desplazamiento forzado de la población autóctona de las islas Malvinas, sí ha quedado establecido que la Resol. 1514 lo consolidó como derecho internacional general en 1960. Por lo tanto, podría fácilmente construirse el argumento de que la autodeterminación del pueblo argentino, desde el año 1960, comenzó a ser violada por la continuidad de la administración británica en parte del territorio nacional, y sigue siendo infringida al día de la fecha. Aquí estamos echando mano a la segunda regla que Max Huber

⁶⁶ Resol. AGNU 2066 (XX): “Cuestión de la Isla Mauricio”, adoptada el 16 de diciembre de 1965.

⁶⁷ Resol. AGNU 2065 (XX): “Cuestión de las Islas Malvinas (Falkland Islands)”, adoptada el 16 de diciembre de 1965.

⁶⁸ KOHEN, Marcelo G., “La Corte de La Haya y Malvinas” en *Clarín*, 03/03/2019, disponible en https://www.clarin.com/opinion/corte-malvinas_0_Cx15gacP2.html.

⁶⁹ Ídem.

⁷⁰ PASTORINO, Ana, *Malvinas: El derecho de libre determinación de los pueblos y la población de las islas*, Eudeba, Buenos Aires, 2013, pp. 197-202.

formuló en su definición del principio de intertemporalidad en *Isla de Palmas*: si bien un hecho puede ser lícito en un comienzo, podría pasar a ser ilícito si se sigue sosteniendo a medida que evoluciona el derecho internacional⁷¹. Se trata de una justificación más para fundar la obligación del Reino Unido de restituir el archipiélago a la Argentina: no solo las islas Malvinas pertenecen a la Argentina porque nuestro país tiene títulos válidos para el ejercicio de la soberanía, sino también que el pueblo argentino tiene derecho a habitar ese territorio del cual fue expulsado violentamente. Si bien la vulneración de la autodeterminación del pueblo argentino no era ilegal en 1833, no cabe duda de que es ilícita hoy en día.

No debería descartarse la posibilidad de, eventualmente, impulsar en la Asamblea General una resolución que solicite a la Corte Internacional de Justicia una opinión consultiva para la cuestión Malvinas en los mismos términos que la que fue pedida con relación al archipiélago de Chagos. Por supuesto, debería estudiarse con detenimiento la pertinencia de este camino, dado que los riesgos son elevados. Sin embargo, opino que, siguiendo el mismo razonamiento que empleó en *Chagos*, el tribunal debería considerar que la presencia británica en las islas Malvinas es violatoria del derecho de autodeterminación del pueblo argentino y, por lo tanto, constitutiva de una conducta internacionalmente ilícita que debería ser cesada cuanto antes. Entre 1833 y 1960 la cuestión Malvinas era exclusivamente una disputa bilateral entre la República Argentina y el Reino Unido; hoy es más que eso: es también un asunto de descolonización, que incumbe a toda la comunidad internacional. Es por esta razón que podría entablarse la competencia consultiva de la CIJ.

VIII. Reflexiones finales

Es interesante destacar nuevamente que, a diferencia de otros pronunciamientos anteriores donde la cuestión de la vigencia intertemporal del derecho era igualmente determinante para la resolución del caso, en la

⁷¹ Marcelo Kohen señaló las similitudes entre las cuestiones de Chagos y Malvinas en una conferencia dictada el 3 de agosto de 2020 para la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Allí, destacó que, cuando el Reino Unido originalmente colonizó Mauricio, no había derecho de autodeterminación, pero que hoy en día sí lo hay. Por eso, la Corte consideró necesario que la situación colonial termine cuanto antes, porque si bien comenzó siendo legal, definitivamente ya no lo es. Lo mismo ocurre en el caso de las Malvinas.

opinión consultiva sobre *Chagos* no hubo mención expresa alguna sobre este principio. Esta elección no puede deberse a que el tema de la intertemporalidad haya sido secundario en este caso; todo lo contrario: resultaba crucial. Mientras que en *Kosovo* la Corte no tuvo necesidad de expedirse acerca de en qué año el derecho de autodeterminación había adquirido raigambre consuetudinaria, en *Chagos* tuvo que darle a ese suceso una fecha concreta debido a que requería de tal nivel de definición. Una diferencia de tan solo cinco años habría cambiado radicalmente el resultado del *dictum*. Resolver la cuestión del derecho aplicable en virtud de la intertemporalidad se volvió imprescindible, y la duda debía ser disipada con escrupulosa exactitud. Es difícil pensar en otro ejemplo donde la Corte haya tenido que determinar el año preciso de consolidación de una costumbre (que suele ser un proceso paulatino y engorroso) para dar una respuesta a un interrogante⁷².

Sin embargo, no sería prudente calificar esta omisión de inadvertencia o descuido. Quizás se deba a que el principio de intertemporalidad se ha internalizado en el razonamiento de los tribunales internacionales en tal medida que su explicitación resulta superflua. Mucha agua ha corrido bajo el puente desde que Max Huber explicó el sentido de la intertemporalidad en su renombrado laudo del año 1928. La Corte tuvo la oportunidad de aplicar el principio en una multiplicidad de decisiones en casos contenciosos y en opiniones consultivas, habiéndose en este capítulo reseñado las más significativas. Notablemente, el tribunal ha tendido a evitar, a lo largo de su historia, citar el caso de la *Isla de Palmas* para referirse a la intertemporalidad (aunque sí lo hizo respecto de otros temas abordados en el laudo⁷³), tal vez naturalizándola como un presupuesto implícito en el razonamiento jurídico internacional. Es probable que, a esta altura, el principio de intertemporalidad haya adquirido tal *status* en la doctrina y la jurisprudencia al punto de que ya no sea susceptible de debate ni requiera de argumentación a su favor. Pocos principios gozan de un trato tan privilegiado en el derecho internacional, donde hasta las nociones más

⁷² James Crawford llegó a sostener que “...es casi imposible identificar con precisión el punto exacto en el tiempo...” en que una costumbre en gestación culmina su proceso de formación para arraigarse como tal (CRAWFORD, James R., “The identification and development of customary international law”, discurso en Conferencia de Primavera de la International Law Association, 23/05/2014).

⁷³ CIJ, “Caso sobre la Soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks y South Ledge (Malasia c. Singapur)”, decisión de 23 de mayo de 2008, p. 23.

elementales son discutidas y cuestionadas habitualmente en razón de la escasa jurisprudencia y la exigua codificación normativa.

Es imperioso referirse nuevamente a los argumentos traídos a colación por Chipre, que la Corte no tuvo necesidad de contestar debido a que consideró que el principio de autodeterminación *ya era* costumbre en 1965. La pregunta queda abierta acerca de qué habría ocurrido si la norma consuetudinaria se hubiese conformado años después, verbigracia, en 1970. En esta línea de ideas, cabe recordar que el segundo elemento del principio de intertemporalidad indica que la legalidad de los hechos, para mantenerse como tal, debe persistir con el correr del tiempo a la luz del progreso del derecho internacional. De confirmarse esta regla, incluso si el desmembramiento de Chagos hubiese sido lícito en 1965, se habría tornado antijurídico el lustro siguiente. Impedir que un pueblo ejerza el derecho de autodeterminación es una violación continua del derecho internacional, y la conducta de un Estado permanece en discordancia con sus obligaciones mientras se mantenga la situación ilícita. Por lo tanto, probablemente la Corte habría llegado a la misma conclusión a la que llegó incluso si le daba la razón al Reino Unido en cuanto al año de cristalización del derecho de autodeterminación de los pueblos.

Por último, no deben ser perdidas de vista las notables similitudes entre la cuestión de Chagos y la de las Islas Malvinas. Los razonamientos que la Corte ha efectuado en relación con la intertemporalidad al analizar el comportamiento ilícito del Reino Unido respecto del incumplimiento de su obligación de descolonizar el archipiélago de Chagos traen a la mente de cualquier argentino la controversia pendiente que nuestra nación tiene con ese mismo país, que aún se resiste a resignar los vestigios de la era colonial. En este sentido, el pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia es un foco de luz de esperanza. Quizás en un futuro el principio de intertemporalidad termine saldando tan postergado asunto, de la misma forma que lo hizo en el archipiélago de Chagos.

VALOR DE LAS RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS EN EL MARCO DE UN PROCESO DE DESCOLONIZACIÓN COMO FUENTE DE DERECHO. UN ANÁLISIS A LA LUZ DE LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CIJ RELATIVA A LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA SEPARACIÓN DEL ARCHIPIÉLAGO DE CHAGOS

Claudia Gabriela Gasol Varela^{1}*

Sumario: I. Introducción; II. Parte A): Consideraciones generales; II.1) La opinión consultiva de la CIJ relativa a la separación del Archipiélago de Chagos. Aspectos relevantes; II.2) Los actos normativos de las organizaciones internacionales y su valor jurídico como fuente de derecho; II.a) Los actos normativos de órganos de Naciones Unidas: la Asamblea General y su Comité de descolonización. Las resoluciones de la Asamblea General en materia de descolonización; III. Parte B): La labor de la Asamblea General en materia de descolonización; III.1) una mirada desde el derecho internacional general; III.2) la perspectiva de la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva relativa a la separación del Archipiélago de Chagos; III.2.a) Los principios de Autodeterminación y de Integridad Territorial y las resoluciones de la Asamblea General en las opiniones individuales y separadas así como las declaraciones de los/las Magistrados/as; III.2.b) Consideraciones generales de la OC. en relación con el marco jurídico aplicable, a modo de síntesis; IV. Conclusiones. Reflexiones finales a modo de colofón.

I. Introducción

El presente trabajo pretende abordar el estudio del valor jurídico de los actos normativos de las organizaciones internacionales, en particular de

^{1*}Abogada. especialista en Derecho de Daños (U.B.). Magíster en Diplomacia y Relaciones Internacionales (Universidad Complutense y la Escuela Diplomática de Madrid). ex Becaria OEA.-AECID-UCM.-UPV-UNIBO. Miembro Consultor del CARI; Miembro AADI y AADC, Profesora UBA- UNLZ-UB- Preparadora ISEN. Directora Proyectos de Investigación LomasCyT (2021-2019) Facultad de Derecho, UNLZ - DeCyT (2014-2016) Facultad de Derecho, UBA.

las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas (Asamblea General, o A.G.) en el marco del proceso de descolonización y ante el escenario planteado con motivo de la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia (la Corte o C.I.J.) sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del Archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965 por parte del Reino Unido como potencia Colonial*.

Se procederá a echar luz acerca de la interacción entre las principales resoluciones del máximo órgano deliberativo de Naciones Unidas en materia de descolonización con otras normas del derecho internacional tales como los principios de integridad territorial y libre determinación de los pueblos y, desde luego dado el origen de estos, con el derecho consuetudinario, indagando acerca de las posibles interacciones de estos últimos y de la costumbre que les ha dado formación, con las indicadas resoluciones de la Asamblea General.

A los fines antedichos, organizamos el artículo en dos partes. La primera de ellas, en la que incluiremos consideraciones generales que entendemos necesarias analizar para lograr una mejor comprensión de los aspectos particulares que motivan las presentes reflexiones. Entonces procederemos a realizar una breve pero precisa sistematización de los aspectos relevantes de la indicada opinión consultiva en relación con su procedimiento de interposición en el marco de la Carta de Naciones Unidas, cuestiones de hecho que motivaron la consulta a la Corte, no descuidando tampoco el tratamiento del valor “jurídico” que tiene este pronunciamiento en el marco del derecho internacional general en cuanto al valor que les otorga este orden jurídico a las opiniones consultivas. Por otro lado, en esta primera parte analizaremos el valor jurídico de los actos normativos de las organizaciones internacionales —y en particular, de la ONU—, las interacciones con las normas creadas por otras fuentes y su propio impacto en el ámbito de la creación de normas, es decir su papel como fuente de derecho.

En la segunda parte, nos dedicaremos al análisis particular del referido dictamen consultivo, no sin antes aclarar que, dada la magnitud de temas analizados en la referida opinión consultiva, colocaremos énfasis en las consideraciones realizadas en relación con las atribuciones de la Asamblea General en la materia y su papel en los procesos de descolonización, así como el valor jurídico de sus actos normativos. En

particular analizaremos las resoluciones 1514 (XV), 1541 (XV) y 2625 (XXV), el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, así como la limitación establecida por el principio de integridad territorial en el párrafo 6° de la resolución 1514 (XV) y la resolución 2625 (XXV) *in fine*, intentando determinar si ante una controversia de soberanía uno de ellos podría tener cierta prevalencia en relación con el otro.

Para culminar, efectuaremos unas reflexiones finales orientadas a realizar un aporte por un lado, en el ámbito de las fuentes del derecho internacional, así como de las características y elementos de análisis teóricos del derecho internacional en materia de descolonización en general, realizando referencias puntuales y muy precisas —cuando lo creamos pertinente y sin descuidar nuestro objeto de estudio— a la controversia de soberanía que mantiene nuestro país con el Reino Unido en el marco de la llamada “cuestión Malvinas”, a los efectos de extraer enseñanzas en relación con aspectos teóricos en materia de descolonización que confirman la solidez jurídica de la tradicional posición argentina en esa controversia.

II. Parte A. Consideraciones generales

Creemos oportuno comenzar este apartado incorporando un extracto del pensamiento de quien, seguramente, podemos contar entre los juristas que más han estudiado el valor jurídico de las opiniones consultivas ya desde su trabajo de tesis en la Universidad Complutense de Madrid, bajo la dirección de otro gran jurisconsulto y académico de nuestra disciplina, como lo es con total seguridad el profesor Remiro Brotons. Nos referimos a las palabras de Carlos Espósito, que indica lo siguiente:

“Con fundamento en la autoridad de las opiniones consultivas, en la práctica jurisprudencial no obstante el significado teórico atribuido por la mayoría de la doctrina a las opiniones consultivas, éstas poseen un alto valor jurídico capaz de compeler. Ese valor viene dado a las opiniones consultivas por ciertos datos fácticos: primero, porque es la Corte Internacional de Justicia, un órgano judicial quien da la opinión; segundo, porque el procedimiento es similar al de la jurisdicción contenciosa, gozando el procedimiento consultivo de las garantías procesales necesarias para asegurar un proceso judicial justo; y tercero, porque el resultado del procedimiento consultivo, la opinión consultiva puede asimilarse a algún tipo

de decisión tomada en sede contenciosa, como por ejemplo las sentencias declarativas.”².

La opinión consultiva, conforme surge de la Carta de Naciones Unidas, es un dictamen no vinculante jurídicamente que realiza la Corte Internacional de Justicia acerca de una cuestión jurídica que le es sometida. Al respecto —y en lo que refiere a nuestro objeto de análisis— corresponde detenernos en ello pues, la Corte ha interpretado el significado y el alcance de “cuestión jurídica”, más bien ha sistematizado su criterio al respecto emitido en dictámenes previos. Ello al ser consultada por la Asamblea General acerca de las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en los territorios palestinos ocupados*, refiriéndose a su competencia en materia consultiva como “...una tarea esencialmente judicial, a saber, una evaluación de la legalidad del posible comportamiento de los Estados, con respecto a las obligaciones que le impone el derecho internacional...”, citando también sus palabras en la consulta que se le efectuó en relación con la interpretación del Acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto, al indicar que “...puede ser esencialmente necesario para una organización internacional obtener una opinión consultiva de la Corte acerca de los principios jurídicos aplicables al asunto que se debate...”³. Con lo cual, deducimos que la función consultiva de la Corte implica analizar e interpretar el derecho internacional vigente, tal como debe aplicarse, evaluando el comportamiento de los Estados en el marco de la legalidad establecida por el derecho internacional.

La solicitud para activar la competencia consultiva de la Corte es formulada a pedido de la Asamblea General, el Consejo de Seguridad o cualquier otro órgano y organismo especializado de Naciones Unidas con autorización, estos últimos, de la Asamblea General, y siempre y cuando —también en el caso de estos últimos— la cuestión que motiva la solicitud

² Espósito, Carlos, *La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia. Su valor en la determinación del derecho internacional y en la solución pacífica de controversias*, Memoria presentada por el autor, bajo la dirección del Dr. D. Antonio Remiro Brotons sobre el tema La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia, presentada en junio de 1995 en la Universidad Autónoma de Madrid para la obtención del título de Doctor en Derecho. Disponible en: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/4553> [última revisión, 26.04.2020].

³ Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, Corte Internacional de Justicia, 2004, paragr. 41. Disponible en: <http://www.icj-cij.org> [última referencia: 20.02.2020].

surja dentro del ámbito de actuación del propio órgano u organismo solicitante⁴. Vale aclarar que en el presente caso la Corte Internacional de Justicia no resolvió una controversia entre Mauricio y el Reino Unido, sino que responde a ciertas consultas jurídicas que le efectuó la Asamblea General acerca del proceso de descolonización de Mauricio. Ello nos resulta importante aclarar en el marco de las consideraciones y el análisis que efectuaremos en la segunda parte acerca del valor jurídico de las resoluciones de la Asamblea General en un proceso de descolonización que pareciera surgir de este pronunciamiento consultivo.

En la opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares*, la Corte indicó que sus conclusiones serían relevantes en el debate sobre desarme que se seguía en la Asamblea General y aportarían un elemento suplementario a las negociaciones, añadiendo que la Corte se limitaría a declarar el derecho existente, lo cual no implicaba legislar⁵. En dicho dictamen, la Corte añadió que para elaborarlo “...*To do this, the Court must identify the existing principles and rules, interpret them and apply them to the threat or use of nuclear weapons, thus offering a reply to the question posed based on law...*”⁶. Por otro lado, en el mismo dictamen la Corte indicó que “...*The purpose of the advisory function is not to settle—at least directly—disputes between States, but to offer legal advice to the organs and institutions requesting the opinion...*”⁷. Nos resultan de particular relevancia estos extractos de la indicada opinión pues la Corte describe su propia competencia consultiva como aquella que implica la tarea de identificar la existencia, a la vez de interpretar y aplicar principios y reglas de derecho internacional con lo cual lo que determine la Corte como derecho por su propia naturaleza es obligatorio para la comunidad internacional, y a la par de ello, señala que el objeto y fin de la competencia consultiva, si bien no persigue resolver controversias “...*al menos directamente...*”, sí implica ofrecer un asesoramiento técnico-jurídico a los órganos e instituciones que lo requieran. Estas palabras le imprimen un

⁴ Artículo 96 Carta Naciones Unidas | artículo 65 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

⁵ GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina, “La solución pacífica de las controversias internacionales”, en GONZÁLEZ NAPOLITANO (coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Errejus, 2015, p. 813.

⁶ Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares, Corte Internacional de Justicia, 1996, paragr. 13. Disponible en: <http://www.icj-cij.org> [última referencia: 04.02.2020].

⁷ *Ibid*, paragr. 15.

gran valor al contenido de los dictámenes consultivos dado que, como todo asesoramiento jurídico brindado por profesionales del derecho, debe basarse en lo que efectivamente es derecho y, por ende, de cumplimiento obligatorio y, además, dejaría entrever que podría aportar de modo indirecto verdaderas soluciones a cuestiones jurídicas.

En la propia opinión consultiva⁸ sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, la Corte Internacional de Justicia al referirse a su facultad discrecional de aceptar o no emitir la Opinión Consultiva que le solicitaba la Asamblea General, indicó que: “...*The object of the request is an entirely different one* [refiriéndose a que no ha sido el objetivo de la Asamblea General someter a la Corte, por medio de un pedido de opinión consultiva, una disputa o controversia jurídica para ejercer, a posteriori, y conforme lo indicado por la Corte, sus propias funciones en dicho caso sino que, la AG actuó en aras a]:... *to obtain from the Court an opinion which the General Assembly deems to be of assistance to it for the proper exercise of its functions concerning the decolonization of the territory...*” en referencia al criterio sostenido previamente en la Opinión Consultiva que se solicitó con motivo al Caso relativo al Sahara occidental, emitida en 1975.

Es pacífica la doctrina —más allá del carácter no vinculante jurídicamente de las opiniones consultivas— en encontrar en estos dictámenes de la Corte y de las jurisdicciones internacionales en general, un documento con una alta acatadura moral, considerando la calidad de “autoridad” de quien la emite. En ese sentido, Pastor Ridruejo lo confirma al indicar que dicho efecto formal que se le otorga no es óbice para reconocerle esa relevancia moral y política⁹. Añade al respecto que, en ciertos casos, corresponde atribuirle un carácter obligatorio, cuando ello emana de fuente convencional citando, a modo de ejemplo, el artículo 66 de la Convención de Viena del 21 de marzo de 1986 sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales y entre estas entre sí¹⁰. Tal es el peso que tienen estos dictámenes que el destacado jurista

⁸ CIJ, *Consecuencias jurídicas de la separación del Archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, Opinión Consultiva del 25 de febrero de 2019, para. 86. Disponible en: <http://www.icj-cij.org> [última referencia: 14.02.2020].

⁹ PASTOR RIDRUEJO, José, A, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2007, p. 727.

¹⁰ En igual sentido, SABIA DE BARBERIS, Gladys, N., “Opiniones consultivas obligatorias de la Corte Internacional de Justicia o ¿efectos obligatorios de ciertas opiniones consultivas?”

afirma que, por un lado, mediante la “solución consultiva” es que se ha sustituido la carencia de *ius standi* que tienen las organizaciones internacionales en la competencia contenciosa de la Corte¹¹ y, por otro lado, el indudable dato de la realidad de que tanto las sentencias en asuntos contenciosos como las opiniones consultivas de la Corte, han contribuido al perfeccionamiento y al desarrollo progresivo de sectores muy importantes del derecho internacional y prueba de ello son las constantes referencias a sus pronunciamientos bajo ambas competencias que realizan los juristas en las obras académicas¹².

Diez de Velasco señala que las opiniones consultivas constituyen la expresión de la determinación —por parte de la Corte— de los principios y normas vigentes, pues la Corte procede a interpretarlos y aplicarlos para elaborar una respuesta jurídicamente fundada a la consulta que se le

en GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D.T., *Temas jurisdiccionales en materia de derecho internacional*, Buenos Aires, Instituto de Derecho Internacional, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), 2017, pp. 23 [25] y 52-3 [54-5]. Disponible en: http://www.cari.org.ar/pdf/temas_jurisdiccionales.pdf [última referencia: 24.02.2020].

¹¹ Gladys Sabia de Barberis reflexiona al respecto, incorporando la opinión, por un lado, de Roberto Ago al preguntarse —el jurista italiano— acerca de la conveniencia actual de “abrir” la competencia contenciosa de la Corte también a las controversias que puedan involucrar a las organizaciones internacionales evitando el uso, por parte de estos sujetos del derecho internacional, de la vía —*algo desviada* al decir de Ago— del procedimiento consultivo que implica —en la práctica— otorgarle a este, un carácter “decisorio” y “obligatorio”, impropio de esta competencia. Por otro lado, la autora incorpora la opinión de Espósito quien, si bien parte de la distinción formal en cuanto a los efectos de ambas competencias de la Corte al decir que las opiniones consultivas carecen de efecto jurídico vinculante, señala que “...constituyen algo más que una mera opinión, destacando su carácter autoritativo, pues tienen una autoridad frente a los sujetos y órganos a los cuales se dirige...” argumentando que en la práctica se asemejan a las sentencias —según este autor— posiblemente por la dificultad que presenta el proceso de ejecución de una sentencia mediante el procedimiento del artículo 94 de la Carta de Naciones Unidas. Sabia de Barberis no comparte esta opinión, pues señala con énfasis la diferencia —en cuanto a los efectos— de una sentencia en relación con una opinión consultiva, más allá de las dificultades que pueda acarrear la ejecución de la primera, y sin desconocer el peso de autoridad de la segunda así como su importante contribución al desarrollo progresivo del derecho internacional [argumento que destaca también Pastor Ridruejo, tal como veremos en el presente párrafo *in fine*, del texto principal], *Ibíd*, 54 [56]. En igual sentido, GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina: “La solución pacífica de las controversias internacionales”, *doc. cit.* p. 815.

¹² PASTOR RIDRUEJO José, A: *doc. cit.* p. 727.

presentó, proporcionando al órgano u organismo que realizó la solicitud, los elementos de derecho necesarios para desarrollar sus actividades¹³.

Lo expuesto nos indica que si bien la función consultiva de la Corte no tiene por objeto dirimir controversias ni tampoco sentar criterios que puedan considerarse constitutivos de una eventual sentencia suya en lo que posteriormente pueda generar una controversia entre los Estados “aludidos” en la “cuestión jurídica” llevada a consulta a la Corte, lo cierto es que cuando la Corte Internacional de Justicia emite una opinión consultiva, está verificando y declarando la existencia de verdaderas normas del derecho internacional vigentes y de carácter vinculante no solo para aquellos Estados que puedan estar directa o indirectamente vinculados con la cuestión llevada a su análisis, sino para la comunidad internacional en su conjunto y para todos los sujetos del ordenamiento jurídico internacional. Barboza coincide con estas apreciaciones, destacando el valor de un dictamen de la CIJ, al indicar que:

“...Lo que nos trae a la consideración el papel que juegan los hechos particulares del caso, sobre los cuales se basa el dictamen...de la Corte y que contribuyen, en nuestro parecer, el rasgo más importante de estas opiniones. Es que precisamente porque se basan en los hechos que conforman la situación bajo examen de la Corte que su opinión resulta doblemente valiosa. No se le someten al alto tribunal ejemplos imaginarios, sino casos concretos, con sus complejidades propias y con la presencia de intereses reales en conflicto y es por ello que se da doble valor a las opiniones consultivas. Un fallo judicial vale mucho más que páginas de doctrina para el desarrollo del derecho [aclarando que también aplica a la opinión consultiva]....al emitirlo el Tribunal se compromete con la sentencia....Los hombres y mujeres del derecho de gentes aguardan con expectativa los fallos de la Corte Internacional de Justicia....y las opiniones consultivas participan de esa calidad...”¹⁴.

No obstante ello, en la propia opinión consultiva cuyo análisis motiva este trabajo, en su Declaración que está anexa al dictamen

¹³ DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2013 (reimpr. 2018), pp. 1007-8.

¹⁴ BARBOZA Julio, “La jurisdicción consultiva de la Corte”, en BARBOZA, Julio (coord.), *La Corte Internacional de Justicia y el Derecho Internacional. Temas relacionados con la opinión consultiva sobre la construcción del muro*, Buenos Aires, Instituto de Derecho Internacional, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), 2005, p. 9.

consultivo¹⁵ el Magistrado Tomka expresa preocupación por una posible “conversión” en la práctica de los procedimientos consultivos en una modalidad solapada de llevar a consideración de la Corte asuntos que en realidad correspondería ser tratados en su “función contenciosa”, es decir, con el consentimiento de los Estados involucrados en cuanto al ejercicio de competencias por la Corte. En su exposición el Juez Tomka entendió que existe una controversia en relación con el archipiélago de Chagos entre Mauricio y el Reino Unido que data de largo tiempo, y que la solicitud de la opinión consultiva en trato tiene su origen justamente en esa controversia, destacando que ha sido Mauricio quien había solicitado, en 2016, que se incluyese un tema adicional en el programa provisional de la Asamblea General, que llevaba tiempo sin tratar el tema —algo más de medio siglo— y que en 2017 condujo a la Asamblea General a solicitar la opinión consultiva. En este sentido, el magistrado entendió plantear una cierta cautela al momento de brindar a dicho órgano el asesoramiento que solicita a la CIJ, la cual entendió que no se ha visto reflejada en la referida opinión consultiva, en particular en respuesta a la segunda pregunta.

Por la propia evolución y dinamismo del derecho internacional, es necesaria la interpretación que —de sus normas y bajo esos parámetros— realicen los órganos de autoridad, como lo es la C.I.J., así como su aplicación por estos órganos a situaciones concretas, a los efectos de proporcionar una opinión fundada en derecho, en relación con cuestiones de diversa índole que generen inquietudes jurídicas al momento de aplicar el derecho por los órganos competentes, en este caso, la Asamblea General en el marco de sus funciones en el proceso de descolonización establecido por la Carta de Naciones Unidas. Barboza se refiere a la costumbre jurídica como una institución llena de misterios y vaguedades, indicando que el misterio mayor está centrado en determinar cuándo una práctica que puede ser obligatoria para los Estados que la adoptan, se torna obligatoria para aún los Estados que no han participado en su formación, es decir, pasa a constituirse en derecho consuetudinario general. Por su parte, señala como vaguedades propias de esa norma, su contenido y alcance, en el caso de la Costumbre tradicional, pues en el caso de la llamada “nueva costumbre” parafraseando a George Abi-Saab o “costumbre escrita”, aludiendo a Luigi Condorelli, al formarse sobre textos escritos, despeja esa “vaguedad”. En la posibilidad de arrojar luz a estas situaciones, Barboza encuentra otra virtud

¹⁵ En un sentido similar, la opinión disidente de la Magistrada Donoghue. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/169/advisory-opinions> [última referencia: 14.02.2020].

de la opinión consultiva: declarar la costumbre internacional, al igual que los pronunciamientos contenciosos¹⁶.

Como veremos en próximos apartados de este trabajo, en el marco de la teoría de las fuentes, el dinamismo del derecho internacional antes aludido y su carácter de “orden jurídico evolutivo” es claro al contemplar, en la actualidad, determinados procedimientos de formación de derecho que otrora no eran considerados como tales. Dentro de ellos, claramente se encuentran los actos normativos de los órganos de las organizaciones internacionales y el debate en relación con ellos acerca de su inclusión en el elenco de las fuentes del derecho internacional, así como también, acerca de su relación con otras fuentes y normas. Esos debates tienen lugar como consecuencia de los aludidos cambios de los que va siendo testigo la comunidad internacional y que tornan necesaria la adaptación del derecho internacional a los tiempos actuales.

Tal vez era casi impensado en otros tiempos estar analizando el valor jurídico de las resoluciones emanadas de órganos de organizaciones internacionales en el marco de la tradicional teoría de las fuentes del derecho internacional, o plantear el debate acerca del efecto de las opiniones consultivas de órganos o entidades jurisdiccionales internacionales, dando cuenta de opiniones de reconocidos sectores doctrinarios que acercan a estas últimas en más o en menos a verdaderos pronunciamientos casi obligatorios, o al menos declarativos, del derecho existente lo cual la transforma en obligatoria en su contenido.

A lo largo de las presentes reflexiones, veremos de qué modo la C.I.J. ha sentado verdaderos criterios jurídicos en el dictamen que nos convoca en relación con el valor que ostentan las resoluciones de la Asamblea General en el proceso de descolonización y en su relación con otras normas del derecho internacional. Por ello, nos resultó necesario y por demás interesante y con carácter previo comenzar recordando la importancia de la competencia consultiva de la Corte y de los criterios que allí emanan para enmarcar, en su exacta relevancia, las consideraciones que iremos formulando.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 11.

II.1. La opinión consultiva de la CIJ relativa a la separación del Archipiélago de Chagos. Aspectos relevantes

El tema objeto de nuestro trabajo nos conduce al análisis de los aspectos fundamentales de la Opinión Consultiva en cuanto a lo que refiere al marco normativo aplicable y su valor jurídico, tarea que emprendemos en la parte segunda de este trabajo, donde daremos precisión de aspectos referidos a la presentación efectuada por la Asamblea General e interrogantes planteados a la Corte, como datos propios e inherentes para la referencia de toda opinión consultiva. Por ello y dado que los demás capítulos de esta obra tratarán diferentes aspectos del referido dictamen y con ánimo de no reiterar conceptos e información, procederemos en el presente apartado, por un lado, a incorporar una síntesis abreviada de los hechos y motivos que generaron la solicitud a la CIJ, así como, por otro lado, a la identificación del marco jurídico aplicable a esta solicitud. Ello para despejar los temas cuyo análisis nos ocuparemos a posteriori¹⁷.

Cuando nos referimos a “Chagos”, debemos situarnos en un contexto de colonialismo y de violación de las condiciones básicas y elementales de dignidad de la persona humana y ello nos remonta al siglo XIX cuando la población ancestral de Chagos fue llevada allí para trabajar como esclavos. Una vez abolida la esclavitud, permanecieron en esas tierras con genuinas aspiraciones de gozar de una vida digna, como toda persona merece. En 1814 una vez vencido Napoleón —a su consecuencia, reconfigurándose todo el esquema político y territorial de Europa—, Francia cedió al Reino Unido la isla de Mauricio y sus dependencias: el Archipiélago de Chagos y las Islas Seychelles, lo que implicó reconocer a Chagos como parte de Mauricio.

En relación con los hechos y motivos que fundan la solicitud de la Asamblea General, es necesario destacar entre los más relevantes que la

¹⁷ Para una mayor precisión de datos geográficos e históricos (incluso acontecimientos más recientes en la historia), se recomienda consultar la propia opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, doc. cit. parágs. 26 a 53 y 92 a 131. También se puede acudir al siguiente documento: CPA, caso concerniente al Área marítima protegida del archipiélago de Chagos (República de Mauricio v. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte), Laudo Arbitral del 18 de marzo de 2015, parágs. 54 a 125, disponible en: <https://files.pca-cpa.org/pcadocs/MU-UK%2020150318%20Award.pdf> [última referencia: 14.03.2020].

República de Mauricio está situada en el océano Índico, a una distancia de 800 km al Este de Madagascar. El Estado insular adopta como forma de gobierno la república parlamentaria y cuenta con un jefe del Estado que es el presidente de la República. Su capital es Port Louis. El Archipiélago de Chagos está situado también sobre el mismo océano, a unos 1500 km de Mauricio y está compuesto por aproximadamente 60 islas y —todo ello— implica estar analizando la situación de un espacio de más de 54.400 km². La isla mayor es Diego García, que cuenta con cerca de 30 km²¹⁸.

En los primeros años de la Guerra Fría, Estados Unidos comenzó a mostrar preocupación por su falta de presencia en territorios del Océano Índico que le facilitaría, a la par de protegerse de posibles ataques, ejercer también tareas de vigilancia a los soviéticos. Es así como comenzó a vislumbrar al Archipiélago de Chagos como ese sitio que le permitiría cumplir con sus objetivos y satisfacer sus necesidades político-estratégicas. Comenzaron negociaciones con la Autoridad británica en un secreto absoluto dado que el territorio debía ser entregado a los Estados Unidos desocupado de población. Es así como —a instancias de Estados Unidos— comienzan las negociaciones entre ambos Estados destinadas a separar a la población que habitaba el archipiélago para que este sea entregado deshabitado a los estadounidenses bajo la figura del arrendamiento por una plazo de cincuenta años prorrogables y, a tales fines, se crea el 8 de noviembre de 1965 el llamado Territorio Británico del Océano Índico (BIOT) como colonia británica, que, en los hechos, no tuvo otra finalidad que “separar”, “localizar” e “identificar” las instalaciones militares de los Estados Unidos en el Índico. Ello dado que en 1968 la República de Mauricio se independiza y tres años antes, el Reino Unido separó la isla de Chagos a la que incluyó dentro del BIOT. Entre los años setenta se produce la independencia de varios de los territorios que lo conformaban, lo que generó que hoy el BIOT se vea reducido al archipiélago de Chagos y a otras pocas islas, en su mayoría deshabitadas¹⁹.

Unos meses antes de la creación del BIOT, el 23 de setiembre de 1965 tiene lugar una reunión en Lancaster House entre representantes, por un lado, de la entonces Colonia de Mauricio y por otro lado, del Reino Unido, de la cual surge el “acuerdo de Lancaster House”. Acerca de este

¹⁸ Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965, doc. cit. parágrs. 25-28.

¹⁹ *Ibid.*

“pacto”, si bien no profundizaremos por no estar directamente vinculado con nuestro objeto de análisis en este trabajo, sí consideramos incluirlo pues, el acuerdo (o no) del pueblo en trato es relevante al momento de evaluar la correcta aplicación de las normas que constituyen el régimen de descolonización y, en palabras de Marcelo Kohen, para evaluar una posible aquiescencia a las posiciones de la potencia colonial²⁰. Al respecto, el Reino Unido ha referido a este acuerdo en el marco de su intervención en el proceso de opinión consultiva pero, vale incorporar aquí la opinión de Marcelo Kohen, integrante de la Delegación argentina en dicho procedimiento consultivo al referirse a este acuerdo en una de sus disertaciones en el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales como “forzado”, pues la alternativa que tenían las autoridades de Mauricio era: “...independencia sin Chagos o no independencia sin Chagos...”²¹.

El Acuerdo de Lancaster House incluía varias cuestiones y temas de defensa y seguridad mutua, el pago de indemnizaciones por parte del Reino Unido para los reasentamientos de la población, la obligación del Reino Unido de interceder ante Estados Unidos para que utilice mano de obra y materiales de Mauricio para la construcción de diversas obras en Chagos y el compromiso de reintegrar el territorio a Mauricio finalizadas las necesidades de defensa y seguridad. Al día siguiente, Reino Unido se expidió a favor de la independencia de Mauricio. Unos meses después, el 6 de octubre, se celebró un “acuerdo complementario” por el cual el Reino Unido se obligó ante Mauricio a realizar gestiones de buenos oficios ante Estados Unidos para que este último le reconociera a Mauricio ciertos derechos en el archipiélago, como ser los referidos a la pesca.

Avanzando en este breve pero necesario contexto histórico-político, corresponde ubicarnos en 1966 cuando el Reino Unido y los Estados Unidos concluyeron las negociaciones por las cuales formalmente se acordó que el primero cedía —bajo la calidad de arrendamiento por un periodo de 50 años— la isla Diego García del Archipiélago de Chagos al segundo con el fin de que éste último instalara una base militar en dicho territorio. El acuerdo también le permitía a Estados Unidos utilizar otras islas del archipiélago —por cuestiones de defensa— y, desde luego, la expulsión de la población que,

²⁰ Sesión del 24.07.2019 organizada conjuntamente por el Instituto de Derecho Internacional y el Comité sobre la Cuestión Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur. Disponible en: <http://www.cari.org.ar/recursos/cronicas/cij24-07-19.html> [última referencia: 22.04.2020].

²¹ Ibid.

como ya indicamos, ha constituido una de las bases originarias y primeras de las negociaciones.

Ante ese escenario, lo que acontecería luego era previsible. La población chagosiana ha sido expulsada del territorio por la “Autoridad” administradora en un proceso que comenzó en 1967 y que trascurrió por algo más de cinco años. En la actualidad, vive mayoritariamente en Mauricio y en la República de las Seychelles, pero no pierden sus esperanzas de poder regresar a su tierra. De hecho, han iniciado acciones en el Reino Unido para que se les permita regresar, como así también han sido partícipes permanentes en las audiencias en el marco del proceso consultivo ante la Corte Internacional de Justicia, objeto de análisis en esta obra. El único “error” que parece haber cometido dicha población es vivir en un lugar sumamente estratégico: con visión y, por ende, posibilidad de control de gran parte de los territorios de relevancia política-económica mundial, ya que estamos ante un “observatorio” directo de territorios en Oriente Medio, África, Asia y el Estrecho de Ormuz, uno de los principales corredores marítimos mundiales por donde transitan a diario buques petroleros.

El acuerdo de arrendamiento celebrado en 1966 debía expirar en diciembre de 2016, pero ha sido prorrogado por otros veinte años más²². En tal sentido, el Reino Unido no solo le otorgó autorización a Estados Unidos para que —en calidad de arrendamiento— establezca una base militar por un plazo de 50 años —vencido en 2016— alegando razones de seguridad y protección hasta para el propio Estado de Mauricio (que es la víctima del despojo de su territorio) y constituyendo dicha instalación militar el mayor asentamiento existente en Chagos dado que incluye viviendas civiles, asentamientos varios, aeropuerto, hangares, entre otras instalaciones, sino que como veremos a continuación, si bien en marzo de 2015 un laudo arbitral declaró vinculante el compromiso del Reino Unido de reintegrar Chagos a Mauricio cuando finalicen “esas razones de seguridad y defensa” en clara alusión al acuerdo de arrendamiento, el Reino Unido no solo no reintegró el territorio, sino que prorrogó el acuerdo con Estados Unidos hasta 2036.

En efecto, a consecuencia de que en el año 2010 el Reino Unido ha establecido unilateralmente la llamada “Área Protegida Marina de Chagos”

²² Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, doc. cit. para. 51.

(AMP) como una reserva natural alrededor de las islas de Chagos que se extiende hasta unas 200 millas marinas desde las líneas de base del Archipiélago de Chagos y cubre una zona de más de medio millón de kilómetros cuadrados²³, la República de Mauricio planteó el caso ante la Corte Permanente de Arbitraje (CPA). Allí alegó no haber sido consultada para el establecimiento del AMP conforme a sus derechos en calidad de Estado ribereño y de acuerdo con lo que surge de los acuerdos de Lancaster House. Mauricio reclamó en consecuencia, por un lado, los derechos de pesca en la Zona Económica Exclusiva, así como, por otro lado, su derecho a efectuar las presentaciones jurídicas en relación con la Plataforma Continental que rodea al Archipiélago de Chagos y recibir las recomendaciones respectivas de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental (CLPC) creada en el marco de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR).

Mauricio sustentó su reclamo entendiendo que el Reino Unido, al establecer el AMP, había violado los artículos 2, 55, 56 y 76. Fundamentó su presentación en los artículos 286 y 287 así como el Anexo VII en su artículo 1 de la CONVEMAR²⁴ y otras normas de derecho internacional en lo que refiere a las obligaciones de consulta y cooperación. En marzo de 2015 se expidió la CPA rechazando algunos de los planteos de Mauricio al entender que no implicaban una controversia acerca de la interpretación o aplicación de la Convención del mar, pero se declaró competente en los que, a juicio del tribunal, sí implicaban un análisis a la luz de UNCLOS, determinando que la creación por parte del Reino Unido del AMP era contraria a lo dispuesto por UNCLOS y que el acuerdo por el cual Reino Unido acordaba reintegrar el Archipiélago de Chagos cuando ya no fuera necesario para asuntos de defensa era vinculante, no obstante —como vimos en los párrafos anteriores— si bien expiraba poco más de un año después del Laudo en análisis, el mismo ha sido renovado por el Reino Unido y Estados Unidos veinte años más²⁵.

²³ CPA, caso concerniente al Área marítima protegida del archipiélago de Chagos (República de Mauricio v. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte), doc. cit. para. 5.

²⁴ *Ibíd.*, para. 10. Los datos referidos a la presentación están disponibles en: <https://pca-cpa.org/es/cases/11/> [última referencia: 14.03.2020].

²⁵ Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, doc. cit. para. 50.

Con respecto al marco jurídico aplicable al dictamen, sin duda nos ubica en el escenario de las normas de derecho internacional en materia de descolonización y, en particular la labor de la Asamblea General como Autoridad en dicho proceso debiendo necesariamente destacar las resoluciones que dicho órgano deliberativo adopta al respecto²⁶. Conviene comenzar nuestra identificación señalando en primer lugar a la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, que obra en la resolución 1514 (XV), adoptada por la A.G. el 14 de diciembre de 1960, y en particular su párrafo 6, en el cual se afirma que todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, es decir, la resolución en análisis es la norma que sienta el principio de libre determinación de los pueblos surgiendo también de su texto, el principio de integridad territorial de los Estados como límite al primero de ellos. Vale considerar —y no en vano destacamos su relevancia en cuanto a su contenido— la presente resolución es considerada por pacífica doctrina, como la Carta Magna en materia de descolonización²⁷.

Cuando analicemos la opinión consultiva y en particular las opiniones y declaraciones judiciales separadas, en especial la del magistrado Patrick Robinson, veremos que este magistrado se refiere a las condiciones en las que se ha aprobado la resolución 1514 (XXV) indicando que los 89 votos a favor recibidos y la ausencia de votos en contra debe considerarse como una prueba fehaciente de que la comunidad internacional está reconociendo su valor normativo y, en especial, la ausencia de votos en contrario, reafirma la *opinio iuris* necesaria para la formación de una norma de la costumbre internacional²⁸. En fundamento de sus argumentos, Robinson indica que las abstenciones que recibió la resolución 1514 (XV) representan alrededor del 10 % de los votos totales y, trayendo palabras de

²⁶ Más allá de que como veremos más adelante, no es la primera vez que la AG se refiere a la libre determinación de los pueblos como norma en derecho internacional.

²⁷ Ha sido aprobada por 89 votos a favor, ninguno en contra y 9 abstenciones, entre las que se incluye la del Reino Unido, y es considerada como la norma rectora en materia de descolonización. Cf. PASTORINO Ana, ÁLVAREZ, Maximiliano y ROSA, Gabriel; *Colonialismo en el siglo XXI. La estrategia del imperio para mantener la ocupación de las Malvinas*, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Nacional de La Plata, 2015, p. 25.

²⁸ Magistrado Robinson en su opinión separada de la opinión consultiva doc. cit, en el para. 37. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/169/advisory-opinions> [última referencia: 14.02.2020].

la jurista Rosalyn Higgins en una obra publicada con anterioridad a que se desempeñara como magistrada y presidenta de la Corte, señaló que “...[d]ebe considerarse que la resolución representa los deseos y creencias del conjunto de Miembros de las Naciones Unidas...”²⁹. Lo importante de esta cita es que la obra de Higgins, que Robinson cita en su opinión separada, es de 1963, con lo cual, ya en ese momento, la jurista entendía existente un derecho a la libre determinación, alegando también una práctica de diecisiete años en el seno de la ONU³⁰.

Luego del dictado de la declaración a la cual nos referimos previamente, la Asamblea General ha producido otro acto resolutivo, pero aplicable a la particular situación de Mauricio. Nos referimos a resolución 2066 (XX), de 16 de diciembre de 1965, en la que invitó al Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Reino Unido) a la adopción de medidas destinadas al cumplimiento de modo inmediato y completo de la resolución 1514 (XV) aplicables a Mauricio y en consecuencia, a no adoptar ninguna medida que pudiera, por un lado, desmembrar el territorio de dicho Estado y por otro lado, violar su integridad territorial.

Poco más de un año después, la Asamblea General dictó la resolución 2232 (XXI), de 20 de diciembre de 1966, en donde —además de referirse al caso que nos ocupa, incluye a otros territorios— muestra preocupación por el informe que había recibido del “Comité Especial encargado de examinar la situación con respecto a la aplicación de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales”³¹ (Comité de Descolonización o Comité de los 24) al que nos referiremos más adelante, dado que dicho órgano subsidiario de la Asamblea General le había informado acerca de la existencia de políticas encaminadas a quebrantar la integridad territorial en algunos de los territorios allí indicados, entre otros, el caso que nos ocupa así como la creación de bases y establecimientos militares por las potencias administradoras, recordando que ello contravenía resoluciones previamente dictadas por esa Asamblea General, la cual y casi un año después, dictó la resolución 2357 (XXII), de 19 de diciembre de 1967 de igual índole que la anterior.

²⁹ *Ibíd*, para. 38.

³⁰ *Ibíd*, para. 42.

³¹ Disponible en: <https://www.un.org/dppa/decolonization/es> [última referencia: 14.02.2020].

Como surge de la opinión consultiva en análisis, el derecho a la libre determinación, como norma consuetudinaria, constituye el derecho internacional aplicable durante el período pertinente determinado por la propia Corte al señalar que dicho contexto temporal se puede encontrar entre la separación del archipiélago de Chagos en 1965 y la independencia de Mauricio en 1968³².

II.2. Los actos normativos de las organizaciones internacionales y su valor jurídico como fuente de derecho

Corresponde comenzar el análisis partiendo de la afirmación de pacífica doctrina que considera a las organizaciones internacionales (OI) verdaderos sujetos del derecho internacional que —derivando de la voluntad de los Estados que adoptan el instrumento fundacional³³— dotan a la

³² Disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/169/169-20190225-01-00-EN.pdf> [última referencia: 14.02.2020], p. 4 [6].

³³ Por lo general, ese instrumento es de fuente convencional, pero pueden existir otros mecanismos y/o supuestos excepcionales que den formación a un OI: a modo de ejemplo, podemos decir que la Organización de Naciones Unidas para el desarrollo Industrial (ONUDI) se ha creado por resolución de la Asamblea General, como una organización autónoma dentro de Naciones Unidas (como órgano de la AG), estableciendo también sus órganos. Ello por resolución 2089-XX. Al año siguiente, por resolución 2152-XXI, la Asamblea General resolvió que ONUDI funcione como organización autónoma dentro de Naciones Unidas estableciendo sus objetivos, funciones, así como composición y funcionamiento orgánico. Finalmente se convirtió en organismo especializado y —por ende— en sujeto de derecho internacional independiente de la ONU por el tratado del 08 de abril de 1979, en vigor desde el 21 de junio de 1985. Otro ejemplo puede devenir de organizaciones no gubernamentales. Allí citamos el caso de la Unión de Organismos Oficiales de Turismo que se convirtió en OI —la Organización Mundial del Turismo (OMT)— por un tratado internacional adoptado en 1970 a instancias de la Asamblea General. Otro ejemplo está dado por el Consejo Nórdico, constituido por una serie de normas internas de Dinamarca, Islandia, Noruega, Suecia y posteriormente Finlandia que —con la posterior celebración de un tratado de cooperación— da lugar a la formación del Consejo Nórdico —Helsinki, 1962— y, por último, podemos citar el caso de la ex Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa (CSCE, 1975) de acuerdo con la resolución 743 de 1992 del Consejo de Seguridad, finalmente rebautizado como Organización de Seguridad y Cooperación de Europa (OSCE, Budapest, 1994), cf. REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 230. En relación con este último ejemplo, el autor señala que la CDI sugirió —en su trabajo sobre responsabilidad internacional de los OI— que, en este caso, la formación del ente tuvo lugar por un tratado tácito, pero Brotons entiende que se trata de un acuerdo en forma simplificada. Por último, cita el autor el caso de la OPEP creada por la Declaración de

entidad de órganos y/o instituciones mediante los cuales cumplirá sus misiones y funciones a la par que le otorgan a dicha entidad capacidad jurídica propia y diferente a la de los Estados que la componen, lo cual implica que se le pueda atribuir a este ente una responsabilidad internacional propia³⁴.

Si bien la doctrina es pacífica también al señalar que no existe una definición de “organización internacional”, sí se puede afirmar que, a partir de las características antes señaladas, podemos identificar a estas entidades, diferenciándolas de otros “...entes de facto sin personalidad como el G-7, o el G-8...”³⁵ por solo citar algunos ejemplos. No obstante, la CDI presentó estas características de modo sistematizado, afirmando que “...se entiende por “organización internacional” una organización instituida por un tratado u otro instrumento regido por el derecho internacional y dotada de personalidad jurídica internacional propia. Además de los Estados, las organizaciones internacionales pueden contar entre sus miembros con otras entidades”³⁶. Ello nos resultará de utilidad al momento de proceder a considerar el valor jurídico de los actos normativos de los órganos y/o instituciones de las organizaciones internacionales intergubernamentales, diferenciándolas de otras realidades. Otro de los criterios importantes a tales efectos, está dado por la consideración que de ellas ha realizado la propia Corte al señalar en su opinión consultiva acerca de las *Reparaciones de daños al servicio de las Naciones Unidas* que los sujetos de derecho internacional “...no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza

Bagdad en 1960 o la ASEAN por la Declaración de Bangkok de 1967, afirmando que estas declaraciones no son más que tratados en forma simplificada. No obstante, si bien el autor pareciera asumir la postura de que en la formación de un OI el tratado fundacional de la OI es la regla, incorpora el artículo 2 inciso a) del trabajo de la CDI sobre responsabilidad internacional de las OI donde la Comisión señala que la creación de estos entes puede tener lugar eventualmente por “otro instrumento regido por el derecho internacional”, cf. REMIRO BROTONS, Antonio, *Ibíd.*

³⁴ Véase, Comisión de Derecho Internacional, “Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales”, en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 63 Periodo de Sesiones, Asamblea General, Documentos Oficiales, 66° Periodo de Sesiones, Suplemento N° 10 (A/66/10), pp. 153-184, Disponible en: <https://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A%2F66%2F10&referer=http://legal.un.org/cod/&Lang=S> y <https://undocs.org/es/A/RES/66/100> [última referencia: 14.02.2020].

³⁵ cf. REMIRO BROTONS, Antonio, doc. cit. p. 93.

³⁶ Comisión de Derecho Internacional, “Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales”, en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, ob. cit. artículo 2 inc. a), p.2.

y estatuto...”³⁷ y refiriéndose en particular a la ONU, en dicha ocasión también señaló que más allá de las amplias competencias dadas por la Carta no puede ser considerada un super-Estado sino que se trata de una capacidad de tipo funcional para ser titular de derechos y deberes internacionales³⁸. Este mismo criterio lo ratificó unos años después en la Opinión Consultiva sobre la *Interpretación del acuerdo del 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto*, añadiendo que la OI es un sujeto de derecho internacional y, como tal, debe cumplir todas las obligaciones que le impongan las normas generales del derecho internacional, su instrumento constitutivo o los acuerdos internacionales en que sea parte³⁹.

Resumiendo lo dicho hasta aquí con las características que venimos analizando, se puede afirmar que las OI son consideradas sujetos del DI, derivados de la voluntad de los Estados y con capacidad funcional emanada de sus documentos constitutivos por oposición a los Estados que –como regla general– se les atribuye una capacidad plena y tal como lo expresó la CIJ en el caso de la ONU, esa subjetividad es “objetiva” la cual proyecta su personalidad internacional más allá de la de los Estados que la componen⁴⁰.

³⁷ CIJ, *las Reparaciones de daños al servicio de las Naciones Unidas*, Opinión Consultiva del 11 de abril de 1949, p.7 [8]. Disponible en: <http://www.icj-cij.org> [última referencia: 14.02.2020].

³⁸ *Ibid*, p. 8 [9].

³⁹ Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la *Interpretación del acuerdo del 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto*, Corte Internacional de Justicia, 1980, paragr. 37. Disponible en: <http://www.icj-cij.org> [última referencia: 15.02.2020].

⁴⁰ CIJ, *las Reparaciones de daños al servicio de las Naciones Unidas*, Opinión Consultiva, doc. cit., p 14 [15]. Mientras que un Estado posee en su totalidad los derechos y obligaciones reconocidos por el derecho internacional, los derechos y obligaciones de una entidad como la organización dependen de sus fines y funciones enunciados o implícitos en su instrumento constitutivo y desarrollado en la práctica. Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre *las Reparaciones de daños al servicio de las Naciones Unidas*, Corte Internacional de Justicia, 1949, ob. cit: p 9 [10]. En la opinión consultiva sobre *la legalidad del uso de armas nucleares en un conflicto armado*, la CIJ ha dicho que “...las organizaciones internacionales se rigen por el principio de especialidad es decir, están dotadas por los Estados que las crean de competencias de atribución cuyos límites dependen de los intereses comunes cuya promoción esos Estados les han encomendado...”, reconociéndole allí el poder disponer de competencias subsidiarias no expresamente previstas en sus instrumentos, llamándose “poderes implícitos”, CIJ, *legalidad del empleo de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado*, opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, para. 25, p. 16. Disponible en: <http://www.icj-cij.org> [última referencia: 10.02.2020]. Ello para rechazar el pedido de opinión consultiva que le formuló la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con la legalidad del empleo de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado en

Ahora bien, la calidad de sujeto del derecho internacional no implica gozar de la capacidad de crear normas internacionales por sí mismo, lo cual no les impide ser centro de imputación de normas del derecho internacional creadas por otros sujetos de ese ordenamiento jurídico, dado que tal capacidad no es una condición de tipo constitutiva, de la subjetividad internacional. Por otro lado, y en sintonía con ello, sí constituye una consecuencia de la subjetividad internacional la atribución de responsabilidad internacional ante el incumplimiento de las normas internacionales de las que dicha entidad es destinataria. En el caso de las OI, su responsabilidad internacional es una circunstancia indubitable si nos remitimos al valioso trabajo de la CDI⁴¹ al indicar que “...*todo hecho internacionalmente ilícito de una OI genera su responsabilidad internacional*”. Ello por cuanto produce una violación de una norma de derecho internacional que le atribuye a una OI una obligación en el ámbito del DI. Anteriormente la CIJ ya lo había anticipado en la opinión consultiva *sobre Ciertos gastos de las Naciones Unidas de conformidad con el artículo 17.2 de la Carta* al afirmar que los actos *ultra vires* de los órganos o agentes de una OI, se le atribuyen⁴².

Por otro lado, la capacidad de las OI de crear normas de derecho internacional es una circunstancia reconocida por la doctrina, así como por el derecho internacional de fuente consuetudinaria y convencional, pudiendo derivar ese *ius ad tractum* tanto de poderes expresos como implícitos, lo cual surge del preámbulo de la Convención de Viena de 1986 sobre tratados celebrados entre Estados y OI y entre OI entre sí, al señalar “...*la importancia de los tratados entre organizaciones internacionales o entre Estados y organizaciones internacionales como medios eficaces de desarrollar las relaciones internacionales y de asegurar las condiciones para la cooperación pacífica entre las naciones, sean cuales fueren sus regímenes constitucionales y sociales,...las características particulares de los tratados en que sean partes organizaciones internacionales como sujetos de derecho*

1996, no sucediendo lo mismo cuando ha sido la Asamblea General quién le solicitó un dictamen acerca de la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares en igual año.

⁴¹ “Every internationally wrongful act of an international organization entails the international responsibility of that organization”. Comisión de Derecho Internacional, “Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales”, en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 63 Periodo de Sesiones, ob. cit, artículo 3.

⁴² CIJ, *Ciertos gastos de las Naciones Unidas de conformidad con el artículo 17.2 de la Carta*, Opinión Consultiva del 20 de julio de 1962, p. 20 [21]. Disponible en: <http://www.icj-cij.org> [última referencia: 14.02.2020].

*internacional distintos de los Estados, [y que] las organizaciones internacionales poseen la capacidad para celebrar tratados que es necesaria para el ejercicio de sus funciones y la realización de sus propósitos...*⁴³. En este mismo sentido, se puede sostener que, mediante una práctica llevada adelante de modo uniforme y reiterada, de forma concordante con otras OI o con Estados y acompañada de la consiguiente convicción de obligatoriedad, las OI, pueden participar en la formación de normas de derecho Consuetudinario internacional⁴⁴.

Efectuado el análisis que antecede, estamos en condiciones de incorporar un concepto propio del análisis de toda OI que está dado por las *reglas de la organización*, llamadas como tales tanto las disposiciones emanadas de sus estatutos constitutivos [derecho originario] así como de los actos de la organización adoptados conforme a ellos [derecho derivado] y considerando la práctica de la propia organización⁴⁵.

La creación de normas por los órganos —o instituciones— competentes de estas OI, pueden engendrar su responsabilidad internacional, y asumida su capacidad para crear normas en ese ordenamiento jurídico como característica complementaria de su subjetividad, trataremos de dilucidar si pueden, sus órganos o instituciones, crear de modo autónomo, normas jurídicas en el plano internacional para, de ese modo, poder comprender en su real dimensión el valor jurídico de las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas en el marco de los procesos de descolonización a cuyo análisis nos volcaremos en apartados subsiguientes de este capítulo.

⁴³ Convención de Viena sobre Convención sobre derecho de los tratados entre Estados y Organizaciones internacionales o entre Organizaciones internacionales, adoptada en Viena, República de Austria, el 21 de marzo de 1986. Argentina la aprobó por Ley Nro. 23.782 [B.O: 07 de junio de 1990]. Ratificada el 17 de agosto de 1990 y a la fecha sin entrada en vigor.

⁴⁴ MONCAYO; VINUESA; GUTIÉRREZ POSSE, Derecho Internacional Público, Buenos Aires, Zavalia, 1990. p. 90. Asimismo, Comisión de Derecho Internacional, “Identificación del derecho consuetudinario”, en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 73 Periodo de Sesiones, Asamblea General, Documentos Oficiales, 62º sesión plenaria, 20 de diciembre de 2018 A/RES/73/203, en su conclusión 4.2.

⁴⁵ (b) “rules of the organization” means, in particular, the constituent instruments, decisions, resolutions and other acts of the international organization adopted in accordance with those instruments, and established practice of the organization;”. Cf. Comisión de Derecho Internacional, “Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales”, en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 63 Periodo de Sesiones, ob. cit, artículo 2.b).

A modo de una primera aproximación al tema de análisis, vale señalar que la práctica nos demuestra que los órganos o instituciones de las OI adoptan actos a través de los cuales formulan principios y normas tendientes a regular determinadas situaciones en el ámbito de las relaciones internacionales, siendo el caso de las “declaraciones” de la Asamblea General de Naciones Unidas. Por otro lado, a través de ciertos actos se expresan una verdadera postura o convicción acerca de determinado tema, tal el caso de las resoluciones; pero en uno y otro caso, tienen un elemento común que es el de carecer de efecto jurídico vinculante directo. De ello resulta que los posibles efectos jurídicos que pueden adoptar estos actos de carácter “extrínsecos” a la organización, es decir, como aporte al derecho internacional general, está dado por su posible relación o interacción con otros procesos de formación de derecho existentes en el ordenamiento jurídico internacional⁴⁶.

Ferrer Lloret señala que la gran mayoría de los gobiernos que han participado en la redacción de la Carta de ONU han mostrado reticencia a reconocerle a la organización facultades legislativas para emitir normas obligatorias de derecho internacional. Más aún, se han opuesto a propuestas conducentes a otorgar a la Asamblea General la atribución de imponer ciertas convenciones generales mediante alguna forma de decisión adoptada por una mayoría⁴⁷. En ese sentido, Luis Podestá Costa y José María Ruda refiriéndose a la Declaración sobre la Concesión de la Independencia de Países y Pueblos Coloniales, entre otras que mencionan los autores, indican lo siguiente:

*“...no son, por sí mismas, fuentes del derecho internacional, por el hecho de ser adoptadas por un órgano principal de dichos organismos. Su importancia estriba en que el voto favorable de un Estado supone su reconocimiento de que el contenido de la declaración ha obtenido condición de norma jurídica, más aún, si la declaración es aprobada prácticamente por unanimidad o sin oposición, su adopción puede constituir el reconocimiento de la formación de una norma consuetudinaria o un paso más en su formación...”*⁴⁸.

⁴⁶ GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis, L; DE ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz, *Curso de Derecho Internacional Público*, Pamplona, Thomson Civitas, 2008, p. 315.

⁴⁷ FERRER LLORET, Jaume, *El consenso en el proceso de formación institucional de normas en el Derecho Internacional*, Barcelona, Atelier, 2006, p. 56 en su n. 107.

⁴⁸ PODESTÁ COSTA, L.A; RUDA José María, *Derecho Internacional Público*, Tomo 1, Buenos Aires, TEA, 1985, p. 22.

Como señalamos anteriormente, la resolución 1514 (XV) ha sido aprobada por 89 votos a favor, ninguno en contra y 9 abstenciones, entre las que se incluye la del Reino Unido y es considerada como la norma rectora en materia de descolonización⁴⁹

No obstante, en el presente apartado y en el siguiente, veremos algunos casos de particular atención.

Si se trata de analizar la teoría general de las fuentes del derecho internacional, corresponde comenzar por la referencia normativa obligada para comenzar el estudio de dicha materia que es el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. De su simple observación, se deduce que su texto no hace referencia a las normas emanadas de los órganos de las organizaciones internacionales, con lo cual, no estarían considerados por dicho artículo, como un modo autónomo de formación de normas de derecho internacional. Al respecto, vale afirmar que generalmente se suele negar a los órganos o instituciones de una OI la capacidad de crear normas de derecho internacional. En tal sentido, los actos normativos que emanan de ellos con proyección al exterior de la organización internacional, suelen ser meras recomendaciones de actos adoptados en el ámbito de su competencia. En otros casos, pueden tener carácter vinculante, pero dicho efecto se suele atribuir al tratado o instrumento jurídico que ha dado formación a la OI y –por ende– se le niega el carácter de fuente autónoma⁵⁰. No obstante, en ocasiones el órgano o institución del cual emana el acto puede no ser creado directamente por el tratado o instrumento jurídico fundacional y entonces sus actos no encontrarían su fuente en el acto constitutivo de la OI, sino que nos permitiría afirmar el carácter de fuente autónoma del derecho internacional, como proceso de

⁴⁹ Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/662085?ln=es> [última referencia: 14.02.2020].

⁵⁰ GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina, “Fuentes y normas del derecho internacional”, en GONZÁLEZ NAPOLITANO (coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, doc. cit, p. 77. Allí plantea la autora que, justamente por este proceso de creación y por otro mecanismo de formación de derecho dado por “los actos unilaterales de los Estados” es que algún sector de la doctrina le atribuye carácter taxativo al artículo 38 del Estatuto de la CIJ, justamente al no reconocerles el carácter de “fuente del derecho internacional” a estos procesos de formación de normas señalando que la formación de dichas normas encuentra su fuente en otro de los procesos tradicionales de creación de derecho.

formación de normas diferente a los tradicionales (tratado y costumbre) y con características propias.

Castillo Argañarás, al analizar el tema en relación con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia señala —de la mano de Pastor Ridruejo— que las declaraciones de principios jurídicos contenidos en las resoluciones de la Asamblea General pueden llegar a revestir la calidad de normas positivas. En tal sentido, reflexiona acerca de su posible identificación rigurosa con alguna fuente del artículo 38 y entonces allí el autor se inclina por la costumbre internacional, creada de modo rápido, indicando que esa formación es:

“...conforme a las exigencias de la democratización y socialización de la sociedad internacional de nuestra época y en cuya formación sería factor decisivo la existencia de un foro universal como la Asamblea General, en el que los Estados encontrarían el medio idóneo para expresar la opinio iuris colectiva o elemento espiritual de la costumbre [añadiendo que] opinio iuris a la que se ha conformado la práctica general de los Estados y de la propia Organización de Naciones Unidas, siendo pues indiscutible la existencia de una norma consuetudinaria de origen institucional que consagra el derecho de los pueblos a la libre determinación...”⁵¹.

Diez de Velasco, por su parte, al referirse a la cuestión señala la indubitable presencia y pujante dinamismo de las organizaciones intergubernamentales en las relaciones internacionales y su gran incidencia en los sectores más diversos de la vida internacional y en todos los ámbitos que refieren a la competencia material del derecho internacional actual, generando un efecto directo en la teoría general de las fuentes del derecho internacional al incorporar diferentes mecanismos institucionales de creación de normas en dicho ordenamiento jurídico. No obstante, si bien del texto del artículo 38 del Estatuto de la CIJ no surge formalmente como un proceso autónomo de formación de derecho, el autor lo atribuye a que en los años veinte del siglo pasado, cuando ha sido redactado su texto —en dicha ocasión para formar parte del Estatuto de la anterior Corte Permanente de Justicia Internacional y luego incorporado casi textual al

⁵¹ CASTILLO ARGAÑARAS, Luis, “La libre determinación de los pueblos: ¿obligación erga omnes o ius cogens?”, en BARBOZA (coord.), *La Corte Internacional de Justicia y el Derecho Internacional. Temas relacionados con la opinión consultiva sobre la construcción del muro*, doc. cit, p. 83.

Estatuto de la actual CIJ— el protagonismo que tenían estas entidades no era el actual ni tampoco en ese momento se contaba con una real dimensión de lo que el derecho internacional les auguraba para el futuro. Por ello dice el autor *“...una lectura actual del artículo 38 a la luz de las nuevas funciones del derecho internacional permite, en nuestra opinión, incorporar los actos normativos de las OI a las fuentes del Ordenamiento jurídico internacional...”*⁵².

Barreiros, analizando la competencia normativa externa de las OI, se refiere a distintos tipos de instrumentos que, mayormente, pueden adoptar las organizaciones internacionales a través de sus órganos o instituciones, con diferentes efectos cada uno de ellos. En tal sentido, señala el autor que existen algunos que buscan tener un carácter vinculante dentro de una organización, mientras que otros pretenden aplicar una norma a una determinada situación y, por último, cierto tipo de actos que pretenden influenciar el comportamiento de los Estados parte de la OI, sin crear normas jurídicas, citando como ejemplo de este último tipo de instrumento a las “declaraciones” como aquellos actos dirigidos a uno o más destinatarios externos a las OI por el que se insta a la adopción de un determinado comportamiento por acción o abstención. Indica el autor que dichas consideraciones no difieren de los actos llamados “recomendaciones” entremezclándose ambos tipos de actos en las resoluciones de las OI. Ninguna de ellas tiene carácter vinculante más allá de poder engendrar la necesidad de aplicación de cierta regla de derecho a determinada situación⁵³. A renglón seguido, Barreiros refiere a algunas situaciones en las cuales los órganos de las OI adoptan ciertas medidas y/o cursos de acción que generan efectos jurídicos que no pueden desatenderse. Barreiros incorpora al respecto el ejemplo de la Organización Mundial de la Salud (OMS) a las que se le ha delegado en ciertas ocasiones, la competencia para adoptar regulaciones conforme a las disposiciones de determinados tratados en los cuales las partes han establecido la necesidad de una verificación periódica de ciertos temas. Cita el autor, incorporando las palabras de José Álvarez, el Convenio sobre sustancias sicotrópicas que establece que el Consejo Económico y Social (ECOSOC) —mediante una de sus comisiones— actualice sustancias de las diferentes listas que emanan del convenio, de lo cual depende el diferente grado de control que deben efectuar los Estados

⁵² DIEZ DE VELASCO, Manuel, doc. cit. p. 232.

⁵³ BARREIROS, Lucas E., “Actos de organismos internacionales”, en GONZÁLEZ NAPOLITANO (coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, doc. cit., p. 261.

parte para cumplir con la convención. A su vez, la comisión de Estupefacientes del ECOSOC para realizar tal determinación debe basarse en las determinaciones que, al respecto, realice la OMS⁵⁴. Nos resultó útil incorporar este ejemplo para graficar lo dicho anteriormente en relación con la falta de vinculación directa del órgano del que emana el acto normativo en cuestión en relación con el tratado o instrumento jurídico fundacional de la OI, para reconocer —o no— como proceso autónomo de creación de reglas de derecho, a ciertos actos emanados de los órganos de las OI.

De lo expuesto precedentemente vemos que, las OI son sujetos de derecho internacional, derivados de la voluntad estatal, creados por tratados u otros instrumentos jurídicos vinculantes, dotados de una institucionalidad permanente e independiente que —de acuerdo al reglamento de cada órgano o institución— dan lugar a la formación de una voluntad jurídica diferente a la de sus miembros que permite a la OI dar cumplimiento a las misiones y funciones por las que ha sido creada, es decir, su capacidad funcional. Pueden gozar —en lo que refiere a su competencia normativa externa— de ciertas atribuciones que trascienden a la propia entidad para alcanzar a otros sujetos del derecho internacional, a veces en forma de actos obligatorios y en otras ocasiones mediante recomendaciones que carecen *per se* de efectos jurídicos vinculantes. En el primero de los casos, esa atribución de naturaleza legislativa —o cuasi legislativa— no tienen siempre el mismo alcance dado que pueden tener alcance general o particular ni tampoco el mismo formato o denominación, dado que pueden presentarse como resoluciones, reglamentos, o directivas, por solo citar ejemplos.

II.2.a) Los actos normativos de órganos de Naciones Unidas: la Asamblea General y su Comité de descolonización. Las resoluciones de la Asamblea General en materia de descolonización

En el caso puntual de la Organización de las Naciones Unidas, el valor jurídico de los actos de sus órganos no encuentra una misma técnica legislativa, ni tampoco una única regla. Ello depende del órgano y del acto normativo del que se trate. Ejemplo de ello lo encontramos en la propia Carta al establecer, por un lado, que “...Los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 262.

Seguridad de acuerdo con esta Carta...”. Según surge del artículo 25, el cual ha generado diversas interpretaciones en relación con su alcance, es decir si solo ampara los actos emitidos por el Consejo de Seguridad (CS) en el marco del capítulo VII de la Carta o si, por el contrario, alcanza a la totalidad de decisiones que adopte dicho órgano⁵⁵. También, dada la claridad de la expresión surgida de la Carta, sumada a la reducida composición del órgano, colocaría a sus actos en un lugar de cierta “superioridad jerárquica” respecto a los emanados de otro órgano de carácter supraestatal de cualquier otra OI⁵⁶.

⁵⁵ Barreiros recrea este debate resaltando que la posición que otorga carácter vinculante solo a las resoluciones adoptadas en el marco del capítulo VII se sustenta, por un lado, en que el propio capítulo establece sanciones a las que puede acudir el Consejo de Seguridad a consecuencia de su incumplimiento. Barreiros incorpora la opinión de Conforti quien indica que el artículo 25 debe analizarse sistemáticamente con el resto de las disposiciones de la Carta de lo cual resulta la diferencia entre aquellos actos que son meras “recomendaciones” y los que son “decisiones vinculantes”. Por otro lado, quienes sustentan el carácter obligatorio de todos los actos del CS colocan el énfasis en el propio texto del artículo 25 afirmando que es una muestra de su naturaleza jurídica obligatoria. En tal sentido, el autor cita las palabras de la CIJ en la opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia* en donde la CIJ indica que “...el artículo no se encuentra ubicado en el capítulo VII sino inmediatamente después del artículo 24 en la parte de la Carta que se ocupa de las funciones y poderes del Consejo de Seguridad. Si el artículo 25 hubiera hecho referencia solamente a las decisiones del Consejo de Seguridad relativas a la acción coercitiva al amparo de los artículos 41 y 42 de la Carta...entonces el artículo 25 sería superfluo pues ese efecto se encuentra asegurado por los artículos 48 y 49 de la Carta”. No obstante, refiere el autor, la propia CIJ posteriormente consideró que las resoluciones adoptadas por el CS por fuera del marco del capítulo VII de la Carta, son no vinculantes. Para finalizar su análisis al respecto el autor señala que el carácter incontrovertiblemente obligatorio de los actos normativos adoptados por el CS en el marco del capítulo VII de la Carta ha generado que en ciertas circunstancias se acuda a ellos ante materias no reguladas por otras normas obligatorias del derecho internacional citando como ejemplo las medidas de lucha contra el financiamiento del terrorismo internacional dictadas por Resolución N° 1373 (2001) así como la creación de los tribunales penales *ad-hoc* en la década de los noventa que trajo consigo la obligación de los Estados de cooperar con estos órganos subsidiarios del CS. Estos actos, crearon verdaderas normas de alcance general, más allá de regular la situación puntual para las cuales han sido dictadas. Cf. *Ibíd*, pp. 264-5.

⁵⁶ Barreiros, citando a Moncayo, Vinuesa y Gutiérrez Posse, que refiriéndose a la “carencia de un vínculo de <subordinación> de los sujetos del DI, señalan que en algunos supuestos aparece un órgano supraestatal dotado de poder de coacción y sanción [refiriéndose al CS cuando actúa en el marco del capítulo VII de la Carta] aunque ello solo ocurra porque los Estados que han creado la organización le han transferido tal competencia, y aceptando las resoluciones que ese órgano adopte [refiriéndose al artículo 25 de la Carta] concluyendo estos autores que “...se trata siempre de un poder de acción, de una capacidad de hacer ejecutar la norma, que emana de un órgano de naturaleza política...”. Cf. *Ibíd*, p. 264 y MONCAYO, VINUESA, y GUTIÉRREZ POSSE, doc. cit. pp. 22-23.

Por otro lado, en relación con los actos normativos de la Asamblea General cabe distinguir aquellos que tienen como objetivo regular algún aspecto interno de la vida de la organización donde encontramos el artículo 17 de la Carta que señala: “...1. La Asamblea General *examinará y aprobará* el presupuesto de la Organización; 2. Los miembros *sufragarán* los gastos de la Organización en la proporción que determine la Asamblea General; 3. La Asamblea General *considerará y aprobará* los arreglos financieros y presupuestarios que se celebren con los organismos especializados de que trata el Artículo 57 y examinará los presupuestos administrativos de tales organismos especializados con el fin de hacer recomendaciones a los organismos correspondientes...”⁵⁷. Tal carácter se encuentra reforzado por lo dispuesto en el artículo 19 de la Carta, al indicar que:

“... El Miembro de las Naciones Unidas que esté en mora en el pago de sus cuotas financieras para los gastos de la Organización, no tendrá voto en la Asamblea General cuando la suma adeudada sea igual o superior al total de las cuotas adeudadas por los dos años anteriores completos. La Asamblea General podrá, sin embargo, permitir que dicho Miembro vote si llegare a la conclusión de que la mora se debe a circunstancias ajenas a la voluntad de dicho Miembro...”

Por su parte, el artículo 21 al indicar que la Asamblea General dictará su propio reglamento⁵⁸, también denota un carácter obligatorio.

De una simple interpretación del texto y de la lectura armónica de estos artículos, se puede deducir la obligatoriedad de las medidas que resuelva la AG en materias referidas a sus asuntos presupuestarios y financieros, así como a sus propias normas de procedimiento, o sea, *ad intra* de la organización. Ello, más allá que su carácter coercitivo no surja expresamente como sí sucede con las decisiones adoptadas por el CS. De lo expuesto, podemos concluir que, en principio, en lo que refiere a la capacidad de producir normas de derecho internacional con proyección externa a la organización, y más allá del carácter vinculante de las resoluciones del Consejo de Seguridad conforme el artículo 25 antes analizado, ninguna otra disposición de la Carta, establece la obligatoriedad de los actos emanados de los otros órganos de Naciones Unidas que puedan

⁵⁷ En énfasis —o marca especial— colocado en los verbos del texto, es nuestro.

⁵⁸ Artículos similares se encuentran en relación con los otros órganos principales tales como el CS, el Consejo de Administración Fiduciaria y el Consejo Económico y Social. Todos ellos, con efecto interno para la organización (en particular, cada uno de dichos órganos).

producir un impacto en la formación de normas de derecho internacional. Ello conlleva una verdadera tarea de interpretación del alcance de cada acto normativo para determinar si de allí pueden surgir normas de derecho internacional autónomas y/o se debe apelar a su contenido para determinar la existencia —o no— de un vínculo con otra norma de derecho internacional creada por otra fuente o que, a través del acto normativo de que se trate, se pueda facilitar la formación de una norma que esté en proceso de ser creada o que, por último, podamos estar ante casos en los cuales el acto normativo sea el motor que permita crear una norma de derecho internacional. En tal caso y en relación con los actos normativos de la Asamblea General, en algunos casos pueden evidenciar las mismas interacciones que un tratado en relación con el proceso de formación de normas consuetudinarias. Ello por cuanto puede ser *declarativas*, *cristalizadoras* o *generadoras* de normas consuetudinarias, tal como lo ha reconocido pacíficamente la jurisprudencia⁵⁹.

⁵⁹ “...Aunque una norma convencional y una norma consuetudinaria, pertinentes ambas en la presente controversia, tuvieran exactamente el mismo contenido, eso no sería motivo para que la Corte tuviera que opinar que la aplicación del proceso relativo al tratado debía necesariamente privar a la norma consuetudinaria de su aplicabilidad separada. Por consiguiente, la Corte no estaba obligada en modo alguno a aplicar las normas consuetudinarias solo en la medida en que difirieran de las normas convencionales que no podía aplicar debido a la reserva de los Estados Unidos...”, cf. CIJ, Asunto Military and Paramilitary activities (Nicaragua v. United States of America), Sentencia del 27 de junio de 1986, parágrs. 172/182. Disponible en: www.icj-cij.org [última referencia: 10.03.2020]. En igual sentido, “...la Corte llegó a la conclusión de que la Convención de Ginebra no era, ni en sus orígenes ni en su iniciación, declaratoria de una norma obligatoria de derecho internacional consuetudinario que forzara al uso del principio de equidistancia, que sus efectos subsiguientes no habían sido constitutivos de una norma de ese tipo y que la práctica de los Estados hasta la fecha había sido igualmente insuficiente con tal fin...”, cf. CIJ, casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania / Dinamarca / República Federal de Alemania / Países Bajos), Sentencia del 20 de febrero de 1969, parágrs. 60-82. Disponible en: <http://www.icj-cij.org> [última referencia: 10.03.2020]. Por su parte, la Corte Internacional de Justicia señaló que las resoluciones de la AG, incluso aunque no sean vinculantes, pueden a veces tener valor normativo. En ciertas circunstancias pueden proveer una importante evidencia para establecer la existencia de una norma o la aparición de una *opinio iuris*, cf. CIJ, *legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares*, Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, paragr. 70 y, en otra ocasión posterior, indicó que el principio de autodeterminación de los pueblos ha sido reafirmado en la resolución 2625-XXV-AG adoptada por la Asamblea General en 1970, cf. Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, doc. cit. para. 88.

Remiro Brotons señala que al momento de tener que determinar el valor jurídico de una resolución de la Asamblea General, cobran relevancia varios factores: la naturaleza y el contenido del acto, la práctica precedente al momento de su tratamiento por la AG, así como el método de elaboración y el apoyo recibido al momento de su adopción y luego, en la práctica subsiguiente. Para sustentar ello, se vale de las palabras de la CIJ en la opinión consultiva sobre la Licitud de la amenaza o el uso de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado al indicar que “...es preciso comprobar su contenido y las condiciones de su adopción y también es preciso comprobar si existe una *opinio iuris* en relación con su carácter normativo”⁶⁰.

La tarea de desentrañar la naturaleza jurídica de un determinado acto normativo de un órgano como la Asamblea General de Naciones Unidas, no es una tarea sencilla. Ello dado, por un lado, las características de este órgano: i. de naturaleza política, ii. plenario y, por lo tanto, representativo de muchas voces dado que está compuesto por la casi totalidad de Estados del mundo y también tienen participación entidades no estatales con diverso estatus pero que todas ellas confluyen en la posibilidad de ser escuchadas en dicho foro multilateral, iii. tal como ya lo hemos analizado, dentro de su “competencia funcional”, puede entender en una gran variedad de temas; todo lo cual torna a este órgano en un gran reservorio de opiniones que van marcando “el sentir” de la comunidad internacional ante los grandes temas que acontecen en ella. Por otro lado, y como venimos exponiendo, la Carta no se expide acerca de su valor jurídico, con lo cual hay que determinarlo intentando identificar en su contenido aspectos normativos emanados de ella, o, si, por el contrario, de su texto se reflejan expresiones políticas y/o de otra índole diversa a la jurídica, así como también corresponde considerar las circunstancias de su adopción y los trabajos preparatorios⁶¹.

En algunas ocasiones, estos actos normativos si bien son adoptados por el mecanismo establecido en el artículo 18 de la Carta, se someten previamente a procedimientos similares al de la elaboración de los tratados multilaterales generales, por ejemplo, cuando el texto de un proyecto de resolución es elaborado por un órgano de naturaleza política ya sea de naturaleza *ad-hoc* o permanente. Un ejemplo es el caso de la resolución

⁶⁰ cf. REMIRO BROTONS, Antonio, doc. cit. p. 549.

⁶¹ *Ibid*, pp. 548-9.

1514-XV-1960⁶² cuyo texto ha sido elaborado por el Comité *ad-hoc* creado por resolución 66 (I) de la Asamblea General, denominado inicialmente “Comité Especial de Información Transmitida en virtud del Artículo 73 e de la Carta”, y que posteriormente ha sido denominado “Comisión para la Información sobre Territorios No Autónomos” por resolución 146 (II) de la AG conforme el trabajo llevado adelante por su cuarta comisión. Su composición estaba dada por un criterio de igualdad entre diversos grupos: por un lado, representantes de los Estados Miembros de la Organización que transmitían la información requerida por el Artículo 73 e de la Carta y, por otro lado, representantes de los Miembros designados sobre la base de una representación geográfica equitativa. Esta comisión, como su nombre lo indica, estaba encargada de analizar la información transmitida conforme el artículo 73.e) de la Carta en relación con las condiciones sociales, económicas y culturales de los territorios no autónomos pudiendo elevar propuestas a la AG en orden a la fiscalización de dichas obligaciones. En 1963 la Comisión se disolvió⁶³.

En relación con las interacciones posibles entre una resolución de la Asamblea General con el derecho consuetudinario anteriormente indicadas, y en especial mediante, la *cristalización* de una norma consuetudinaria *in statu nascendi*, cierto sector de la doctrina introdujo la posibilidad de estar ante “costumbres instantáneas”⁶⁴ en donde cobra relevancia el elemento espiritual manifestado en la adopción de la resolución, erigiendo a la Asamblea General en un órgano cuasi legislativo capaz de adoptar resoluciones que apoyadas aunque no aplicadas todavía por la generalidad de Estados, se convertían casi automáticamente en normas de derecho internacional general⁶⁵. Remiro Brotons, en este punto, atribuye el fenómeno a la necesidad social de regular nuevas áreas, abiertas a la actividad humana por el avance tecnológico, como estímulo a la aceleración —por el factor del tiempo— en la formación de las normas consuetudinarias. Con similar criterio afirma Vernet que el elemento de la práctica —con sus características de reiterada y uniforme— en la formación de la costumbre parecería relativizarse ante la llamada “costumbre moderna” dado que esta

⁶² Ibid, p. 550.

⁶³ Disponible en: <https://www.un.org/dppa/decolonization/es/about> [última referencia: 20.03.2020].

⁶⁴ REMIRO BROTONS, Antonio, doc. cit. p. 552.

⁶⁵ REMIRO BROTONS, Antonio, ibíd. Allí el autor cita como ejemplo de una resolución cristalizadora, la resolución 1962-XVIII-1963 sobre la Declaración de principios jurídicos que rigen la actividad de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre”.

se desarrolla a través de textos –tratados, resoluciones de la Asamblea General o códigos de conducta– que abrevian el periodo de formación de una costumbre⁶⁶. Añade Barberis que las características de la costumbre en derecho internacional han ido cambiando, pues la comunidad internacional ha sido testigo de la existencia de normas creadas bajo diversos procedimientos, a veces en muy breves periodos⁶⁷, presentándose todas ellas con un origen consuetudinario. Como ejemplo para ilustrar dicha idea puede mencionarse el caso de las normas creadas a través de lo que el Profesor Bin Cheng denominó “costumbre internacional instantánea”⁶⁸, lo cual refiere a la formación de normas de derecho internacional consuetudinario mediante la adopción de resoluciones que, aunque no tengan carácter vinculante como tales, sí adquirirían la calidad de norma consuetudinaria para este autor, por la unanimidad con la que fueron adoptadas. Cheng esbozó esta postura con motivo de la adopción de las resoluciones de la Asamblea General referidas al espacio ultraterrestre 1762 (XIII) y 1721 (XVII).

Con relación al carácter *generador* de las resoluciones de la Asamblea General en relación con las normas de derecho consuetudinario se entiende que, en dichas circunstancias la Asamblea General está ante un verdadero acto de creación de una norma de derecho consuetudinario. En tal sentido, cuando la resolución contiene principios jurídicos nuevos puede llegar a constituir el nacimiento de una práctica generalmente aceptada como derecho, siendo ello un efecto generador de la norma consuetudinaria⁶⁹. Tal es el caso de ciertas resoluciones tales como la resolución 317 (III) por la que la Asamblea General adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada sin votos negativos y solo ocho

⁶⁶ VERNET, Paula, “La costumbre internacional”, en GONZÁLEZ NAPOLITANO (coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, doc. cit. p. 110.

⁶⁷ BARBERIS, Julio A, *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994. pp. 67-8.

⁶⁸ CHENG, Bin, “United Nations Resolutions on Outer Space: ‘Instant’ International Customary Law?”, *The Indian Journal of International Law*, 1965, pp. 23-112. En igual sentido, Vernet alude a Bin Cheng cuando este jurista se refirió a la existencia de una costumbre instantánea al analizar el valor jurídico de las resoluciones de la Asamblea General 1721 (XVI) y 1962 (XVIII) adoptadas en relación con los principios jurídicos que rigen las actividades de los Estados en el espacio ultraterrestre indicando que esta tesis no ha encontrado recepción en la doctrina y en la jurisprudencia internacional dado que, por la propia razón de ser de la norma de derecho internacional consuetudinario en cuanto a su proceso de formación, se entiende contradictoria con esa naturaleza. VERNET, Paula: “La costumbre internacional”, doc. cit. p. 95.

⁶⁹ Remiro Brotons, ob. cit. p. 553.

abstenciones. En el caso que nos ocupa, la resolución 1514 (XV) y las resoluciones que fueron su consecuencia, han sido verificadas por la CIJ como generadoras de las normas generales de derecho internacional rectoras del proceso de descolonización⁷⁰.

En la opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia* la CIJ se refirió a la evolución del derecho internacional en materia de los procesos de descolonización, debido al rol que han desempeñado las resoluciones dictadas por la Asamblea General en esa materia⁷¹. Al respecto indicó que la resolución 1514 (XV) ha marcado una etapa importante en dicho desarrollo⁷². La CIJ ha reiterado dicha relevancia al regresar sobre el tema en su opinión consultiva sobre Sahara Occidental de 1975⁷³.

En 1995 en la Sentencia sobre el Timor Oriental la Corte Internacional de Justicia definió al derecho a la autodeterminación de los pueblos como una norma de carácter *erga omnes*⁷⁴. Por su parte en la opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en territorio palestino ocupado, la CIJ si bien no se refirió a las resoluciones 1514 (XV) y 1541(XV) de la Asamblea General, sí señaló que todo Estado tiene la obligación de abstenerse de acudir a cualquier medida de fuerza que deniegue el derecho a la autodeterminación a los pueblos. Allí refiere a la resolución 2625 (XXV) de la AG y acude a pronunciamientos suyos previos⁷⁵.

En la segunda parte del trabajo, veremos las consideraciones que, al respecto, realizó la Corte en la opinión consultiva que motiva este trabajo.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Ibid.

⁷² CIJ, *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (Sudoeste africano) a pesar de la resolución 276 (1970) del C. de Seg.*, Opinión Consultiva del 21 de junio de 1971, para. 52. Disponible en: www.icj-cij.org [última referencia: 10.03.2020].

⁷³ CIJ *Sahara Occidental* Corte, Opinión Consultiva del 16 de octubre de 1975, parágrs. 56-7. Disponible en: www.icj-cij.org [última referencia: 10.03.2020].

⁷⁴ CIJ, Caso concerniente a Timor Oriental, (Portugal v. Australia), Sentencia del 30 de junio de 1995, para. 29. Disponible en: www.icj-cij.org [última referencia: 10.03.2020].

⁷⁵ CIJ, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, doc. cit; para. 88.

Remiro Brotons señala expresamente que la determinación del valor jurídico de las resoluciones de la Asamblea General cuando se trata de la generación de una nueva norma se torna más complejo que en aquellos casos en que el acto resolutivo es la expresión de una norma preexistente o la cristalización de una que se encuentra en vías de formación⁷⁶. Al respecto explica que:

“...En relación con el efecto generador, un amplio y sólido apoyo a una resolución que incorpora nuevos principios y normas jurídicas constituirá el mejor y más rápido exponente del consenso de los miembros de la sociedad internacional sobre la opinio iuris....la resolución abre la expectativa de la formación de la norma mediante una rápida síntesis de la opinio iuris pero....de la práctica no puede prescindirse....los actos materiales de los Estados conformes con lo dispuesto en la Resolución son imprescindibles para que el valor normativo incoado se transforme en norma...”⁷⁷.

Brotons señala que es ante este panorama donde debemos ubicar y centrar nuestro análisis de las normas de derecho internacional general en materia de descolonización. Veremos que ello no encuentra reflejo en la consideración que ha realizado la Corte en la opinión consultiva cuyo análisis motiva estas líneas.

Lo expuesto evidencia que, en los dos primeros supuestos – *declarativo* y *cristalizador*– claramente podemos afirmar que la fuente que otorga obligatoriedad al contenido y aplicación práctica de la resolución es la costumbre –ya sea como expresión de una norma creada o en vías de formación– mientras que, en el efecto *generador*, es la propia resolución de la AG que genera el escenario propicio para la creación de una nueva norma de derecho consuetudinario. Ello dado su contenido novedoso al momento de su adopción y por su falta de vinculación directa con otra norma preexistente al momento de su adopción

González Campos reflexiona sobre la práctica de Naciones Unidas y en especial, de la CIJ en materia de descolonización, en relación con las resoluciones 1514 (XV), 1541 (XV) y 2625 (XXV) todas ellas de la AG, e indica que en el asunto relativo a *las consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continua de África del Sur en Namibia (Sudoeste africano)* a pesar de la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad,

⁷⁶ REMIRO BROTONS, Antonio, doc. cit. p. 553.

⁷⁷ *Ibid*, p. 554.

señaló la importancia de la resolución 1514 (XV) tras realizar una breve evolución normativa. En el asunto del Sahara Occidental la Corte valoró la evolución que tuvo lugar mediante esas resoluciones en relación con el derecho a la libre determinación de los pueblos. No obstante, concluyó determinando la inexistencia de “vínculos jurídicos de tal naturaleza que puedan modificar la aplicación de la resolución 1514 (XV) en cuanto a la descolonización del Sahara Occidental”. De ello no surgen dudas en relación con que el “peso específico de la resolución 1514 (XV) –llamada la Carta Magna de la descolonización–” ha sido decisivo en todo el proceso descolonizador⁷⁸.

Ian Brownlie al referirse a la capacidad de crear normas de las organizaciones internacionales, cita el caso de las resoluciones de la AG e indica que cuando dicho órgano de Naciones Unidas adopta una resolución relativa a temas emanados de la Carta de Naciones Unidas, puede ser considerada como una interpretación autorizada de la Carta, citando como ejemplo la Declaración sobre la concesión de la Independencia a Países y Pueblos Coloniales⁷⁹. Ya adelanta esta idea, al referirse al principio de autodeterminación de los pueblos como una de las reglas jurídicas incorporadas a la práctica de la organización, señalando que la resolución considera al principio de autodeterminación de los pueblos como parte de las obligaciones emanadas de la Carta y no como una “recomendación” en el marco de una resolución de la AG. Añade Brownlie que la autodeterminación de los pueblos, constituye un principio de derecho internacional consagrado en la Carta de Naciones Unidas y reafirmado en la resolución 2625 (XXV) de donde claramente surge su vínculo con otros principios de derecho internacional tales como la prohibición de uso y amenaza de uso de la fuerza, el principio de no intervención en asuntos internos de los Estados y la soberanía territorial⁸⁰.

El principio de autodeterminación de los pueblos dentro del derecho internacional ha evolucionado siempre bajo el ala de la regla que determina la necesidad de respeto a la integridad territorial de los Estados. La diversidad de documentos internacionales que contemplan este principio señala que su ejercicio debe estar en sintonía con el principio la integridad

⁷⁸ GONZÁLEZ CAMPOS; et al., doc. cit. pp. 895-6.

⁷⁹ Cf. BROWNLIE, Ian; *Principles of Public International Law*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 692.

⁸⁰ *Ibid*, pp. 580/2.

territorial de los Estados frente a cualquier amenaza, así como preservando la estabilidad de las relaciones entre los Estados. Con el objetivo de destacar y reafirmar el valor jurídico de las resoluciones de la Asamblea General en materia de descolonización y –en tal caso– del proceso descolonizador llevado adelante por Naciones Unidas, traemos nuevamente al análisis las palabras de González Campos analizando los casos de Gibraltar y de Malvinas al indicar que:

*“...la similitud de conductas del Reino Unido en los supuestos de Gibraltar y Malvinas, consistente en ignorar e incumplir resoluciones o en dilatar injustificadamente las negociaciones tendientes a poner fin a las respectivas situaciones coloniales, en violación de la integridad territorial de España y de Argentina, pese a la existencia de resoluciones de N.U. que requieren al Reino Unido para que negocie con los dos países, se entiende que * con miras a alcanzar un acuerdo y no simplemente a proceder a una negociación formal* y de *comportarse de tal manera que la negociación tenga sentido* [citando el autor, C.I.J., Recueil 1969, P. 47] podría estimarse que constituye, por su repetición sistemática, un comportamiento contrario al deber de negociar de buena fe la solución de una controversia. Y ese comportamiento resulta absolutamente contrario al derecho descolonizador de la O.N.U...”⁸¹.*

Las palabras antedichas claramente podemos aplicarlas a la reiterada actitud incumplidora del Reino Unido, también en el caso del Archipiélago de Chagos, luego del dictado de la opinión consultiva de la Corte y *a posteriori* de la resolución dictada por la Asamblea General, en aplicación de dicho dictamen consultivo, tal como veremos en la segunda parte del presente trabajo.

Del texto de las resoluciones 1514 (XV) y 2625 (XXV) de la Asamblea General de la ONU podemos deducir que la autodeterminación de los pueblos, en cuanto a su naturaleza jurídica, es un derecho de los pueblos a la par de ser un deber de los Estados de respetarlo. De la primera de ellas, surgió una costumbre internacional tal como vimos en el presente apartado incorporando las ideas de Remiro Brotons (o se reconoce su existencia, en palabras de la Corte, tal como analizaremos en la segunda parte), siendo ello un gran triunfo de la AG, pero que desde luego no quedó allí pues la jurisprudencia ha contribuido a su desarrollo considerándola una obligación

⁸¹ Ibid, p. 900.

erga omnes y una norma de *ius cogens*⁸². En cuanto a la primera categorización, la Corte Internacional de Justicia consideró en la opinión consultiva sobre las *Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en Territorio Palestino Ocupado* consideró que “...las obligaciones *erga omnes* violadas por Israel son las obligaciones de respetar el derecho del pueblo palestino a la libre determinación de los pueblos...”⁸³. En cuanto a la segunda categorización e identificación, es decir, su calidad de normas *ius cogens*, la misma surge de las consideraciones particulares e individuales de ciertos magistrados en la opinión consultiva sobre las *consecuencias jurídicas de la separación del Archipiélago de Chagos de Mauricio*, las que analizaremos en la segunda parte.

Para la identificación del principio de libre determinación de los pueblos como una norma de *ius cogens*, Castillo Argañaras trae la opinión de Gros Espiell⁸⁴ quién efectúa tal afirmación sobre la base de dos fundamentos. Por un lado, los debates en torno al *ius cogens* en el marco del derecho de los tratados, tanto en la propia Comisión de Derecho Internacional, como en la Sexta Comisión y en la Conferencia de Viena⁸⁵.

En particular, el autor citado señala que la Comisión de Derecho Internacional en 1963, en su proyecto del artículo 37 de la actual Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados indicó que el principio de libre determinación de los pueblos podía ser considerado una norma de *ius cogen*. Este criterio lo retomó en informes posteriores, así como en los debates que tuvieron lugar en la Sexta Comisión de la Asamblea General. En ese ámbito recibió una favorable recepción en las posturas de delegaciones como las de las entonces Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, República Socialista Soviética de Ucrania y Checoslovaquia, así como Pakistán entre otros Estados, siendo Portugal, la única delegación que se manifestó en contra de tal consideración⁸⁶.

⁸² CASTILLO ARGANARAS, Luis, “La libre determinación de los pueblos: ¿obligación *erga omnes* o *ius cogens*?”, en BARBOZA (coord.), *La Corte Internacional de Justicia y el Derecho Internacional. Temas relacionados con la opinión consultiva sobre la construcción del muro*, doc. cit, p. 90.

⁸³ *Ibid.*, p. 69.

⁸⁴ También citado por la magistrada Sebutinde y el magistrado Cançado Trindade para justificar sus posiciones acerca de reconocerle estatus normativo de *ius cogens* al principio de libre determinación de los pueblos.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*, p. 84.

En el caso que nos ocupa, señala Castillo Argañarás que la Comisión se mostró prudente pues en los comentarios del entonces artículo 50 del texto que se debatió en la Conferencia de Viena (actual artículo 53 de la Convención), citó algunas normas de *ius cogens*, indicando como ejemplo, tratados que violen la igualdad de los Estados o el principio de libre determinación de los pueblos, pero refiriendo a “ejemplos proporcionados por las diferentes delegaciones” y sin aclarar la Comisión si los compartía o no⁸⁷. Por otro lado, al momento de adoptarse la ya mencionada resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, en donde las delegaciones discutieron acerca del carácter de *ius cogens* de los principios allí contemplados y entre los cuales se encuentra el analizado por nosotros en el presente apartado, estuvieron presentes las dos posiciones: la posibilidad de considerarlos, o no, *ius cogens*). No obstante, Gros Espiell entiende que la libre determinación de los pueblos sustenta tal carácter porque, por un lado, la resolución lo presenta como “principio fundamental” y además porque está presente en otras declaraciones del tenor de la adoptada por dicha resolución y que ello ha ido abriéndose paso en la jurisprudencia mencionando, a modo de ejemplo, la opinión consultiva en el caso Namibia y la opinión separada del Juez Ammoun, aunque admite que no posee un criterio unánimemente aceptado⁸⁸.

Por otro lado, en la opinión consultiva sobre las *Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en Territorio Palestino Ocupado*⁸⁹ la Corte destacó que este principio también ha sido receptado en pactos internacionales de derechos humanos tales como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Lo cual también es receptado en las opiniones y declaraciones separadas de ciertos magistrados en la opinión consultiva referida a la situación del Archipiélago de Chagos, como veremos en la segunda parte. A mayor abundamiento, también corresponde efectuar un análisis integrado y sistémico de la norma, pues la misma se halla en la Carta de Naciones Unidas como propósito nro. 2, y mediante los capítulos de la Carta que refieren al sistema de descolonización de Naciones Unidas. Si tomamos como punto de análisis el artículo 103 de la Carta que establece la jerarquía

⁸⁷ *Ibíd*, p. 85.

⁸⁸ *Ibíd*, 86-7.

⁸⁹ CIJ, *consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, doc. cit. parágrs. 86-113.

superior de las obligaciones emanadas de ella, por sobre cualquier otra que los Estados asuman por fuera del sistema de Naciones Unidas, encontramos allí de forma indubitable la fuente que le otorga carácter vinculante a la regla en análisis, bajo los parámetros establecidos en la Carta y demás instrumentos jurídicos del sistema de Naciones Unidas.

Las reflexiones antedichas permiten afirmar, por un lado, que las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas en materia de descolonización y sin desconocer el carácter normativo de los actos de los OI entre los cuales se encuentra la ONU, han creado un verdadero régimen jurídico al cual están obligados todas las potencias administradoras con el objetivo no solo de respetar los intereses de las poblaciones que estén involucradas en las diferentes situaciones de colonialismo actualmente existentes, sino también salvaguardando el principio de integridad territorial. En este aspecto, y una vez analizado el valor jurídico de las resoluciones de ONU como fuente de derecho, y considerando el escenario de una controversia de soberanía, en relación al principio de autodeterminación de los pueblos y el principio de la integridad territorial, nos conduce a plantear como marco de análisis la posible prevalencia de una u otra regla jurídica y, por sobre todo, la Autoridad política, moral y hasta jurídica, de la Asamblea General, sus órganos subsidiarios y sus actos normativos en el proceso descolonizador de la organización.

Hemos analizado en el apartado A) del presente trabajo, el valor jurídico que revisten los actos normativos de los órganos e instituciones de las organizaciones internacionales y en particular, de las resoluciones de la Asamblea General de la ONU que —en su proyección externa— si bien carecen de fuerza jurídica vinculante, pueden presentar ciertas interacciones con otras normas de derecho internacional creadas por otras fuentes, en particular, nos referimos a la costumbre. En tal caso dijimos que una resolución de Asamblea General puede declarar la existencia de una norma consuetudinaria, cristalizarla o en ciertas ocasiones, generar el nacimiento de una de ellas, siendo esto último lo que sucede con las resoluciones de la Asamblea General en materia de descolonización según la doctrina analizada hasta esta instancia. Aún más, hemos incorporado doctrina, así como pronunciamientos recientes de la propia CIJ en funciones consultivas, que caracterizan al principio de libre determinación de los pueblos, como una obligación *erga omnes* y posiblemente, una verdadera norma de *ius cogens*, todo ello, gracias a la labor de la AG y, desde luego, estas

consideraciones no hubiesen podido alcanzar, al menos, el rango de debate doctrinario —en clara referencia a su naturaleza de *ius cogens*— si no partimos de la concepción de respeto por parte de la comunidad internacional al papel de la AG como la “Autoridad” en materia de descolonización.

Pero ese análisis resulta incompleto sin una mención a la “Autoridad” que representa la Asamblea General en un proceso de descolonización y la importancia de este a los efectos de entender la necesidad de cumplir sus normas, así como de hacerlas cumplir. Por ello, en el próximo apartado, efectuaremos algunas consideraciones al respecto, desde el derecho internacional general, para luego reflexionar acerca del modo en que la Corte Internacional de Justicia entendió —en la opinión consultiva en análisis— precisar y describir el papel de la AG en estos procesos.

III. Parte B. La labor de la Asamblea General en materia de descolonización

Al referirnos al principio de autodeterminación de los pueblos, debemos trasladarnos a las palabras del presidente norteamericano Woodrow Wilson quien en sus catorce puntos dados a conocer el 8 de enero de 1914 indicó lo siguiente:

*“...5. un reajuste amplio y totalmente imparcial de todas las reivindicaciones coloniales, basadas en la estricta aplicación del principio según el cual se tendrán en cuenta, en todas las cuestiones de soberanía, los intereses de las poblaciones, al mismo nivel que las reivindicaciones equitativas del gobierno cuyo carácter político se tendrá en cuenta más adelante, es decir, el derecho a la autodeterminación de los pueblos...”*⁹⁰.

Más allá de las cuestiones políticas que impidieron el ingreso de Estados Unidos a la Sociedad de Naciones, no se puede dudar acerca del protagonismo decisivo que ha tenido el presidente Wilson en la creación de la primera organización internacional permanente con competencia general, y tampoco es objeto de debate que el *ideario wilsoniano* no solo estaba

⁹⁰ ZORGBIBE, Charles, *Historia de las relaciones internacionales. De la Europa de Bismarck hasta el final de la Segunda Guerra Mundial*, Tomo I, Madrid, Alianza, 1997 (reimpr. 2005), p. 310.

presente en la convicción de alcanzar un mundo de paz, sino también en la convicción de que la condición para ello era el mantenimiento de esa paz y seguridad internacionales alcanzadas en la primera posguerra. Ello para dar solución a las cuestiones territoriales pendientes como consecuencia de la Gran Guerra, reconociendo el derecho de los pueblos a autodeterminarse. Este objetivo generó que gran parte del tiempo en la Conferencia de la Paz haya sido dedicado a escuchar a las diferentes delegaciones en lo referido a sus reivindicaciones territoriales para definir las nuevas fronteras de Europa. Ello explica el rol central que ocupó la “cuestión de los mandatos” en las sesiones iniciales de la Sociedad de Naciones. Claramente la cuestión colonial era central en los inicios de lo que ha sido la Liga de Naciones y explica también la importancia actual de las normas.

III.1. Una mirada desde el derecho internacional general

A los efectos de analizar los principios de libre determinación de los pueblos y de integridad territorial, para reflexionar acerca de cuál podría prevalecer en una controversia de soberanía —si es que podemos determinar ello— vale traer como punto de inicio el informe de la Comisión de Juristas en el asunto de las Islas Aaland del 5 de setiembre de 1920, en donde ya en esa época se destacaba lo siguiente:

“...Aunque el principio de que los pueblos deban poder disponer de sí mismos ocupe un lugar importante en el pensamiento político moderno, sobre todo después de la guerra mundial, conviene hacer notar que no se encuentra inscrito en el Pacto de la Sociedad de Naciones. Y la consagración de este principio en cierto número de tratados internacionales, no puede bastar para considerarlo como una de las reglas positivas del Derecho de Gentes. Al contrario, salvo estipulación en contrario de tratados internacionales, el derecho de disponer del territorio nacional es uno de los atributos de la soberanía de cada Estado. El Derecho Internacional no reconoce a fracciones de pueblos, como tales, el derecho de separarse por un simple acto de voluntad del Estado del que forman parte y tampoco reconoce a otros Estados el derecho de solicitar tal separación. De una manera general, pertenece exclusivamente a la soberanía de todo Estado definitivamente constituido conceder o rehusar a una fracción de su población la determinación de su propia suerte política por la vía del plebiscito o de otra manera. Una diferencia entre los Estados a propósito de tal determinación recae, pues, en

*circunstancias normales, sobre una cuestión que el Derecho Internacional deja a la competencia exclusiva de uno de dichos Estados...”*⁹¹.

Como se puede observar, hasta 1920 no se consideraba que el principio de autodeterminación de los pueblos sea una norma del derecho internacional positivo, más allá de que ya el entonces presidente de Estados Unidos haya presentado al mundo en su famosa proclama, el concepto “autodeterminación” para referirse a las nacionalidades de las colonias de los países vencidos en la Primera Guerra Mundial. Más aún, podemos deducir que era firme el criterio de, por un lado, no reconocer, bajo el amparo jurídico del derecho internacional, secesiones y, por otro lado, la limitación que cualquier comportamiento en ese sentido, encontraba en la integridad territorial y en la soberanía de los Estados y que solo estos acontecimientos podían tener lugar por una concesión del Estado.

Asimismo, vemos que, la noción de “*autodeterminación*” surge en un contexto colonial. Al respecto vale aclarar que si bien, el Pacto de Sociedad de Naciones, no refería al principio de autodeterminación de los pueblos, contemplaba estas cuestiones en el artículo 22 en donde estableció un régimen jurídico para las colonias de los Estados vencidos en la guerra, a través de lo que aún en la actualidad se conoce como el “sistema de mandatos” el cual, y sin ánimo de analizarlo con la profundidad que dicho sistema normativo merece por exceder nuestro objeto, vale destacar que establecía un régimen de administración internacional de esos territorios, a cargo de Estados y bajo la supervisión de la Sociedad de Naciones. En ese sentido, el Estado mandatario en todos los casos, debía rendir un informe anual al Consejo de la Liga y el grado de control que en cada caso ejercía el mandatario estaba establecido por la Sociedad de Naciones. Sin dudas ello representa un avance, si consideramos que, con anterioridad al sistema de mandatos, regía un criterio discrecional de “reparto de territorios” post conflicto bélico que no contemplaba la necesidad de generar condiciones de vida digna y de desarrollo de los diferentes grupos humanos afectados y de ahí que era considerado como una “misión sagrada de humanidad”.

El sistema de Mandatos de la Sociedad de Naciones se aplicaba a aquellos territorios y colonias que —a consecuencia de la Primera Guerra

⁹¹ GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis, L; DE ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz, *Materiales de Prácticas de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 735-6.

Mundial— han dejado de estar bajo la soberanía de Turquía y Alemania y que —a ese momento— eran habitados por pueblos que no contaban con las condiciones necesarias para dirigir su destino de modo independiente, colocando como una “misión sagrada de civilización” el bienestar y el desarrollo de esos pueblos. Los mandatos establecidos (A, B y C) abarcaban diferentes territorios y la distribución en uno u otro tipo de mandato consideraba criterios tales como el grado de desarrollo del pueblo, la situación geográfica del territorio, las condiciones económicas y toda otra circunstancia que contribuya al estado de ese territorio o colonia en relación con una futura vida independiente. Solamente, en aquellos casos en que el territorio se encontraba más cercano a la posibilidad de adquirir su independencia —que la propia Sociedad de Naciones identificaba como ciertas comunidades que pertenecían al entonces Imperio Otomano, hoy Turquía— se les otorgaba un estatuto provisorio de su existencia como naciones independientes, a condición de que adopten los consejos y ayuda del mandatario. En estos casos se debía tener especial reparo en considerar sus deseos en orden a elegir al Estado administrador, mientras que para los otros pueblos —África central, según surge del art. 22 del Pacto de la Liga de Naciones— dado su nivel inferior de desarrollo, se exigía a la potencia administradora una responsabilidad diferente, bajo expresas limitaciones, por ejemplo, prohibir abusos tales como el comercio de esclavos, el tráfico de armas, garantizar la libertad de conciencia y de religión, entre otras expresamente establecidas. Por último, otro grupo de territorios —devenida, verdaderas colonias, citándose ejemplos en los casos del Sudoeste africano y ciertas Islas del Pacífico Austral— caracterizados por su escasa población, su superficie reducida, su distancia considerable de centros de civilización y su contigüidad geográfica con el Estado mandatario, se lo autorizaba a este último a ejercer la administración bajo sus leyes como parte integrante de su territorio y salvaguardando a la población indígena. Para el desarrollo de la política de mandatos por parte de la Sociedad de Naciones, se creó una Comisión permanente que coadyuvaba al Consejo de la Liga, como órgano de la Sociedad de Naciones, encargado de los temas referentes al sistema de mandatos y a cargo de analizar los informes anuales de las autoridades administradoras de cada territorio o colonia⁹².

Una vez disuelta la Sociedad de Naciones, el sistema de mandatos continuó vigente en cuanto a las obligaciones pendientes por parte de los

⁹² Cf. artículo 22 del Pacto de Sociedad de Naciones.

Administradores. En ese marco, al darse nacimiento a la Organización de las Naciones Unidas, se procedió a crear un sistema de descolonización, a los efectos de dar cumplimiento a su propósito segundo del primer artículo de la Carta que reza “2. *Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de libre determinación de los pueblos; y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal...*”⁹³. Por su parte, el artículo 55 de la Carta indica que “...*con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá...*”. Estos dos artículos constituyen la consagración formal, como norma jurídica, de las palabras de Woodrow Wilson al referir a “autodeterminación” o “self-determination”.

Al momento de celebrarse la Conferencia de San Francisco, la “cuestión colonial” suscitó más de una opinión en el objetivo de redactar la Carta y dar forma al régimen que regiría los destinos de los pueblos dependientes, sometidos a una dominación extranjera. Desde luego, esas posiciones se veían reflejadas entre quienes se mostraban en contra del colonialismo, no solo por motivos estratégicos sino también ideológicos. En ese sector, corresponde ubicar a Estados Unidos y a la Unión Soviética; el primero por su propio pasado colonial vinculado a los británicos y los soviéticos por considerar a la colonización como un “fenómeno típicamente capitalista”. Por el otro lado, Reino Unido y Francia —de más está decir los intereses coloniales que estos Estados tenían ya en esa época— se mostraban a favor de la colonización⁹⁴. Todos ellos protagonistas de la Carta aún hasta

⁹³ Artículo 1 num. 2 de la Carta de Naciones Unidas.

⁹⁴ PASTOR RIDRUEJO José, A, doc. cit. p. 261. En igual sentido, en la obra de la Dra. González Napolitano se indica esta misma tensión por parte de las potencias coloniales que pretendían mantener a sus colonias y por ello crearon el capítulo XI de la Carta, con la sola obligación de “informar periódicamente” como único compromiso. No obstante ello, la oleada *descolonizadora* de los años 50 del siglo pasado ocurrida en la mayoría de los territorios coloniales, consolidó el derecho a la *autodeterminación* de los pueblos [en igual sentido, la Corte en la opinión consultiva que motiva este trabajo, al resaltar la gran e intensa labor de la AG en materia de descolonización en los años cincuenta, es decir, con bastante anterioridad a la sanción de la resolución 1514 (XV)] generando una “sinergia” entre ambos conceptos que permite presentar a la autodeterminación como uno de los principios aplicables a los procesos de descolonización, pero de ningún modo, se los puede considerar sinónimos. Ello pues, como allí se indica, “...*la autodeterminación no se reduce a la descolonización. Una colonia no deja de ser colonia únicamente a través de la invocación*

nuestros días, mediante el derecho a veto que se adjudicaron en el Consejo de Seguridad. De ello surge la distinción de regímenes que contempla hoy la Carta en los capítulos XI y en los subsiguientes, XII y XIII:

Por un lado, la “*Declaración relativa a territorios no autónomos*” que regula el régimen de los territorios bajo administración de los vencedores, así como de los Estados considerados “no enemigos”⁹⁵; careciendo este sistema de un órgano de contralor específico, así como de sanciones expresas ante incumplimientos en el régimen de cada situación colonial en particular. Su denominación solamente ya no nos debe pasar inadvertida, pues no es lo mismo una “declaración” que, como veremos a renglón seguido, un “régimen”. Por otra parte, vale traer aquí las sabias palabras de Raúl Vinuesa cuando nos recuerda que el término “declaración” ha sido impuesto por el Reino Unido para restarle obligatoriedad jurídica al capítulo XI en donde incluyó en 1946 a nuestras Islas Malvinas dentro de los territorios no autónomos⁹⁶, no obstante lo cual, como reflexiona el destacado jurista, la descolonización ha ido adquiriendo entidad propia y

*por parte de su población del derecho a la autodeterminación. Existen circunstancias en las que un proceso de descolonización no culmina en un proceso de autodeterminación. Ello se debe a que no toda población es un pueblo autóctono con derecho a autodeterminarse...esa situación no impide, sin embargo, dar cumplimiento de la obligación consuetudinaria de poner fin a la situación de colonialismo que tienen las potencias que aún administran territorios bajo el capítulo XI de la Carta de Naciones Unidas. Esta es la situación en la que se encuentran las Islas Malvinas...”. Cf: “La Controversia por las Islas Malvinas”, en GONZÁLEZ NAPOLITANO (coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, doc. cit, p.436. Lo colocado entre corchetes nos pertenece. En igual sentido, Kohen, Marcelo: Presentación oral de la República Argentina en el procedimiento consultivo en análisis. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/169/169-20180904-ORA-01-00-BI.pdf> [última referencia: 15.04.2020]. Se la puede obtener traducida en español en el siguiente Dossier de Investigación: “El caso del Archipiélago de Chagos. Lecturas jurídicas, políticas y diplomáticas sobre la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia”. Dossier Nro. 1, Publicación de Actualización Continua del Instituto de Relaciones Internacionales (IRI), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, p. 61. Disponible en: <http://www.iri.edu.ar/wp-content/uploads/2019/10/refem2065-dossierinvestigacion-1-chagos.pdf> [última referencia: 15.04.2020].*

⁹⁵ Artículo 73 de la Carta.

⁹⁶ Situación que se mantiene en la actualidad pese a todas las resoluciones, no solo de Naciones Unidas, sino de diversos foros multilaterales donde, tomando como punto de partida la resolución 2065 (XX), (consecuencia directa de la presentación efectuada por la República Argentina el año anterior —conocida como “Alegato Ruda”— ante el Subcomité III del Comité de Descolonización de Naciones Unidas), la comunidad internacional reconoce la existencia de una controversia de soberanía pendiente entre la República Argentina y el Reino Unido.

más allá de apreciaciones conceptuales como la que aquí presentamos entre ambos términos, la regla jurídica que regula la “libre determinación de los pueblos” como principio rector en materia de descolonización, ha sido consagrada como propósito de la organización⁹⁷ y ha ido desarrollándose a través de las resoluciones de la Asamblea General, de la que surge una única excepción a dicho principio que es el de “integridad territorial de los Estados”, tal como lo veremos en los próximos párrafos. De ello ya podemos afirmar que es indudable hoy la fuerza jurídica vinculante de las normas del capítulo XI y de todo el desarrollo normativo posterior a la Carta.

El artículo 73 con el que inicia este capítulo XI, ya nos sitúa “...dentro del sistema de paz y de seguridad internacionales establecidos por la Carta...” con lo cual, podríamos estar ante situaciones en donde sea necesario aplicar normas tanto del capítulo VI como del capítulo VII según la situación, estableciendo obligaciones generales⁹⁸ para los Estados miembros de la organización, administradores de territorios bajo este sistema, es decir, aquellos que han diseñado el sistema. En particular, el artículo 73.e) de la Carta establece una relación de tipo institucional con el Secretario General de la organización que, con el tiempo, se ha ido perfeccionando con la creación de un Comité Especial encargado de velar por el cumplimiento de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General creado por la propia Asamblea, como órgano subsidiario de ella⁹⁹. Un dato que nos resulta de interés destacar que en el artículo 73, se hace referencia a que “*Los miembros de las Naciones Unidas que tengan o asuman la responsabilidad de administrar territorios...reconocen el principio de que los intereses de los habitantes de esos territorios están por encima de todo...*”. Con lo cual se deduce que es obligación de los Estados administradores velar por los “intereses” de la población y no sus posibles “deseos” como pareciera interpretar el Reino Unido en situaciones como la controversia de soberanía pendiente con la República Argentina en relación con la Cuestión Malvinas. En tal sentido, es ilustrativo incorporar al respecto la siguiente

⁹⁷ VINUESA, Raúl, *El conflicto por las Islas Malvinas y el Derecho Internacional*. Publicación realizada sobre la base de la Conferencia pronunciada el 5 de mayo de 1982 en el Aula Magna de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Editorial del Centro de Estudios Internacionales, 1985, p. 23.

⁹⁸ *Ibíd.*

⁹⁹ Disponible en: <https://www.un.org/dppa/decolonization/es/c24/about> [última referencia: 20.03.2020].

argumentación de la CIJ extraída de la opinión consultiva del Sahara Occidental e incorporada por Kohen y Rodríguez en su obra¹⁰⁰:

“...La validez del principio de libre determinación, definido como la necesidad de tomar en cuenta los deseos libremente expresados de los pueblos, no se ve afectada por el hecho de que en ciertos casos la Asamblea General ha dejado de lado el requerimiento de consultar a los habitantes de un territorio determinado. Estos ejemplos están basados ya sea en la consideración de que cierta población no constituye un “pueblo” con derecho a la libre determinación, o en la convicción de que una consulta era totalmente innecesaria, en vista de circunstancias especiales”¹⁰¹.

Kohen y Rodríguez suman argumentos a este tema señalando que diversos conflictos territoriales que versaban acerca de territorios habitados han sido resueltos conforme el análisis de los títulos invocados por las partes, no así por los deseos de esos habitantes¹⁰². De todas ellas, Kohen y Rodríguez concluyen que la CIJ indicó que las partes debían respetar los derechos de los habitantes de los territorios objeto de esas controversias, pero en ninguna de ellas basó su decisión en la voluntad de esos núcleos humanos.

¹⁰⁰ KOHEN, Marcelo G, RODRÍGUEZ, Facundo D, *Las Malvinas entre el derecho y la historia. Refutación del folleto británico “Más allá de la historia oficial. La verdadera historia de las Falklands/Malvinas”*, Buenos Aires, Eudeba, 2015. p. 278.

¹⁰¹ *Ibíd.*

¹⁰² *Ibíd.*, p. 280. Allí los autores citan algunos pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia en asuntos tales como: controversia fronteriza territorial, insular y marítima (El Salvador/Honduras - Nicaragua interviniente) Sentencia del 11 de setiembre de 1992, Controversia acerca de la Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (Camerún vs. Nigeria - Guinea Ecuatorial interviniente), Sentencia del 10 de Octubre de 2002 y Controversia fronteriza (Burkina Faso c. Níger), Sentencia del 16 de abril de 2013. En la cuestión de las Islas Malvinas, Naciones Unidas ha expresado desde 1964 hasta la actualidad, que se trata de un caso colonial especial y particular porque involucra una disputa de soberanía que debe solucionarse mediante negociaciones entre la Argentina y el Reino Unido teniendo en cuenta los intereses de los habitantes (pero no sus deseos). En ese sentido, la Constitución Nacional establece la posición argentina en la disputa, en su Disposición transitoria primera. Allí indica que la República Argentina se compromete a respetar los intereses de los habitantes de las Islas Malvinas: *“La Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional. La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes, y conforme a los principios del derecho internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino”*. Cf. PASTORINO Ana, ÁLVAREZ, Maximiliano y ROSA, Gabriel; *Colonialismo en el siglo XXI. La estrategia del imperio para mantener la ocupación de las Malvinas*, doc. cit. p. 14, n.8.

Por otro lado, el “Régimen de Administración Fiduciaria” que contempla las normas aplicables a la administración de los territorios que, al momento de adoptarse la Carta, se encontraban bajo el régimen de mandato, así como aquellos que se encontraban bajo administración de los Estados “enemigos” en la Segunda Guerra Mundial, y aquellos territorios puestos voluntariamente bajo ese régimen por los Estados responsables de su administración¹⁰³. Para estos últimos, la Carta creó el Consejo de Administración Fiduciaria —entre uno de los órganos principales de la Organización¹⁰⁴— cuya misión estaba dada por cumplir los objetivos del citado régimen fiduciario¹⁰⁵. Hoy en día sin vigencia pues todos los territorios sometidos a este régimen internacional han alcanzado su vida independiente.

Las diferencias entre uno u otro sistema son mayores, y para ello recomendamos profundizar en otras obras bibliográficas citadas¹⁰⁶, pero si nos interesa destacar la labor de la organización tendiente a erradicar prácticas colonialistas. Ella se materializó en el indudable incremento de actores estatales en la Comunidad Internacional, producto de los diferentes procesos de descolonización impulsados por la admirable labor de la Asamblea General mediante su Comité Especial (C24). Ello ha sido posible también por la colaboración de la propia Corte Internacional de Justicia a través de ciertos dictámenes consultivos, como así también por la intervención directa de la Asamblea General, cumpliendo con destacada competencia su responsabilidad como Autoridad encargada de velar por el cumplimiento del derecho internacional en materia de descolonización.

Cuando analicemos las posiciones individuales de ciertos magistrados, veremos que, en la opinión consultiva en análisis, también se destacó la labor del Consejo de Seguridad acompañando en muchos casos, la labor de la Asamblea General. Pocos son los casos que aún se encuentran en la lista de asuntos pendientes de resolución, si comparamos el panorama existente al finalizar la Segunda Guerra Mundial. No obstante lo cual, si bien la situación de varios territorios se va regularizando permitiendo que

¹⁰³ Artículos 77 y 78 de la Carta.

¹⁰⁴ Artículos 7 y 86 de la Carta.

¹⁰⁵ Artículo 76 de la Carta.

¹⁰⁶ PASTOR RIDRUEJO José, A: doc. cit. pp. 261-262. y CASTILLO ARGAÑARAS, doc. cit. p. 77.

alcancen una vida independiente, las ansias coloniales de algunos “pocos” Estados, permiten mantener controversias de soberanía y situaciones territoriales inconclusas como lo que sucede actualmente con la cuestión Malvinas entre la República Argentina y el Reino Unido, así como la propia situación actual del Archipiélago de Chagos, y el proceso incompleto de independencia de la República de Mauricio a lo que cabe añadir la situación de angustia de la población chagosiense que todavía clama por regresar a su tierra.

El sistema jurídico diseñado por Naciones Unidas en materia de descolonización no termina en la Carta, sino que más bien podríamos afirmar que allí comienza. Ello dado que, en 1960, casi al finalizar ese año, la Asamblea General en primer lugar, adopta dos resoluciones de gran relevancia, nos referimos sin duda a las resoluciones 1514 (XV) y 1541 (XV). Casi un año después, ha dado creación al “Comité Especial encargado de Examinar la Situación con respecto a la Aplicación de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales” (Comité Especial de Descolonización o C-24, en adelante) que —como ya indicamos— se constituye como órgano subsidiario de ella¹⁰⁷. El indicado Comité se ha creado por resolución 1654 (XVI) de la Asamblea General el 17 de noviembre de 1961 que ha sido aprobada por 97 votos a favor, ninguno en contra y 4 abstenciones, entre las cuales se incluye al Reino Unido. En 1970 se adopta la resolución 2625 (XXV) por la AG. Estos aspectos normativos vienen a complementar el sistema de la Carta dado por los artículos 1 y 55 así como los capítulos XI, XII y XIII ya indicados previamente¹⁰⁸. Lo expuesto encuentra sintonía con lo expresado por el profesor Marcelo Kohen en la presentación oral de la República Argentina en el proceso consultivo en análisis¹⁰⁹ en donde podemos observar que se refirió al sistema de descolonización, como un proceso que es mucho más que político y que está compuesto por:

“un corpus formado simultáneamente por reglas, procedimientos y órganos internacionales competentes. En virtud del Capítulo XI de la Carta, este corpus continuó desarrollándose en todos sus aspectos. En primer lugar, la Asamblea General estableció los criterios aplicables para determinar

¹⁰⁷ Creado en 1961 por resolución 1654 (XVI) de la Asamblea General.

¹⁰⁸ Con la aclaración efectuada respecto a la actual vigencia de las normas emanadas de los capítulos XII y XIII de la Carta.

¹⁰⁹ Dossier de Investigación: “El caso del Archipiélago de Chagos. Lecturas jurídicas, políticas y diplomáticas sobre la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia”, doc. cit. p. 58.

cuándo debía considerarse que un territorio era 'no autónomo', así como el tipo de información que las potencias administradoras debían brindarle a la Organización. Después se desarrollaron normas con respecto al tratamiento que debía darse a los territorios, los criterios para aplicar el derecho a la libre determinación y el respeto a la integridad territorial, la creación de órganos subsidiarios de la Asamblea General a cargo de la supervisión de los procesos, ... la decisión de la Asamblea sobre cómo un territorio debía ser descolonizado y si la descolonización fue completada o no. Todo ello forma parte del proceso de descolonización y el derecho internacional claramente no es ajeno al mismo..."¹¹⁰.

Como primera reflexión, vale destacar lo que analizamos en la primera parte del trabajo¹¹¹, mediante las palabras de Antonio Remiro Brotons, cuando el destacado jurista señala que uno de los factores a tener en consideración al momento de analizar el valor de un acto normativo de un OI está dado en muchos casos por la práctica precedente al momento de su tratamiento en el pleno del órgano intergubernamental, por ello no deben pasar inadvertidos aspectos tales como el método de elaboración, citando justamente a la resolución 1514 (XV) y a la Resolución 2625 (XXV) cuyos textos han sido elaborados por un Comité *ad hoc* creado por la Asamblea General, en cada caso. Al estudiar cada una de ellas en particular, veremos el trabajo previo a la adopción en el pleno, en ambos casos revistió un análisis detallado que hoy permiten afirmar que estas resoluciones tienen un carácter obligatorio como marco jurídico aplicable a los procesos de descolonización, no solamente por haber generado o codificado normas de la costumbre internacional, como ya analizamos en la primera parte de nuestro trabajo, sino por el mecanismo de identificación de estas reglas como principios rectores del derecho internacional, así como el trabajo que demandó su estudio y reglamentación, lo cual involucró no solo el trabajo de órganos *ad hoc*, sino también de la Sexta Comisión de la Asamblea General (su comisión jurídica) y por la amplísima receptividad (en términos de aceptabilidad) de su contenido, en cada caso particular, en las sesiones plenarias tendientes a su aprobación.

A continuación, pasaremos revista a cada uno de los actos resolutivos mencionados en párrafos anteriores –resoluciones 1514 (XV), 1541 (XV) y 2625 (XXV)–, destacando, por un lado, la importancia que revisten estas resoluciones en el sistema de descolonización de la

¹¹⁰ *Ibíd.*, p. 58.

¹¹¹ Apartado II.a).

organización estableciendo un verdadero régimen jurídico en materia de descolonización y, por otro lado, en los casos que corresponda, enfatizando en aquellos aspectos referidos al procedimiento de elaboración del texto y/o mecanismos de adopción en el pleno de la Asamblea General.

El primero de los actos normativos es la resolución 1514 (XV). Su texto surge del trabajo llevado adelante por el Comité *ad hoc* denominado inicialmente “Comité Especial de Información Transmitida en virtud del Artículo 73 e de la Carta”, luego, denominado “Comisión para la Información sobre Territorios No Autónomos”¹¹². Como hemos dicho en nuestro trabajo previamente¹¹³, incorporando lo indicado por Pastorino; la resolución 1514 (XV) ha sido adoptada por 89 votos a favor, ninguno en contra y 9 abstenciones, desde luego, incluyendo en este último grupo de Estados al Reino Unido que como podemos ver en esta instancia de nuestro trabajo, por los debates existentes al momento de la adopción de la Carta en relación con la situación referida a la descolonización, tradicionalmente ha sido uno de los Estados a favor —junto con Francia y otros Estados no miembros permanentes del CS tales como Países Bajos y Bélgica— de continuar con esta situación que viven padeciendo ciertos territorios. Como dijimos en esa ocasión, esta resolución es identificada como la Carta Magna en materia de descolonización y las posiciones adoptadas por los Estados en la AG al momento de su adopción reflejan que el mundo está a favor de la descolonización y la resolución de la situación de los pueblos sometidos a dominación y yugo extranjero, a excepción desde luego, de aquellos pocos Estados que aún continúan manteniendo firmes intereses coloniales.

La resolución 1514 (XV) adoptada el 14 de diciembre de 1960, refleja no solo la importante labor que desempeña la AG en materia de descolonización, que luego será destacado por la CIJ en la Opinión Consultiva en análisis, sino que también muestra una firme condena al sometimiento de los pueblos a una dominación, yugo o explotación extranjera, pues la considera una situación contraria a la Carta de Naciones Unidas y comprometedora de la paz y la cooperación mundial. También considera que la situación de dominación y sometimiento constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, lo cual, se condice con sus líneas siguientes donde vincula el principio de libre determinación con

¹¹² Por resolución 66 (I) y resolución 146 (II), ambas de la Asamblea General. Disponible en: <https://www.un.org/dppa/decolonization/es/about> [última referencia: 10.03.2020].

¹¹³ Apartado II.

el derecho a determinar libremente su condición política, así como perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural, sin distinción de raza, credo, ni color para permitirles gozar de una libertad y una independencia absoluta. Ello en clara consonancia con los pactos internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el de Derechos Civiles y Políticos en sus respectivos artículos 1¹¹⁴.

Gros Espiell¹¹⁵ y Pastor Ridruejo, citados por Castillo Argañarás, entienden que el concepto de libre determinación comprende diversos aspectos. Ellos son “*jurídicos*”, que son aquellos que estamos analizando, así como aspectos “*políticos*” en relación con la elección del régimen político que regirá su destino, “*económicos*” lo cual implica que todo pueblo puede determinar libremente y de forma soberana su régimen o sistema económico, “*sociales*” pues todo pueblo tiene derecho a elegir libremente su régimen social respetando sus tradiciones y características particulares y “*culturales*” que les permite ejercer el derecho a recuperar, mantener y enriquecer su patrimonio cultural así como el derecho a la educación.

También señala Gros Espiell que es un derecho de proyección permanente pues no solo implica la posibilidad del ejercicio inicial, sino que, una vez ello, se proyecta en todos los órdenes económicos, sociales, culturales actuando como una barrera jurídica a los llamados “neocolonialismos” o “imperialismos” actuales¹¹⁶. Este párrafo refleja, en gran medida, la posición asumida por el Magistrado Cançado Trindade en su

¹¹⁴ Artículo 1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos | artículo 1 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “1. *Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.* 2. *Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.* 3. *Los Estados Parte en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas*”. Disponibles en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> y <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> [última referencia: 10.03.2020].

¹¹⁵ Relator Especial de la Subcomisión de Prevención y de Discriminaciones y Protección de las Minorías.

¹¹⁶ CASTILLO ARGANARAS, doc. cit. p. 82-3.

declaración separada a la opinión consultiva acerca de las consecuencias jurídicas de la separación del Archipiélago de Chagos de Mauricio, en análisis en este trabajo y que luego analizaremos.

Héctor Gros Espiell, citado por Pastorino, señala que el derecho a la libre determinación, de conformidad con los preceptos de Naciones Unidas, está destinado a los pueblos sometidos a la dominación colonial y extranjera. En tal sentido expresa que dicho principio:

“...no se refiere a los pueblos ya organizados bajo una forma estatal, en los que no se dé una dominación colonial y extranjera, porque la propia resolución 1514 (XV) así como otros textos de Naciones Unidas condenan cualquier intento dirigido a destruir total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país...”¹¹⁷.

El numeral 6 de la resolución 1514 (XV)¹¹⁸ establece un claro límite sobre el cual regresaremos luego de haber analizado las próximas dos resoluciones, pero que en esta instancia es necesario destacar como límite desde los orígenes de su consagración dentro del sistema de Naciones Unidas. Ello dado que dicho párrafo establece que “...6.- *Todo intento encaminado a quebrantar social o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas...*”. Ello se encuentra reafirmado en el numeral siguiente al establecer que “...7.- *Todos los Estados deberán observar fiel y estrictamente las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la presente Declaración sobre la base de la igualdad, de la no intervención en los asuntos internos de los demás Estados y del respeto de los derechos soberanos de todos los pueblos y de su integridad*

¹¹⁷ Cf. PASTORINO Ana, ÁLVAREZ, Maximiliano y ROSA, Gabriel; doc. cit. pp. 24-5. En el mismo sentido, observamos que ello puede generar una cierta confusión entre los términos: “colonialismo” y “autodeterminación” pues la resolución 1514 (XV) proclama la necesidad de poner fin rápida e incondicionalmente al colonialismo y establece que la autodeterminación será el principio que regirá el proceso de descolonización. A renglón seguido, consagra el derecho de todos los pueblos a autodeterminarse, no solo a los surgidos de un proceso de descolonización, sino también se lo reconoce a los que no han sido sometidos a una dominación colonial. Esta distinción ha sido reconocida por la CIJ en la opinión consultiva sobre la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, dado que, al reconocerle el derecho a la autodeterminación al pueblo palestino, está consagrándolo fuera de un proceso descolonizador. Cf: “La Controversia por las Islas Malvinas”, en en GONZÁLEZ NAPOLITANO (coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, doc. cit, p. 436.

¹¹⁸ Disponible en: [https://undocs.org/es/A/Res/1514\(XV\)](https://undocs.org/es/A/Res/1514(XV)) [última referencia: 15.04.2020].

territorial...”¹¹⁹. Con lo cual, toda medida tendiente a ejercer el derecho de libre determinación, en condiciones que violente la soberanía y el territorio de un Estado, por ejemplo, en territorios donde existan controversias de soberanía pendientes, dichos actos serán considerados contrarios a la Carta de Naciones Unidas y al propio propósito del artículo 1.2 de la Carta que estatuye como tal al principio de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos. Sobre este aspecto regresaremos en el presente apartado y en los subsiguientes al analizar las consideraciones de la CIJ en la opinión consultiva en análisis en este trabajo.

La resolución 1541 (XV)¹²⁰ adoptada al día siguiente de la resolución 1514 (XV), ha sido aprobada por 69 votos a favor, 2 en contra y 21 abstenciones. Ella contiene los “Principios que deben servir de guía a los Estados Miembros para determinar si existe o no la obligación de transmitir la información que se pide en el inciso e del Artículo 73 de la Carta”. En ese entendimiento cabe sostener que profundiza los conceptos de su antecesora al determinar mayores precisiones en relación con el territorio de los pueblos coloniales. En tal sentido establece que:

*“...Principio IV: Existe a primera vista la obligación de transmitir información respecto de un [territorio que está separado geográficamente del país que lo administra y es distinto de éste en sus aspectos étnicos o culturales]. Principio V: Una vez establecido que se trata a primera vista de un [territorio distinto desde el punto de vista geográfico y étnico o cultural], se pueden tener en cuenta otros elementos. Esos elementos podrán ser, entre otros, de carácter administrativo, político, económico o histórico. Si influyen en las relaciones entre el Estado metropolitano y el territorio de modo que éste [se encuentra colocado arbitrariamente en una situación o en estado de subordinación], esos elementos confirman la presunción de que existe la obligación de transmitir la información que se pide en el inciso e del Artículo 73 de la Carta...”*¹²¹.

¹¹⁹ Pastorino al analizar esta resolución señala que “...la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General es la norma que establece la eliminación del colonialismo, sentando el principio de libre determinación y el principio de integridad territorial. En ella la integridad territorial de los Estados es el límite al principio de autodeterminación”. Añade también que en la señalada resolución “...la libre determinación corresponde a los pueblos que han sido subyugados por el poder colonial...”. Concluye Pastorino que es un derecho que acude en defensa de los derechos humanos de los pueblos sometidos. Cf. PASTORINO Ana, ÁLVAREZ, Maximiliano y ROSA, Gabriel; doc. cit. pp. 15/6.

¹²⁰ Disponible en: [https://www.undocs.org/es/A/RES/1541\(XV\)](https://www.undocs.org/es/A/RES/1541(XV)) [última referencia: 15.04.2020].

¹²¹ Lo encerrado entre corchetes nos pertenece y es al solo efecto de resaltar la idea que se pretende reflejar.

La resolución 1541 también establece los aspectos políticos del ejercicio del derecho de libre determinación al indicar que:

“...Principio VI. Puede considerarse que un territorio no autónomo ha alcanzado la plenitud del gobierno propio: a) Cuando pasa a ser un Estado independiente y soberano; b) Cuando establece una libre asociación con un Estado independiente; o c) Cuando se integra a un Estado Independiente...”.

A continuación, veremos que estos conceptos se profundizan en la resolución 2625 (XXV) al señalar con mayor precisión los límites de este derecho, así como cuáles Estados pueden ampararse en esa regla. Veremos también de qué manera profundiza en los aspectos políticos del ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos.

El texto de la resolución 2625 (XXV) de la AG, ha sido elaborado por el “Comité Especial encargado de estudiar los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados” que se ha creado por la resolución 1966 (XVIII) de la Asamblea General adoptada el 16 de diciembre de 1963 (reconstituido por la Asamblea General por resolución 2103 (XX), de 20 de diciembre de 1965)¹²² y que tuvo antecedentes en trabajos previos a su conformación por parte de la AG por sí y/o a través de su Sexta Comisión¹²³. Si bien ha mantenido reuniones

¹²² En el año 1961, la Sexta Comisión de la Asamblea General, estudiando el tema acerca de la “Labor futura en materia de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional” presentó una propuesta a la AG para que dicho órgano principal de ONU incluyera en la agenda provisional del período de sesiones de 1962, el tema titulado “Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas” (A/C.6/L.492). El 18 de diciembre de 1961, la Asamblea General aceptó la recomendación de la Sexta Comisión y aprobó la resolución 1686 (XVI), por la que incluyó en su programa provisional de la sesión correspondiente al año 1962 (17° período de sesión) el tema titulado “Examen de 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”. Inicialmente —en el ámbito de la Sexta Comisión— la propuesta había sido formulada como: “Examen de los principios de derecho internacional relativos a la coexistencia pacífica de los Estados”. Disponible en: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/dpilfrscun/dpilfrscun_ph_s.pdf [última referencia: 10.03.2020].

¹²³ El 18 de diciembre de 1962, la Asamblea General adoptó la resolución 1815 (XVII), por la cual destacó la relevancia en derecho internacional de siete principios referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados decidiendo comenzar su abordaje tendiente a su desarrollo progresivo y a su codificación de cuatro de ellos. Los principios en

permanentes desde su creación¹²⁴, se ha reunido con regularidad desde 1966 en Nueva York y Ginebra. En el año 1970 y previo al periodo de sesiones de ese año, el Comité Especial se reunió entre los meses de marzo a mayo de ese año y adoptó el informe A/8018 que luego ha sido aprobado por la Sexta Comisión de la AG sin objeciones¹²⁵, recomendando a la Asamblea General su aprobación, lo cual se materializó sin someterla a votación en la ya mencionada resolución 2625 (XXV) el 24 de octubre de 1970.

La resolución 2625 (XXV) señala, por un lado, una clara distinción en relación con el territorio de una colonia o un territorio no autónomo en cuanto a sus características geográficas, culturales y étnicas en relación con el Estado administrador. Ello al decir que:

“...El territorio de una colonia u otro territorio no autónomo tiene, en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, una condición jurídica distinta y separada de la del territorio del Estado que lo administra, y esa condición jurídica distinta y separada conforme a la Carta existirá hasta que el pueblo de la colonia o territorio no autónomo haya ejercido su derecho de libre determinación de conformidad con la Carta y, en particular, con sus propósitos y principios...”.

En relación con el pueblo que es titular del derecho a la libre determinación, debe tratarse de una población “autóctona”, originaria de dicho territorio, que demuestre fehacientemente una ocupación histórica de esas tierras y, como ya lo hemos indicado *supra*, con vínculos comprobables con ese territorio; lo cual no sucede —a modo de ejemplo— con los

cuestión eran los siguientes: i) los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas; ii) los Estados arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia; iii) la obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta; y iv) la igualdad soberana de los Estados. Por otro lado, resolvió continuar el análisis acerca de otros principios que puedan ser incluidos dentro de este universo de reglas jurídicas ya identificadas como relevantes en las relaciones interestatales. Una vez reconstruido el Comité Especial por resolución 2103 (XX), de 20 de diciembre de 1965, se dedicó a estudiar los restantes tres principios: i) la obligación de los Estados de cooperar entre sí, de conformidad con la Carta, ii) la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos y iii) los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta; cf. *Ibid.*

¹²⁴ Ciudad de México, del 27 de agosto al 2 de octubre de 1964, *ibíd.*

¹²⁵ A/8082, el 28 de septiembre de 1970.

habitantes actuales de las Islas Malvinas que constituyen un grupo humano implantado e importado por el Reino Unido y, por ende, británicos que llegaron a esas tierras luego de la expulsión de las Autoridades y población argentina existentes en el territorio en 1833, al producirse el acto de usurpación por parte del Reino Unido. Por ello, los actuales habitantes de nuestras Islas Malvinas representan un ejemplo de grupo humano que no es titular del derecho a la libre determinación, aunque las Islas Malvinas poseen el estatus de colonia. Dicho grupo humano sí puede ser incluido en la categoría de “minoría”, destinataria solamente de los derechos que a esta última categoría de grupos humanos le corresponden según el derecho internacional general y convencional, como ser, a título de ejemplo, el derecho a la organización política, económica y social, pero de ningún modo los coloca como titulares de un pretendido derecho de autodeterminación¹²⁶. Hay que considerar también que, muchas veces las potencias coloniales, como el Reino Unido, utilizan la “cuestión poblacional” como variable de ajuste de sus propios intereses en cada caso puntual. Ello implica, por ejemplo, al colonizar un territorio “importar” población y/o alzar la bandera de la autodeterminación de ciertos habitantes y rechazarlo en el caso de otros, según les convenga a sus propios intereses en cada caso puntual. Si analizamos las diferentes posiciones que adopta el Reino Unido en relación con el “derecho a la autodeterminación de los pueblos”, en la situación del grupo humano que ocupa actualmente las Islas Malvinas y la diferente postura que sustenta en relación con la población chagosiana expulsada del archipiélago que es su tierra originaria; se puede deducir que los Estados que a la actualidad mantienen dominios coloniales, utilizan el “discurso de la autodeterminación” como les acomoda mejor a sus intereses y con argumentos desprovistos de todo manto jurídico de conformidad con el derecho internacional general, incluidos los principios y propósitos del sistema de Naciones Unidas (la Carta y las resoluciones de la Asamblea General y de su Comité de los 24).

Por otro lado, la indicada resolución avanza al contemplar una cuarta forma posible del ejercicio del derecho de libre determinación —que se le añade a las tres reconocidas en la resolución 1541 (XV)— al establecer que este puede manifestarse en “la adquisición de cualquier otra condición

¹²⁶ Cf: “La Controversia por las Islas Malvinas”, en GONZÁLEZ NAPOLITANO (coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, doc. cit, pp. 437/8, citando reflexiones del Profesor Dr. Marcelo Kohen.

política libremente decidida por el pueblo en cuestión”. Desde luego que ello, como ya indicamos, no solo se limita a la condición política, sino que también refleja aspectos económicos, culturales, sociales y de desarrollo.

La resolución 2625 (XXV) vuelve sobre los límites ya establecidos en la resolución 1514 (XV), al señalar que: “...*Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menospreciar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes...*[limitando, a continuación, qué Estado puede valerse de esta limitación que presenta el principio de libre determinación] podrán ampararse en esta excepción aquellos Estados que *...se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descritos y estén, por tanto dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivo de raza, credo o color*”. En caso de que exista una población que no se siente representada y/o que existan distinciones de esa índole, se entiende que sería un pueblo destinatario del derecho de libre determinación.

Si tomamos la resolución 1514 (XV) y la resolución 2625 (XXV), se puede observar que en la Declaración de 1960 sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, el principio de libre determinación de los pueblos surge como un derecho de los pueblos, mientras que la Declaración de 1970 sobre los principios de derecho internacional que regulan las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, no solo surge regulada como un derecho de los pueblos, sino como un deber de los Estados respetar ese derecho. Pastor Ridruejo¹²⁷ refleja en su obra las tensiones existentes en el seno del comité dado, por un lado, por un grupo de Estados occidentales que perseguían el objetivo de plasmar el principio solo como un deber de los Estados, y por otro lado, los Estados del tercer mundo y los socialistas como un derecho de los pueblos. Pastor Ridruejo introduce la opinión de Carrillo Salcedo en relación con la primera posición, indicando que ella suponía sostener la posición clásica del derecho internacional en el entendimiento de negarle subjetividad internacional a los pueblos, sosteniendo que los Estados eran destinatarios de ciertas obligaciones en aras de proteger a determinados grupos humanos. La

¹²⁷ PASTOR RIDRUEJO José, A: doc. cit. p. 264.

posición del “derecho”, de acuerdo con estos juristas, era una opinión más progresista y claramente ubicada en el ámbito del derecho internacional contemporáneo. Finalmente se adoptó una solución “de compromiso” dice Pastor Ridruejo (podríamos llamarla “salomónica”), pero desde luego, más ajustada a la evolución del derecho internacional, de regular el principio de libre determinación de los pueblos, tanto como un derecho de los pueblos, como así también un deber de los Estados¹²⁸.

De las tres resoluciones analizadas se puede deducir que el principio de libre determinación de los pueblos encuentra un límite preciso y determinado en el respeto a la integridad territorial de cualquier Estado. En ese sentido, Castillo Argañaras fundamenta esta limitación en la declaración de quien fuera Secretario General de Naciones Unidas, U Thant quién el 4 de enero de 1970 —o sea, con anterioridad a la adopción de la resolución 2625 (XXV), pero que refleja el espíritu que pretendió receptar la Asamblea General en su texto— indicó en una Conferencia de Prensa lo siguiente:

“...when a state joins the United Nations, there is an implied acceptance by the entire membership of its territorial integrity and sovereignty. So, as far as the question of secession of a particular section of a Member State is concerned, the United Nations attitude is unequivocal. As an international organization, the United Nations has never accept and I do not believe it will ever accept the principle of secession of a part of its Member State”¹²⁹.

Lo expuesto por U Thant, se encuentra en entera concordancia con lo manifestado por Barboza, quien señala que el derecho internacional general no admite un derecho de libre determinación de minorías que pretendan separarse del Estado dentro del cual están enroladas, y que, por lo tanto, no existe un derecho a la secesión¹³⁰. En fundamento a ello afirma que la norma consuetudinaria se ha formado sobre la práctica de Naciones Unidas solamente en relación con la cuestión de los pueblos coloniales cuyo territorio ha sido definido por las resoluciones de la Asamblea General que analizamos, añadiendo que se pretendió evitar de todas las formas posibles que la “cuestión colonial” se traslade a un asunto interno del Estado

¹²⁸ PASTOR RIDRUEJO José, A: doc. cit. pp. 264-265.

¹²⁹ CASTILLO ARGANARAS, “La libre determinación de los pueblos: ¿obligación erga omnes o ius cogens?”, doc. cit. p. 81. Allí el autor cita a Emerson, Rupert: “self-determination”, en 65 AJIL, 1971, p. 464.

¹³⁰ *Ibid*, citando a Barboza.

administrador y, por ende, se excluya de la órbita de Naciones Unidas¹³¹. Ello podría suceder si el Estado administrador realiza una declaración de que el territorio no autónomo es parte integrante de su territorio. En aras a preservar la actuación directa de Naciones Unidas en estas situaciones, es que también se entiende que la ayuda que pueda prestarse por terceros Estados al pueblo colonial no configura una intervención en asuntos internos del Estado administrador y en esa sintonía es que el conflicto que mantiene un pueblo colonial con su potencia colonizadora es un conflicto armado internacional conforme el derecho internacional humanitario que surge del Protocolo Adicional I a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, adoptado en 1977¹³².

Como veremos a continuación, al analizar la Opinión Consultiva en su parte sustancial, el Reino Unido viene incumpliendo sistemáticamente estas resoluciones en los casos de las poblaciones sometidas a su poder colonial como es la situación de la población chagosiana expulsada de su tierra por la separación llevada adelante por el Reino Unido, tres años antes de la independencia de la República de Mauricio, tal como ya lo hemos expresado.

III.2. La perspectiva de la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva relativa a la separación del Archipiélago de Chagos

¹³¹ No obstante, hemos ya analizado en otros apartados de este trabajo, que la CIJ ha reconocido este derecho a la libre determinación de los pueblos, fuera del contexto colonial: *"...Con respecto al principio relativo al derecho de los pueblos a la libre determinación, la Corte observa que la existencia de un "pueblo palestino" ya no se cuestiona, y ha sido reconocida por Israel, junto con los "legítimos derechos" de dicho pueblo. La Corte considera que esos derechos incluyen el derecho a la libre determinación, como lo ha reconocido la Asamblea General, por otra parte, en varias oportunidades..."*. Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, ob. cit; paragr. 118. Asimismo ha dicho que: *"...The Court is conscious that the right to self-determination, as a fundamental human right, has a broad scope of application. However, to answer the question put to it by the General Assembly, the Court will confine itself, in this Advisory Opinion, to analysing the right to self-determination in the context of decolonization..."*. Cf. Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965, ob. cit. paragr. 144.

¹³² *Ibíd*, citando a Barboza, p. 82.

El 22 de junio de 2017 la Asamblea General resolvió¹³³ formular una solicitud de opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia en el marco de lo dispuesto por los artículos 96 de la Carta, 65 del Estatuto, así como el 102 del Reglamento, ambos de la propia CIJ. El objetivo perseguido era que esta se expida acerca de las consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965”. En ese marco, el órgano solicitante formuló dos preguntas:

a) “¿Se completó con arreglo a derecho el proceso de descolonización de Mauricio cuando Mauricio obtuvo la independencia en 1968, después de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio y teniendo en cuenta el derecho internacional, incluidas las obligaciones recogidas en las resoluciones de la Asamblea General 1514 (XV), de 14 de diciembre de 1960, 2066 (XX), de 16 de diciembre de 1965, 2232 (XXI), de 20 de diciembre de 1966, y 2357 (XXII), de 19 de diciembre de 1967?”;

¹³³ Resolución 71/292 de la Asamblea General. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/71/292> [última referencia: 14.02.2020]. Esta resolución ha sido adoptada por 94 votos a favor, 65 abstenciones y 15 votos en contra. cf. Kohen, Marcelo en su disertación en la Sesión del 24.07.2019 organizada conjuntamente por el Instituto de Derecho Internacional y el Comité sobre la Cuestión Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur, CARI, ob. cit. La Corte Internacional de Justicia emitió su opinión consultiva el 25 de febrero de 2019. En el marco del artículo 66 del Estatuto de la Corte, se formularon las siguientes presentaciones escritas: (por orden de recepción) por Belice, Alemania, Chipre, Liechtenstein, los Países Bajos, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Serbia, Francia, Israel, la Federación de Rusia, los Estados Unidos de América, Seychelles, Australia, la India, Chile, el Brasil, la República de Corea, Madagascar, China, Djibouti, Mauricio, Nicaragua, la Unión Africana, Guatemala, la Argentina, Lesotho, Cuba, Vietnam, Sudáfrica, las Islas Marshall y Namibia. Luego se añadió la República del Níger. *A posteriori*, y de acuerdo con la normativa antedicha en su numeral 4, se recibieron observaciones por escrito a dichas presentaciones escritas (por orden de recepción) por la Unión Africana, Serbia, Nicaragua, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Mauricio, Seychelles, Guatemala, Chipre, las Islas Marshall, los Estados Unidos de América y la Argentina. Cf. Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965, ob. cit. paragr. 9, 11 y 15. Marcelo Kohen indica que en el proceso consultivo en su etapa escrita solo algunos Estados apoyaron la posición del Reino Unido, pero en su mayoría, considerando que era una disputa bilateral entre dos Estados, pero no en los argumentos sustanciales, por ejemplo: Chile. En la etapa oral, esos apoyos han disminuido o se vieron atenuados y solo Estados Unidos —por mantener intereses propios en Chagos, en especial en Diego García—. Australia e Israel concordaron con la opinión de fondo del Reino Unido en dicha fase del proceso consultivo, Cf: Sesión del 24.07.2019 organizada conjuntamente por el Instituto de Derecho Internacional y el Comité sobre la Cuestión Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur; doc. cit.

b) “¿Cuáles son las consecuencias en virtud del derecho internacional, incluidas las obligaciones reflejadas en las resoluciones mencionadas, que se derivan de que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte siga administrando el archipiélago de Chagos, entre otras cosas respecto a que Mauricio no pueda aplicar un programa para reasentar en el archipiélago de Chagos a sus nacionales, en particular los originarios del archipiélago de Chagos?”¹³⁴.

Ya hemos indicado en el punto II.1) los aspectos relevantes de la opinión consultiva en lo referido a los hechos y motivos que generaron la solicitud y a la identificación del marco jurídico aplicable a dicha solicitud¹³⁵. En la presente instancia analizaremos los aspectos fundamentales de la Opinión Consultiva en cuanto a las normas de derecho internacional que fueron materia de análisis por la Corte, y su valor jurídico; así como el papel que al respecto cabe reconocerle a la Asamblea General, para luego analizar las conclusiones a las que arribó la Corte en relación con los dos interrogantes planteados.

¹³⁴ Ibid, p. 2. La Corte finaliza respondiendo: i) por unanimidad que tiene competencia para emitir la opinión consultiva solicitada; ii) por 12 votos contra 2, decide responder a la solicitud de opinión consultiva; iii) por 13 votos contra 1, entendió que, considerando el derecho internacional, el proceso de descolonización de Mauricio no se completó con arreglo a derecho cuando el Estado se ha independizado en 1968, a consecuencia de la separación del archipiélago de Chagos ocurrida tres años antes; iv) por 13 votos contra 1, opinó que el Reino Unido tiene la obligación de poner fin a su administración del archipiélago de Chagos con la mayor rapidez posible; y v) por 13 votos contra 1, consideró que todos los Estados Miembros tienen la obligación de cooperar con las Naciones Unidas a fin de completar el proceso de descolonización de Mauricio.

¹³⁵ Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales - Resolución 1514 (XV) y en particular su párrafo 6, Resolución 2066 (XX) de 16 de diciembre de 1965 relativa a la “Cuestión de la isla Mauricio”, en la que expresó profunda inquietud por la separación de ciertas islas del territorio de Mauricio a fin de establecer en ellas una base militar e invitó a la “Potencia administradora a no adoptar ninguna medida que pudiera desmembrar el Territorio de la Isla Mauricio y violar su integridad territorial”, Resolución 2232 (XXI) de 20 de diciembre de 1966, sobre varios territorios, entre ellos Mauricio. La resolución reiteró que: “todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de los territorios coloniales y a establecer bases e instalaciones militares en esos territorios es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y con la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General”. Por último, la Resolución 2357 (XXII) de 19 de diciembre de 1967 sobre varios territorios, entre ellos Mauricio, reafirmó lo que había declarado en la Resolución 2232 (XXI). Cf. CIJ, *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, doc. cit. parágrs. 34, 35 y 41.

A los efectos de dar respuesta al primer interrogante, la Corte se refirió al proceso de descolonización de la República de Mauricio estableciendo el periodo de tiempo preciso en que tuvo lugar para poder identificar el derecho internacional aplicable, así como sus normas. Dicho periodo lo estableció entre los años 1965 y 1968 dado que en ese contexto temporal operó la separación del archipiélago de Chagos del territorio de Mauricio y la posterior independencia de este último convirtiéndose en Estado soberano¹³⁶. Aclaró la Corte que, al tratarse de normas de derecho consuetudinario, le resulta necesario analizar no solo el derecho aplicable a esa fecha, sino su evolución dado que la práctica de los Estados y la *opinio iuris*, inherente a la libre determinación desde la evolución registrada desde la aprobación de la Carta y de la Resolución 1514 (XV), “...se consolidan y se confirman gradualmente a lo largo del tiempo...”¹³⁷.

De acuerdo con el periodo determinado, la Corte analiza las distintas posiciones reflejadas entre las opiniones de los Estados y organizaciones participantes del proceso consultivo en orden a determinar si a esa fecha (1965-1968), el derecho a la libre determinación tenía un carácter de norma de derecho consuetudinario, así como su contenido y forma. Ello dado que se receptaron opiniones que identificaron al indicado principio como una norma que en ese periodo estaba firmemente establecido en el derecho internacional consuetudinario, mientras que otras posiciones sostuvieron que el derecho a la libre determinación no constituía una norma de derecho consuetudinario general durante dicho periodo.

La Corte comenzó señalando que el respeto al “principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos” es uno de los propósitos de las Naciones Unidas (de conformidad con el artículo 1, párrafo 2, de la Carta) y que ese propósito se refiere, en particular, a la “Declaración relativa a los Territorios No Autónomos” (Capítulo XI de la Carta)¹³⁸, dado que dicho régimen “...se basaba en el desarrollo progresivo de sus instituciones a fin de llevar a las poblaciones afectadas a ejercer su derecho a la libre determinación...”¹³⁹. Luego de “...convertir el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos en uno de los propósitos de las Naciones Unidas, la Carta incluyó

¹³⁶ Ibid, parágrs. 140-1.

¹³⁷ Ibid, para. 142.

¹³⁸ Ibid, para. 146.

¹³⁹ Ibid, paragr. 147.

disposiciones que permitirían que los Territorios [del capítulo XI de la Carta] acabaran gobernándose por sí mismos [y que es en ese contexto en el que].... la Corte debe determinar cuándo se cristalizó el derecho a la libre determinación como norma consuetudinaria vinculante para todos los Estados...”¹⁴⁰. De acuerdo con las interacciones entre una norma del derecho consuetudinario internacional y una de fuente convencional, que estudiamos en la primera parte del trabajo, la Corte parecería otorgarle al principio de autodeterminación de los pueblos y, por ende, a las resoluciones que lo consagran como regla jurídica, un efecto “cristalizador” del derecho consuetudinario vigente a esa época. Sobre este aspecto regresaremos.

La opinión consultiva en análisis realiza consideraciones teóricas de la Costumbre como fuente del derecho internacional que nos resulta oportuno incorporar, al señalar lo siguiente:

“...La costumbre se constituye a través de una ‘práctica generalmente aceptada como derecho’ (Artículo 38 del Estatuto de la Corte). La Corte ha destacado que ambos elementos, a saber, la práctica general y la opinio iuris, que son elementos constitutivos de la costumbre internacional, están estrechamente relacionados: ‘Los actos en cuestión no solo deben constituir una práctica establecida, sino que, además, deben ser de tal naturaleza o ejecutarse de tal modo que demuestren la convicción de que dicha práctica es obligatoria en virtud de la existencia de una norma de derecho que la impone. La necesidad de esa convicción, es decir, la existencia de un elemento subjetivo está implícita en la idea misma de la opinio iuris sive necessitatis. Por consiguiente, los Estados interesados deben sentir que se están ajustando a lo que constituye una obligación jurídica. La frecuencia, o incluso el carácter habitual de los actos, no es suficiente por sí misma’ (Plataforma continental del mar del Norte, fallo, I.C.J. Reports 1969, pág. 44, párr. 77)...”¹⁴¹.

La Corte se vale de la opinión formulada en ocasiones previas para referirse al valor de las resoluciones de los órganos de los organismos internacionales y, en particular de la Asamblea General al indicar que:

“Las resoluciones de la Asamblea General, aunque no son vinculantes, pueden a veces tener valor normativo. En ciertas circunstancias pueden proporcionar pruebas importantes para determinar la existencia de una norma o la aparición de una opinio iuris. Para saber si una determinada

¹⁴⁰ Ibid, paragr. 148. Lo señalado entre corchetes y con cursiva es nuestro y la intención es la de colocar el énfasis en esos argumentos de la Corte.

¹⁴¹ Ibid, paragr. 149.

resolución de la Asamblea General cumple ese recaudo, hay que examinar su contenido y las condiciones en que se aprobó; también hay que ver si existe una opinio iuris en cuanto a su carácter normativo” (Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1996 (I), págs. 254 y 255, párr. 70)”¹⁴².

En relación con el valor jurídico de las resoluciones de la Asamblea General como fuente de derecho y en particular de las resoluciones de la AG en materia de descolonización, incorporamos nuevamente las palabras del profesor Dr. Marcelo Kohen en ocasión de la presentación oral de la República Argentina en el proceso consultivo en análisis¹⁴³ en donde Kohen comienza indicando que dichos actos normativos son algo más que meras recomendaciones pues contiene normas de derecho internacional existentes y reafirmando la necesidad de que se cumpla con el derecho internacional. Para explicar ello identifica dos clases de resoluciones que dicta la Asamblea General. Por un lado, se encuentran aquellas mediante las cuales se “...declaran o interpretan reglas preexistentes o permiten la cristalización de un proceso que conducen a la formación de nuevas normas de derecho internacional general...” en donde claramente refiere a las dos interacciones analizadas en la primera parte: declarativa y cristalizadora; ubicando a las resoluciones 1514 (XV) y 2625 (XXV) en esta línea dado que interpretan principios fundamentales ya incluidos en la Carta. El segundo grupo de resoluciones de la AG, son aquellas que dicho órgano dicta en relación con cada territorio no autónomo en particular, estableciendo la política de la organización que, en materia de descolonización, dicho órgano estableció para ese territorio. Allí se incluyen medidas tales como: la forma en que el territorio debe descolonizarse, así como su inclusión dentro del capítulo XI entre otros. En conclusión, afirma Kohen con autoridad y precisión, que las resoluciones de la Asamblea General en materia de descolonización:

“...Son resoluciones que determinan situaciones sobre las cuales la Asamblea tiene competencias específicas, y que son directamente operativas. Es en este sentido que la Corte se ha referido a las “facultades” de la Asamblea General en materia de descolonización¹⁴⁴. La situación es similar a la de las resoluciones de la Asamblea que admiten un nuevo miembro a la

¹⁴² *Ibíd*, paragr. 151.

¹⁴³ Dossier de Investigación: “El caso del Archipiélago de Chagos. Lecturas jurídicas, políticas y diplomáticas sobre la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia”, doc. cit, pp. 58-9

¹⁴⁴ Allí Kohen cita el asunto referido a: Consecuencias Jurídicas para los Estados de la Presencia Continuada de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental) no obstante la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, Opinión Consultiva, I.C.J.

Organización. No puede decirse que estas resoluciones sean 'recomendaciones'. Tienen como resultado, en un caso, la aplicabilidad de la categoría de territorio no autónomo con las consecuencias que ello acarrea, o, en el otro caso, la admisión de un Estado como nuevo miembro de la Organización..."¹⁴⁵.

A consecuencia de las reflexiones que venimos exponiendo, la Corte entiende que "...la aprobación de la Resolución 1514 (XV)...constituye un momento decisivo en [la consolidación de la práctica de los Estados] en materia de descolonización, [analizando dicha práctica antes y después de su dictado]...Antes de esa resolución, la Asamblea General había afirmado en varias ocasiones el derecho a la libre determinación.... la resolución.... aclara el contenido y el alcance del derecho a la libre determinación, [al respecto, consideró que].... el proceso de descolonización se aceleró en 1960... [lo que la condujo a indicar que en su opinión]...existe una clara relación entre la Resolución 1514 (XV) y el proceso de descolonización después de su aprobación..."¹⁴⁶.

Luego de elaborar este desarrollo, la Corte llega a la conclusión de que "...si bien la Resolución 1514 (XV) es formalmente una recomendación, tiene carácter *declarativo* en lo relativo al derecho a la libre determinación como norma consuetudinaria, habida cuenta de su contenido y de las condiciones de su aprobación...[haciendo referencia a la votación, lo cual ya hemos indicado en otro apartado del presente trabajo, e indicando en relación con las abstenciones que] ...Ninguno de los Estados que participaron en la votación cuestionó la existencia del derecho de los pueblos a la libre determinación. Algunos Estados justificaron su abstención sobre la base del tiempo necesario para dar plena efectividad a ese derecho". Añadió también el carácter eminentemente normativo de su redacción¹⁴⁷,

¹⁴⁵ Dossier de Investigación: "El caso del Archipiélago de Chagos. Lecturas jurídicas, políticas y diplomáticas sobre la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia", doc. cit, p. 59.

¹⁴⁶ Cf. CIJ, *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, doc. cit, para. 150. Lo señalado entre corchetes es nuestro y la intención es la de colocar el énfasis en esos argumentos de la Corte.

¹⁴⁷ Kohen coincide en este punto, señalando que: "...Miembros de la Corte: basta con leer el texto de la resolución para interpretarla claramente. En él, se condena al colonialismo como contrario a la Carta. Se menciona el derecho a la libre determinación. Se declara que el quebrantamiento de la integridad territorial es incompatible con los propósitos y principios de la Carta. Esta terminología no da lugar a diferentes interpretaciones. Se trata de terminología jurídica clara que evoca derechos y comportamientos que serían ilícitos, por ser

colocando el énfasis, por un lado, en los términos que utiliza —que denotan ese carácter que reviste su texto— y además —para aclarar ese carácter normativo— destacó el límite que encuentra el derecho a la libre determinación de los pueblos en la regla del párrafo sexto, y, por otro lado, destacó la consagración de este principio en los pactos internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobados ambos el 16 de diciembre de 1966 mediante la Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General¹⁴⁸.

El carácter normativo de la regla en análisis, también es identificada por la Corte en las resoluciones 1541 (XV) y 2625 (XXV) ya analizadas por nosotros anteriormente, en donde confirma esas reflexiones, destacando que la norma en trato ha ido evolucionando de modo parejo a su limitación, al señalar que “...*el carácter y el alcance del derecho a la libre determinación de los pueblos, incluido el respeto a ‘la unidad nacional y la integridad territorial de un Estado o país’* [con lo cual, cabe sostener que para la Corte van de la mano y son inescindibles uno con otro], *se reiteraron enla resolución 2625 (XXV)aprobada por consenso* [tal como lo señalamos, indicando que] *.....la Declaración confirmó su carácter normativo en virtud del derecho internacional consuetudinario....*”¹⁴⁹. La Corte destaca mucho ello, al rechazar ciertas opiniones de Estados y Organismos participantes que entendían que no correspondía la consideración de norma consuetudinaria a la regla de la integridad territorial. La Corte es clara al respecto al señalar que “...*el derecho a la libre determinación del pueblo de que se trate se define por referencia a la totalidad de un Territorio No Autónomo, como se indica en el mencionado párrafo 6 de la Resolución 1514 (XV) ...[y que] tanto la práctica de los Estados como la opinio iuris del período pertinente confirman el carácter consuetudinario del derecho a la integridad territorial de un Territorio No Autónomo como corolario del*

contrarios a ni más ni menos que la Carta de las Naciones Unidas...”. Dossier de Investigación: “El caso del Archipiélago de Chagos. Lecturas jurídicas, políticas y diplomáticas sobre la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia”, doc. cit, p. 59.

¹⁴⁸ Cf. CIJ, *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, doc. cit. parágrs. 152/4. Lo señalado entre corchetes y con cursiva es nuestro y la intención es la de colocar el énfasis en esos argumentos de la Corte que luego desarrollaremos.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, para. 155. Lo señalado entre corchetes y con cursiva es nuestro y la intención es la de colocar el énfasis en esos argumentos de la Corte que luego desarrollaremos.

derecho a la libre determinación...”¹⁵⁰. Ello para establecer claramente la ilegalidad de la separación del Archipiélago de Chagos para mantenerlo bajo su dominio colonial una vez independizado el resto del territorio no autónomo, en este caso, la actual República Soberana de Mauricio. A mayor precisión indica que “... *Los Estados han insistido sistemáticamente en que el respeto de la integridad territorial de un Territorio No Autónomo es un elemento fundamental del ejercicio del derecho a la libre determinación en virtud del derecho internacional...*[que] *debe ser respetada por la Potencia administradora...*”¹⁵¹. En igual sentido, Kohen señala que no caben dudas acerca de que la acción colonial que sea contraria a la regla que tutela la integridad territorial es contraria a la Carta de Naciones Unidas. Completa su fundamento el jurista al indicar que las resoluciones que venimos analizando –1514 (XV) y 2625 (XXV)—se refieren a los términos “Estado o país”, para confirmar su aplicabilidad también a territorios que no han alcanzado su gobierno propio¹⁵².

Analizando lo que venimos destacando hasta aquí en relación con la opinión consultiva¹⁵³ y, en primer lugar, relacionando la opinión de la Corte en el aspecto particular que antecede con lo analizado en la primera parte de nuestro trabajo, podemos deducir que la Resolución 1514 (XV) encuentra su fundamento de obligatoriedad cuando menos en la costumbre –más adelante analizaremos las consideraciones particulares de ciertos magistrados/as al respecto— aunque la doctrina citada y la propia Corte difieren acerca de la interacción entre la costumbre y la referida resolución pues, trayendo lo dicho anteriormente, recordemos que Remiro Brotons indica que cuando una resolución contiene reglas jurídicas nuevas –al momento de su adopción— puede llegar a dar nacimiento a una nueva norma consuetudinaria, indicando que “...*la generación de normas consuetudinarias a partir del texto de una resolución –o de una serie de ellas— ha sido reconocido por la CIJ* [citando casos tales como Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia a pesar de la resolución 276 (1970) del C. de S., Sahara Occidental, Timor Oriental y Consecuencias jurídicas de la

¹⁵⁰ Ibid, para. 160.

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² Dossier de Investigación: “El caso del Archipiélago de Chagos. Lecturas jurídicas, políticas y diplomáticas sobre la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia”, doc. cit, p.60.

¹⁵³ Incluyendo las partes del dictamen consultivo, que destacamos o colocamos el énfasis.

construcción de un muro en territorio palestino ocupado] *para determinar, por ej, sobre la base de los principios establecidos por la AG en la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales (Resolución 1514-XV y las resoluciones que fueron su consecuencia), las normas generales del DI rectoras del proceso de descolonización...*” identificando dicho autor, en la resolución en análisis, una interacción “generadora” de derecho consuetudinario, mientras que la Corte en la opinión consultiva en análisis, parecería identificar esa interacción en la función declarativa y así lo fundamenta en la práctica anterior a 1960, e iniciada ya desde los años 50 en el seno de la AG.

Regresando a la opinión consultiva en análisis y en relación con la Resolución 1514 (XXV) antes analizada, confirmó no solo los medios para hacer efectivo el derecho a la libre determinación del principio VI, sino también la consideración de “territorio separado geográficamente del Estado administrador y diferente en sus aspectos étnicos y culturales”, recordando también que “...si bien el ejercicio de la libre determinación puede lograrse a través de una de las opciones previstas en la resolución 1541 (XV), ese ejercicio debe ser la expresión libre y auténtica de la voluntad del pueblo de que se trate. Sin embargo, ‘el derecho a la libre determinación deja a la Asamblea General cierto grado de discreción con respecto a la forma y los procedimientos que hay que adoptar para ejecutar ese derecho’ (Caso relativo al Sahara Occidental, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1975, pág. 36, párr. 71)...[no obstante lo cual, destacó que] *El derecho a la libre determinación en virtud del derecho internacional consuetudinario no impone un mecanismo específico para su ejercicio efectivo en todos los casos...*”¹⁵⁴. Interpretando las palabras de la Corte, creemos que la referencia a ese “cierto grado de discrecionalidad de la AG” acerca de la forma y los medios que se adopten en cada proceso de descolonización, demuestran las potestades “decisorias” que el sistema jurídico conformado por las normas en materia de descolonización le confiere a la Asamblea General como autoridad en la materia.

En segundo lugar, luego de identificar a la libre determinación de los pueblos como la regla jurídica aplicable al periodo en análisis y

¹⁵⁴ Cf. Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, ob. cit, paragr. 156-8. Lo señalado entre corchetes, es nuestro y la intención es la de colocar el énfasis en esos argumentos de la Corte que luego desarrollaremos.

determinar el contenido de ese derecho y las obligaciones que emanan de las resoluciones que lo consagran¹⁵⁵, la Corte analiza las funciones de la Asamblea General durante el proceso de descolonización el cual comienza calificando de “decisivo” no solo en la adopción de la Resolución 1514 (XV) sino en la tarea de verificar el cumplimiento de las obligaciones, por parte de los Estados administradores. En el caso puntual del Archipiélago de Chagos, la Corte destacó la claridad con la que obró la Asamblea General al adoptar la Resolución 2066 (XX), donde advierte “...separar ciertas islas del Territorio de la Isla Mauricio a fin de establecer en ellas una base militar constituiría una violación de la Declaración [en alusión a la Resolución 1515 (XV)] y, en particular, del párrafo 6 de la misma”¹⁵⁶, lo cual ha reiterado en sus resoluciones 2232 (XXI) y 2357 (XXII)¹⁵⁷. En este aspecto, concluye destacando la labor de la Asamblea General dotándose del Comité de los 24, para el cumplimiento de sus misiones y funciones y señalando que las consideraciones efectuadas al Reino Unido en relación con su política colonial aplicada al archipiélago en cuestión —la cual consideró contraria al derecho internacional y a las normas aplicables a los procesos de descolonización en particular— no escapa a las que ha realizado en otras circunstancias. Con lo cual, destaca la autoridad de la Asamblea en el cumplimiento de las normas referidas al propósito 2do. de la Carta¹⁵⁸. En sintonía con ello, la República Argentina, en su presentación escrita en el proceso consultivo, en esta cuestión a cargo del Embajador Mario Oyarzabal¹⁵⁹ señaló la importancia —caracterizándolo como “clave”— del papel de la Asamblea General y del Comité de los 24, en un proceso de descolonización comenzando por situar en el campo de la descolonización algunos de los logros más relevantes de la organización al permitir el gobierno propio de muchos de los pueblos de diferentes regiones tales como África, Asia, El Caribe y Pacífico¹⁶⁰. Dichas tareas son relevantes pues se centran en verificar la legalidad del proceso de descolonización tanto del proceso en general como de cada caso en particular¹⁶¹, señalando por último que en el proceso consultivo en análisis, el aspecto relevante a determinar

¹⁵⁵ *Ibíd.*, paragr. 161 y anteriores que venimos analizando.

¹⁵⁶ *Ibíd.*, paragr. 165.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, paragr.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, paragr. 163/9.

¹⁵⁹ Dossier de Investigación: “El caso del Archipiélago de Chagos. Lecturas jurídicas, políticas y diplomáticas sobre la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia”, doc. cit, p.56. En igual sentido, Kohen, pp. 61-62.

¹⁶⁰ *Ibíd.*, pp. 53-54.

¹⁶¹ *Ibíd.*, p. 55.

en lo referido a las funciones de la Asamblea General en materia de descolonización era determinar si la Asamblea General tiene la potestad de decidir sobre la descolonización de un territorio específico¹⁶².

En lo que refiere a nuestro objeto de estudio, la Corte concluye en reafirmar el carácter de norma *erga omnes* del principio de autodeterminación de los pueblos señalando que:

“...el respeto del derecho a la libre determinación es una obligación erga omnes, todos los Estados tienen un interés jurídico en la protección de ese derecho (...Timor Oriental (Portugal c. Australia), fallo, I.C.J. Reports 1995, pág. 102, párr. 29; ...Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España) (segunda fase), fallo, I.C.J. Reports 1970, pág. 32, párr. 33)). [refiriéndose al papel que le cabe a la Asamblea General indicó que si bien es a ella a quién le corresponde] ...pronunciarse sobre las modalidades necesarias para garantizar la conclusión del proceso de descolonización de Mauricio, [es obligación de todos los Estados, en función de la naturaleza erga omnes de la señalada regla jurídica] ... cooperar con las Naciones Unidas para poner en práctica esas modalidades, [señalando que ello surge de] ... la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas...”¹⁶³.

Al respecto, Marcelo Kohen en una disertación en el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales¹⁶⁴ señaló que, si bien una opinión consultiva no es vinculante, como lo hemos analizado en la primera parte del presente trabajo, está indicando la necesidad de que el Estado —en este caso, el Reino Unido— cumpla con el derecho internacional vigente identificado en dicha opinión consultiva. En ese sentido, Kohen destaca el párrafo 158 de la opinión consultiva en relación con el principio de libre determinación que no se aplica a todos los pueblos, sino a aquellos que reúnan las condiciones establecidas por la Asamblea General en sus resoluciones. Con lo cual, ello refuerza el valor jurídico de las resoluciones¹⁶⁵.

¹⁶² Ibid, p. 56.

¹⁶³ Ibid, paragr. 180.

¹⁶⁴ Sesión del 24.07.2019 organizada conjuntamente por el Instituto de Derecho Internacional y el Comité sobre la Cuestión Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur del CARI, ob. cit.

¹⁶⁵ Ibid.

El 22 de mayo de 2019, unos meses después del dictado de opinión consultiva, la Asamblea General dicta la Resolución A/73/295 adoptada por 116 Estados a favor, 6 en contra (EE.UU., Reino Unido, Australia, Israel, Hungría y Maldivas) y 56 abstenciones, solicitando al Reino Unido a que retire su administración dado que el archipiélago de Chagos es parte integrante del territorio de la República de Mauricio. Desde luego, el Reino Unido a la fecha de escribir estas líneas no ha cumplido con sus obligaciones.

III.2.a) los principios de Libre determinación de los pueblos y de Integridad Territorial y las resoluciones de la Asamblea General en las opiniones individuales y separadas, así como las declaraciones de los/las Magistrados/as

“Me llamo Liseby Elysé. [...] Formo parte de la delegación de Mauricio. Me gustaría contar el sufrimiento que he padecido desde que me arrancaron de mi isla paradisíaca. Me complace que la Corte Internacional nos esté escuchando en el día de hoy y confío en que volveré a la isla donde nací. En Chagos, todo el mundo tenía un empleo, una familia y una cultura. [...] No nos faltaba de nada. Todo el mundo tenía una vida feliz en Chagos. Sin embargo, un día, el administrador nos dijo que teníamos que salir de nuestra isla, abandonar nuestras casas y marcharnos. Todos estábamos tristes. Estábamos furiosos porque nos ordenaban irnos, pero no teníamos otra opción. No nos dieron ningún motivo...”¹⁶⁶.

Para el análisis de los temas propuestos en la introducción de nuestro trabajo, resulta necesario incorporar algunas opiniones y declaraciones que forman parte del dictamen consultivo en análisis, como anexo a la misma¹⁶⁷. Nos referimos a las consideraciones efectuadas en las

¹⁶⁶ CIJ, *Consecuencias jurídicas de la Separación del Archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965...*, voto separado del Magistrado Cançado Trindade, para. 219, cf: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/169/169-20190225-ADV-01-04-EN.pdf>. [última referencia: 14.02.2020]

¹⁶⁷ No todas se refieren a nuestro tema de análisis, con lo cual, esas opiniones no las mencionaremos ni tampoco serán materia de análisis. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/169/advisory-opinions> [última referencia: 14.02.2020].

Declaraciones de los Magistrados Abraham y Salam; la Declaración Conjunta de los magistrados Cançado Trindade y Robinson; así como las opiniones separadas de los magistrados Cançado Trindade, Gaja, y Robinson, y de la magistrada Sebutinde. Desde luego que incorporaremos los aspectos más relevantes, a modo de “cautivar” el interés del lector no solo por la opinión consultiva, sino también por sus anexos, generando de ese modo, de su parte, la lectura de estas opiniones las cuales –en particular cada una y en general todas ellas– constituyen un claro aporte al derecho internacional general y, en especial, en institutos fundamentales de nuestra disciplina tales como el sistema de Descolonización, las fuentes del derecho internacional, las normas imperativas del derecho internacional y las obligaciones *erga omnes*.

Las Declaraciones de los Magistrados Abraham y Salam

La declaración del magistrado Abraham entiende necesario aclarar su posición en relación con las consideraciones formuladas por la Corte en lo referido a la cuestión del principio de “integridad territorial” en el contexto de un proceso de descolonización¹⁶⁸. En ese sentido aclara que comparte la consideración efectuada por la Corte en el párrafo 160 en relación con entender al principio indicado como el corolario del derecho a la libre determinación. Esta limitación, en los procesos de descolonización persigue como objetivo evitar la amputación de una parte del territorio colonial a consecuencia de la decisión unilateral de la Potencia administradora, ya sea en el momento en que se accede a la independencia o el tiempo inmediatamente anterior, debido a razones de conveniencia, de interés estratégico o militar o, más en general, por motivaciones derivadas en intereses políticos o económicos de la Potencia administradora. En ese sentido, no concuerda con la CIJ que –bajo su idea– parecería otorgarle un alcance amplio a la limitación impuesta por esta regla (el magistrado, incorpora el adjetivo de “absoluto”). En su declaración cita ejemplos donde diferentes subgrupos geográficos desvinculados aún del propio Mauricio, pero aplicable a cualquier proceso de descolonización, han podido expresar de modo libre y claro su voluntad de no seguir la suerte del otro subconjunto territorial. Por ello concluye Abraham que si las autoridades administradoras (el Reino Unido) hubiesen celebrado un proceso de consulta

¹⁶⁸ Paragrs. 153 a 160 de la opinión consultiva.

a la población chagosiana y como consecuencia de ello se hubiese manifestado una voluntad libre y fundada de la población del archipiélago de Chagos de no integrarse al nuevo Estado independiente de Mauricio, la situación planteada a la Corte en la opinión consultiva en análisis habría sido diferente en relación con la opinión finalmente elaborada por la Corte.

El magistrado Salam en su declaración establece que, si bien concuerda con la Corte en que las resoluciones de la Asamblea General, aunque no son vinculantes, pueden a veces tener valor normativo, entiende este magistrado que la Corte debería haber ido un poco más lejos, teniendo que haber hecho referencia a las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad¹⁶⁹, ya que el Consejo de Seguridad ha ido acompañando las resoluciones de la Asamblea General en diversas ocasiones que cita en su declaración¹⁷⁰.

En su declaración Conjunta, los magistrados Cançado Trindade y Robinson entienden necesario destacar la importancia que revisten las resoluciones de la Asamblea General —antes y después de 1960— coincidiendo en destacar, entre todas ellas, a la Resolución 1514 (XV). Los magistrados entendieron que la Corte ha reducido el valor de ellas al desarrollo del derecho a la libre determinación de los pueblos. Entienden que la importancia de las resoluciones de la Asamblea General para los temas referidos a la libre determinación de los pueblos y los procesos de descolonización revisten un valor que —a criterio de esos magistrados— no se ha visto reflejado en la opinión consultiva. Sugieren que debería haberse hecho mayor hincapié acerca del valor normativo que revisten dado que, a su juicio, demuestran el continuo desarrollo de la *opinión iuris communis* en el derecho internacional consuetudinario. Concluyen señalando que en la opinión consultiva, la Corte debería haber dedicado una mayor parte de su elaboración argumental para destacar la importancia de las resoluciones de la Asamblea General por un lado, en la consolidación del derecho de los pueblos a la libre determinación y, por otro lado, de acuerdo a la importancia del *ius cogens* para las cuestiones planteadas en el procedimiento consultivo en trato, indicando que debería haberse pronunciado sobre el carácter de *ius cogens* del derecho de los pueblos a la libre determinación.

¹⁶⁹ Para, 3 de la declaración del magistrado Salam.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, parágrs 4 y 5.

Las opiniones separadas de los magistrados Cançado Trindade, Gaja, Robinson, y de la magistrada Sebutinde.

El magistrado Cançado Trindade elaboró un voto separado constituido por diecinueve puntos donde analiza el régimen de descolonización de Naciones Unidas, y sus normas desde la perspectiva del derecho internacional general, con énfasis en la costumbre internacional y muy particularmente, las obligaciones *erga omnes* y las normas de *ius cogens* internacional. Por la extensión de la opinión, solo nos referiremos a los aspectos centrales de los temas que nos ocupan en el presente trabajo, recomendando a quienes lean estas líneas remitirse a la opinión en análisis para profundizar los conceptos. En tal sentido parte de la base de considerar a la libre determinación de los pueblos como un derecho humano anterior a la Declaración de Naciones Unidas sobre la Concesión de la Independencia de los países y pueblos coloniales de 1960. Para ello, se remonta a diversos actos resolutivos de la propia Asamblea, dictados durante la década de los años cincuenta considerándolo ya en ese momento como un derecho fundamental; es decir, antes de su consagración como tal en el artículo 1 común a los pactos internacionales de 1966 de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales¹⁷¹, que ya hemos mencionado previamente y, por ende, fundamentando la consagración indiscutida del derecho a la libre determinación de los pueblos (que viven en territorios no autónomos o en otras circunstancias) en el derecho internacional contemporáneo. Estas reflexiones del jurista son importantes al momento de aportar al debate doctrinario referenciado en otro apartado de este trabajo, con relación a si el derecho a la libre determinación estaba consagrado solo para casos de colonialismo o en otros supuestos. Esta opinión se encuentra acorde a lo sostenido por la CIJ en su anterior opinión consultiva sobre la

¹⁷¹ En los sucesivos párrafos de su voto, se remonta a tiempos más actuales donde diversas resoluciones de la Asamblea General ratifican el carácter de derecho consuetudinario del principio de libre determinación, entendido con la limitación del párrafo 6° de la Resolución 1514 (XV) de la AG, reafirmado por la Resolución 2625 (XXV) de la AG de la cual destaca su carácter de ser declarativa del derecho internacional consuetudinario, citando el pronunciamiento de la propia CIJ en el *asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua*, doc. cit. parágrs. 1 a 37 y en especial, 27 a 29 y 37. En los párrafos 38 a 68 y 77 a 86 realiza una fundada elaboración del derecho a la libre determinación de los pueblos como un derecho humano consagrado a nivel universal. Todo ello con un consecuente reflejo en la jurisprudencia de la Corte (parágrs. 69 a 76 Voto separado del Magistrado Cançado Trindade), para. 17, doc. cit.

construcción de un muro en territorio palestino ocupado¹⁷² señalando también la situación de los pueblos sometidos a una dominación extranjera¹⁷³ y ratificando el carácter normativo de la indicada declaración¹⁷⁴. Por otro lado, esta consideración acerca del papel que ha desempeñado la Asamblea General en un proceso de descolonización, a través de sus resoluciones, no solo lo destaca al inicio de su argumentación, sino ya a lo largo de la misma al reconocer que contienen una *opinio iuris communis* confirmada por diferentes delegaciones que han participado en el presente proceso consultivo¹⁷⁵.

En el párrafo 73 de su opinión, el Magistrado identifica al derecho a la libre determinación, en apoyo de jurisprudencia de la propia Corte, al citar los asuntos de Timor Oriental y el referido a la Construcción del muro como una obligación *erga omnes*, regla esencial en el derecho internacional contemporáneo.

Cançado Trindade señala que, durante la fase oral de las presentaciones, entendió necesario formular una pregunta a las delegaciones, acerca de las consecuencias jurídicas que —en opinión de cada una de ellas— se derivan de la formación del derecho internacional consuetudinario, con la significativa presencia de la *opinio iuris communis*, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en [las] resoluciones de la Asamblea General aplicables. Incorpora la opinión acercada por varias delegaciones, y en particular, la República Argentina entendió que “...la Argentina mantuvo la postura de que las obligaciones establecidas en las resoluciones de la Asamblea General 1514 (XV), de 1960, 2066 (XX), de 1965, 2232 (XXI), de 1966, y 2357 (XXII), de 1967, constituyen una expresión de la *opinio iuris communis* y son interpretaciones de las obligaciones derivadas del derecho internacional convencional y consuetudinario...”. Asimismo continuó destacando la opinión argentina al señalar que “...En cuanto a las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las resoluciones de la Asamblea General, observó que dichas consecuencias se derivaban de: a) el derecho internacional consuetudinario en materia de responsabilidad del Estado; b) la obligación de resolver las controversias internacionales por medios pacíficos; c) la

¹⁷² Ver punto III.1) *in fine*.

¹⁷³ Voto separado del Magistrado, doc. cit. para. 17.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, para. 20.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, parágrs. 232 a 242.

práctica de las Naciones Unidas en la esfera de la descolonización; y d) las obligaciones correspondientes a las propias Naciones Unidas...". Por último, en relación con la opinión sustentada por la delegación argentina en respuesta a su pregunta, incorporó el criterio según el cual:

*"...En su opinión, las facultades de las Naciones Unidas en la esfera de la descolonización abarcan las siguientes obligaciones: a) no adoptar medidas unilaterales que puedan afectar al proceso de descolonización; b) respetar las competencias de las Naciones Unidas en materia de descolonización; y c) velar por que su comportamiento se ajuste a las resoluciones aprobadas por la Asamblea General (y su Comisión Política Especial y de Descolonización) respecto de la manera de poner fin a la situación colonial, sin condiciones y sin demora. Por último, la Argentina declaró que las propias Naciones Unidas deben examinar qué medidas adicionales son necesarias para acabar con las situaciones ilegales resultantes del incumplimiento de los distintos deberes consagrados en la obligación general de poner fin, sin condiciones y sin demora, al colonialismo en todas sus formas y manifestaciones..."*¹⁷⁶.

Muy por el contrario, el Reino Unido entendió que las resoluciones de la Asamblea General no habían declarado ni generado una norma de derecho consuetudinario y al respecto, respondió al interrogante del Magistrado, señalando que:

*"...por lo general, las resoluciones de la Asamblea General "no son vinculantes en virtud del derecho internacional y solo tienen carácter de recomendación", y añadió que las actas de negociación y las explicaciones de voto para la aprobación de la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 1960, revelaban la existencia de "opiniones divididas" en relación con el contenido de la resolución. Las preocupaciones que el propio Reino Unido expresó durante esas negociaciones y la abstención de las Potencias coloniales en el momento de la aprobación de esa resolución demostraron que, si bien la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 1960, "supuso una importante 'etapa' en el desarrollo del derecho internacional en materia de libre determinación, [...] no reflejó la aceptación de los Estados de ninguna obligación consuetudinaria en ese momento..."*¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Ibid, parags. 95 a 98.

¹⁷⁷ Ibid, parags. 101 a 103. En la misma línea de pensamiento, la respuesta de la delegación estadounidense que sostuvo que no existía evidencia de *opinio iuris* al momento de la adopción de la Resolución 1514 (XV) por la AG y que correspondía decidir a la CIJ si reflejaban obligaciones jurídicas internacionales y que, a su criterio, no existía tal norma de la costumbre internacional en el periodo pertinente, cf. Ibid, para. 104.

Cançado Trindade analiza estas opiniones, indicando que entiende necesario realizarlo dado que la Corte en su opinión mayoritaria no ha considerado suficientemente dichas consideraciones. De ellas y de todas las actuaciones en el curso del proceso consultivo entendió que ha sido reiterado el criterio de dotar de sustento jurídico a las resoluciones de la Asamblea General y que ha sido generalizado también el reconocimiento obligatorio de la regla jurídica en análisis. De ello surge —afirma el magistrado— en relación con el derecho a la libre determinación de los pueblos que “...no hay razón ni justificación para que la CIJ, en su presente opinión consultiva, no haya manifestado de manera expresa que el derecho fundamental de los pueblos a la libre determinación pertenece al ámbito del *ius cogens*”¹⁷⁸. Señala que ello ha sido planteado por diversas delegaciones a lo largo del proceso¹⁷⁹ y que la Corte no lo ha tenido en consideración. Cançado Trindade —coincidiendo con adjudicarle esta naturaleza a la norma que reconoce el derecho de los pueblos y la obligación de los Estados de respetar la libre determinación de los pueblos— dedica un extenso y muy rico análisis a la cuestión¹⁸⁰ destacando la necesidad de analizar la noción de *ius cogens* desde una perspectiva de la persona humana y con un claro criterio universalista¹⁸¹, mostrando, a la vez, una actitud crítica de la propia jurisprudencia de la Corte, aduciendo un tratamiento “renuente”, por ocasiones y “demasiado lenta” por otras, para sentar verdaderos principios jurídicos que interpreten la aplicación de las normas de *ius cogens* ante violaciones graves a los derechos humanos y de los pueblos¹⁸².

Cançado Trindade concluye su razonamiento, dedicando un espacio en sus argumentaciones a los principios generales de derecho, como fuente formal del derecho internacional, reconocida como tal en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, al indicar —en relación con el deber de hallar justicia y reparación a las violaciones de derechos humanos contra los pueblos, como es el caso de la población chagosiana en el presente proceso consultivo— que “...son de suma importancia, y el pensamiento jurídico contemporáneo debe prestarles una mayor atención. Después de todo, sientan las bases del derecho internacional y conforman

¹⁷⁸ Ibid, para. 118.

¹⁷⁹ Ibid, parágrs. 129 a 150 y 171.

¹⁸⁰ Ibid, parágrs. 120 a 152 y 172 a 201.

¹⁸¹ Ibid, parágrs. 158 y ss.

¹⁸² Ibid, parágrs. 163 y 167 y, en el mismo sentido, los parágrs. 168 y 169 en relación con la presente opinión consultiva.

*las normas de este. Dichos principios generales del derecho siempre han estado presentes en la búsqueda de la realización de la justicia, donde los aspectos fundamentales de la humanidad desempeñan un papel de suma importancia...*¹⁸³.

En su opinión separada, el magistrado Gaja entiende necesario resaltar las atribuciones que tiene la Asamblea General en un proceso de descolonización, y en este puntualmente, al indicar que el órgano solicitante no ha incluido en su presentación a la Corte un asesoramiento acerca de cómo debe efectuarse la descolonización en relación con el archipiélago de Chagos a fin de completar el proceso de descolonización de Mauricio. Deduce el magistrado que posiblemente la Asamblea General haya querido asumir esta tarea por completo. Por ello entiende que en los párrafos 178 y 179, la Corte debería haber dejado que la Asamblea General se encargase de esta determinación en su totalidad, y no solo de las “modalidades necesarias para garantizar la conclusión del proceso de descolonización de Mauricio”.

El Magistrado Robinson en su opinión separada destaca también el papel relevante que ha desempeñado la Asamblea General, antes de 1960 y de la adopción de la referida Resolución 1514 (XV) así como el carácter de norma de *ius cogens* del derecho a la libre determinación de los pueblos¹⁸⁴. Todo ello en sintonía con su par, el Magistrado Cançado Trindade con quién también, como hemos analizado, ha compartido una declaración conjunta destacando el valor de las resoluciones de la AG en los procesos de descolonización y colocando en manifiesto algunos aspectos débiles y exigüos en la argumentación de la Corte. Las opiniones separadas de ambos magistrados coinciden en sus aspectos sustanciales, con lo cual, no nos referiremos a desarrollos análogos que sirven para sustentar similares ideas, sino marcando las diferencias que nos resultan útiles para nutrir de argumentos teóricos a cada uno de los temas de análisis. En esta oportunidad, el magistrado Robinson profundiza algunos aspectos no abordados por su par, particularmente en el análisis de los distintos párrafos

¹⁸³ *Ibíd.*, para. 289.

¹⁸⁴ Señalando que es llamativo que la Corte no se haya referido al mismo ya que varios Estados en sus presentaciones lo han hecho y, si bien no está obligada a responder y/o referirse a cada argumento presentado por los participantes, era de esperar que lo haga y, muy por el contrario, la Corte se refirió a la caracterización de la libre determinación como obligación *erga omnes*, tal como lo hizo en su opinión consultiva relativa a Timor Oriental, caracterizándola tal como lo hizo en el *obiter dicta* del caso Barcelona Traction en 1970, cf. opinión separada del magistrado Robinson, doc. cit. parágrs. 49 y 54-55.

de la Resolución 1514 (XV) coincidiendo con el análisis de Cançado Trindade en considerarla como declarativa de una norma del derecho consuetudinario que establece que el sometimiento de un pueblo a una dominación y yugo extranjero es contrario a los derechos humanos ya existentes al momento de adoptarse. En la presente oportunidad el Magistrado Robinson aprovecha su opinión separada para ahondar en ciertos aspectos en donde entiende que la argumentación de la Corte ha sido insuficiente¹⁸⁵. Trataremos de identificarlos, sin incurrir en reiteraciones con los argumentos de los demás colegas que han formulado opiniones.

En una evolución similar a la indicada por Cançado Trindade, el magistrado Robinson refleja que en el periodo que transcurre desde 1950 a 1957 la AG ha abordado y estudiado el tema de la descolonización aprobando ocho resoluciones que a lo largo de ese periodo va mostrando un crecimiento en las mayorías obtenidas para la adopción de cada una de ellas¹⁸⁶. Ello va demostrando que los diferentes posicionamientos reflejados al momento de adoptarse la Carta y a los cuales nos hemos referido en otro apartado de este trabajo, han ido atenuándose, lo cual permite sostener — como lo estamos observando a lo largo de algunas de estas opiniones o declaraciones individuales o conjuntas— que es un criterio generalizado entender en la actualidad al derecho a la libre determinación de los pueblos, como una regla de *ius cogens* en el derecho internacional actual. Ya en

¹⁸⁵ Nos referiremos solo a dos de ellos, por ser nuestro objeto de análisis (los indicamos en el párrafo), excluyendo otras consideraciones no directamente vinculadas a ellas.

¹⁸⁶ No obstante, se remonta aún más allá de 1945 y del sistema de descolonización de la Carta de Naciones Unidas al señalar que la Resolución 1514 manifiesta en modo solemne el derecho que ya había surgido derivado del sistema de mandatos de la Sociedad de Naciones, luego de la Primera Guerra Mundial —que ya comentamos en nuestro trabajo— incorporando Robinson lo dicho por la Corte en la opinión consultiva sobre la Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, al indicar que “...[p]uede ocurrir que una serie de resoluciones muestre la evolución gradual de la opinio iuris necesaria para el establecimiento de una nueva norma” deduciendo el magistrado que “...las ocho resoluciones de la Asamblea General aprobadas en un período de siete años muestran la evolución de la opinio iuris necesaria para el establecimiento del derecho a la libre determinación como norma del derecho internacional consuetudinario, y una práctica general suficiente que cumple el requisito para la formación de una norma del derecho internacional consuetudinario...”. Sobre la base de esas ocho resoluciones varios países han adquirido su independencia y luego, en 1960, la Resolución 1514 (XV) sentó las líneas del régimen jurídico de la descolonización. Cf. parágrs. 40 y 41, opinión separada del magistrado Robinson, doc. cit.

1957¹⁸⁷, mediante la Resolución 1188 (XII), de 11 de diciembre, —la cual el Magistrado Robinson destaca como, tal vez, la más importante— la Asamblea General reafirmó la necesidad de que los Estados respeten el derecho de libre determinación de los pueblos. Si hacemos un análisis cronológico, vemos que lo que a fines de los años cincuenta la AG destaca como una necesidad de que los Estados consideren, en 1970 ese mismo órgano, lo señala como un verdadero “deber” de los Estados, claramente nos referimos a la ya mencionada en varias oportunidades, Resolución 2625 (XXV) de la AG.

El Magistrado Patrick Robinson introduce en su opinión el efecto negativo de los más de cuatrocientos años de colonialismo europeo como factor de desigualdades, inequidades, limitaciones a las libertades fundamentales, y violaciones a los derechos humanos en África, América, Asia y el Caribe. Dichos razonamientos pueden deducirse desde la propia experiencia del jurista jamaquino dado que su país se ha independizado del Reino Unido en un periodo concomitante a los hechos ocurridos en la presente opinión consultiva y además su país es integrante en la actualidad del “Commonwealth” británico. Si bien, todo agente judicial debe basar sus decisiones en el derecho aplicable, las convicciones de los magistrados, basadas en sus experiencias y percepciones personales, nutren y colaboran en la formación de las opiniones, así como también ayudan a interpretar cada opinión a quienes, como en el presente caso, nos encontramos leyendo una decisión u opinión judicial. En efecto y *a posteriori*, el magistrado coloca como ejemplo su propio país, sometido al colonialismo británico al que califica —analizando el primer párrafo de la Resolución 1514 (XV)— como “...explotación pura y dura cometida a través de la esclavitud...”¹⁸⁸.

En los dos párrafos siguientes de su opinión, explica en pocas palabras, pero de modo elocuente y brillante, la idea que subyace a la Resolución 1514 (XV) de la AG y que hemos analizado de modo más extenso al explicar el régimen de descolonización de la Carta, precisando que —como afirma la resolución— la dominación, explotación y yugo de un pueblo a una autoridad extranjera es una denegación de los derechos humanos y, por ende, ello es indicio de que esos derechos humanos a los

¹⁸⁷ Cuando el magistrado Robinson entiende existente una norma del derecho internacional en materia de libre determinación de los pueblos, conforme su opinión separada, en el para. 17, doc. cit.

¹⁸⁸ *Ibíd.*, para. 23.

que resulta contrario ese sometimiento ya existían antes de la adopción del indicado acto resolutivo y antes de su consagración en los Pactos internacionales de derechos humanos de 1966 a los que ya nos referimos también¹⁸⁹. Robinson caracteriza a todos ellos de fuente consuetudinaria y algunos de ellos con carácter de *ius cogens*, ya en un periodo anterior al año 1960¹⁹⁰. Ello le permite realizar una primera conclusión y es que la violación del párrafo primero de la resolución en análisis implica que el colonialismo es un acto contrario al derecho consuetudinario. Por otro lado, identifica tres elementos clásicos del colonialismo: subyugación, dominación y explotación extranjera y que la herramienta para eliminarlo es la libre determinación del pueblo sometido a esas condiciones¹⁹¹.

De la opinión del magistrado en estos razonamientos y de acuerdo a los argumentos teóricos incorporados en nuestro trabajo al analizar el régimen de la Carta, podemos inferir que el colonialismo es una forma de sometimiento, yugo y/o explotación extranjera, entre otras formas de dominación de las que puede ser víctima un pueblo, más allá de que, como sostiene con acierto Barboza, la práctica de Naciones Unidas se ha desarrollado con mayor intensidad en materia de colonialismo definiendo claramente las condiciones en las que esa relación entre el pueblo y la autoridad que ejerce su poder es contraria a los propósitos y principios de la Carta y denegatoria de los derechos humanos. Ello a los efectos de establecer claramente los contornos con otras situaciones, lo cual hoy nos

¹⁸⁹ El agregado entre guiones nos pertenece.

¹⁹⁰ Y desde luego anterior también a la consagración formal de la noción de *ius cogens*, a través de la definición formulada por la CDI al momento de elaborar el proyecto de Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados celebrados entre Estados cuya elevación a la AG ha sido en el año 1966 y que hoy surge de dicho tratado en su artículo 53, no solo aplicable a los tratados internacionales, sino como noción y/o definición para el derecho internacional general. Ese es un dato importante que nos resulta relevante incluir para analizar las consideraciones del magistrado Robinson al caracterizar como *ius cogens*, ciertas violaciones de derechos humanos que tienen lugar por el sometimiento de un pueblo a una explotación o yugo extranjero bajo las condiciones que ha ido definiendo con autoridad y gran maestría la Asamblea General desde 1950 en adelante. Al respecto entiende Robinson que, en base a la práctica y *opinio iuris* de los Estados, la jurisprudencia de la Corte y la doctrina, la libre determinación de los pueblos era una norma perteneciente al *ius cogens* internacional en el periodo que en la presente opinión consultiva interesa, es decir, 1965 a 1968, cf. voto separado del magistrado Robinson, doc. cit, para. 50 y sus fundamentos en los párrafos siguientes de su argumentación separada, así como párrafos 57 y subsiguientes de su opinión separada y desde el para. 73 refiriendo a las opiniones de expertos cuya posición es afín a esta consideración.

¹⁹¹ *Ibid*, parágrs. 24, 25 y 26.

permite afirmar sin hesitación que el sistema de descolonización de Naciones Unidas en general y la Resolución 1514 (XV) en particular, no permiten ni reconocen un derecho de secesión¹⁹², pero que el colonialismo no es la única forma de sometimiento a yugo, dominación o explotación extranjera a la que puede estar sujeto un pueblo. En ese sentido, el magistrado cita la esclavitud al mencionar el caso de su propio país, así como de la población chagosiense. Al respecto, recordemos que cuando analizamos los hechos que sirvieron de contexto histórico, político y geográfico para el presente caso, hicimos referencia a la población chagosiense ancestral indicando que en sus orígenes, remontándonos al siglo XIX, se ha ido conformando con esclavos que fueron llevados para trabajar y que una vez abolida la esclavitud, optaron por permanecer en esas tierras con legítimos anhelos de desarrollar su vida en dicho territorio en condiciones elementales de humanidad y dignidad.

En relación con los párrafos sexto y séptimo de la Resolución 1514 (XV) el magistrado Robinson indica que estas disposiciones están dirigidas directamente a las Potencias coloniales caracterizando a la “integridad territorial” como un elemento de la libre determinación (por ende, de ahí se entiende la obligatoriedad de su respeto). En el párrafo sexto en particular, se establece la relación directa con los principios y propósitos de la Carta de Naciones Unidas que —como afirma Robinson— son un reflejo (declarativos) del derecho consuetudinario vigente, añadiendo el magistrado que, para algunas voces, con rango de normas de *ius cogens*. Concluye Robinson indicando que la resolución colocó a la integridad territorial de los pueblos dependientes “...al máximo nivel del derecho internacional”¹⁹³, por lo tanto, su quebrantamiento es una violación grave de dicho ordenamiento jurídico.

El magistrado Robinson responde y rechaza el argumento del Reino Unido en orden a establecer una posible distinción entre la referencia a la “integridad territorial” en el texto de la Resolución 1514 (XV) en su párrafo sexto y en su mención en la Resolución 2625 (XXV) pues, aduce el Reino Unido en su presentación que el derecho de libre determinación de los pueblos comenzó a integrar el derecho internacional consuetudinario recién en 1970 con la adopción de la Resolución 2625 (XXV) la cual sí refleja el derecho consuetudinario. En fundamento de tal argumentación sostuvo que

¹⁹² Ver punto III.1 al final. El magistrado Robinson refuerza este criterio en los apartados 44, 45 y 46.

¹⁹³ Opinión separada del magistrado Robinson, para. 33, doc. cit.

la Resolución 2625 (XXV) se aprobó por consenso luego de una negociación de 6 años (recordemos que, al analizarla, hicimos referencia a la constitución de un comité *ad hoc* encargado de elaborar su texto), y con lo cual ha merecido un trabajo más analítico que la Resolución 1514 (XV). No obstante, y haciendo un paréntesis en la argumentación del magistrado, recordemos que la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a Países y Pueblos Coloniales, también ha sido merecedora de un estudio mediante la conformación de una comisión *ad hoc*, de menos años de trabajo pero que —como dijimos de la mano del profesor Remiro Brotons— marca una forma de adopción que la diferencia de otras resoluciones adoptadas solamente tras un debate en el seno de la Asamblea General.

Robinson rechaza el argumento británico que sostiene que existen diferencias jurídicas entre el párrafo sexto de la Resolución 1514 (XV) y el párrafo séptimo de la Resolución 2625 (XXV) dado que según la argumentación británica, esta última refiere a la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes con lo cual, el derecho consuetudinario tutelaba la integridad territorial de Estados soberanos y no de un territorio autónomo antes de su independencia¹⁹⁴. El magistrado con total acierto rechaza este criterio indicando que la Resolución 1514 (XV) se refiere exclusivamente a situaciones relacionadas con los pueblos coloniales mientras que la Resolución 2625 (XXV) regula las relaciones de amistad y cooperación de Estados soberanos, no obstante, en su preámbulo en su decimocuarto párrafo, reproduce el párrafo sexto de la Resolución 1514 (XV)¹⁹⁵. En expresiones como la que acabamos de incorporar, se puede observar también el doble discurso que sostiene el Reino Unido para negar el derecho a la libre determinación a unos pueblos mientras que se lo reconoce a los habitantes de otros territorios como las

¹⁹⁴ Este dato, Kohen lo resalta como importante pues aquí el Reino Unido está reconociendo que el respeto a la integridad territorial es un principio fundamental del derecho internacional que se aplica a las relaciones interestatales, en el objetivo de que no se aplique el principio de integridad territorial a los territorios no autónomos en este caso al territorio de Chagos, destacando la clara contradicción del propio argumento británico su argumentación en relación con la situación de Malvinas como territorio no autónomo en la actualidad y la existencia de una disputa de soberanía pendiente. Cf. Sesión del 24.07.2019 organizada conjuntamente por el Instituto de Derecho Internacional y el Comité sobre la Cuestión Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur del CARI, doc. cit.

¹⁹⁵ En igual sentido el magistrado Iwasawa en su declaración, al señalar en su párrafo 6 que el derecho a la libre determinación y su limitación en la integridad territorial le corresponde también en su aplicación a un territorio no autónomo.

Islas Malvinas en donde claramente no puede sostener el mismo argumento para tal diferente posición en uno y otro caso.

Por su parte, la magistrada Sebutinde sostiene que la Corte ha desaprovechado la oportunidad de identificar y reconocer al derecho a la libre determinación de los pueblos en el contexto de la descolonización como una regla del derecho internacional general que ha adquirido carácter imperativo —*ius cogens*— y por lo tanto, que no admite acuerdo en contrario. Ello conlleva también el carácter de norma oponible *erga omnes* que reviste esta regla jurídica y, por ende, al perder esta ocasión, también ha impedido que, al responder a la pregunta b), la Corte valore adecuada y plenamente las consecuencias de su violación.

La jurista cita a la Comisión de Derecho Internacional en su anuario del año 1966 donde ya se refería a la norma que establece la libre determinación de los pueblos como una “[norma] de *ius cogens*. Ese mismo año se aprobaron los dos pactos sobre derechos humanos que hemos mencionado anteriormente (derechos económicos, sociales y culturales y derechos civiles y políticos), los cuales en el ya referido artículo 1, común a ambos, reconocen el derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual pueden establecer libremente su condición política y proveer, en consecuencia, a su desarrollo económico, social y cultural, lo que concuerda con el texto de la Resolución 1514 (XV), de conformidad con la referencia que, de la Carta, realiza el párrafo 3 del referido artículo 1 común a ambos pactos.

Incorporando la definición de “norma imperativa del derecho internacional general” emanada del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, así como los efectos para la terminación de obligaciones internacionales devenidos del surgimiento de una nueva norma de esa índole —artículo 64 de la misma convención— y, en ese sentido, las consecuencias de incumplimientos graves del derecho internacional, en el marco del artículo 41 anexo a la Resolución 56/83, indica que la Corte ha reconocido expresamente la supremacía de las normas imperativas en el ordenamiento jurídico internacional y enfatiza acerca del carácter imperativo que reviste el principio de libre determinación de los pueblos. Señala al respecto que, en su opinión, la Corte debería haber reconocido de modo expreso que, en el contexto de la descolonización, la norma que exige el respeto a la integridad territorial constituye una norma imperativa del

derecho internacional general. Afirmar la jurista que ello es la esencia misma del derecho a la libre determinación, pues todo acuerdo en contrario a esta norma durante un proceso de descolonización brindaría a la Potencia administradora la posibilidad de mantener el dominio colonial, transformando el derecho a la libre determinación en una utopía. Por lo expuesto entiende que dicha violación por parte del Reino Unido es grave e implica una anexión de facto del archipiélago de Chagos y estas consideraciones modifican la visión de la magistrada acerca de la respuesta proporcionada por la CIJ a la segunda pregunta. Concluye afirmando en este punto que dado el carácter *erga omnes*, que posee la obligación de respetar el derecho a la libre determinación, que incluye la obligación de respetar la integridad territorial del territorio no autónomo como una sola unidad, todos los Estados tienen que cooperar para poner fin a la administración ilegal del Reino Unido sobre el archipiélago de Chagos y, todos los Estados tienen la obligación de no reconocer como lícita la situación derivada del hecho de que el Reino Unido siga administrando el archipiélago de Chagos y de no prestar ayuda ni asistencia para mantener la situación ilegal.

III.2.b) Consideraciones generales de la OC. en relación con el marco jurídico aplicable, a modo de síntesis

La opinión consultiva y algunas argumentaciones particulares de diversos magistrados/as vienen a reconocer toda una evolución en relación con el trabajo de la Asamblea General en materia de descolonización y en el desarrollo del principio de libre determinación de los pueblos como una de sus herramientas —quizá la más relevante— todo ello bajo las condiciones jurídicas que la propia Asamblea General ha ido estableciendo, en coordinación con la Corte Internacional de Justicia y con determinadas resoluciones del Consejo de Seguridad que —al interpretar y/o aplicar las normas de descolonización— han ido revistiéndole fuerza jurídica vinculante a la labor de la AG, también a través de sus resoluciones.

En lo que refiere a los efectos jurídicos de la opinión consultiva para el derecho internacional, específicamente en cuanto al valor de las resoluciones de la Asamblea General en el marco de un proceso de descolonización y como fuente de derecho podemos afirmar que las mismas son más que meras recomendaciones porque emanan de la Asamblea

Genera que es la Autoridad reconocida en materia de descolonización y porque al dirigir las a los Estados en general (o a alguno en particular, en un proceso determinado) le está señalando la obligación de cumplir con el derecho internacional vigente.

En relación con las otras cuestiones jurídicas analizadas en este artículo, acerca del principio de libre determinación de los pueblos y el principio de la integridad territorial, vimos que en el caso de la República de Mauricio y la opinión consultiva de Chagos, estaba en análisis una posible “tensión” entre estos principios en el marco de un proceso de descolonización donde existe una disputa de soberanía entre ambos Estados (*por estas similitudes y otras, es que en más de una ocasión hicimos referencia a la controversia que mantiene nuestro país con el Reino Unido por la soberanía sobre las Islas Malvinas*), y como resultado de esa “tensión” podía devenir necesario plantearse el siguiente interrogante, ¿cuál prevalece en caso de controversia de soberanía?

Luego de haber releído las resoluciones de la Asamblea General que consagran el régimen de descolonización y de haberlas complementado con el análisis profundizado que de cada una de ellas emana de las distintas argumentaciones de la opinión consultiva incluyendo sus opiniones separadas, la respuesta al interrogante planteado en el párrafo anterior es simple y hasta casi manifiesta: ninguno prevalece sobre el otro porque la libre determinación de los pueblos no se aplica en condiciones que impliquen la violación del principio de integridad territorial. Ello, si consideramos que la Corte entendió que tiene carácter *erga omnes* el principio de libre determinación de los pueblos, con las limitaciones dadas por el derecho internacional general, es decir, la regla de la integridad territorial, —no solo aplicable a los Estados, sino también a los territorios no autónomos— y que algunas opiniones particulares de diferentes magistrados han colocado a dicha regla en la naturaleza de norma de *ius cogens*, la respuesta dada se impone.

Por otro lado, como toda opinión consultiva, la relacionada con el proceso de descolonización de la República de Mauricio y las consecuencias jurídicas de la previa separación del archipiélago de Chagos, tiene su proyección política porque opera como un freno a las ansias colonialistas que aunque resulte increíble, están presentes en pleno siglo veintiuno y constituyen una forma de política en términos estratégicos, y económicos

para algunos pocos, pero poderosos Estados. Ello, tan solo ver el listado de los actuales diecisiete territorios no autónomos y bajo la administración de qué Estados se encuentran, podemos ponerle nombre al “mapa global” actual en materia colonial. Esta opinión consultiva representó un freno jurídico a esa forma de hacer política, que atenta contra los derechos humanos y los principios y propósitos de la Carta de Naciones Unidas. Desde luego que a la República de Mauricio le permitió visibilizar su controversia con uno de los cinco Estados miembros del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, casi diríamos con dos de ellos, considerando los particulares intereses que tiene Estados Unidos de América en esta controversia de soberanía y también en el proceso de descolonización. Mauricio luego de esta opinión consultiva, no solo se puede decir que tiene argumentos jurídicos sólidos desde el derecho internacional —reforzado también por el laudo dictado por la CPA que analizamos en el presente trabajo— sino que también desde el aspecto político tiene la fuerza de haber sido no solo escuchado por la Corte Internacional de Justicia y por la Asamblea General —tanto al solicitar la opinión consultiva como, *a posteriori*, al ordenarle al Reino Unido poner fin a su administración reintegrando el Archipiélago de Chagos a Mauricio— sino también que ambos órganos principales de la ONU hayan acogido favorablemente sus argumentos. Creemos que esta opinión consultiva es una lección para casos en donde el poder colonial sigue ganando por el solo hecho del paso del tiempo.

IV. Conclusiones. Reflexiones finales a modo de colofón

En el presente trabajo hemos intentado destacar los aspectos centrales de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia acerca de las *consecuencias jurídicas de la separación del Archipiélago de Chagos de Mauricio*.

Recortamos nuestro ámbito de análisis, por un lado, para indagar acerca del valor de los actos normativos de los organismos internacionales como fuente y, en particular, las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, así como el papel que desempeña en un proceso de descolonización. Por otro lado, se pretendió reflexionar acerca de los principios de libre determinación de los pueblos y el de integridad territorial en sus interacciones. Ello a fin de responder al interrogante acerca de si esa

relación puede tener lugar a través de una presunta jerarquía de uno de ellos sobre el otro al momento de aplicarlos a una controversia de soberanía.

Al respecto, vale destacar también que esta opinión consultiva ha dejado importantes “lecciones” para aquellos Estados que mantengan en la actualidad administraciones sobre territorios no autónomos, contrariando normas internacionales y desde luego que, planteado de ese modo, cabe incluir aquí la “cuestión Malvinas” y la controversia de soberanía que, en ese marco, mantiene nuestro país con el Reino Unido. Si bien no ha sido nuestro tema de fondo, creemos que los aspectos jurídicos aquí analizados contribuyen a consolidar y reafirmar la sólida argumentación jurídica que ha venido sustentando nuestro país a lo largo de todos los años en ámbitos diplomáticos multilaterales. Por ello, hemos hecho algunas menciones precisas y muy determinadas a lo largo del trabajo.

La indicada opinión consultiva nos coloca ante el escenario del Archipiélago de Chagos y su separación de la República de Mauricio años antes de que esta alcanzara su independencia. Separación corresponde afirmar, sustentada en una decisión unilateral de su administración colonial, el Reino Unido y que refleja un autoritarismo cruel hacia la población chagosiana que en la actualidad continúa clamando por regresar a su tierra. En el análisis de dicho dictamen consultivo, tomamos como referencia, no solo la opinión mayoritaria de la Corte, sino también algunas declaraciones individuales o particulares que nos resultaron de interés para nuestros temas.

Con relación a las opiniones consultivas en general, sabemos que las mismas no son jurídicamente vinculantes en lo formal, sean de la entidad jurisdiccional de que se trate de la cual emanen. No obstante, traemos las palabras de Carlos Espósito quien nos recordaba que, por su alta acatadura moral, por gozar de todas las garantías del debido proceso —como los casos contenciosos— pueden ser asimilables, según este jurista, a las sentencias declarativas. Ello se complementa con la descripción que, de su función consultiva, hizo la propia Corte al describirla como una “...función judicial de evaluación de la legalidad conforme el derecho internacional...”. Aquí podemos extraer una primera conclusión: la opinión consultiva analiza el comportamiento de los sujetos del derecho internacional y que el mismo sea conforme a las normas vigentes en ese ordenamiento jurídico. Por ello poco

importa si formalmente son obligatorias o no, porque las normas cuyo incumplimiento se coloca de manifiesto en el dictamen, sí lo son. Por ello podemos afirmar en esta instancia, que el Reino Unido está violando el derecho internacional al no poner fin a la separación del Archipiélago de Chagos, impidiendo su integración plena con la República de Mauricio. Tal como lo dijo la Corte en la opinión consultiva y como lo reafirmó la Asamblea General posteriormente, el 22 de mayo de 2019, al dictar la resolución A/73/295. Ello implica una violación no solo de los principios y propósitos de la Carta de Naciones Unidas, sino también del principio de libre determinación de los pueblos, que —como lo analizamos ampliamente en diversos apartados— es un derecho humano reflejado en el artículo 1 común a los pactos de 1966 y toda la evolución anterior y posterior a dicha norma, también considerado claramente una obligación *erga omnes* en diversos pronunciamientos consultivos de la Corte y con grado de norma imperativa del derecho internacional (*ius cogens*) tal como analizamos la evolución, en dicho sentido, que realizan magistrados como Cançado Trindade, entre otros.

Con lo expuesto en el párrafo anterior, acabamos de fundamentar con argumentos de Autoridad la obligatoriedad en los hechos y el indubitable y solemne prestigio moral en lo formal que revisten las opiniones consultivas de las instancias jurisdiccionales internacionales. Solo restaría plantear en esta instancia, el interrogante acerca de cómo puede el Reino Unido continuar sosteniendo que las opiniones consultivas son meros dictámenes no vinculantes y que las resoluciones de la Asamblea General que se fundan en ella, meras recomendaciones con igual efecto. Ello solo se justifica desde un ejercicio arbitrario e ilegítimo de potestades administrativas coloniales que ya no debería detentar. El razonamiento expuesto en el párrafo anterior y, en sintonía con lo que venimos planteando aquí, nos brinda una pauta seria para otorgar el mismo carácter, a los actos emanados de los órganos o instituciones de entidades internacionales, en particular de la Asamblea General de Naciones Unidas, máxime cuando este órgano actúa en la función —asignada con carácter primordial a ella, en la Carta— de velar y controlar los procesos de descolonización siendo su autoridad fundamental. No obstante, ahora intentaremos similar ejercicio intelectual a los efectos de determinar si podemos arribar a una conclusión análoga a la anterior, también con relación a dichos actos resolutivos.

En la primera parte del trabajo, hemos sentado las bases que nos permiten afirmar la calidad de sujetos del derecho internacional que poseen las organizaciones internacionales y su *ius ad tractum* para celebrar tratados internacionales, a modo de ejemplo, citando a tales efectos el preámbulo de la Convención de Viena de 1986. Pero ese no es el caso que nos ocupa puntualmente. En relación con el derecho derivado de sus órganos e instituciones —que sí es la temática que nos interesa analizar— llegamos a la conclusión de que puede constituir un mecanismo autónomo de formación de normas internacionales a través de actos denominados de diverso modo: resoluciones, reglamentos, directivas; por solo mencionar algunos de ellos. Si bien no en todos los casos y tal vez allí reside la dificultad de esta fuente de derecho: la diversidad con la que puede presentarse y su mayor o menor vinculación con una norma creada por otra fuente, por ejemplo, un tratado; pero sí hemos determinado su función creadora de derecho cuando revisten ciertas características: su carácter jurídico vinculante reconocido expresamente, su interacción con normas creadas por otras fuentes y otras características en el proceso de formación: mayorías, abstenciones y/o votos en contrario en el proceso de su adopción. De acuerdo con lo que surja de la valoración efectuada de estos elementos y/o circunstancias, podemos estar ante un verdadero proceso autónomo de creación de normas, más allá de que reconocemos que la doctrina no es pacífica al respecto.

En el caso particular de los órganos de Naciones Unidas, analizamos junto a Barreiro, por un lado, el debate que se genera a partir del artículo 25 de la Carta en relación con las resoluciones del Consejo de Seguridad. Al respecto y más allá de las diferentes posiciones contratadas por el autor, coincidimos en que determinados actos resolutivos del Consejo crean un marco normativo aplicable más allá de la situación particular que genera su adopción. Además de ello y desde una perspectiva meramente personal, creemos que la Carta es demasiado clara, inclinando la balanza a favor de una obligatoriedad plena de toda resolución emanada del Consejo de Seguridad.

Con relación a la Asamblea General, vimos que Ferrer Lloret y Ruda, al momento de redactarse la Carta, algunos Estados han mostrado cierta reticencia a reconocerle atribuciones legislativas a los órganos de la organización. En ese aspecto es cuando Podestá Costa y Ruda indican con relación a la Resolución 1514 (XV) que, si bien las resoluciones de la

Asamblea General no son en sí mismas fuente de derecho internacional, su importancia radica en que el voto favorable de un Estado implica la aceptación de su contenido como regla jurídica del derecho internacional y allí reside la importancia de analizar las condiciones de su aprobación. Estos elementos también los han mencionado Remiro Brotons, así como la propia Corte tanto en la opinión de la mayoría, como en ciertas declaraciones individuales.

El tema en análisis nos conduce a tomar partida en el debate “teórico” pero muy actual, con relación al universo de fuentes del derecho internacional, y el carácter taxativo o enunciativo del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En este punto coincidimos con Díez de Velasco cuando señala que el texto del artículo 38 no menciona a los actos normativos de los órganos o instituciones de las organizaciones internacionales —y, por ende, genera opiniones encontradas en la doctrina acerca de su calidad de fuente autónoma del derecho internacional— por la simple cuestión de que al momento de redactarse el indicado artículo —en el año 2020 se cumplieron cien años de la redacción del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional— la dinámica de las organizaciones internacionales era otra. De hecho, no existía el universo de entidades que hoy confluyen en la escena internacional.

Agregamos a las palabras del destacado jurista español que, si nos remontamos más cerca en el tiempo, recién con la conformación de las Naciones Unidas es que comienza un proceso de expansión y ampliación material del derecho internacional que ha ido dando lugar a distintas instituciones, pero al momento de la redacción de la Carta y del Estatuto de la actual Corte, el panorama de situación en relación con la existencia de organizaciones internacionales intergubernamentales y su interacción en la comunidad internacional, era casi la misma que en los años veinte de ese mismo siglo. Por el escenario expuesto es que nos ha resultado de sumo interés destacar en nuestro trabajo la evolución que ha tenido, en cuanto a sus modos de formación, su diversa organización institucional, su reconocimiento progresivo como sujetos del derecho internacional con capacidad funcional, así como el reconocimiento —aún debatido en nuestros días— que hoy presenta el alcance de los actos que emanan de sus órganos e instituciones.

Como venimos señalando en estas conclusiones, las resoluciones de la Asamblea General pueden presentar cierta interacción con otras normas creadas por fuentes ya reconocidas y presentes en el artículo 38 del Estatuto de la Corte, como es la costumbre internacional, y de allí adoptar cierta obligatoriedad jurídica. Tales interacciones pueden tener lugar si la resolución *declara* la existencia de una norma de derecho consuetudinario, es decir, la codifica. La resolución puede ayudar a *cristalizar* la *opinio iuris* de una norma de la costumbre en formación o puede presentar una función *generadora* de una nueva norma de la costumbre. En el caso de la Resolución 1514 (XV) en particular, y de las diferentes resoluciones posteriores en materia de descolonización, vimos que Remiro Brotons las ubica con un efecto “generador” de normas de la costumbre, mientras que la Corte en su decisión mayoritaria, así como en las declaraciones particulares analizadas, ha coincidido en que dicha resolución tiene un efecto *declarativo* de normas de la costumbre ya existentes, remontándose la opinión consultiva en distintos apartados a la labor de la Asamblea General en la década de los años cincuenta. En algunas declaraciones individuales, como la de los magistrados Cançado Trindade y Robinson no solo le otorgan fuerza jurídica vinculante por declarar derecho consuetudinario a 1960, sino reconocen y comparten el criterio sustentado por la Corte en este y otras opiniones consultivas previas, de que su contenido encierra obligaciones para toda la comunidad internacional (*erga omnes*) sino que para esos jueces, la Corte debería haber destacado y profundizado el carácter de *ius cogens* del contenido de dicha resolución.

En el punto analizado en el párrafo anterior, Marcelo Kohen atribuye obligatoriedad a las resoluciones de la Asamblea General en materia de descolonización identificando distintas clases de resoluciones que puede adoptar la Asamblea General. En ese sentido, el consagrado jurista señala que la Asamblea General puede dictar resoluciones que declaran o interpretan reglas preexistentes o permiten su cristalización ubicando las resoluciones 1514 (XV) y 2625 (XXV) en esa línea dado que interpretan principios fundamentales ya incluidos en la Carta. El segundo grupo de resoluciones está dado por aquellas que dicta la Asamblea General con cada territorio no autónomo en particular en donde establece cuestiones tales como la forma en que ha de descolonizarse ese territorio. En relación con ellas, no puede afirmarse que son meras recomendaciones, sino que contienen verdaderas obligaciones porque aplican normas referidas a la categoría de territorios no autónomos. En este punto podemos citar como

ejemplo de estas últimas, las resoluciones 2065 (XX) y 2066 (XX) aplicables a los procesos de Malvinas y Chagos, respectivamente.

Sin lugar a duda, las resoluciones de la Asamblea General (y del Consejo de Seguridad, recordando las palabras del magistrado Salam al indicar que dicho órgano ha ido acompañando distintas resoluciones de la AG) han dado luz a un régimen jurídico que obliga a todas las potencias coloniales a no impedir su ejercicio y a todos los Estados de la comunidad internacional a no colaborar con ellas en la adopción de medidas restrictivas tendientes a la no aplicación de dichas normas. Ello salvaguardando los intereses de las poblaciones involucradas pero preservando el principio de integridad territorial como límite a todo posible ejercicio del derecho de libre determinación y, dicho de este modo, cabe concluir en que no existe una posible prevalencia de uno sobre otro ante una controversia de soberanía pues uno de ellos —el principio de integridad territorial— es presupuesto jurídico para el ejercicio del otro —el principio de la libre determinación de los pueblos— y en ello todo el derecho internacional general y convencional que venimos analizando —de naturaleza *erga omnes* y hasta imperativo— es uniforme.

La Asamblea General ha elaborado un sistema jurídico en materia de descolonización que tiene su arquitectura en las resoluciones 1514 (XV), 1541 (XV) y 2625 (XXV) pero que —todas ellas— se nutren de otras resoluciones, dictadas antes y después de cada una de ellas. Vale destacar también que aquellas que se aplican con carácter general al tema de la descolonización (ya sea de modo particular y/o en otros contextos), como son el caso de las resoluciones 1514 (XV) y 2625 (XXV), han sido adoptadas mediante comités especiales que se reunieron para analizar y debatir sus textos con una base científica y técnica más sólida que la mera adopción por los Estados en el seno de la Asamblea General.

La Corte, en su opinión, indicó que la adopción de la Resolución 1514 (XV) configuró un antes y un después en el proceso descolonizador por cuanto consideró la práctica anterior y como así también la resolución “aceleró” el proceso descolonizador a partir de 1960, aclarando el contenido y el alcance del derecho a la libre determinación. Al respecto hay que destacar que del análisis de esta resolución y de la 2625 (XXV) la Corte llega a la conclusión también que el derecho a la integridad territorial no solo opera en relación con los Estados, sino que es aplicable a la integridad

territorial de un territorio no autónomo indicando que ello es una regla fundamental en el ejercicio del derecho a la libre determinación y que, por ende, es una norma que la potencia administradora debe respetar. Incorporamos al respecto, en nuestro trabajo, la opinión de Kohen que por ello la Resolución 1514 (XV) y la Resolución 2625 (XXV) refieren a la frase “...Estado o país...”, confirmando la regla de la integridad territorial también aplicable a territorios no autónomos, como en este caso, el Archipiélago de Chagos antes de la independencia del resto del territorio no autónomo, devenido en la actual República de Mauricio. En igual sentido, el magistrado Robinson rechaza el argumento británico que sostenía tal interpretación.

Como corolario de las presentes reflexiones, corresponde afirmar que el colonialismo es una forma de sometimiento de un pueblo, lamentablemente no la única, y la labor de la Asamblea General es clave para evitar estas situaciones, pero también es muy importante el papel que desempeñan otros órganos como la Corte cuando analiza estos temas, sentando criterios firmes que contribuyen a la formación de estas normas y, desde luego, de órganos como el Consejo de Seguridad, acompañando la labor de la Asamblea General, más aún si consideramos la particular conformación y naturaleza de dicho órgano, el hecho de que haya colaborado en la labor de la AG, tal como se dijo en esta opinión consultiva, no es un dato menor.

Parece increíble que, a esta altura de la civilización, todavía tengamos que ser testigos de situaciones de autoritarismos coloniales, de luchas y sometimientos de los más “fuertes” en desmedro de los más “débiles” como en las primeras épocas del derecho internacional, antes aún del modelo westfaliano que vino a poner fin a esas prácticas de ejercicio de poder. Esperamos que pronunciamientos ejemplares como el de la opinión consultiva que analizamos —tanto en el criterio sustentado por la mayoría, como en los aportes particulares de ciertos juristas que la componen— sirvan de antecedentes para ir superando etapas y no continuar en un estancamiento propio de posiciones contrarias a la evolución de las normas y de las épocas. Si miramos el mapa colonial actual, no son muchos los Estados administradores de territorios no autónomos, pero, aunque sean pocos, generan grandes situaciones de inequidad e injusticia ajenos a los valores que sustenta la comunidad internacional basada en reglas de derechos que protegen la dignidad humana, la soberanía estatal y la

integridad territorial como valores fundacionales del orden jurídico y político a nivel internacional.

ANÁLISIS DE LAS PARTICIPACIONES DE LOS ESTADOS Y DE LA UNIÓN AFRICANA EN EL PROCEDIMIENTO DE LA OPINIÓN CONSULTIVA SOBRE LAS “CONSECUENCIAS LEGALES DE LA SEPARACIÓN DEL ARCHIPIÉLAGO DE CHAGOS DE MAURICIO EN 1965”

Cecilia I. Silberberg^{1*}

Sumario: I. Introducción; II. Posición de los Estados y de la Unión Africana respecto de los temas tratados; II.1.a. Competencia; II.1. b. Poder discrecional de la CIJ; II.2. El derecho a la libre determinación de los pueblos; II.3. Objeto persistente; II.4. Utis possidetis; II.5. Vicios del Consentimiento; II.6. Actos unilaterales de la Potencia Administradora; II.7. Responsabilidad Internacional del Estado por violación del derecho a la libre determinación de los pueblos; II.8. Derecho de asentamiento como derecho humano; II.9. Principio de solución pacífica de las controversias; III. Síntesis argumentativa; IV. Conclusión.

I. Introducción

Como toda opinión consultiva (OC) llevada ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), la relativa a las “Consecuencias legales de la separación del Archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965”², solicitada por la Asamblea General a través de la Resolución AG 71/292 el 22 de junio de 2017, permitió la participación de aquellos Estados y organizaciones internacionales interesadas en el asunto, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 66.2 del Estatuto de la CIJ³.

¹ Doctora en Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid. Diplomada en Estudios Avanzados en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en la Universidad Autónoma de Madrid. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Miembro del Instituto de Derecho Internacional y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

² C.I.J. *Consecuencias legales de la separación del Archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, Opinión Consultiva del 25 de febrero de 2019 (en adelante Opinión Consultiva sobre Chagos).

³ El artículo 66 del Estatuto de la CIJ reza en su parte pertinente de la siguiente manera:

Lo interesante del presente caso es que plantea si el interés de la comunidad internacional prima o no sobre una disputa bilateral cuando lo que en ella se discute es un asunto de soberanía y la cuestión es llevada ante la CIJ a través de su mecanismo de jurisdicción consultiva.

En ese marco, se muestran dos posiciones antagónicas existentes. La primera, por parte de quienes consideran que una disputa bilateral, en especial de soberanía, prevalece sobre cualquier otra cuestión legal internacional. La segunda, de aquellos que estiman que un proceso legal internacional de interés para toda la comunidad internacional, como es en el presente caso la descolonización, subsume cualquier asunto bilateral, aunque este sea de carácter territorial.

Lo enriquecedor de la citada OC, por lo tanto, es la justificación brindada por los sostenedores de esas posturas diametralmente opuestas porque ayudan a dilucidar dos cuestiones que resultan de suma importancia para el desarrollo del derecho internacional: a) cuándo se está frente a una cuestión bilateral y qué principios o elementos son los que se deben respetar en esos casos y b) a partir de qué momento, para la comunidad internacional, el derecho a la autodeterminación de los pueblos deviene en derecho consuetudinario y qué consecuencias genera tanto para los Estados que lo ejercen como para aquellos que deben permitir y promover su ejercicio.

Es dable destacar también que, junto con las cuestiones arriba planteadas, varios elementos que podrían ser calificados como secundarios en la construcción de las posiciones mencionadas, resultan aquí asimismo interesantes de describir y analizar, pues se trata de temas que, individualmente, son muy relevantes para el derecho internacional contemporáneo. Entre ellos, se encuentran, por ejemplo, el valor que poseen

“1. Tan pronto como se reciba una solicitud de opinión consultiva, el Secretario la notificará a todos los Estados que tengan derecho a comparecer ante la Corte.

2. El Secretario notificará también, mediante comunicación especial y directa a todo Estado con derecho a comparecer ante la Corte, y a toda organización internacional que a juicio de la Corte, o de su Presidente si la Corte no estuviere reunida, puedan suministrar alguna información sobre la cuestión, que la Corte estará lista para recibir exposiciones escritas dentro del término que fijará el Presidente, o para oír en audiencia pública que se celebrará al efecto, exposiciones *orales* relativas a dicha cuestión”.

las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el concepto de *utis possidetis* o el de objeto persistente.

Vale mencionar que, en la OC bajo examen, treinta y un países y una organización internacional, la Unión Africana (UA), efectuaron declaraciones escritas ante el nombrado Tribunal. Esta última por primera vez en su historia⁴. Diez de esos Estados, así como lo hizo la UA, también efectuaron comentarios escritos⁵ y veintidós Estados, junto con la mencionada organización, realizaron declaraciones orales ante el cuerpo judicial mencionado⁶. Se aclara que países de los cinco continentes participaron de alguna manera ante la CIJ, lo cual enriquece el aporte al derecho internacional de esta OC.

En función de lo expuesto, el objetivo de este trabajo ha sido identificar aquellas cuestiones de derecho internacional, tanto procesales como sustantivas, que fueron aludidas por todos los Estados y la UA participantes. Ello, para poder conocer cuál es la posición, práctica e interpretaciones existentes de los temas tratados, a fin de poder establecer si existen parámetros comunes que sirvan para su definición y extensión o coexisten posiciones diferentes que impiden la uniformidad necesaria para su evolución y desarrollo.

Entre los temas que se examinarán se encuentran la competencia de la CIJ y su discrecionalidad para resolver una OC; cuándo se está ante una cuestión bilateral; la relevancia del principio de consentimiento judicial; cuándo el interés de la comunidad internacional prima sobre un asunto bilateral; el derecho a la libre determinación, su naturaleza jurídica, su

⁴ Entre los Estados que efectuaron declaraciones escritas se encontraron: Belice, Alemania, Chipre, Liechtenstein, Países Bajos, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Serbia, Francia, Israel, Federación Rusa, Estados Unidos de América, Seychelles, Australia, India, Chile, Brasil, República de Corea, Madagascar, China, Djibouti, Mauricio, Nicaragua, Guatemala, Argentina, Lesoto, Cuba, Vietnam, Sudáfrica, Islas Marshall, Namibia y Níger.

⁵ Entre quienes realizaron comentarios escritos se hallan: Serbia, Nicaragua, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Mauricio, Seychelles, Guatemala, Chipre, Islas Marshall, Estados Unidos de América y Argentina.

⁶ Quienes desarrollaron declaraciones orales fueron: Mauricio, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Sudáfrica, Alemania, Argentina, Australia, Belice, Botswana, Brasil, Chipre, Estados Unidos de América, Guatemala, Islas Marshall, India, Israel, Kenia, Nicaragua, Nigeria, Serbia, Tailandia, Vanuatu y Zambia.

Mencionadas presentaciones pueden consultarse mediante el siguiente enlace: <https://www.icj-cij.org/en/case/169>

origen y evolución; el carácter de la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 1514 (XV) de 1960, su contenido y ejercicio; las características de las resoluciones de la Asamblea General sobre descolonización; el concepto de objetor persistente; el principio de *utis possidetis*; los vicios del consentimiento; la responsabilidad internacional por violación del derecho a la libre determinación de los pueblos; el principio de solución pacífica de las controversias y el reasentamiento como un derecho humano.

II. Posición de los Estados y de la Unión Africana respecto de los temas tratados

II.1.a. *Competencia*

La primera cuestión que, tanto los Estados como la UA plantearon a la CIJ, fue acerca de su competencia para resolver la opinión consultiva en los términos de los artículos 96 de la Carta de Naciones Unidas⁷ y 65 del Estatuto de la CIJ⁸.

Principalmente, los dos grandes grupos de posiciones al respecto se dividieron entre quienes consideraban que la opinión consultiva requerida por la Asamblea General cumplía con los requisitos del artículo 65 del Estatuto de la CIJ y quienes estimaron que, por el contrario, no poseía competencia para resolver el asunto por tratarse, en el fondo, de una cuestión de soberanía.

⁷ El artículo 96 de la Carta fundacional de la Organización de Naciones Unidas establece lo siguiente: “a. La Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica. b. Los otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados para ello por la Asamblea General, podrán igualmente solicitar de la Corte opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades”.

⁸ El artículo 65 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia reza de la siguiente manera: “1. La Corte podrá emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, o de acuerdo con las disposiciones de la misma. 2. Las cuestiones sobre las cuales se solicite opinión consultiva serán expuestas a la Corte mediante solicitud escrita, en que se formule en términos precisos la cuestión respecto de la cual se haga la consulta. Con dicha solicitud se acompañarán todos los documentos que puedan arrojar luz sobre la cuestión”.

Los primeros, justificaron su postura en que la OC provenía de un órgano autorizado por la Carta para ello; se trataba de una cuestión de su competencia: el proceso de descolonización de Mauricio, y eran preguntas legalmente formuladas. Los que se encontraron en la posición antagónica, en cambio, alegaron que la disputa territorial entre Mauricio y Reino Unido era de carácter soberano y que debía ser resuelta, de llevarse ante un órgano judicial, a través de una vía contenciosa mediando el consentimiento de ambas Partes interesadas.

Como corolario, los principales aspectos que los Participantes plantearon al analizar la competencia de la CIJ, en este ámbito, derivaron de considerar si las cuestiones planteadas provenían de un órgano de Naciones Unidas autorizado por su Carta fundacional; si la AG tenía o no competencia en materia de descolonización; si la cuestión de descolonización de Mauricio continuaba siendo un tema a tratarse en su seno; si las cuestiones planteadas ante la CIJ no encubrían, en realidad, una disputa bilateral sobre la cual no correspondía que ni la AG ni la CIJ se expidieran; la importancia de respetar el principio de que un Estado no está obligado a someterse a la decisión de un órgano judicial sin su consentimiento y finalmente, si las preguntas formuladas a la CIJ eran cuestiones legales, tal como lo requiere el artículo 65 de su Estatuto.

Sobre dichos aspectos, cabe efectuar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, ningún Estado ni la UA puso en tela de juicio que la AG tuviera capacidad de solicitar una opinión consultiva a la CIJ, tal como lo establecen los artículos arriba citados.

En segundo lugar, sí, en cambio fue materia de posiciones encontradas que la cuestión planteada a la CIJ fuera de naturaleza jurídica. Australia, por su parte, alegó que la cuestión “real” que se le presentaba a la CIJ era una disputa de soberanía, aunque hubiese sido formulada como un tema de descolonización. En consecuencia, entendió, interpretando el artículo 65.2 del Estatuto de la CIJ, que la opinión solicitada a la Corte carecía de términos precisos por estar ostensiblemente relacionada con un tema, pero, de hecho, ser relativo a otro diferente.⁹

⁹ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Australia de 27 de febrero de 2018, p.5, para. 22. En el mismo sentido, sin explicitarlo como ausencia de los requisitos del Art. 65 del Estatuto de la CIJ, Estados Unidos de América manifestó en su Declaración escrita que

Sin embargo, vale aclarar, ningún otro Estado o la UA se expidió en forma explícita acerca de la inexistencia de las condiciones establecidas en el artículo 65 del Estatuto de la CIJ. Por el contrario, la mayoría, como Mauricio, entendió que las cuestiones planteadas a la CIJ eran de carácter jurídico por estar encuadradas en términos legales, hacer alusión a temas de derecho internacional y estar destinadas a preguntarle a la CIJ sobre las consecuencias legales que emanan de una determinada circunstancia¹⁰.

Cabe agregar a ello, no obstante, que Corea del Sur expresó que la opinión consultiva ahora bajo análisis podía contener también elementos de carácter político¹¹. Sin embargo, Mauricio, así como otros Estados, se explayaron al respecto diciendo que, tal como la CIJ lo ha manifestado en otras oportunidades, el carácter jurídico de una cuestión no se encuentra limitado por el hecho de que esta también contenga aristas políticas¹².

Por último, también fue objeto de posiciones diferentes el hecho de que la AG no hubiera tratado el tema de Mauricio por un tiempo prolongado. Así, por ejemplo, Estados Unidos declaró que la

aunque las preguntas se refieren al proceso político de "descolonización", y no usan la palabra "soberanía", es difícil, si no imposible, entender que plantean cualquier otra cuestión que no sea si es el Reino Unido o Mauricio lo que es soberano sobre el Archipiélago (traducción no oficial de Opinión Consultiva sobre Chagos, Declaración escrita de Estados Unidos de 1 de marzo de 2018, p.5, para. 2.16).

¹⁰*Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones escritas de: Mauricio de 1 de marzo de 2018, p. 171, para. 5.12; la Unión Africana de 1 de marzo de 2018, pp. 11-12, para. 47-51; Sudáfrica de 1 de marzo de 2018, pp.10-11, para. 25-27, Lesotho de 1 de marzo de 2018, p. 1 y ss; Liechtenstein de 22 de febrero de 2018, p. 3, para. 13, Djibouti de 1 de marzo de 2018, pp.6-7, para. 6-7; Islas Marshall de 1 de marzo de 2018, para. 11-13; Chipre de 21 de febrero de 2018, pp.7-9, para. 13-17; Nicaragua de 1 de marzo de 2018, pp. 2-3, para. 4; Guatemala de 1 de marzo de 2018, p. 3, para. 16-17, Brasil de 28 de febrero de 2018, para. 7; Niger de 6 de marzo de 2018; Serbia de 27 de febrero de 2018, para. 12-18 y Argentina de 1 de marzo de 2018, p. 4, para. 7. Asimismo, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones orales de Zambia de 6 de septiembre de 2018, p. 7, para. 9.

¹¹ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Corea del Sur, p. 2, para. 5.

¹² C.J.I. *Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares*, Opinión consultiva del 8 de julio de 1996, p. 234, para. 13; C.J.I. *Las consecuencias de la construcción del muro en el territorio ocupado de Palestina*, Opinión consultiva del 9 de julio de 2004, p. 155, para. 41 (*Muro de aquí en adelante*); C.I.J. *Declaración de Independencia respecto de Kosovo*, Opinión consultiva del 22 de julio de 2010, p. 415, para. 27; C.I.J. *Interpretación del Acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto*, Opinión consultiva del 20 de diciembre de 1980, p. 87, para. 33. En el mismo sentido arriba señalado, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones orales de Sudáfrica de 4 de septiembre de 2018, p.11, para. 12.

descolonización de Mauricio no fue debatida en la AG como así tampoco por la Cuarta Comisión o el Comité Especial de Descolonización por décadas¹³.

Al respecto, Argentina manifestó que el hecho de que la Asamblea General no haya tomado medidas en un período de tiempo con respecto a la descolonización de Mauricio y la separación de Chagos, en particular, es irrelevante. No corresponde al Tribunal examinar si el órgano que solicita la opinión consultiva actuó más temprano que tarde, con frecuencia o con poca frecuencia o en diferentes intervalos. El punto crucial es si la AG tiene el poder de decidir sobre la descolonización de un territorio determinado y si ha tomado una decisión final o no¹⁴. Vanuatu agrega a ello que es preciso tener en cuenta, en el presente caso, que no es fácil para una pequeña isla contar con el apoyo necesario dentro de la Asamblea para tratar un tema o pedir una opinión consultiva¹⁵.

II.1. b. *Poder discrecional de la CIJ*

A pesar de que no hubo debate acerca de si se cumplían las condiciones formales para que la CIJ se expidiera sobre la presente OC, su facultad discrecional para resolver la cuestión fue, en cambio, objeto de grandes controversias¹⁶. En esencia, las posiciones se dividieron entre, por un lado, quienes consideraron que la cuestión planteada era de carácter bilateral y que debía, por tanto, respetarse el principio que establece que ningún Estado puede ser obligado a someterse a un proceso judicial sin su

¹³ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Estados Unidos de 15 de mayo de 2018, p. 8, para. 2.12 (3er. punto). En el mismo sentido *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Reino Unido de 15 de mayo de 2018, p. 49, para. 3.18 a; Declaraciones Orales de Australia de 4 de septiembre de 2018, p. 62, para. 27. Igualmente, pero sumando inclusive al Consejo de Seguridad, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Australia, doc. cit. p. 16, para. 54.

¹⁴ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones orales de Argentina de 4 de septiembre de 2018, pp. 37-38, para. 17.

¹⁵ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones orales de Vanuatu de 6 de septiembre de 2018, p. 30, para. 9.

¹⁶ Se recuerda que, en la Opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares*, la CIJ declaró que, una vez que la Corte determina que sí posee jurisdicción para emitir la opinión solicitada, debe analizar si existe alguna razón por la cual, bajo su discrecionalidad, debe declinar el ejercicio de esa jurisdicción (C.I.J. *Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares*, Opinión consultiva, doc. cit., p. 232, para. 10).

consentimiento¹⁷. A ello, algunos Estados le sumaron la complejidad de los hechos y la imposibilidad de entablarse procedimientos contradictorios. Por otro lado, aquellos que, reconociendo, aún en algunos casos, la existencia de una disputa bilateral, estimaron que esta quedaba subsumida en una cuestión mayor, como es la descolonización.

Vale recordar, no obstante, tal como lo hicieron varios Estados en este contexto, que, a diferencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el asunto sobre el *Estatus de Carelia del Este*¹⁸, la CIJ nunca, hasta el momento, ha rechazado entender en una opinión consultiva haciendo uso de sus facultades discrecionales.

Lo relevante de las participaciones de los Estados y de la UA en este sentido es que ayudan a circunscribir, en particular, tres cuestiones: a) cuándo, para algunos Estados, se está ante una disputa bilateral que impide a la CIJ brindar la opinión que se le solicita a pesar de que la consulta que se le efectúa se encuentra realizada en otros términos; b) la importancia, por ende, que posee el principio de consentimiento judicial y c) cuándo, para algunos Estados, una disputa bilateral puede quedar enmarcada en una cuestión legal de mayor envergadura porque su resolución importa a la comunidad internacional en su conjunto.

II.1.b.i. *Disputa bilateral planteada en otros términos*

Lo interesante de la participación de algunos Estados es que, aunque su posición luego formó parte de la minoría por los hechos particulares del caso, la postura que adoptaron sirvió para determinar cuándo ellos consideran que se está frente a una relación bilateral sobre la cual la CIJ no puede ejercer su jurisdicción sin que medie el consentimiento de los Estados parte en la controversia para ello. Es decir, cuándo la CIJ debería ejercer su facultad discrecional ante la solicitud de una opinión consultiva y declinar su jurisdicción por entender que el objeto de la consulta constituye, pura y exclusivamente, una disputa bilateral. Ello, a pesar de que se cumplan el resto de los requisitos formales establecidos para su ejercicio.

¹⁷ De aquí en adelante se hará referencia a dicho principio como el “principio de consentimiento”.

¹⁸ C.P.J.I. *Estatus de Carelia del Este*, Opinión Consultiva del 23 de julio de 1923, Series B, 5.

En efecto, un grupo de Estados sostuvo, al analizar el ejercicio de la facultad discrecional de la CIJ, que esta debía declinar su jurisdicción por tratarse, en el fondo, de una cuestión bilateral de soberanía. Argumentaron que, aunque la cuestión que se le presentaba a la CIJ era jurídica, involucraba una disputa bilateral cuya resolución involucraría derecho de terceros, en este caso, de Reino Unido, sin que hubiera mediado su consentimiento por no tratarse de un procedimiento contencioso. Como corolario, la CIJ debía declinar el ejercicio de su jurisdicción porque, de lo contrario, se desvirtuaría el sentido mismo perseguido tras plantear una OC, que es el de ofrecer consejo legal a los órganos o instituciones que la solicitan. Además, se violentaría la integridad judicial de la CIJ y su naturaleza, como órgano judicial principal de Naciones Unidas. Cabe destacar que, en este sentido, se expresaron Reino Unido, Estados Unidos de América¹⁹, Israel, Chile y Francia²⁰.

Es decir que, para este grupo minoritario de Estados, el hecho que debería determinar que la CIJ ejerza su facultad discrecional y decline su jurisdicción es que la resolución de la OC que se solicita implique consecuencias directas respecto de los puntos centrales del conflicto bilateral existente entre los Estados involucrados.

Citados Estados fundamentaron su argumento en diferentes opiniones consultivas tanto de la CPJI como de la CIJ. De la CPJI, mencionaron la OC de *Carelia del Este*²¹. De la CIJ, hicieron referencia a la OC relativa a la *Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría*

¹⁹ De aquí en adelante se hará referencia a Estados Unidos de América como “Estados Unidos”.

²⁰ En este sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*: a) de Reino Unido: Declaración escrita, doc. cit., p. 104-116; Comentarios escritos, p. 42-55 y Declaraciones orales del 3 de septiembre de 2018, p. 6-9; b) de Estados Unidos: Declaración escrita, doc. cit., pp. 8-16; Comentarios escritos, doc. cit pp. 4-10, Declaraciones orales de 5 de septiembre de 2018, p. 8-14; c) de Israel: Declaración escrita de 28 de febrero de 2018, p. 11, para. 3.15; d) de Chile, Declaración escrita de 28 de febrero de 2018, p. 2 y ss.; e) de Francia, Declaración escrita de 28 de febrero de 2018, p. 1 y ss..

²¹ Opinión en la que la CPJI manifestó que no podía ejercer su jurisdicción consultiva porque la cuestión que se le presentaba concernía directamente al punto principal de controversia entre Finlandia y Rusia y porque resolver la cuestión sería, en el fondo, equivalente a decidir sobre la disputa entre las partes (ver C.P.J.I., *Estatus de Carelia del Este*, Opinión Consultiva, doc. cit, pp. 28-29).

y Rumania²²; la relativa al *Sahara Occidental*²³; la concerniente a la *Aplicabilidad del Artículo VI, Sección 22, de la Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas*²⁴; la correspondiente a *Las consecuencias legales para los Estados de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia*, en donde la CIJ²⁵ y la propia respecto a *Las consecuencias de la Construcción del muro en el territorio ocupado de Palestina*²⁶.

En este sentido, resulta interesante mencionar la síntesis efectuada tanto por Reino Unido como por Australia para diferenciar el presente caso con las tareas que debió efectuar las CIJ en opiniones consultivas anteriores. Al respecto manifestaron que en los casos citados la cuestión sustantiva subyacente en la disputa dada ya se había decidido (*Namibia*); no había sido presentada en forma específica ante la Corte (*Interpretación de los Tratados de Paz*, también la *Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de las*

²² En donde la CIJ concluyó que la resolución de la cuestión planteada no se encontraba relacionada con los méritos de las disputas en juego y que la posición de las Partes en esas disputas no podía encontrarse comprometida de manera alguna por las respuestas que la Corte pudiera brindar a las cuestiones a ella planteadas (C.I.J. *Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania*, Opinión Consultiva, Primera fase, 30 de marzo de 1950, pp. 65-72).

²³ En donde la CIJ manifestó que el objeto de la Asamblea General no ha sido presentar ante la Corte, mediante una solicitud de opinión consultiva, una disputa o controversia legal, para que luego, sobre la base de la opinión de la Corte, pueda ejercer sus poderes y funciones para la solución pacífica de esa disputa o controversia. El objeto de la solicitud es completamente diferente: obtener de la Corte una opinión que la Asamblea General considere de ayuda para el ejercicio adecuado de sus funciones con respecto a la descolonización del territorio (Traducción no oficial de C.I.J. *Sahara Occidental*, Opinión Consultiva, 16 de octubre de 1975, pp. 25-28).

²⁴ En donde la CIJ distinguió la aplicabilidad de la Convención sobre Privilegios e Inmunidades, sobre la cual tenía jurisdicción, y la disputa entre las Naciones Unidas y Rumania con respecto a la aplicación de esa Convención, sobre la cual consideró que podía expedirse al respecto (C.I.J. *Aplicabilidad del Artículo VI, Sección 22, de la Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas*, Opinión Consultiva del 15 de diciembre de 1989, p. 177-191).

²⁵ Cuyo antecedente fue la Resolución 276 de 1970 del Consejo de Seguridad que declaró que la presencia de Sudáfrica en Namibia era ilegal y llamó a los Estados a actuar de acuerdo con ello (S/RES/276 (1970); C.I.J. *Las consecuencias legales para los Estados de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia* (Sudáfrica occidental), Opinión consultiva del 21 de junio de 1971 (I), p. 16).

²⁶ Cuyo hecho generador de la Opinión (la construcción del muro) no era el aspecto central de la disputa entre Israel y Palestina (ver C.I.J. *Muro*, Opinión Consultiva, doc. cit., p. 136, pp. 158-159).

Naciones Unidas); esta se había circunscripto para evitar los derechos actuales de las partes (*Sahara Occidental*); o había sido periférica al tema central de la disputa bilateral subyacente y, en cambio, reflejaba una faceta de un tema que la Corte consideraba una preocupación mucho más amplia para las Naciones Unidas (el Muro). Además, agregaron que, por el contrario, e independientemente de su formulación para evitar cualquier referencia expresa a la soberanía, la solicitud actual en su efecto busca una decisión sobre la disputa bilateral de larga data sobre la soberanía.²⁷

Vale aclarar que algunos otros Estados, a pesar de no compartir la totalidad de la posición arriba descripta, sí estimaron que la CIJ debía ser cauta al resolver este asunto en virtud de que su decisión podía implicar una resolución indirecta de una disputa entre Estados. Dicha postura fue sostenida por, ejemplo, por Corea del Sur, quien expresó que es difícil definir la “función judicial inherente de los tribunales”, pero al menos se puede decir que los temas mencionados (soberanía territorial, delimitación, propiedad de objetos, etc.) no son adecuados para ser determinados por un voto mayoritario en un cuerpo político como la Asamblea General. Una opinión consultiva relacionada en forma directa con el punto principal de una disputa de ese tipo sería equivalente a decidir la disputa entre las partes²⁸. En el mismo sentido se manifestaron Rusia²⁹, Alemania³⁰ y China³¹.

De expuesto se concluye que, no solo para un grupo minoritario de Estados sino también para otros que ni siquiera se explayaron sobre el fondo de la cuestión planteada a la CIJ en la presente OC, cuando esta versa sobre los puntos centrales de un conflicto bilateral existente y la opinión que la Corte pudiera brindar involucra derechos de terceros, mencionado órgano judicial debería abstenerse de ejercer su jurisdicción por no tratarse

²⁷ Traducción no oficial de *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Reino Unido, doc. cit, p. 113, para. 7.18 a. En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Australia, doc. cit, p. 13, para. 48.

²⁸ Traducción no oficial de *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Corea del Sur de 28 de febrero de 2018, p.6 y ss. En particular, para. 23.

²⁹ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Rusia de 28 de febrero de 2018, p. 7, para. 17.

³⁰ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Alemania de 14 de febrero de 2018, para. 151-154.

³¹ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de China de 1 de marzo de 2018, para. 18.

de un procedimiento contencioso y no mediar el consentimiento de las partes para ello.

II.1.b.ii. *Importancia del principio de consentimiento judicial*

El principio de consentimiento judicial fue, subsidiariamente, el argumento utilizado por la minoría arriba mencionada y avalado por el grupo de Estados que no se explayaron sobre la cuestión de fondo. Sus principales esfuerzos fueron destinados a justificar que el citado precepto de derecho internacional, que establece la necesidad de que un Estado preste su consentimiento para que un asunto en el que es parte sea llevado ante un órgano judicial, debe prevalecer no solo cuando lo que se le presenta a la CIJ es el ejercicio de su competencia contenciosa sino también de su competencia consultiva.

Ello, por considerar que cuando la CIJ examina la conveniencia de brindar su opinión, debe sopesar si esta puede implicar una violación al citado principio, tal como el propio Alto Tribunal lo manifestara en la OC relativa al *Sahara Occidental*³². Más todavía, según los Estados Unidos, cuando el tema central de la disputa bilateral involucra soberanía sobre un territorio³³. Mencionada posición general fue adoptada además por Reino Unido, Australia, Chile, Israel, Francia, China, Corea del Sur y Alemania.³⁴

Para justificar su postura, citados Estados encontraron fundamento en diferentes precedentes de la CIJ y entre ellos se destacaron: a) el *Caso del Oro Monetario Sacado de Roma* (Cuestión preliminar) de 1943, en donde dicha Corte expresó que decidir sobre la responsabilidad internacional de un Estado sin su consentimiento sería contrario a un principio bien establecido del derecho internacional incorporado en el Estatuto de la Corte, a saber, que la Corte solo puede ejercer jurisdicción sobre un Estado con su

³² Se recuerda que en dicha oportunidad la CIJ declaró que el consentimiento de un Estado interesado continúa siendo relevante, no para la competencia de la CIJ, sino para la apreciación de la conveniencia de dar una opinión (Ver C.I.J. *Sahara Occidental*, Opinión Consultiva, doc. cit., para. 32).

³³ Opinión Consultiva sobre Chagos, Comentarios escritos de Estados Unidos, doc. cit., p. 14, para. 2.30.

³⁴ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de: Reino Unido, doc. cit., 14, p. 103, para. 7.7-7.8; Estados Unidos, doc. cit., pp. 8-16; Australia, doc. cit., para. 5; Chile, doc. cit., 22, para. 9; Israel, doc. cit., para. 3.17-3.20; Francia, doc. cit., para. 7-8; China, doc. cit., p. 10, para. 15, Corea del Sur, doc. cit., para. 23 y 24 y Alemania, doc. cit., para. 151.

consentimiento³⁵; b) la opinión consultiva sobre el *Sahara Occidental*, en donde la CIJ expresa que los poderes de la Corte bajo su discreción establecidos el Artículo 65, párrafo 1, del Estatuto, brindan medios legales suficientes para garantizar el respeto del principio fundamental de consentimiento judicial³⁶; c) la opinión consultiva sobre el *Muro*, en la cual la CIJ manifestó que no considera que dar un opinión podría generar el efecto de circunscribir el principio de consentimiento de procedimientos judiciales³⁷ y d) la opinión consultiva sobre la *Aplicabilidad del Artículo VI, Sección 22 de la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de Naciones Unidas*, en donde la CIJ expresa que debe considerar si en este caso “dar una respuesta tendría el efecto de eludir el principio de que un Estado no está obligado a permitir que sus disputas sean sometidas a un arreglo judicial sin su consentimiento”³⁸.

Vale mencionar que tanto Reino Unido como Estados Unidos fueron inclusive más allá del argumento ahora bajo análisis ya que sostuvieron que el principio del consentimiento judicial debe primar aun cuando el objeto de consulta ante la CIJ es la aplicación de una norma *erga omnes*. Ello, por entender que se trata de elementos conceptuales diferentes. En consecuencia, concluyeron que el carácter de *erga omnes* de una norma no tiene impacto en la cuestión de si un Estado ha consentido el ejercicio de la jurisdicción respecto de la aplicación de esa norma³⁹. A igual conclusión llega Reino Unido respecto de normas *ius cogens*⁴⁰.

En este marco, resulta interesante destacar que tanto Australia como China intentaron, a modo de síntesis, establecer en cuáles opiniones consultivas, relacionadas con disputas bilaterales, la CIJ explicó el por qué brindar su opinión no implicaba violentar el principio de consentimiento

³⁵ Traducción no oficial de C.I.J. *Caso del Oro Monetario Sacado de Roma*, Opinión consultiva - Cuestión preliminar del 15 de junio de 1954, p. 19, para. 32.

³⁶ C.I.J. *Sahara Occidental*, Opinión Consultiva, doc. cit., para. 33.

³⁷ C.I.J. *Muro*, Opinión Consultiva, doc. cit., pp. 36-150, para. 50.

³⁸ C.I.J. *Aplicabilidad del Artículo VI...*, Opinión Consultiva, doc. cit., p. 18, para. 38.

³⁹ Al respecto, ver *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Reino Unido, doc. cit., p. 45 y n. 165, y de Estados Unidos, doc. cit., p. 11, para. 2.21. Cabe agregar que, en el mismo sentido y respecto de normas *ius cogens*, Reino Unido cita C.I.J. *Actividades armadas en el Territorio de Congo* (Democrática República del Congo vs. Ruanda), Sentencia (nueva aplicación 2002) del 3 de febrero de 2006, p. 32, para. 64.

⁴⁰ Al respecto, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Reino Unido, doc. cit., p. 53, para. 3.23 a.

judicial. Al respecto concluyeron que, entre las razones elaboradas por la CIJ, se encontraron las siguientes: a) que la cuestión generadora de la OC se abordó como una “situación” en lugar de una “disputa” (*Namibia*⁴¹); b) que la solicitud de OC no versaba sobre los méritos de esas disputas; que ofrecer una opinión no comprometería la posición legal de las partes en dichas controversias, o que la opinión se refería únicamente a la aplicabilidad de ciertas reglas del derecho internacional, más que a la aplicación de esas reglas en el caso concreto (*Interpretación de los Tratados de Paz*⁴²; *Sahara Occidental*⁴³; *Aplicabilidad del Artículo VI, Sección 22, de la Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas*⁴⁴) y c) que las preguntas formuladas a la Corte emanaron durante los procedimientos de la Asamblea General, no de manera independiente en relaciones bilaterales y se ubicaron en un marco de referencia más amplio que la solución de una disputa en particular (*Sahara Occidental*⁴⁵ y el *Muro*⁴⁶)⁴⁷.

Por su parte, Corea del Sur, pretendió efectuar una suerte de guía práctica para ayudar a preservar la integridad del sistema judicial internacional identificando “razones de peso”⁴⁸ por las cuales la CIJ debería ejercer su facultad discrecional y declinar su jurisdicción pese a que se cumplan los requisitos formales para ello. Con dicha guía buscó, en definitiva, lograr un balance adecuado entre el principio de consentimiento y la función consultiva de la CIJ e identificó tres situaciones en las convendría que la Corte se abstuviera de brindar su opinión:

a. Cuando se ha establecido que la mayoría de los Miembros de la Asamblea General intentan prácticamente imponer una resolución judicial a una disputa en cuestión. Aún más, cuando uno de los Estados involucrados en forma directa ha dejado claro que se rehúsa a entablar la disputa ante la

⁴¹ C.I.J. *Namibia*, Opinión Consultiva, doc. cit., p. 16, para. 25.

⁴² C.I.J. *Interpretación de los tratados de paz...*, Opinión Consultiva, doc. cit., pp. 65-72.

⁴³ C.I.J. *Sahara Occidental*, Opinión consultiva, doc. cit., p. 12, para. 42.

⁴⁴ C.I.J. *Aplicabilidad del Artículo VI, Sección 22, de la Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas*, Opinión Consultiva, doc. cit., p. 177, para.38.

⁴⁵ C.I.J. *Sahara Occidental*, Opinión Consultiva, doc. cit., p. 12.

⁴⁶ C.I.J., *Muro*, Opinión Consultiva, doc. cit., p. 136, para. 47 y 50.

⁴⁷ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Australia, doc. cit., pp. 11-13 y de China, doc. cit., pp. 12-13.

⁴⁸ C.I.J. *Ciertos gastos de Naciones Unidas (Artículo 17, para. 2 de la Carta)*, Opinión Consultiva del 20 de julio de 1962, p. 155; C.I.J. *Diferencia relativa a la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*, Opinión consultiva del 29 de abril de 1999 (I), p. 78-79, para. 29 o C.I.J. *Muro*, Opinión Consultiva, doc. cit., p. 156).

CIJ o ante cualquier otro órgano judicial, tanto bajo la forma de una declaración en el marco del Estatuto de la CIJ o de otros tratados aplicables.

b. Cuando la cuestión llevada ante la CIJ es idéntica a la presentada ante otro órgano jurisdiccional, ya sea un caso presente o pasado. En esencia, porque esta búsqueda de “apelación” o “revisión” constituye una violación al principio de consentimiento judicial. Incluso cuando el caso consultivo ante la CIJ ha sido descartado por falta de competencia de un órgano judicial ante el cual ha querido ser presentado. Además, agrega que, aunque sea discutible que los procesos contenciosos son diferentes a los consultivos, la intención de utilizar a la CIJ como un órgano de revisión o apelación hace que dicha distinción se convierta en irrelevante. Por otra parte, el reabrir un caso sin el consentimiento de alguna de las partes bajo la forma de una OC, podría generar más daños que beneficios a la confianza general que existe sobre el sistema de justicia internacional, aun cuando la AG busque la resolución de una disputa y ello conlleve al desarrollo del derecho internacional también. En esos casos, convendría que la AG promueva la solución de la controversia por medio de negociaciones. Ello, independientemente de que sería un caso de violación de *res judicata*.

c. Cuando se le solicite responder una cuestión que es inherente a su función judicial como sería confirmar e identificar derechos exclusivos de soberanía territorial sobre una porción de tierra, efectuar una delimitación marítima o territorial, establecer la propiedad sobre ciertos objetos como artefactos o reliquias históricas. Incluso cuando la causa en cuestión se encuentra relacionada con aspectos relativos a la paz y seguridad internacionales.⁴⁹

En definitiva, para los Estados arriba citados, cuando la opinión consultiva que se solicita a la CIJ versa sobre una cuestión bilateral, el principio jurídico a proteger es el del consentimiento judicial. Como corolario, este debe ser preservado aun cuando lo que se le plantee a la Corte constituya una cuestión de carácter *erga omnes*. Lo contrario, desnaturalizaría la propia función de la CIJ al expedirse, mediante el ejercicio de su jurisdicción consultiva, de una manera contenciosa sin el consentimiento de los Estados parte en el conflicto objeto de su intervención.

⁴⁹ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Corea del Sur, doc. cit., p. 5 y ss.

II.1.b.iii. *Complejidad de los hechos e imposibilidad de entablarse un procedimiento contradictorio*

A los argumentos señalados con anterioridad, le siguió un tercero relativo a la naturaleza propia de los procesos consultivos y su inadecuado carácter intrínseco para resolver disputas como la planteada en esta OC por su carencia, a diferencia de lo que sucede en los procesos contenciosos, de etapas procesales para determinar los hechos y poder resolver la cuestión planteada.

En efecto, tanto Reino Unido como Israel y Australia basándose, ante todo, en cuatro precedentes jurisprudenciales, sostuvieron que, al versar la presente opinión consultiva sobre una disputa bilateral cuyos elementos fácticos eran muy complejos, correspondía que la CIJ ejerciera su poder discrecional y declinara su jurisdicción. Ello, porque no se daban las condiciones necesarias para brindar una opinión consultiva ya que esta ha sido establecida para responder esencialmente cuestiones legales y carece de los elementos procesales necesarios propio de los juicios contradictorios.

Utilizando lo dicho por la CIJ en las OC sobre el *Sahara Occidental* y el *Muro*, concluyeron que esta debía analizar el sustento fáctico de esta Opinión consultiva a fin de determinar si contaba con la información y la evidencia suficientes para expedirse en condiciones compatibles con su carácter judicial⁵⁰. Asimismo, haciendo alusión a lo expresado por la CPJI en la OC relativa a la *Carelia del Este*, estimaron que los hechos sobre los cuales la Corte debía expedirse no debían ser contradictorios⁵¹. Agregaron que, aun cuando la CIJ tuviera la evidencia necesaria para brindar su opinión, tal como ella lo había manifestado en la OC sobre el *Sahara*

⁵⁰ En la OC sobre el *Muro*, la CIJ expresó que lo que es decisivo en estas circunstancias es si la Corte tiene ante sí suficiente información y evidencia que le permita llegar a una conclusión judicial sobre cualquier cuestión de hecho en disputa, cuya determinación es necesaria para emitir una opinión en condiciones compatibles con su carácter judicial (Traducción no oficial de C.I.J. *Muro*, Opinión consultiva, doc.cit., para. 56). En el mismo sentido ver C.I.J. *Sahara Occidental*, Opinión consultiva, doc. cit., p. 28-29, para. 66 y C.I.J. *Interpretación de los tratados de paz...*, Opinión consultiva, doc. cit., p. 72.

⁵¹ En la OC sobre *Carelia del Este*, la CPJI concluyó que, en circunstancias ordinarias, es ciertamente conveniente que los hechos sobre los cuales se desea la opinión de la Corte no sean objeto de controversia, y no se debe dejar a la Corte misma determinar cuáles son (traducción no oficial de CPJI *Carelia del Este*, Opinión Consultiva, doc. cit., p. 28.

Occidental, debía declinar su jurisdicción si su ejercicio podía implicar una injusticia para un Estado en particular y o fuera contrario a su carácter judicial⁵².

En consecuencia, y aplicando la jurisprudencia citada, concluyeron que se estaba ante una opinión consultiva concerniente a una disputa bilateral de soberanía (aunque no se hubiera hecho referencia directamente a ello en las preguntas efectuadas a la CIJ) y esta era muy compleja y con hechos controvertidos. Por lo tanto, la CIJ debía abstenerse de ejercer su competencia consultiva ya que esta última no cuenta con dispositivos contradictorios necesarios para poder resolver. De lo contrario, se estaría impidiendo a un Estado, en este caso Reino Unido, a ejercer su derecho de defensa y, con ello, la CIJ podría llegar a una conclusión injusta. Además, claro está, de estar excediendo su función consultiva⁵³.

II.1.b.iv. *Disputa bilateral subsumida a una cuestión de mayor envergadura*

Lo interesante de la posición adoptada por la mayoría de los Estados, en cambio, es la justificación que brindan respecto a cuál es el objeto real de la presente OC. La cual supera la concepción de la minoría respecto de que no se trata solo de una disputa bilateral. Como corolario, consideran que la CIJ sí debe ejercer su jurisdicción dado que no existe ningún impedimento o causa de peso que lo impida. Fundamentalmente, porque estiman que mediante la presente OC se busca obtener consejo legal sobre una materia que constituye una de las prioridades de Naciones Unidas: la descolonización⁵⁴.

⁵² Ver *Opinión Consultiva sobre Chagos, Declaración escrita de Australia*, doc. cit, p. 17, para. 58 (haciendo referencia a C.I.J. *Sahara Occidental*, Opinión Consultiva, doc. cit, p. 25, para. 33).

⁵³ Ver *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Reino Unido, doc. cit, p. 54, para. 3.24; *Declaración escrita de Israel*, doc. cit, pp. 13-14; y *Declaración escrita de Australia*, doc. cit, pp. 16-17.

⁵⁴ Vale aclarar que Mauricio, en su *Declaración escrita*, especificó aún más el objeto de la presente OC al decir que con ella se busca: garantizar la independencia de los pueblos y países coloniales; la protección del derecho a la soberanía de los pueblos coloniales, la unidad nacional, la integridad territorial, la implementación total de la Resolución 1514 de la Asamblea General de ONU y la necesidad de que la AG cumpla un rol activo en los procesos de descolonización cuando estos aún no se hayan completado. Ver en este sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos, Declaración escrita de Mauricio*, doc. cit, p. 176, para. 5.21; Unión

Mencionados Estados fundamentaron su posición en un conjunto de premisas que se sintetizan en los siguientes puntos: a) la AG es un órgano autorizado para solicitar una OC a la CIJ sobre cuestiones legales que versan sobre un tema de su competencia a los fines de obtener asistencia para el ejercicio adecuado de sus funciones y b) el principio de consentimiento judicial no queda limitado cuando la cuestión generadora de la OC se encuentra enmarcada en un contexto mayor que el de una simple disputa bilateral.⁵⁵

Se aclara que, el punto a) arriba señalado se encuentra fundamentado por la mayoría en los dichos de la CIJ en la OC sobre el *Sahara Occidental*. En particular, cuando se refiere a que el objeto de la OC es obtener de la Corte una opinión que la Asamblea General considere de ayuda para el ejercicio adecuado de sus funciones con respecto a la descolonización del territorio⁵⁶.

Tanto Mauricio como varios Estados en sus respectivas *Declaraciones escritas*⁵⁷, sostuvieron que la AG tiene un interés institucional directo en esta materia dado que posee competencia específica para entender sobre descolonización por ser un tema de interés para la

Africana, doc. cit, p. 7 para. 31; de Brasil, doc. cit, para. 12; Chipre, doc. cit, para. 26; de Djibouti, doc. cit, para. 22; de Guatemala, doc. cit., p. 4, para. 25; de Liechtenstein, doc.cit., para. 16; de Islas Marshall, doc. cit, para.15; de Namibia de 1 de marzo de 2018, p. 2, de Níger, doc. cit. 39 p. 2; y de Serbia, doc. cit, para. 25; Declaraciones orales de Nicaragua de 5 de septiembre de 2018, pp. 37-39; Declaraciones orales de Sudáfrica de 4 septiembre de 2018, p. 11, para. 12; Declaraciones orales de Tailandia de 6 de septiembre de 2018, pp. 18-19, para. 5; Declaraciones orales de Vanuatu, doc. cit, pp. 29-30, para. 8; Declaraciones orales de Botsuana de 4 de septiembre de 2018, pp. 30-31, para. 21-22 y Declaraciones orales de Zambia, doc. cit, pp. 9-10, para. 4.

⁵⁵ Ídem.

⁵⁶ C.I.J. *Sahara Occidental*, Opinión Consultiva, doc. cit, p. 27, para. 39.

⁵⁷ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Mauricio, doc. cit., p. 176, para. 5.21; de Unión Africana, doc. cit, p. 7 para. 31; de Brasil, doc. cit, para. 12; de Chipre, doc. cit, para. 26; de Djibouti, doc. cit, para. 22; de Guatemala, doc. cit., p. 4, para. 25; de Liechtenstein, doc.cit., para. 16; de Islas Marshall, doc. cit, para. 15; de Namibia de 1 de marzo de 2018, p. 2; de Níger, doc. cit. 39 p. 2; y de Serbia, doc. cit, para. 25; Declaraciones orales de Nicaragua de 5 de septiembre de 2018, pp. 37-39; Declaraciones orales de Sudáfrica de 4 septiembre de 2018, p. 11, para. 12; Declaraciones orales de Tailandia de 6 de septiembre de 2018, pp. 18-19, para. 5; Declaraciones orales de Vanuatu, doc. cit., pp. 29-30, para. 8; Declaraciones orales de Botsuana de 4 de septiembre de 2018, pp. 30-31, para. 21-22 y Declaraciones orales de Zambia, doc. cit., pp. 9-10, para. 4.

comunidad internacional en su conjunto⁵⁸. Lo cual se refleja, como lo menciona Argentina, en las numerosas resoluciones adoptadas con el fin de lograr el propósito establecido en la Carta fundacional de “[F]omentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos...”⁵⁹. Resoluciones entre las que se encuentran las 1541 (XV) de 1960, Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, la 1514, del mismo año, sobre los Principios que deben servir de guía a los Estados miembros para determinar si existe o no la obligación de transmitir la información que se pide en el inciso e del artículo 73 de la Carta, y la 65/118 relativa a los 50mo. aniversario de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales⁶⁰.

Además, estiman que no existe ningún fundamento para sostener que la opinión de la CIJ en este caso no sería de utilidad para la AG cuando, en realidad, es esta quien, de acuerdo con la propia jurisprudencia de la Corte, será la que en mejores condiciones se encuentra para juzgar si la opinión brindada por la CIJ es de utilidad para ella o no⁶¹. Asimismo, se recuerda que también la propia CIJ ha manifestado que el “el derecho a la libre determinación deja a las Asamblea General una medida de discreción

⁵⁸ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Mauricio, doc. cit, p. 182, para. 5.32 y Comentarios escritos de Mauricio, doc. cit., p. 47, para. 2.30, respectivamente.

⁵⁹ Artículo 1.2 de la Carta de la ONU.

⁶⁰ En efecto, Argentina hace referencia a que, en la primera sesión de la AG, esta solicita a las potencias administradoras que presenten informes precisos concernientes a los desarrollos políticos y constitucionales de las colonias. Agrega que, poco tiempo después, esta establece un órgano subsidiario, bajo la forma de un comité, a fin de examinar la situación de los territorios no autónomos, siguiendo el modelo del Consejo Fiduciario. Asimismo, indica que la Resolución 1514 (XV), del 14 de diciembre de 1960, constituye un momento decisivo para el establecimiento de un derecho verdadero de descolonización. En ese proceso, las resoluciones de la AG jugaron un papel importante en el desarrollo de la ley de descolonización y resalta las Resoluciones AG 1541 (XV) del 15 de diciembre de 1960; la 2621 (XXV) del 12 de octubre de 1970; la 2625 (XXV) del 24 de octubre de 1970; la 35/118 del 11 de diciembre de 1980 y la 65/119 del 10 de diciembre de 2010. Ver *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Argentina, doc. cit, pp. 7-10.

⁶¹ Ver C.I.J. *Sahara Occidental*, Opinión Consultiva, doc. cit, p. 37, para. 72 y C.I.J. *La legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares*, Opinión Consultiva, doc.cit., p. 237, para. 16.

con respecto a las formas y procedimientos mediante los cuales se debe realizar ese derecho”⁶².

Respecto del punto b) (inexistencia de restricción del principio de consentimiento judicial), la mayoría encuentra fundamento a dicha conclusión en diferentes precedentes de la CIJ. En especial, en los relativos a las OC sobre el *Muro* y el *Sahara Occidental*. En ellos se concluye que el principio de consentimiento judicial no se encuentra limitado si la opinión consultiva que se le solicita a la Corte puede ser contextualizada en un marco mayor al de una disputa bilateral y su objeto es obtener una opinión de la Corte que la AG considere de asistencia para el ejercicio de sus funciones⁶³. En particular, cuando las obligaciones relacionadas con la descolonización poseen el carácter de *erga omnes*, tal como lo manifiesta la CIJ en el asunto del *Muro*⁶⁴, por ejemplo.

En otras palabras, la mayoría de los Estados consideró que la respuesta que pudiera brindar la CIJ a la solicitud efectuada por la AG constituiría una obligación debida a la comunidad internacional, lo cual prevalece sobre cualquier aspecto bilateral existente⁶⁵. En esencia, porque el objeto de la presente OC es conocer cómo la violación de la integridad

⁶² Traducción no oficial de C.I.J. *Sahara Occidental*, Opinión Consultiva, doc.cit., p. 37, para. 73. Ver en este sentido *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de la Unión Africana de 11 de mayo de 2018, p. 31, para. 96.

⁶³ En la OC sobre el *Muro*, la CIJ es concordante con lo por ella manifestado en la OC sobre el *Sahara Occidental* al decir que el objeto de la solicitud ante la Corte es obtener de esta una opinión que la Asamblea General considere de ayuda para el ejercicio adecuado de sus funciones. Se solicita la opinión sobre una cuestión que preocupa en especial a las Naciones Unidas y que se encuentra en un marco de referencia mucho más amplio que una disputa bilateral. En estas circunstancias, el Tribunal no considera que emitir una opinión tendría el efecto de eludir el principio de consentimiento para un arreglo judicial, y, en consecuencia, el Tribunal no puede, en el ejercicio de su discreción, negarse a emitir una opinión sobre ese motivo (traducción no oficial de C.I.J. *Muro*, Opinión Consultiva, doc. cit., p. 158, para. 48.) En la OC sobre el *Sahara Occidental*, la CIJ expresó que las cuestiones jurídicas de las cuales la Corte se ocupó estaban ubicadas en un marco de referencia más amplio que la solución de una disputa en particular y abarcaron otros elementos. Traducción no oficial C.I.J. *Sahara Occidental*, Opinión Consultiva, doc. cit., p. 26, para. 38.

⁶⁴ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Mauricio, doc. cit, p.181, para. 5.31; de Djibouti, doc. cit, p. 11, para. 22 y C.I.J., *Muro*, Opinión consultiva, doc. cit, p. 199, para. 156.

⁶⁵ En este sentido, ver por ejemplo, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentario escritos de Mauricio de 15 de mayo de 2018, p. 48, para. 2.31.

territorial afecta al derecho de autodeterminación de los pueblos y ello constituye una conducta violatoria del derecho internacional⁶⁶.

Vale señalar que Argentina le recuerda a la minoría que busca hacer valer el principio del consentimiento judicial en este caso que, en la OC sobre el *Sahara Occidental*, la CIJ declaró que un Estado Miembro que haya aceptado las disposiciones de la Carta de la ONU y de su Estatuto, no puede objetar válidamente que la Asamblea General ejercite sus poderes para tratar la descolonización de un territorio no autónomo y para buscar una opinión sobre cuestiones relevantes para el ejercicio de esos poderes⁶⁷.

Se destaca que la mayoría no desconoce la existencia de un diferendo bilateral entre Mauricio y Reino Unido. Por el contrario, alega que la violación del derecho a la libre determinación y de la integridad territorial del primero de ellos se encuentra cristalizada en una disputa de dichas características⁶⁸. Se justifican al manifestar que cualquier proceso de descolonización que no se realice de acuerdo con el derecho internacional genera una disputa entre la ex potencia administradora y el nuevo Estado independiente⁶⁹. Sin embargo, aclaran, que esa situación que primero surgió en un contexto bilateral no impide que luego se convierta en un tema de interés de otros entes⁷⁰ como en el presente caso, en donde la opinión solicitada emana como consecuencia de las actividades de la AG sobre descolonización⁷¹. Además, agregan, que la existencia, en el fondo, de una disputa cuyas partes pueden verse afectadas como corolario de la opinión de

⁶⁶ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de la Unión Africana, doc. cit 6, pp. 17-18, para. 49 y 51, respectivamente.

⁶⁷ Traducción no oficial de C.I.J. *Sahara Occidental*, Opinión consultiva, doc. cit, p. 24, para. 30. Ver *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Argentina, doc. cit. 31, p. 11, para. 25.

⁶⁸ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Mauricio, doc. cit., p. 176, para. 5.21; de Unión Africana, doc. cit., p. 7 para. 31; de Brasil, doc. cit., para. 12; Chipre, doc. cit., para. 26; de Djibouti, doc. cit., para. 22; de Guatemala, doc. cit., p. 4, para. 25; de Liechtenstein, doc.cit., para. 16; de Islas Marshall, doc. cit., para. 15; de Namibia de 1 de marzo de 2018, p. 2; de Níger, doc. cit. 39 p. 2; y de Serbia, doc. cit., para. 25; Comentarios escritos de la Unión Africana, doc. cit., p. 19, para. 54; Declaraciones orales de Nicaragua de 5 de septiembre de 2018, pp. 37-39; Declaraciones orales de Sudáfrica de 4 septiembre de 2018, p. 11, para. 12; de Tailandia de 6 de septiembre de 2018, pp. 18-19, para. 5; de Vanuatu, doc. cit., pp. 29-30, para. 8; de Botsuana de 4 de septiembre de 2018, pp. 30-31, para. 21-22 y de Zambia, doc. cit., pp. 9-10, para. 4.

⁶⁹ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de la Unión Africana, doc. cit., p. 23, para. 68.

⁷⁰ *Ibidem*, para. 69.

⁷¹ *Ibidem*, para. 68.

la Corte, no cambia la naturaleza consultiva de la tarea de esta, que es responder a las preguntas que se le formulan⁷².

En conclusión, la mayoría considera que no existe ninguna razón importante por la cual la CIJ tuviera que abstenerse de brindar su opinión en este caso porque la solicitud proviene de la Asamblea General, el cual es un órgano capacitado para ello y el tema que aquí se aborda forma parte de su competencia directa. Además, porque la opinión que la CIJ pudiera brindar en este asunto no circunscribe el principio de consentimiento judicial de los Estados interesados ya que la cuestión que se le plantea se enmarca en un contexto mayor, como es el de la descolonización, el cual se sustenta el derecho a la libre determinación de los pueblos que posee carácter *erga omnes*, y, además, busca brindar asistencia a la AG en el ejercicio de sus funciones específicas.

II.2. *El derecho a la libre determinación de los pueblos*

Otro de los temas más controvertidos que se refleja en las participaciones de los Estados en la OC ahora bajo análisis, es el derecho a la libre determinación de los pueblos. En esencia, el punto de mayor conflicto respecto de este se circunscribe a cuándo constituye un derecho y deja de ser un principio político. Determinación que implica una serie de consecuencias que, aplicadas a un caso concreto, como el de la presente OC, permite resoluciones diferentes.

En función de ello, se analizará la participación de los Estados respecto del derecho a la libre determinación desde diferentes perspectivas: a) su naturaleza de derecho/principio político; b) su origen y evolución para poder determinar dicho carácter y c) su contenido y ejercicio.

II.2.a. *Naturaleza jurídica del derecho a la libre determinación*

⁷² Traducción no oficial de C.I.J. *Revisión de la sentencia 158 del Tribunal Administrativo de Naciones Unidas*, Opinión consultiva del 12 de julio 1973, p. 171, para. 14. En este sentido, ver *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de la Unión Africana, doc. cit., p. 31, para. 96.

Solo dos Estados de todos los participantes en esta OC desafiaron la postura compartida por la mayoría acerca de que la libre determinación de los pueblos constituía ya, en la década del 60 (fecha crítica en el presente caso ya que en 1965 se produce la separación del Archipiélago de Chagos de Mauricio y, en 1968, Mauricio se independiza de Reino Unido) un verdadero derecho consuetudinario internacional⁷³. En efecto, Reino Unido y Estados Unidos manifestaron que recién en 1970, con la Declaración sobre los principios de derecho internacional concernientes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados⁷⁴, la libre determinación se convierte en costumbre internacional. Hasta entonces, para ellos solo poseía la naturaleza de un principio político⁷⁵.

Como corolario, el punto de mayor desacuerdo entre la mayoría de los participantes en la presente OC y la minoría, se centra en la Resolución de la Asamblea General 1514 de 1960. En particular, por dos motivos:

1) Tanto Estados Unidos como Reino Unido consideran que ni el texto ni los trabajos preparatorios de la Carta de Naciones Unidas sustentan la idea de que el mencionado instrumento establezca a las potencias administradoras condiciones a los fines de determinar los deseos de la

⁷³ Tanto la mayoría como la minoría estuvieron de acuerdo que, en el presente caso, se debía aplicar la regla de la intertemporalidad. Es decir, la ley aplicable al momento de los hechos. Ver, por ejemplo, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones orales de Reino Unido de 3 de septiembre de 2018, p. 45, para. 13 y Declaración escrita de Mauricio, doc. cit., pp. 228-235. Se recuerda que la CIJ aplicó la regla de la intertemporalidad tanto en C.I.J. *Sahara Occidental*, Opinión Consultiva, doc. cit., p. 39, para. 79 como en C.I.J. *África del Sudoeste*, 2da. fase, sentencia del 18 de julio de 1966, p. 23, para. 16. El único Estado que se manifestó en la OC bajo estudio en contra de la aplicación del principio de intertemporalidad y abogó por la aplicación de la ley aplicable al caso tal como se la concibe en la actualidad, fue Chipre (*Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Chipre, doc. cit., p. 5 para. 16).

⁷⁴ Resolución de la AG 2625 (XXV), de fecha 24 de octubre de 1970. De aquí en adelante se hará referencia a ella como Res. 2625.

⁷⁵ Vale aclarar en este marco que Reino Unido diferencia los conceptos de “descolonización” y “libre determinación”. Se refiere al primero como un proceso político y no un principio jurídico o derecho dentro del marco del derecho internacional. Agrega que el proceso de descolonización tiene por finalidad eliminar la dominación colonial en el mundo y, en consecuencia, solo se aplica a situaciones de colonialismo. Señala, además, que dicho proceso *político* encuentra sus raíces incluso en la Liga de Naciones pero no adquiere naturaleza jurídica sino hasta después de la década de 1960 (*Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Reino Unido, doc. cit., p. 121, para. 8.9). Destaca, por su parte, que la autodeterminación puede ser aplicada a cualquier grupo que quede comprendido en la categoría de “pueblo” y no necesariamente se aplica en un contexto colonial (*Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Reino Unido, doc. cit., p. 62, para. 4.16).

población de un territorio no autónomo como estatus político último. Así tampoco para realizar ajustes a fronteras administrativas en forma previa a la adquisición de ese último estatus político⁷⁶. Los únicos potenciales tratados multilaterales relevantes al respecto serían las Convenciones sobre Derechos Humanos de 1966 pero declaran que estas entraron en vigor en 1976 y desde los comienzos de sus negociaciones hasta 1970 la concepción de “derecho” a la libre determinación estaba bajo discusión⁷⁷. En consecuencia, entienden que todas las resoluciones de AG hasta ese año tampoco reflejan una costumbre internacional⁷⁸.

2) En virtud de la inexistencia de una norma convencional aplicable al caso, de existir los requerimientos arriba mencionados, estos deberían ser parte del derecho internacional consuetudinario⁷⁹. Dado que la mayoría de los Estados participantes en la presente OC consideraron que, a partir de la Res. 1514, el derecho a la libre determinación adquiere la naturaleza de una norma consuetudinaria, la naturaleza de esta se convierte el punto sustancial de mayor controversia ya que para la minoría no existe, antes de 1970, ni práctica estatal ni *opinio iuris* que fundamente una costumbre internacional al respecto.

II.2.a.i. Resolución 1514 de la Asamblea General de Naciones Unidas

II.2.a.i.A. Con respecto a la naturaleza de la Res. 1514, los argumentos de la minoría se centraron en ciertas premisas que se sintetizan de la siguiente manera:

1) Todas las resoluciones de la AG, con excepción de aquellas especificadas en la Carta⁸⁰, poseen carácter declarativo, son meras recomendaciones y, por lo tanto, no generan obligaciones jurídicas a los

⁷⁶ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Estados Unidos, doc. cit., p. 24, para. 4.33.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 25-26. En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Reino Unido, doc. cit., pp. 65-66, para. 4.24.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 27, para. 4.40 y 4.41 y p. 33, para. 4.61.

⁷⁹ Se recuerda que la CIJ expresó en su sentencia relativa a *La plataforma continental del Mar del Norte* que para la formación de la costumbre se necesita el cumplimiento de dos requisitos: a) extensa y virtualmente uniforme práctica estatal y b) *opinio iuris*. C.I.J. *La plataforma continental del Mar del Norte*, sentencia del 26 de febrero de 1969, p. 44, para. 77. En este sentido, ver *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Estados Unidos, doc. cit. 47, pp. 16-17, para. 3.12-3.13.

⁸⁰ Ver artículos 10, 11, 13 y 14 de la Carta de San Francisco de 1945.

Estados Miembros ni generan, por sí mismas, una costumbre internacional. Como corolario, la Res. 1514 no establece ninguna obligación jurídica para las potencias administradoras en el sentido de establecer requisitos para el ejercicio de la libre determinación o la obligación de no violentar la integridad territorial de un territorio no autónomo⁸¹. Se trata de una resolución con carácter aspiracional y no establece ningún mecanismo para la implementación de la libre determinación⁸².

2) Las resoluciones sobre libre determinación adoptadas previamente a ella no cumplen los estándares para la conformación de una costumbre internacional en este ámbito. Tanto porque en los trabajos preparatorios como en el momento de la adopción de esas resoluciones correspondientes a las décadas de los 50 y 60, varios Estados enfatizaron que ellas no creaban una nueva norma de derecho internacional o que no reflejaban sus puntos de vista⁸³. Además, el hecho de que muchos Estados se abstuvieran de votarlas refleja la inexistencia de consenso y, por ende, también de una verdadera *opinio iuris* al respecto^{84, 85}. A modo de ejemplo, se señala que aún en las negociaciones sobre la Declaración sobre las relaciones de amistad existían divergencias entre los Estados al respecto y que dichas diferencias subsistieron hasta 1970⁸⁶. Reino Unido agrega que, si bien la Carta de Naciones Unidas establece entre sus propósitos y principios, los principios de igualdad jurídica y de libre determinación de los pueblos, esta no define el contenido del segundo, sino que este se elabora de manera posterior a

⁸¹ Ver *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Estados Unidos, doc. cit., p. 16-19 y de Reino Unido, doc. cit., pp. 63-64, para. 4.20 y Declaraciones orales de Estados Unidos, doc. cit., pp. 17-19.

⁸² *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones escritas de Estados Unidos, doc. cit., p. 28, para. 4.44.

⁸³ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones orales de Estados Unidos, doc. cit., pp. 17-18, para. 48.

⁸⁴ *Ibidem*, p.8, para. 49. En el mismo sentido, ver *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de los Estados Unidos, doc. cit., p. 19-20, en donde el país del norte menciona que quizás el mejor ejemplo para probar la inexistencia de una costumbre en este marco sean los debates que tuvieron lugar en los trabajos preparatorios de la Declaración sobre las Relaciones de Amistad de 1970 (Res. 2625). Ello, porque en ella se discute el carácter legal de la autodeterminación de los pueblos y su contenido. En igual línea de pensamiento, ver *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones orales de Reino Unido, doc. cit., pp. 48-50.

⁸⁵ En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, de Reino Unido: Declaración escrita, doc. cit., para. 8.70-874, Comentarios escritos, doc. cit., para. 4.18-4.28 y Declaraciones orales, doc. cit., p. 46, para. 16.

⁸⁶ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Estados Unidos, doc. cit., pp. 20-23, para. 3.19-3.27.

través de varias resoluciones y otros instrumentos, aunque no se transforma en derecho^{87, 88}.

3) A pesar de que varios Estados han hecho alusión a que las numerosas independencias logradas en las décadas de los 50 y 60 constituyen en sí mismas evidencia de la existencia de una obligación internacional sobre la materia, los archivos históricos no demuestran una práctica estatal extensiva ni uniforme durante ese periodo. Por el contrario, se debe demostrar que las potencias administradoras, al garantizar la independencia de territorios, actuaron con la creencia de que una norma de derecho internacional consuetudinario les requería tal conducta⁸⁹. Reino Unido fundamenta dicha postura alegando que, incluso cuando los dos Pactos de derechos humanos fueron adoptados en 1966, todavía no había consenso respecto a la existencia, significado y campo de aplicación de la libre determinación. Además, a pesar de que su artículo 1 común estableció que todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente su estatus político y perseguir de esa manera su desarrollo económico, social y cultural, no mencionó qué tipo de estatus político podría determinarse y cómo podría buscarse el desarrollo. También guardó silencio sobre la integridad territorial. Asimismo, la adopción de los Pactos en 1966 no significaba que el artículo 1 común fuera una obligación legal vinculante en virtud del derecho internacional consuetudinario y los Pactos no entraron en vigor sino hasta el 3 de enero de 1976 y el 23 de marzo de 1976, respectivamente^{90, 91}.

II.2.a.i.B. La postura de la mayoría no discute que la Resolución AG 2625 relativa a las Relaciones de Amistad constituya en 1970 derecho consuetudinario, lo que es objeto de controversia para estos participantes es si la libre determinación de los pueblos ya formaba parte de dicho derecho con anterioridad, por lo que recurren al análisis de su origen y evolución para fundamentar su posición.

⁸⁷ *Ibidem* p. 140, para. 8.66.

⁸⁸ En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Estados Unidos, doc. cit., p. 22, para. 4.26.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 28, para. 3.37

⁹⁰ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Reino Unido, doc. cit., p. 141, para. 8.70.

⁹¹ En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Estados Unidos, doc. cit., p. 22, para. 4.26 y pp. 34-35, para. 4.66.

II.2.a.B.1. *Origen y evolución de la libre determinación de los pueblos desde la perspectiva de la mayoría de los Estados participantes y de la Unión Africana*

1) El régimen legal que se aplica a la descolonización tiene sus orígenes incluso antes de Naciones Unidas, en la Liga de Naciones, al establecer en el artículo 22 de su instrumento constitutivo el sistema de mandatos. Si bien dicho artículo no hace referencia directa a la libre determinación, sí promueve, de forma naciente, que los habitantes de esos territorios disfruten de los privilegios de la autodeterminación y la independencia⁹².

2) Ya con la Carta de Naciones Unidas el principio de libre determinación se explicita a través de la Declaración relativa a los territorios no autónomos (particularmente, a través del artículo 73⁹³) y del establecimiento del sistema de administración fiduciaria.

En especial, al establecer los objetivos de dicho sistema en el artículo 76. Objetivos estos que son el reflejo de los propósitos de la ONU dispuestos en su artículo 1. 2. Los cuales buscan fomentar relaciones de amistad entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos.

Además, queda reforzado a través de sus artículos 55 y 56, orientados a la promoción de ciertos objetivos en el campo de la economía internacional y la cooperación social al decir, el artículo 55 en su parte pertinente que: “[C]on el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá...”. Y,

⁹² Ver *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones escritas de Mauricio, doc. cit., pp. 189-190, para. 6.4 y 6.5; de Islas Marshall, doc. cit., para. 28; de Djibouti, doc. cit., p. 13, para. 27, Comentarios escritos de Guatemala de 15 de mayo de 2018, doc. cit., p. 2, para. 9.

⁹³ El Artículo 73 de la Carta de Naciones Unidas reza, en su parte pertinente, de la siguiente manera: “[L]os Miembros de las Naciones Unidas que tengan o asuman la responsabilidad de administrar territorios cuyos pueblos no hayan alcanzado todavía la plenitud del gobierno propio, reconocen el principio de que los intereses de los habitantes de esos territorios están por encima de todo, aceptan como un encargo sagrado la obligación de promover en todo lo posible, dentro del sistema de paz y de seguridad internacionales establecido por esta Carta, el bienestar de los habitantes de esos territorios, y asimismo se obligan:...”. Y,

el artículo 56, que todos los Estados Miembros se comprometen, de manera individual o en conjunto, a tomar medidas en cooperación con la ONU para la realización de los propósitos establecidos en el artículo 55 recién citado⁹⁴.

3) En la década del 50', una seguidilla de resoluciones de la Asamblea General hizo alusión al principio de libre determinación de los pueblos. Entre ellas se encuentran la Res. 421 (V) de 1950, que, en forma explícita, hace referencia al derecho de los pueblos y de las naciones a la libre determinación⁹⁵; la Res. 542 (VI) de 1952, a través de la cual se manifiesta que el derecho a la libre determinación ya ha sido reconocido como un derecho fundamental; la Res. 637 (VII) del mismo año, que llama a los Estados Miembros de la ONU, en términos mandatorios, a reconocer y promover la realización de la libre determinación de los pueblos coloniales y territorios; la Res. 738 (VIII) de 1953 y la Res. 833 (IX) de 1954 con contenidos muy similares a la anterior; la Res. 1188 (XII) de 1957 que establece las potencias administradoras tienen la obligación de promover y facilitar el ejercicio de la libre determinación de los pueblos coloniales y la Declaración 1514 de 1960 que proclama, en términos inequívocos que “[T]odos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación...”⁹⁶.

⁹⁴ Ver *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Mauricio, doc. cit., pp. 191-196. En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones escritas de la Unión Africana, doc. cit., p. 19, para. 77-80; de Países Bajos de 27 de febrero de 2018, p. 5, para. 3.2 y de Belice, doc. cit., pp. 5-6; Comentarios escritos de Chipre de 15 de mayo de 2018, doc. cit. 45, pp. 4-5. Vale Aclarar que Chipre manifiesta que el principio de libre determinación de los pueblos, tanto sea considerado como un principio como un derecho, constituye un principio con consecuencias normativas y los Miembros de Naciones Unidas deben actuar en conformidad con ello (doc. cit., p. 4, para. 12). Asimismo, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones escritas de Djibouti, doc. cit., pp. 13-14, para. 28-30; de Brasil, doc. cit., para. 16 y de Serbia, doc. cit., para. 30; Comentarios escritos de Nicaragua de 15 de mayo de 2018, p. 2, para. 5; Declaraciones orales de Kenia de 5 de septiembre de 2018, pp. 26-27; Declaración escrita de Sudáfrica, doc. cit., pp. 25-26, para. 62.

⁹⁵ Vale aclarar que Nicaragua manifiesta que dicha resolución reconoce al principio de libre determinación como “un derecho humano fundamental” (*Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Nicaragua, doc. cit., p. 2, para. 6).

⁹⁶ Ver *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de la Unión Africana, doc. cit., pp. 20-22. En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Países Bajos, doc. cit., p. 5, para. 3.5; Declaración escrita de Belice, doc. cit. 8, p. 5-9; Comentarios escritos de Chipre, doc. cit., pp. 5-6, para. 17; Comentarios escritos de Nicaragua, doc. cit., p. 3, para. 7; Declaraciones orales de Kenia, doc. cit., p. 27, para. 19; Declaraciones orales Sudáfrica, doc. cit., p. 14, para. 23.2.

4) Entre 1950 y 1965, cuarenta y nueve territorios no autónomos y fiduciarios lograron la independencia. Diecinueve de ellos tras la adopción de la Res. 1514^{97, 98}

5) Durante las negociaciones de las Convenciones sobre derechos humanos, las discusiones acerca de si la libre determinación era un principio político o constituía un derecho, se resolvieron al comienzo de la etapa negociadora. Mientras tanto, la AG adoptó resoluciones haciendo referencia al “derecho a la libre determinación”, tal como lo demuestran las resoluciones arriba mencionadas en la década del 50⁹⁹. Además, la práctica de los Estados entre las décadas de los 50 y 60 sí es extensiva y uniforme, tal como se ve reflejada en la mayoría de los casos de territorios no autónomos cuyo ejercicio de la libre determinación se efectuó a través de referéndums o elecciones supervisadas por Naciones Unidas.¹⁰⁰

6) Incluso, un año después de la Res. 1514, la AG, a través de la Res. 1654 (XVI) de 1961, reitera la necesidad de efectuar “pasos inmediatos” para transferir poderes a los pueblos de los territorios no autónomos o en fideicomiso¹⁰¹.

7) En lo que a la práctica del Consejo de Seguridad se refiere, se hace alusión a diferentes resoluciones relativas a territorios bajo administración portuguesa. De ellas, la de mayor relevancia resulta en este contexto es la S/RES/183¹⁰², adoptada por diez votos contra cero, con una

⁹⁷ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de la Unión Africana, doc. cit., p. 24, para. 97 y 98. En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Chipre, doc. cit., p. 6, para. 18.

⁹⁸ En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Países Bajos, doc. cit., para. 3.6, Declaración escrita de Belice, doc. cit., pp. 9-10, para. 2.13; Declaraciones orales de Kenia, doc. cit., p.32, para. 43; Declaraciones orales de Sudáfrica, doc. cit., p.15, para. 26; Declaraciones de Vanuatu, doc. cit., p.34, para. 23.

⁹⁹ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Mauricio, doc. cit., p.201, para. 6.24. En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de la Unión Africana, doc. cit., pp.56-57, para. 174-176 y Declaración escrita de Países Bajos, doc. cit., p. 8, para. 3.7.

¹⁰⁰ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Mauricio, doc. cit., pp. 213-214, para. 6.44. En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de la Unión Africana, doc. cit., p. 57, para. 177 y Declaración escrita de Países Bajos, doc. cit., p. 8, para. 3.8.

¹⁰¹ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Mauricio, doc. cit., p. 203, para. 6.27-6.28.

¹⁰² Resolución de fecha 11 de diciembre de 1963.

abstención. En ella se reafirma la interpretación sobre la libre determinación efectuada por la AG en la Res. 1514, al decir que todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación y, en virtud de ese derecho, determinan su estatus político y persiguen su desarrollo económico, social y cultural de forma libre. En el mismo sentido, puede citarse S/RES/217¹⁰³ en donde se reafirma la Res. 1514 y se solicita a Reino Unido a que adopte las medidas necesarias para que el pueblo de Rodesia del Sur establezca su propio futuro en consonancia con la mencionada resolución de la AG¹⁰⁴.

8) Además, la CIJ ha hecho referencia a la Res. 1514 en diferentes oportunidades, lo cual demuestra la relevancia dentro del derecho internacional de esta resolución. A saber: en la OC sobre *Namibia*, se refirió a ella como “un importante paso” en el desarrollo del derecho internacional en relación con los territorios no autónomos¹⁰⁵. En la OC sobre el *Sahara Occidental*, hizo alusión a ella como la base del proceso de descolonización¹⁰⁶ y agregó que “[e]l principio de autodeterminación como derecho de los pueblos, y su aplicación para poner fin rápidamente a todas las situaciones coloniales, se enunciaron en la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, resolución 1514 de la Asamblea General (XV)”¹⁰⁷.

9) Asimismo, la mayoría aclara que la Res. 1514 fue adoptada sin abstenciones¹⁰⁸.

10) Por último, la Res. 2625 relativa a las Declaraciones sobre Relaciones de Amistad confirma el carácter consuetudinario en especial de los párrafos 2 y 6 de la Res. 1514 al incluirlos directamente y explicar su contenido. Además, la Res. 2625 no solo reemplaza el término “país” por

¹⁰³ Resolución de fecha 20 de noviembre de 1965.

¹⁰⁴ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Mauricio, doc. cit., pp. 208-209. En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones orales de Botsuana, doc. cit., p. 34, para. 14.

¹⁰⁵ C.I.J. *Namibia*, Opinión consultiva, doc. cit., p. 31, para. 52.

¹⁰⁶ C.I.J. *Sahara Occidental*, Opinión Consultiva, doc. cit., p. 32, para. 57.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 31, para. 55.

¹⁰⁸ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Belice, doc. cit., p. 19, para. 3.7; Declaración escrita de Djibouti, doc. cit., p. 14, para. 31; Declaración escrita de India de 28 de febrero de 2018, para. 31, Declaración escrita de Brasil, doc. cit., para. 17; Comentarios escritos de Argentina de 15 de mayo de 2018, pp. 11-12, para. 27; Declaraciones orales de Botsuana, doc. cit., p. 33, para. 8.

“Estado” sino que explica que “[t]odo Estado se abstendrá de cualquier acción dirigida al quebrantamiento parcial o total de la unidad nacional e integridad territorial de cualquier otro Estado o país”¹⁰⁹.¹¹⁰

Como corolario de lo expuesto, se concluye que existe evidencia irrefutable que demuestra que ya a fines de la década del 50’, la libre determinación constituía un derecho consuetudinario internacional¹¹¹ y que en particular la Res. 1514 es el pilar del derecho aplicable en el campo de la descolonización¹¹². Nicaragua, por su parte, agrega que ya en 1966 la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas había expresado que dicho derecho a la libre determinación no solo era una norma de derecho consuetudinario sino una norma imperativa de derecho internacional¹¹³. La mayoría recuerda, además, que, a pesar de que las resoluciones de la AG no poseen carácter vinculante, sí pueden reflejar evidencia importante para establecer la existencia de una norma consuetudinaria internacional¹¹⁴.¹¹⁵

¹⁰⁹ Último para. de *Principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos* de Res. 2625.

¹¹⁰ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Argentina, doc. cit., pp. 15-16, para. 40. En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones orales de Nigeria de 5 de septiembre de 2020, doc. cit., p. 57, para. 25.

¹¹¹ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Mauricio, doc. cit., p. 205, para. 6.32. En igual sentido: *Declaraciones escritas* de: la Unión Africana, doc. cit., pp. 31-32, para. 127; Argentina, doc. cit., p. 19 para. 48; Belice, doc. cit., para. 3.3; Brasil, doc. cit. 23, para. 18; Cuba de 1 de marzo de 2018; Djibouti, doc. cit., para. 33; Guatemala, doc. cit., p. 6, para. 34; India, doc. cit., para. 32; Madagascar de 1 de marzo de 2018, pp. 1-2; Namibia, doc. cit., p. 3; Países Bajos, doc. cit., para. 3.7-3.8; Nicaragua, doc. cit., para. 13; Serbia, doc. cit., para. 39; Sudáfrica, doc. cit., pp. 26-27, para. 63; Islas Marshall, doc. cit., para. 32; Declaraciones orales de Kenia, doc. cit., p. 29, para. 31; Declaraciones orales de Vanuatu, doc. cit., p. 30, para. 10., Declaraciones orales de Botsuana, doc. cit., p. 31, para. 3; Declaraciones orales de Zambia, doc. cit., p. 10-11, para. 7-12.

¹¹² Kenia cita a James Crawford y declara que la Res. 1514 (XV) posee un estatus quasi-constitucional en el derecho internacional, lo cual es comparable con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Carta de Naciones Unidas (*Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones orales de Kenia, doc. cit., p. 25, para. 25 - James Crawford, *The Creation of States in International Law* (2nd. Ed. OUP, 2006, p. 604).

¹¹³ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones orales de Nicaragua, doc. cit., p. 42-43, para. 39.

¹¹⁴ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Mauricio, doc. cit., p. 86, para. 3.31, parafraseando lo mencionado por C.I.J. *Legalidad de la amenaza y uso de armas nucleares*, Opinión Consultiva, doc. cit., pp. 253-254, para. 70.

¹¹⁵ Ver *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de la Unión Africana, doc. cit., pp. 54-55, para. 169.

Vale aclarar, no obstante, que Serbia, Islas Marshall y Argentina se separan de esta posición común respecto al carácter de las resoluciones de la AG sobre descolonización y van todavía más allá. Serbia, declara que el garantizar el ejercicio de la libre determinación constituye una obligación que emana del derecho internacional creado, *inter alia*, por la Carta de Naciones Unidas. En consecuencia, las resoluciones de la AG no son más que clarificaciones de las obligaciones establecidas en los artículos 1, 2, 73 y 74 de la Carta. En consecuencia, entiende que las resoluciones de la AG deberían ser interpretadas en concordancia y con especial atención a las disposiciones de la Carta de Naciones Unidas¹¹⁶. Agrega que las resoluciones de la AG involucran más que opiniones legales. Ellas no son adoptadas por razones académicas sino para guiar actividades políticas. Están basadas en consideraciones legales serias y proveen de direcciones que no pueden ser ignoradas¹¹⁷. Y, en lo que a las resoluciones de la AG sobre descolonización se refiere, ellas están basadas en la práctica y *opinio iuris* de los Estados¹¹⁸.

Islas Marshall señala que, a pesar de que el lenguaje de las resoluciones de la AG no es vinculante, dichas resoluciones no deben ser leídas como letra muerta o sin efecto legal¹¹⁹. De lo contrario, todo el propósito de la AG sería cuestionado. De acuerdo con el artículo 13 de la Carta, las resoluciones de la AG deberían ser aceptadas como *soft law*, el cual posee un efecto político persuasivo, y es el nexo entre el derecho temprano y emergente, incluso cuando diferentes puntos de vista todavía persisten. Como corolario, entiende, por ejemplo, que la Res. AG 2066 (XX)¹²⁰ constituyó una herramienta para expresar la profunda preocupación que la comunidad internacional tenía respecto de la aparente inequidad en el proceso de descolonización de Mauricio¹²¹.

Por su lado, la Argentina indica que las resoluciones de la Asamblea General que establecen qué territorios son objeto de descolonización, así como la determinación de la manera en la cual dichos territorios deben ser

¹¹⁶ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Serbia, doc. cit., para. 19-22.

¹¹⁷ *Ibidem*, para. 27.

¹¹⁸ *Ibidem*, para. 30.

¹¹⁹ En el mismo sentido, se expresa Kenia al decir que por el lenguaje usado en la Res. 1514, esta posee una naturaleza mandataria y, por lo tanto, posee significancia normativa (*Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones orales de Kenia, doc. cit., p. 28, para. 22).

¹²⁰ Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1965.

¹²¹ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Islas Marshall, doc. cit., para. 9-15.

descolonizados y cuándo el proceso ha llegado a su fin y, en consecuencia, el territorio ha dejado de ser un “territorio no autogobernado”, son más que meras recomendaciones¹²².

En efecto y citando lo mencionado por la CIJ en la OC sobre *Reparación de daños sufridos en el servicio de Naciones Unidas*, específicamente en lo referente a que, según el derecho internacional, se debe considerar que la Organización tiene poderes que, aunque no se estipulan en forma expresa en la Carta, se le confieren por implicación necesaria en tanto esenciales para el desempeño de sus funciones¹²³. Concluye que este sería el caso en lo concerniente a la competencia conferida a la AG sobre descolonización.

Como corolario, Argentina entiende que las resoluciones de dicha Asamblea en este campo no constituyen meras recomendaciones. Por el contrario, tienen un contenido mandatario ya que efectúan determinaciones y poseen un diseño operativo. Refuerza su argumento aludiendo a lo mencionado por la CIJ en la OC sobre *Estatus Internacional de África Sudoccidental* (Namibia) y en la OC sobre *Namibia* de 1971, en donde, respectivamente, la CIJ expresa que una resolución que recomienda a un Estado administrativo un curso de acción específico crea una obligación legal que, aunque rudimentaria, elástica e imperfecta, es una obligación legal y constituye una medida de supervisión¹²⁴. Además, que la Asamblea General adopta resoluciones que hacen determinaciones y tienen un diseño operativo. Estas resoluciones no son meras recomendaciones como en otros casos y sus determinaciones y diseño operativo poseen entonces un carácter obligatorio en este campo¹²⁵.

¹²² *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Argentina, doc. cit., p. 9, para. 19 última parte.

¹²³ Traducción no oficial C.I.J. *Reparación de daños sufridos en el servicio de Naciones Unidas*, Opinión consultiva del 11 de abril de 1949, p. 182.

¹²⁴ C.I.J. *Estatus Internacional de África Sudoccidental* (Namibia), Opinión consultiva del 11 de julio de 1950, p. 118.

¹²⁵ I.C.J. *Namibia*, Opinión consultiva, doc. cit., p. 50 para. 105. Traducción no oficial de *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Argentina, doc. cit., pp. 9-10. En efecto, en su presentación oral, Argentina señala que, en función del papel de las Naciones Unidas en la descolonización, las resoluciones de la Asamblea General tienen un alcance que va más allá de las meras recomendaciones. Declara que hay dos tipos de resoluciones en esta área. Las primeras son de naturaleza general y tienen un valor normativo, en el sentido de que declaran o interpretan reglas preexistentes o permiten la cristalización de un proceso de formación de nuevas reglas de derecho internacional general. Las resoluciones 1514 (XV) y

II.2. a. C. *Contenido y ejercicio de la Resolución 1514*

En cuanto al contenido en sí mismo de la Resolución 1514, los elementos que generaron controversia fueron, en esencia, el carácter de derecho consuetudinario: a) del párrafo 6 relativo a la integridad territorial y b) del modo de ejercer la libre determinación de los pueblos.

II.2.a.C.1: *Integridad Territorial*

Respecto a la integridad territorial de los pueblos coloniales, las posturas adoptadas por la mayoría y la minoría fueron muy antagónicas. El tema central del debate lo conformó el párrafo 6 de la Res. 1514 al decir: “Todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”.

En virtud de que tanto Reino Unido como Estados Unidos consideraron que la Res. 1514, en general, constituía para la época solo una declaración con aspiraciones, su párrafo 6 también fue considerado de la misma manera. Fundamentaron su posición en que no existía ni práctica estatal ni *opinio iuris* que permitiera concluir de una manera diferente¹²⁶. Por el contrario, interpretaron que la práctica estatal demostraba aceptación respecto a la posibilidad de modificar de manera legal las fronteras

2625 (XXV) son ejemplos de declaraciones interpretativas de principios fundamentales ya contenidos en la Carta de las Naciones Unidas y aplicables a la descolonización. El segundo tipo de resolución se relaciona específicamente con cada uno de los Territorios no autónomos. Cuando la Asamblea General decide que un territorio cae dentro del Capítulo XI de la Carta y la Resolución 1514, o decide cómo se debe descolonizar el territorio, sus resoluciones no son meras recomendaciones. Estas son resoluciones que hacen determinaciones sobre situaciones para las cuales la Asamblea tiene poderes específicos y que son operacionales. En este sentido, la CIJ ha hablado de los “poderes” de la Asamblea General en materia de descolonización. Esta es una situación similar a las resoluciones de la Asamblea que admiten un nuevo miembro en la Organización. No se puede decir que estas resoluciones son “recomendaciones” (traducción no oficial de *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones orales de Argentina, doc. cit., p. 41, para. 8 y 9).

¹²⁶ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Estados Unidos, doc. cit., p. 30, para. 4.48 y 4.49.

territoriales de territorios no autónomos a través de separaciones, adiciones u otro tipo de acuerdos¹²⁷.

No obstante ello, Reino Unido aclaró que, incluso en el caso que se considerase que hubiera existido un derecho consuetudinario para la libre determinación de los territorios no autónomos en la fecha crítica de la presente OC, ese derecho no le sería aplicable por ser un objeto persistente. Ello, al haberse opuesto consistentemente a la noción establecida en ese párrafo 6 y por haber votado siempre en contra o haberse abstenido en las resoluciones anuales de la Asamblea General relativas a la implementación de la Res. 1514¹²⁸.

Además, declaró que, aun cuando se considerara a ese párrafo 6 como costumbre internacional, tampoco sería aplicable al presente caso por no haber sido el Archipiélago de Chagos parte del territorio colonial de Mauricio al momento de su independencia¹²⁹. Esencialmente, porque los límites territoriales para los propósitos de la descolonización son aquellos existentes al momento de producirse dicha independencia de forma efectiva¹³⁰.

En efecto, Reino Unido alega que integridad territorial y autodeterminación no son dos consecuencias necesarias porque puede suceder que un reclamo de autodeterminación implique un reclamo en contra de la integridad territorial. Agrega que, como lo dispuso la Declaración sobre las Relaciones de Amistad de 1970, la autodeterminación no solo se puede alcanzar mediante la independencia sino también a través de la libre asociación e integración a un Estado independiente e, incluso, la creación de algún otro estatus político¹³¹.

Los dos países cuyas posiciones configuraron la minoría en la presente OC, expresaron también que si el párrafo 6, ahora bajo análisis, hubiera adquirido el carácter de derecho consuetudinario, la Res. 1514 no hubiera sido omitida en las referencias de las Res. 2625 sobre la Declaración

¹²⁷ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Reino Unido, doc. cit., p. 144, para. 8.80.

¹²⁸ *Ibidem* p. 138-139, para. 8.60 y 8. 61.

¹²⁹ *Ibidem* p. 139, para. 8.62.

¹³⁰ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Reino Unido, doc. cit., p. 81, para. 4.49

¹³¹ *Idem*, p. 69, para. 4.31.

de las relaciones de amistad¹³². Asimismo, que existieron ejemplos que demuestran la ausencia de una práctica estatal extensiva y uniforme con respecto al citado párrafo. Ello, en virtud de que varios territorios cambiaron sus fronteras antes o durante sus independencias y esos cambios no fueron considerados como inconsistentes con dicho párrafo. Señalan como ejemplo los territorios del Camerún británico, de Ruanda-Urundi y de Jamaica¹³³.

Refuerzan sus argumentos al decir que las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU adoptadas entre 1963 y 1968 tampoco reflejan la existencia de un derecho a la libre determinación y ninguna de ellas menciona la integridad territorial ni la establece como un componente de la libre determinación¹³⁴.

En lo que respecta a la Res. 2066 de la Asamblea General, la cual “invita a las Potencias administradoras a no tomar alguna acción que pueda desmembrar el Territorio de Mauricio y violar su integridad territorial...”, Reino Unido y Estados Unidos manifiestan que no posee un lenguaje obligatorio por lo que tampoco articula una obligación legal. En igual sentido, que dicha resolución solo anticipa que su incumplimiento generaría el no cumplimiento de otra resolución de la AG (1514) cuya naturaleza también es meramente declarativa. Por otra parte, que la interpretación del párrafo 6 de la Res. 1514 que en ella se hace no es reflejo de un consenso en la Cuarta Comisión o en la AG por la cantidad de abstenciones (18). Tal como sucedió con otras resoluciones posteriores de la AG como la Res. 2232 (XXI) de 1966 y Res. 2357 (XXII), de 1967 las dos tendientes a la aplicación de la Res. 1514¹³⁵.¹³⁶

¹³² Idem, p. 74, párrafo 4.41. En el mismo sentido *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Estados Unidos, doc. cit., p. 34, para. 4.64.

¹³³ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Estados Unidos, doc. cit., p. 35-36. En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Reino Unido, doc. cit., p. 81, para. 4.48.

¹³⁴ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Estados Unidos, doc. cit., p. 26, para. 3.31.

¹³⁵ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Estados Unidos, doc. cit., p. 32, para. 4.55 y 4.56. En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Reino Unido, doc. cit., p. 81, para. 4.50.

¹³⁶ Ya, sobre el caso concreto de esta OC, Reino Unido manifiesta que, en realidad, el objeto de preocupación principal de la AG al adoptar esta resolución era el establecimiento de una base militar en Chagos, no la desintegración territorial (ver *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Reino Unido, doc. cit., p. 81, para. 4.50.)

La posición de la mayoría respecto a la integridad territorial es, en cambio, muy diferente. Argentina, por ejemplo, considera que la obligación de respetar la integridad territorial de otros, establecida en el artículo 2, párrafo 4 de la Carta de la ONU y corroborada como principio autónomo y consuetudinario por la CIJ en su sentencia sobre *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*¹³⁷, no se limita a la idea de ejercer la autoridad del Estado sobre el territorio de otro Estado o evitar el traspaso de las fronteras. Por el contrario, considera que implica también reconocer y proteger la composición territorial de otros Estados.

Citado país entiende, por lo tanto, que dicha obligación incluye una garantía contra el desmembramiento¹³⁸. Lo cual deriva del uso del sustantivo “integridad”, ya que mediante este no solo se protege la soberanía territorial, sino también la integridad de esta soberanía territorial¹³⁹.

En función de ello, sumado a lo establecido en los párrafos 4¹⁴⁰ y 6 de la Res. 1514 y la práctica subsiguiente, concluye que lo que esta resolución se encuentra protegiendo no es solo la integridad territorial de Estados independientes sino también la de los pueblos que se encuentran en proceso de descolonización, es decir, previo a su independencia¹⁴¹.

¹³⁷ C.I.J. *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, Sentencia sobre competencia y admisibilidad del 26 de noviembre de 1984, p. 424, para. 73.

¹³⁸ En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Serbia, doc. cit., para. 37.

¹³⁹ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Argentina, doc. cit., pp. 14-15, para. 34 y Comentarios escritos de Guatemala, doc. cit., p. 3 para. 14.

¹⁴⁰ El para. 4 de la Resolución AG 1514 reza de la siguiente manera: “[A] fin de que los pueblos dependientes puedan ejercer pacíficamente y libremente su derecho a la independencia completa deberá cesar toda acción armada o toda medida represiva de cualquier índole dirigida contra ellos, y deberá respetarse la integridad de su territorio nacional”.

¹⁴¹ En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Belice, doc. cit., pp. 16-17, para. 3.4 y 3.5; Comentarios escritos de Chipre, doc. cit., pp. 7 y 8, para. 21 y 24. Vale destacar que Chipre estima que la integridad territorial de una colonia o de un territorio no autónomo está sujeta a la prohibición general de escisión de un territorio. De allí que considere que una escisión de un territorio antes o en el momento de la independencia es sospechosa y, en cualquier caso, no está permitida sin el consentimiento libre y continuo de quienes tienen derecho a ejercer el derecho de autodeterminación (p. 8, para. 24). En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones orales de Kenia, doc. cit., p. 25, para. 12; Declaraciones orales de Nicaragua, doc. cit., pp. 45-46

Asimismo, Argentina recuerda que los territorios coloniales o de los territorios no autónomos poseen un estatus separado y distinto del territorio del Estado que los administra¹⁴². En consecuencia, fundamenta su argumentación agregando que en la Res.1514 se hace referencia a “un país” con el fin de completar la mención que se realiza respecto a “cualquier Estado”. Por lo cual, entiende que la sola referencia a un Estado en una resolución sobre descolonización no era suficiente¹⁴³. De allí la propia denominación de la resolución: “Declaración para la concesión de independencia a los países y pueblos coloniales”¹⁴⁴.

Refuerza su alegato teniendo en cuenta los trabajos preparatorios de dicha resolución. Destaca que en ellos se discute el contenido el párrafo 6¹⁴⁵, así como en lo establecido en la Res. AG 2063 (XX) de 1965, mediante la cual se solicita al Comité Especial de descolonización, en cooperación con la Secretaría General, qué medidas son necesarias para asegurar la integridad territorial y la soberanía de Basutolandia, Bechuanalandia y Swazilandia¹⁴⁶.

Argentina concluye que toda acción unilateral ejercida por una potencia administradora tendiente a la separación de una parte del territorio no autónomo es incompatible con el derecho internacional¹⁴⁷ e impide el

(Nicaragua agrega que la integridad territorial como elemento sustantivo de la libre determinación de los pueblos no solo está establecido en el para. 6 de la Res. 1514 sino también en su preámbulo, en su para. 4 (al igual que Argentina) y en su para. 7).

¹⁴² *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Argentina, doc. cit., p. 24, para. 64, haciendo referencia a la Declaración sobre Relaciones de Amistad de 1970.

¹⁴³ En igual sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones orales de Vanuatu, doc. cit., p. 31, para. 14.

¹⁴⁴ En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Mauricio, doc. cit., p. 102, para. 3.58.

¹⁴⁵ Haciendo referencia a los trabajos preparatorios en el seno de la AG sobre el para. 6 de la Res. 1514, Argentina menciona que lo que se discutió fue si este cubría o no una determinada situación, pero no su contenido en sí mismo. Agrega que incluso Reino Unido, cuando explica su abstención a votar la citada resolución, analiza y critica casi todos los párrafos de la resolución, pero no el párrafo 6to. (*Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Argentina, doc. cit., p. 16, para. 41).

¹⁴⁶ En el mismo sentido, Argentina cita las siguientes Resoluciones: a) del Consejo de Seguridad 389 (1976); b) de la Asamblea General: 33/24 del 29 de noviembre de 1978; 52/67 del 10 de diciembre de 1997 y 2066 (XX) del 16 de diciembre de 1965 (*Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Argentina, doc. cit., pp. 14-16 y 16-17, para. 41-43).

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 21, para. 54.

ejercicio del derecho a la libre determinación sobre toda la esfera espacial de aplicación¹⁴⁸. Sobre todo, porque ese derecho posee una esfera territorial.

Al respecto, Países Bajos agrega que los sujetos del derecho a la libre determinación o al “derecho a la descolonización” fueron en un primer momento definidos en términos del territorio. Fundamentalmente, porque tanto la CIJ¹⁴⁹ como la práctica de la ONU así lo demuestran. Menciona también que esa definición territorial de los sujetos del derecho a la libre determinación tiene un vínculo intrínseco con la aplicación del principio de integridad territorial en los territorios coloniales en relación con la implementación del derecho a la libre determinación¹⁵⁰.

La Unión Africana, también en la misma línea de razonamiento, reafirma dicha posición al decir que el derecho a la libre determinación se aplica a todos los habitantes de un territorio colonial en su unidad territorial¹⁵¹. Agrega que esa unidad colonial no puede ser desmembrada en forma previa a su independencia, tal como surge de los propios trabajos preparatorios de la Resolución 1514¹⁵² y de resoluciones posteriores de la AG, como la Res. 1573 y 1654 sobre Argelia. En efecto, mediante la primera, se reconoce la necesidad imperiosa de contar con garantías adecuadas y efectivas para la implementación exitosa y justa del derecho a la libre determinación sobre la base del respeto a la unidad y la integridad territorial de Argelia. Por medio de la segunda, se hace un llamamiento a las dos partes para que reanuden las negociaciones con miras a implementar el

¹⁴⁸ Opinión Consultiva sobre Chagos, Comentarios escritos de Argentina, doc. cit., pp. 13-14, para. 32. En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Belice, doc. cit., p. 21, para. 3.9, Declaración escrita de Sudáfrica, doc. cit., pp. 25-27, para. 62 y 65; Declaraciones orales de Chipre de 4 de septiembre de 2018, pp. 52-53; Declaración escrita de Brasil, doc. cit., para. 20.

¹⁴⁹ Países Bajos hace referencia a la OC de la CIJ sobre *Namibia*, no obstante lo dispuesto en la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad”, doc. cit., p. 16, para. 52) - *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones escritas de Países Bajos, doc. cit., p. 10, para. 3.14.

¹⁵⁰ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Países Bajos, doc. cit., p. 9-11, en particular, para. 3.13-315 y 3.17.

¹⁵¹ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de la Unión Africana, doc. cit., p. 35, para. 142.

¹⁵² En el mismo sentido: *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Chipre, doc. cit., p. 8, para. 25 y Declaración escrita de Belice, doc. cit., p. 17 para. 3.5.

derecho del pueblo argelino a la libre determinación y la independencia respetando la unidad y la integridad territorial de Argelia.¹⁵³

Cabe destacar que la UA señala que, por lo menos, 22 resoluciones de la AG y del CS fueron adoptadas en aplicación del párrafo 6 de la Res. 1514 aludiendo a que la integridad territorial de las unidades coloniales debía ser respetada previamente. Esas resoluciones que fueron relativas a África Sudoccidental¹⁵⁴, Basutolandia, Bechuanalandi y Swazilandia¹⁵⁵, Omán,¹⁵⁶ Adén¹⁵⁷, Nauru¹⁵⁸, Guinea Ecuatorial¹⁵⁹, Gibraltar¹⁶⁰, Archipiélago de las Comoras¹⁶¹ y Somalilandia francesa (Djibouti)¹⁶², involucraron además 26 territorios no autónomos y fueron adoptadas antes del desmembramiento de Chagos¹⁶³.

En el mismo sentido, así como también lo hacen otros Estados participantes¹⁶⁴, la UA menciona que las Res. AG 2066 (XX), 2232 (XXI) y

¹⁵³ En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Belice, doc. cit., p. 18, para. 3.6.

¹⁵⁴ A/RES/1899 (XVIII) aprobada por la Asamblea General el 13 de noviembre de 1963; A/RES/2074 (XX) aprobada por la Asamblea General el 17 de diciembre de 1965; A/RES/2248 (S-V) aprobada por la Asamblea General el 19 de mayo de 1967; A/RES/2372 (XXII) aprobada por la Asamblea General el 12 de junio de 1968 (aprobada por 96-2 con 18 abstenciones); S/RES/264 adoptada por el Consejo de Seguridad el 20 de marzo de 1969 (aprobado por 13-0 con 2 abstenciones); S/RES/269 adoptada por el Consejo de Seguridad el 12 de agosto de 1969 (aprobado por 11-0 con 4 abstenciones).

¹⁵⁵ A/RES/1817 (XVII) aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 1962; A/RES/2063 (XX) aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1965.

¹⁵⁶ A/RES/2302 (XXII) aprobada por la Asamblea General el 12 de diciembre de 1967; A/RES/12238 (XXI) aprobada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 1966.

¹⁵⁷ A/RES/2183 (XXI) aprobada por la Asamblea General el 12 de diciembre de 1966.

¹⁵⁸ A/RES/2347 (XXII) aprobada por la Asamblea General el 19 diciembre 1967.

¹⁵⁹ A/RES/2230 (XXI) aprobada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 1966; A/RES/2355 (XXII) aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 1967.

¹⁶⁰ A/RES/2353 (XXII) aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 1967.

¹⁶¹ A/RES/3161 (XXVIII) aprobada por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1973; A/RES/3291 (XXIX) aprobada por la Asamblea General el 13 de diciembre de 1974.

¹⁶² A/RES/3480 (XXX) aprobada por la Asamblea General el 11 de diciembre de 1975; 20s Dossier No. 171 de A/RES/2232 (XXI) aprobada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 1966; Dossier No. 198 de A/RES/2357 (XXII) aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 1967.

¹⁶³ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de la Unión Africana, doc. cit., pp. 36-38.

¹⁶⁴ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Argentina, doc. cit., pp. 19-20, para. 48-51; Declaración escrita de Belice, doc. cit., para. 4.1-4.2; Declaración escrita de Brasil, doc. cit., para. 23-24; Declaración escrita de Djibouti, doc. cit., p. 17-20, para. 35-42;

2257 (XXII), estas dos últimas sin ningún voto negativo, se refieren en forma expresa a la libre determinación y a su consecuencia: la integración territorial de Mauricio.¹⁶⁵ Aclara, por último, que el hecho de que algunos territorios no autónomos hubieran elegido libremente otros estatus diferentes al de independencia, no contradice el hecho de que la integridad territorial de las unidades coloniales deba ser mantenida hasta que el derecho a la libre determinación se haya ejercido de manera efectiva¹⁶⁶. Ello, a excepción de cuando esa integridad es imposible de mantener por disturbios, como sucedió en el caso de Ruanda-Urundi¹⁶⁷.

Mauricio agrega a lo dicho que el principio de integridad territorial en el derecho internacional se aplica a todas las partes del territorio, independientemente de la denominación que reciba de la potencia administradora, como en el caso de Mauricio que era catalogado por Reino Unido con el estatus de “dependencia administrativa”¹⁶⁸.

II.2.a. C.2. *Modo de ejercer la libre determinación*

En lo que respecta al modo de ejercer la libre determinación, las posiciones antagónicas adoptadas entre la mayoría y la minoría partieron, sin embargo, de un lugar común, todos entendieron que los límites territoriales de un territorio pueden modificarse en forma previa a la independencia mediando el consentimiento de los pueblos involucrados¹⁶⁹.

Declaración escrita de India, doc. cit., para. 57-65; Declaración escrita de Mauricio, doc. cit., pp. 228-233, para. 6.62-6.72; Declaración escrita de Namibia, doc. cit., p. 3; Declaración escrita de Nicaragua, doc. cit., pp. 4-5, para. 10-13 y Declaración escrita de Sudáfrica, doc. cit., p. 32, para. 78.

¹⁶⁵ En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Belice, doc. cit., p. 31, para. 4.1; Declaración escrita de India, doc. cit., para. 28-42 y Declaración escrita de Serbia, doc. cit., para. 32.

¹⁶⁶ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de la Unión Africana, doc. cit., p. 66, para. 199. En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Países Bajos, doc. cit., p. 11, para. 3.18-3.19.

¹⁶⁷ Ibidem, pp. 66-67, para. 200. En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Mauricio, doc. cit., p. 227, para. 6.58.

¹⁶⁸ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Mauricio, doc. cit., p. 112-113, para. 3.72.

¹⁶⁹ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Estados Unidos, doc. cit., p. 33, para. 3.50; Comentarios escritos de Reino Unido, doc. cit., p. 82, para. 4.53; Comentarios escritos de la Unión Africana, doc. cit., p. 32, para. 3.49; Declaración escrita de Belice, doc. cit., p. 21, para. 3.9.

Lo que no pudieron acordar fue la manera en que dicho consentimiento podía expresarse.

En efecto, Reino Unido y Estados Unidos expresaron, por ejemplo, que no había, a mediados de los años 60, ninguna norma de derecho internacional consuetudinario que estableciera alguna forma concreta de ejercer la libre determinación. Incluso, alegaron que aun asumiendo que esta hubiera existido, no había ninguna imposición que estableciera que la única manera de modificar las fronteras de un territorio fuera a través de un plebiscito¹⁷⁰. Como corolario y siguiendo lo expresado por la CIJ en la OC sobre el *Sahara Occidental*¹⁷¹, manifestaron que solo constituye un requisito en este contexto que la voluntad del pueblo que ejerce la libre determinación sea libre.

En consecuencia, tanto uno como otro país del norte, entendieron que existen diferentes mecanismos que pueden utilizarse para cumplimentar dicho requisito, el plebiscito o referéndum son los más comunes, pero no los únicos aceptables. Citaron como ejemplo la Resolución AG 54/90¹⁷² en donde se expresa que “referéndums, elecciones libres y justas y otras formas de consulta popular juegan un rol importante en reafirmar los deseos y aspiraciones de los pueblos”¹⁷³. Y, para fundamentar lo dicho, mencionaron que la práctica estatal de las posguerras demuestra que elecciones generales, así como otras formas de negociación y acuerdos con los representantes de los pueblos titulares de la libre determinación fueron utilizados y apoyados tanto por el Comité Especial de Descolonización como por Estados del Comité¹⁷⁴.

¹⁷⁰Ibidem. En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Reino Unido, doc. cit., p. 82, para. 4.51 y 4.52.

¹⁷¹ Ver Opinión consultiva de la CIJ sobre el *Sahara Occidental*, doc. cit., para. 55-59.

¹⁷² Estados Unidos cita como ejemplo de ello las manifestaciones efectuadas al respecto por países como Mali, Cambodia, Etiopía, India, Irak (*Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Estados Unidos, doc. cit., p. 34, nota 145). Ver Informe del Comité Especial encargado de examinar la situación con respecto a la Implementación de la Declaración sobre la Concesión de Independencia a los países y pueblos coloniales (U.N. DOC A.5800/Rev. 1, p. 225-325). En el mismo sentido, se expresa Reino Unido dando ejemplo de la utilización de elecciones en Swazilandia y Tanganyika (*Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Reino Unido, doc. cit., p. 82, para. 4.54).

¹⁷³ A/RES/90 aprobada por la Asamblea General el 4 de febrero de 2000, para. 15 del preámbulo.

¹⁷⁴ Ver *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Estados Unidos, doc. cit., p. 33-35.

La posición de la mayoría respecto al modo de ejercer la libre determinación, por el contrario, se sustenta en los párrafos 2 y 5 de la Res. 1514. El primero establece que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación y, en virtud de ello, pueden determinar su condición política y perseguir su desarrollo económico, social y cultural de forma libre. El segundo, por su parte, dispone que en los territorios en fideicomiso y no autónomos y en todos los demás territorios que no han logrado aún su independencia, deberán tomarse medidas para traspasar todos los poderes a los pueblos de esos territorios de manera inmediata. Ello, sin condiciones ni reservas, en conformidad con su voluntad y sus deseos expresados libremente. Asimismo, sin distinción de raza, credo ni color, para permitirles gozar de una libertad y una independencia absolutas.

Países Bajos, por su parte, recuerda, asimismo, que el principio por el cual la determinación del futuro estatus político por parte de un pueblo debe ser libre y una expresión genuina de la voluntad del pueblo como sujeto del derecho a la libre determinación política, “principio de la libre elección”, también se refleja en otros instrumentos internacionales que se ocupan de la descolonización. Cita, por ejemplo, los artículos 1 de los Pactos de 1966 que reconoce el derecho a la libre determinación y la Res. AG 2625 (XXV) que dispone el derecho de todos los pueblos de determinar libremente, sin interferencia externa, su estado político. Asimismo, la Res. AG 54/90 que se refiere, en primer lugar, a que los referéndums, las elecciones libres y justas, así como otras formas de consulta popular, juegan un rol importante para confirmar la voluntad y aspiraciones de los pueblos y, en segundo lugar, a que todas las opciones posibles para la libre determinación de los territorios son válidas en la medida que sean acorde con los deseos expresados por parte de los pueblos interesados de manera libre¹⁷⁵.

A su vez, todos los Estados que se expusieron al respecto, reconocen las competencias de la AG de decidir el estatus de un territorio en relación con el derecho a la libre determinación y a decidir cómo ese derecho debe ser ejercido, en concordancia con lo manifestado por la CIJ en *Sahara Occidental*. Se recuerda que, en dicha oportunidad, la CIJ expresó que el derecho a la libre determinación deja a la Asamblea General una medida de

¹⁷⁵ A/RES/54/90 aprobada por la Asamblea General el 4 de febrero de 2000. *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Países Bajos, doc. cit., p. 13, para. 3.28.

discreción con respecto a las formas y procedimientos a través de los cuales el derecho debe realizarse¹⁷⁶.

En función de ello, la mayoría de los países recién mencionados sostienen que la mayor parte de los casos de territorios no autónomos en los que se ejerció la libre determinación durante los años 50 y 60 se hizo bajo la supervisión de Naciones Unidas¹⁷⁷. Aclara que, en aquellos que no se aplicó, no fue, siguiendo a la CIJ en la OC sobre *Sahara Occidental*, porque se negara dicho derecho sino porque ese derecho no era aplicable en ciertas circunstancias.¹⁷⁸ En la citada OC, la CIJ manifiesta que la validez del principio de autodeterminación, definida como la necesidad de tener en cuenta la voluntad libremente expresada de los pueblos, no se ve afectada por el hecho de que en ciertos casos la Asamblea General ha prescindido del requisito de consultar a los habitantes de un determinado territorio. Esos casos se basaron en la consideración de que cierta población no constituía un “pueblo” con derecho a la autodeterminación o en la convicción de que una consulta era innecesaria, en vista de circunstancias especiales¹⁷⁹.

Teniendo en cuenta ello, Argentina también diferencia los términos “descolonización” de “autodeterminación” como lo hace Reino Unido¹⁸⁰ pero con un sentido muy diferente. Considera que existe una obligación de descolonizar incluso cuando el principio de autodeterminación no es

¹⁷⁶ C.I.J. *Sahara Occidental*, Opinión consultiva, doc. cit., p. 36, para. 71.

¹⁷⁷ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de la Unión Africana, doc. cit., p. 57, para. 177. En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Argentina, doc. cit. 48, p. 24, para. 64 y Declaración escrita de Países Bajos, doc. cit., pp. 13-14, para. 3.29.

¹⁷⁸ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Argentina, doc. cit., p. 20, para. 53. En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Mauricio, doc. cit., p. 216, para. 6.49 y de Países Bajos, doc. cit., p. 13, para. 3.27.

¹⁷⁹ Opinión consultiva de la CIJ sobre el *Sahara Occidental*, doc. cit., p. 33, para. 59. En el mismo sentido, Estados Unidos aclara que si la CIJ llegara a determinar en el presente caso que el derecho a la libre determinación existe en estas circunstancias y todavía puede ser ejercido, los titulares de ese derecho puede que no sean la población moderna de Mauricio. Señala, por ejemplo, que Seychelles ha indicado que un número significativo de habitantes de Chagos viven en su territorio y destaca que otros muchos viven en Reino Unido. Como corolario, determinar quién podría ser el titular del derecho a la autodeterminación, en este caso podría ser una tarea muy compleja (*Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Estados Unidos, doc. cit., p. 36, para. 4.4).

¹⁸⁰ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Reino Unido, doc. cit., pp. 65-66, para. 4.24.

aplicable, como sucede, por ejemplo, respecto de territorios no habitados que forman parte de la lista de territorios no autónomos a descolonizar¹⁸¹.

Mauricio y Países Bajos, por su parte, agregan que, en aquellos casos en donde se esperaba que la población colonial optara por la independencia, los deseos del pueblo fueron establecidos por el proceso político usual del territorio. En el resto de los casos, por ejemplo, cuando hubo integración o asociación, estándares democráticos estrictos fueron requeridos para el ejercicio de la libre voluntad y quizás los mejores modos fueron a través de plebiscitos o referéndums. Señalan que dichos mecanismos fueron utilizados, en especial, en los casos de división o partición del territorio¹⁸².

Países Bajos también hace referencia a que, en aquellos casos en donde hubo duda acerca de la expresión genuina del deseo de independencia, garantías adicionales se requirieron. Como ejemplo, cita el caso de Rodesia del Sur en donde el Consejo de Seguridad declaró la invalidez de la proclamación de la independencia por la minoría blanca reinante en 1965 y estableció la obligación de realizar otros acuerdos para lograr una transición pacífica y democrática, en donde la mayoría gobierne de manera genuina y se logre la independencia. Ello con arreglos que impliquen elecciones libres y justas sobre la base del sufragio universal adulto bajo la supervisión de Naciones Unidas a fin de que se alcance la descolonización del territorio de manera efectiva¹⁸³.

Vale mencionar, asimismo, que Países Bajos considera con respecto al principio de libre elección, que las negociaciones sobre futuros proyectos de cooperación entre el Estado administrador y los representantes legítimos de los habitantes de un territorio colonial deberían ser consideradas como

¹⁸¹ Se cita como ejemplo la A/RES/1542 (XV) aprobada por la Asamblea General el 15 de diciembre de 1960. Resolución en donde se considera a la colonia portuguesa sin población, São João Batista de Ajudá, como susceptible de ser enmarcada en el Capítulo XI de la Carta y, por tanto, sujeta a descolonización (*Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones orales de Argentina, doc. cit., pp. 44- 45, para. 23).

¹⁸² *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Mauricio, doc. cit. 42, p. 108, para. 3.66 y Declaración escrita de Países Bajos, doc. cit., pp. 11-13.

¹⁸³ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Países Bajos, doc. cit., p. 14, para. 3.30, haciendo referencia las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas S/RES/216, adoptada el 12 de noviembre de 1965 y S/RES/463 adoptada el 2 de febrero de 1980.

violatorias de dicho principio si estas se utilizan por parte de la potencia administradora para influir el acto de libre elección de las personas interesadas¹⁸⁴.

II.3. *Objetor persistente*

Como fuera mencionado en el punto II. 2.a. C.1., Reino Unido alega que aun considerándose a la libre determinación como un derecho consuetudinario en la fecha crítica de la OC ahora bajo análisis, mencionado derecho no lo sería aplicable al haberse constituido como objetor persistente por haberse opuesto en forma constante a la noción establecida en ese párrafo 6 de la Res. 1514 y haber votado sistemáticamente en contra o haberse abstenido en las resoluciones anuales de la Asamblea General relativas a la implementación de dicha resolución¹⁸⁵.

No obstante la posición adoptada por el citado país, la mayoría de los Estados que se exhibieron al respecto consideraron que la figura del objetor persistente no se configura cuando un país se abstiene de votar sino cuando hay una oposición manifiesta¹⁸⁶.

En esta línea de razonamiento, Mauricio efectuó un análisis pormenorizado del concepto y manifestó ciertas premisas importantes: a) la doctrina se ha referido al concepto de objetor persistente como situación excepcional cuyos requisitos se conforman en forma sucesiva o en cadena; b) la doctrina del objetor persistente no tiene aplicación respecto de normas imperativas como sería el derecho a la libre determinación¹⁸⁷; c) incluso si fuera legalmente posible para Reino Unido aislarse de las consecuencias de un principio, este no lo ha podido demostrar en sus escritos que se ha

¹⁸⁴ *Ibidem*, pp. 14-15, para. 3.31.

¹⁸⁵ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Reino Unido, doc. cit., p. 138-139, para. 8.60 y 8.61.

¹⁸⁶ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones orales de la Unión Africana de 6 de septiembre de 2018, p. 26, para.16. En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Argentina, doc. cit., p. 12, para. 29; Declaraciones orales de Nicaragua, doc. cit., p. 46, para. 59 y Declaraciones orales de Botsuana, doc. cit., pp. 38-39 para. 2.

¹⁸⁷ Mauricio cita el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Actos Internacionalmente Ilícitos, comentado por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (2001) en lo que respecta al artículo 26 (para. 5) en donde se concibe al mencionado derecho a la libre determinación como una norma de *ius cogens* (*Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Mauricio, doc. cit., p. 94, para. 3.44).

opuesto a la aplicación del derecho consuetudinario de la libre determinación de los pueblos. Por el contrario, ha invocado dicho derecho en los años 60 respecto del asunto de Gibraltar ante el Comité de los 24, por lo que existe una clara implicación de que Reino Unido acepta la existencia del derecho a la libre determinación¹⁸⁸.

A dicho razonamiento, Botsuana agrega que no es lógico que un Estado pueda derogar una obligación *erga omnes* por su objeción unilateral, sea esta persistente o no¹⁸⁹.

II.4. *Uti possidetis*

El principio de *uti possidetis* también fue tratado por algunos Estados. En este contexto vale destacar las participaciones de Argentina, Tailandia, Islas Marshall y Nigeria.

Argentina, por su parte, considera que el principio de *uti possidetis* no se aplica a la presente OC por varias razones. En primer lugar, porque estima que lo que Reino Unido sugiere es que una potencia administradora puede decidir por sí misma sobre los límites fronterizos de un territorio no autónomo antes de su independencia y que este luego se convierte en soberano sobre el territorio que la potencia ha determinado previamente.

Exterioriza, además, que dicha conclusión no coincide con el entendimiento que sobre el *uti possidetis iuris* de 1810 que se alcanzó en el siglo XIX cuando este surgió en América Latina. Aclara que 1810 es el año en el que comienzan las luchas por la independencia de los países del subcontinente respecto de España, pero no el año en el cual sus independencias se logran. Señala que, a partir de 1810, los países latinoamericanos dejaron de reconocer a las autoridades metropolitanas y, en consecuencia, cualquier accionar de esas autoridades respecto a los límites fronterizos de los citados países dejó de tener relevancia a los fines de la determinación de los límites fronterizos de los nuevos Estados independientes. Ello luego cobra aún más importancia en el siglo XX cuando se desarrolla el derecho internacional y se reconoce el derecho a la

¹⁸⁸ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Mauricio, doc. cit., pp. 93-100.

¹⁸⁹ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones orales de Botsuana, doc. cit., p. 39 para. 6.

libre determinación. A partir de ahí se diferencia el estatus legal de los territorios coloniales respecto de los territorios de las metrópolis y surge una organización universal que supervisa los procesos de descolonización.

Como resultado, expresa que una potencia administradora no puede alegar *utis possidetis* para mantener parte del territorio de una colonia a la vez que permite la descolonización sobre el resto. Dicha potencia no puede decidir unilateralmente el destino de un territorio colonial, el cual queda comprendido en las competencias reconocidas a Naciones Unidas bajo el capítulo XI de la Carta y sus desarrollos¹⁹⁰.

En segundo lugar, Argentina manifiesta que el objeto del *utis possidetis* cuando surgió en América Latina tenía dos finalidades en particular: a) evitar luchas entre países hermanos provocadas por diferencias fronterizas y b) evitar la recolonización de los territorios asignados por el antiguo poder colonial a una u otra división administrativa¹⁹¹. Objetivos estos, señala, que son muy distintos a la realidad del caso de la presente OC ya que lo que aquí se requiere es un análisis relativo a si el propósito de la potencia administradora de garantizar la independencia a una colonia mientras retiene parte del territorio de esta para sí, constituye una conducta de acuerdo con el párrafo 6 de la Res. 1514 (XV) o no.

En función de lo expuesto, el país del sur citado considera que la situación que se presenta en la presente OC es un caso de “devolución territorial incompleta”¹⁹².

En la misma línea de pensamiento, aunque por diferentes razones, Tailandia concuerda con la Argentina respecto a que el *utis possidetis* no tiene aplicación en la presente OC. Se refiere a este como un principio problemático en cuanto que presupone, en este caso, que las fronteras coloniales se hayan determinado y se haya respondido ya a la cuestión de si la autodeterminación se ha realizado plenamente.

¹⁹⁰ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Argentina, doc. cit., pp. 17-18. En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones orales de Vanuatu, doc. cit., pp. 34-35, para. 25.

¹⁹¹ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Argentina, doc. cit., p. 17, para. 43, haciendo referencia C.I.J. *Disputa Fronteriza*, sentencia del 22 de diciembre de 1986, p. 565, para. 20 y *Asunto de las fronteras colombo-venezolanas*, Sentencia Arbitral sobre el R.I.A.A., vol. 1, p. 228.

¹⁹² *Ibidem*, p. 18, para. 48.

Señala que la inviolabilidad de las fronteras heredadas de la colonización, ya sean heredadas de los límites coloniales internos o de las fronteras internacionales establecidas por las potencias coloniales, ha sido un factor importante para garantizar la estabilidad de las relaciones internacionales.

Sin embargo, indica que, en los casos de colonialismo, dicho principio puede consolidar una situación jurídica adquirida en violación a los principios fundamentales de justicia. Cita para justificar su postura a la CIJ en el asunto de *Diferencias fronterizas*. Manifiesta que allí la Corte concluye que el principio de *utis possidetis* congela el título colonial a la fecha crítica. Por lo que, en este caso, la cuestión clave no es sobre el carácter intangible de las fronteras coloniales sino saber si el pueblo de Mauricio prestó un consentimiento libre y pleno en el acuerdo que prevé la escisión territorial del Archipiélago de Chagos¹⁹³.

Islas Marshall por su parte, agrega, a lo arriba expresado, que el objeto de la aplicación del *utis possidetis* es asegurar estabilidad entre las naciones descolonizadas (incluyendo límites fronterizos comunes) y, en especial, prevenir la perpetuación de la entidad colonizadora. Por lo tanto, debe ser aplicado después de la renuncia de los poderes administradores y no antes, no como parte del proceso de alteración o segmentación pre-independencia de esas entidades territoriales, cuando las potencias administradoras lo realizan para su propio beneficio.

Como corolario, entiende que en una situación en la que la porción de los territorios colonizados se segmentó antes de la independencia reconocida, con porciones que caen en el bolsillo de la autoridad administradora, el derecho internacional trataría de no aplicar el principio de *uti possidetis* como una trampa técnica emprendida en el vacío, sino que, más bien, buscaría examinar el contexto en el que se quiere aplicar teniendo en cuenta su objetivo.

En función de eso, aclara que, si de hecho el *utis possidetis* se considera como una fotografía en el momento de la independencia, el examen de la fotografía debe revelar no solo las coordenadas geográficas

¹⁹³ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones orales de Tailandia de 6 de septiembre de 2018, doc. cit., p. 27, para. 29.

fijas, sino también la otra cara del retrato: el contexto político o las circunstancias en las que la fotografía fue tomada o para cuyo beneficio estaba destinada. Leer esto de cualquier otra manera sería, para Islas Marshall, perpetuar la extensión del mismo colonialismo que este principio pretende contrarrestar¹⁹⁴.

Asimismo, Nigeria se refiere al principio de *utis possidetis* y aclara que los límites fronterizos de un territorio no autónomo deben respetarse desde el momento en que se concede la independencia como un territorio sacrosanto que no puede ser modificado sino a través de un acuerdo¹⁹⁵. Agrega que el propósito del concepto es mantener la estabilidad territorial de los Estados recién creados o independientes en el momento de la descolonización y también resolver problemas relacionados con el título, la demarcación de límites y la delimitación de áreas marítimas en situaciones de inexistencia de un tratado.¹⁹⁶

II.5. Vicios del Consentimiento

Respecto al consentimiento prestado aparentemente por Mauricio para la escisión del Archipiélago de Chagos a través de un acuerdo con Reino Unido de 1965, dos grandes posturas también se formularon entre los participantes de la presente OC. No es objeto de este trabajo establecer las posiciones sobre hechos puntuales sobre las que se basan la mayoría de las posiciones adoptadas sobre este tema, sino dar cuenta de ciertos elementos de derecho de fondo que emanan de dichos planteamientos. No obstante, vale recordar que Mauricio alega haber sido objeto de presión por parte de Reino Unido a fin de firmar dicho acuerdo¹⁹⁷.

¹⁹⁴ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de las Islas Marshall, doc. cit., para. 25-26.

¹⁹⁵ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones orales de Nigeria, doc. cit., pp. 54-55, para. 18. En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Sudáfrica, doc. cit., p. 31, para. 76; Declaraciones orales de Vanuatu, doc. cit., p. 31, para. 13.

¹⁹⁶ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones orales de Nigeria, doc. cit., p. 55, para. 19.

¹⁹⁷ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Mauricio, doc. cit., pp. 235-250.

En función de ello y en lo que a la aplicación de los artículos 51 y 52 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT)¹⁹⁸ se refiere, Reino Unido manifestó en sus participaciones en el marco de la presente OC que no correspondía alegar la existencia de un consentimiento viciado por parte de Mauricio al momento de la firma del Acuerdo de 1965 porque no se daban ninguno de los supuestos establecidos en los artículos arriba citados. En consecuencia, el consentimiento otorgado por dicho país en ese contexto debía ser considerado como válido.

Posturas antagónicas y muy interesantes se encuentran, en especial, de parte de dos Estados: Islas Marshall y Tailandia. El primero, contradice lo dicho por Reino Unido aludiendo que la CVDT no es aplicable al presente caso por dos razones cuyo fundamento se encuentra en el artículo 4 de dicho instrumento jurídico relativo a la irretroactividad de su aplicación¹⁹⁹. En primer lugar, señala que Mauricio no era un Estado al momento de la firma del acuerdo ya que este se realizó en 1965 y, recién en 1968, Mauricio obtuvo su independencia. En segundo lugar, menciona que la irretroactividad convenida para la aplicación de dicha convención impide su aplicación respecto de acuerdos previos a su adopción en 1969, como sería el firmado entre Reino Unido y Mauricio de 1965²⁰⁰.

Por su parte, Tailandia efectúa toda una elaboración de cómo debe considerarse e interpretarse un tratado firmado entre partes desiguales, como sucede entre una potencia colonial y el Estado que busca su libre determinación. En función de ello, hace alusión a que los tratados celebrados durante el proceso de independencia o sus secuelas no pueden

¹⁹⁸ Los artículos 51 y 52 de la CVDT rezan de la siguiente manera:

Artículo 51: “Coacción sobre el representante de un Estado. La manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado que haya sido obtenida por coacción sobre su representante mediante actos o amenazas dirigidos contra él carecerá de todo efecto jurídico”.

Artículo 52: “Coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza. Es nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas”.

¹⁹⁹ El artículo 4 de la CVDT reza de la siguiente manera: “Irretroactividad de la presente Convención. Sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera normas enunciadas en la presente Convención a las que los tratados estén sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de la Convención, esta solo se aplicará a los tratados que sean celebrados por Estados después de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto a tales Estados”.

²⁰⁰ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Mauricio, doc. cit., para. 16-21.

analizarse como tratados comunes. Por el contrario, tal como lo mencionara el vicepresidente de la CIJ, Yusuf, en su declaración en *Somalia v. Kenia*²⁰¹, las cuestiones relacionadas con los tratados concluidos en el periodo colonial e inmediatamente poscolonial deben examinarse a la luz de sus circunstancias particulares, las cuales, a menudo, son únicas.²⁰²

Asimismo, Tailandia indica que los tratados concluidos entre un Poder colonial y sus colonias o con un Estado independiente menos poderoso, se basa en una injusticia fundamental. La práctica de los Estados asiáticos demuestra que a menudo fueron revisados o extinguidos²⁰³. Ello, de manera independiente a que dicho instrumento califique como un tratado bajo la Convención de Viena o no^{204 205}.

Como corolario, citado país se pregunta si existen mecanismos en el derecho internacional que puedan aliviar los efectos de la desigualdad entre las partes de un tratado sin que ello afecte la validez propia del tratado en cuestión y concluye que sí.²⁰⁶ Basa su razonamiento en que, a pesar de que la CVDT no es directamente aplicable en estos casos, sí contiene pautas interpretativas a las que la Corte puede recurrir para dar sentido a estos instrumentos. En ese contexto, señala que los artículos 31 a 33 de la CVDT²⁰⁷ serían el punto de partida natural. Ello, porque, aunque estas

²⁰¹ C.I.J. *Delimitación Marítima en el Océano Índico* - Objeciones Preliminares, Sentencia del 2 de febrero de 2017, Declaración del Vicepresidente Yusuf, p. 56. *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones orales de Tailandia doc. cit., p. 21, para. 12

²⁰² *Ibidem*, p. 21, para. 13

²⁰³ *Ibidem*, p. 22, para. 15

²⁰⁴ *Ibidem*, pp. 21- 22, párrafo 14

²⁰⁵ En sus declaraciones orales, Tailandia cita en este sentido a A. Peters, "Treaties, Unequal", Max Planck Encyclopaedia of Public International Law, online edition, updated: Feb. 2018, paras. 8-22.

²⁰⁶ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones orales de Tailandia, doc. cit., p. 22, para. 15.

²⁰⁷ Los artículos 31 a 33 de la CVDT establecen lo siguiente:

Artículo 31: "Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

disposiciones no proporcionan reglas específicas para la interpretación de tratados desiguales, contienen indicios pertinentes²⁰⁸.

Señala que dichos indicios son en esencia tres. El primero, se aplica al momento cuando el Tribunal determina la intención de las partes. Allí, este debe tener en cuenta que el texto realmente refleja la voluntad de la parte más fuerte. El segundo, y de conformidad con la regla básica codificada en el párrafo 1 del artículo 31 de la CVDI, los términos del tratado deben interpretarse en su “contexto”. Y, el tercero, en virtud del artículo 32 de la CVDI, “las circunstancias en que se concluyó el tratado” pueden tenerse en cuenta como un medio de interpretación complementario²⁰⁹.

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

Artículo 32: “Medios de interpretación complementarios.

1. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.

Artículo 33: “Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas.

1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.

2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.

3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.

4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el para. 1, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 39, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado”.

²⁰⁸ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones orales de Tailandia, Audiencia Pública, doc. cit., p. 23, para. 17.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 23, para. 18.

A continuación, explica cada uno de esos indicios y menciona lo siguiente. En principio, un tratado es el producto y el reflejo de la voluntad de las partes. Por lo tanto, los términos utilizados en un tratado deben interpretarse sobre la base de una búsqueda de la intención común de las partes²¹⁰. Sin embargo, los tratados desiguales con mayor frecuencia, si no siempre, reflejan la voluntad de una de las partes en lugar de su intención común. Frente a esta desigualdad manifiesta, el Tribunal debe tener en cuenta la equidad que se expresa en su aspecto *infra legem*. Es decir, esa forma de equidad que constituye un método de interpretación de la ley y es una de sus cualidades²¹¹. Además, en la situación particular de los tratados desiguales, el principio venerable de que “limitaciones a la independencia de los Estados no se presumen” gana intensidad. La máxima de interpretación según la cual, en caso de duda, una limitación de la soberanía debe interpretarse de manera restrictiva²¹², debe ser un beneficio fortuito para la parte más débil²¹³.

En cuanto al segundo indicio “las disposiciones de un tratado también deben interpretarse en su contexto”, estima que ello no se limita al texto del instrumento. En efecto, para Tailandia está claro en el párrafo 2 del artículo 31 de la CVDT que otros acuerdos alcanzados entre las partes al momento de la celebración del tratado, o más ampliamente que los instrumentos consensuados relacionados con el tratado también son parte del contexto. En otras palabras, se trata de determinar lo que las partes se dijeron entre sí cuando se concluyó el tratado. Además, los acuerdos posteriores entre las partes también son relevantes para determinar el significado de las disposiciones del tratado. En función de ello, considera que todas estas pautas interpretativas guían a la Corte a determinar el significado del tratado y la intención de las partes²¹⁴.

Tailandia opina, además, que este amplio mandato de examinar las palabras en su contexto debe incluir la consideración de otros aspectos

²¹⁰ C.I.J. *Disputa sobre derechos de navegación y derechos conexos* (Costa Rica c. Nicaragua), Sentencia del 13 de julio de 2009, p. 242, para. 63.

²¹¹ C.I.J. *Disputa fronteriza* (Burkina Faso/Níger), Sentencia del 16 de abril de 2013, p. 567-568, para. 28.

²¹² *Zonas francas de Alta Saboya y del País de Gex*, Sentencia, 1932, C.P.J.I. Serie A/B No. 46, p. 167.

²¹³ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones orales de Tailandia, doc. cit., pp. 23-24, para. 19.

²¹⁴ *Ibíd.*, p. 24, para. 20.

críticos del mismo. En relación con ello, señala que la desigualdad de las relaciones entre las partes constituye la matriz esencial de las condiciones de celebración del tratado y se refleja en el contenido de este. En consecuencia, entiende que para comprender el contexto en el que se concluyó un tratado, o la formulación de los derechos y obligaciones que el acuerdo incorpora, nada podría ser más significativo que la relación real entre las partes al momento de la conclusión. Estima que este contexto de desigualdad es un factor central para determinar el significado de las disposiciones pertinentes del tratado. Tal como lo señaló la CIJ en su primera sentencia en el caso de África Sudoccidental al concluir que las circunstancias de la adopción del Mandato fueron significativas para detectar la verdadera intención de las partes interesadas²¹⁵.

Seguidamente, indica que el uso de medios de interpretación adicionales previstos en el artículo 32 de la CVDT conduce al mismo resultado ya que se invita a la Corte a considerar y evaluar la relación entre las partes. Tailandia comenta que si existe una desigualdad sustancial, como suele suceder en los casos de las relaciones coloniales, es importante tenerlo en cuenta en el proceso interpretativo y el citado artículo autoriza a la Corte a hacerlo²¹⁶.

Recuerda que el recurso a las medidas complementarias del artículo 32 de la CVDT no es automático y solo se justifica en caso de ambigüedad u oscuridad en el texto, o si la aplicación del artículo 31 conduce a un resultado absurdo o irrazonable. Asimismo, resalta que una interpretación que, en aplicación del artículo 31, ya tuvo en cuenta la desigualdad de las relaciones entre las partes, sería confirmada por el análisis de las circunstancias específicas de la conclusión del tratado, en virtud del artículo 32 citado²¹⁷.

Por último, concluye que, cuando las relaciones entre las partes en un tratado son desiguales, existe una buena posibilidad de que el texto sea ambiguo, lo que justificaría aún más el uso del artículo 32 de la CVDT. Y, agrega, dependiendo de las circunstancias y los términos de un tratado

²¹⁵ C.I.J. *África Sudoccidental* (Etiopía v. Sudáfrica, Liberia v. Sudáfrica), Sentencia - Excepciones Preliminares - del 21 de diciembre de 1962, p. 341. *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones orales de Tailandia, doc. cit., p. 24, para. 21

²¹⁶ *Ibidem*, pp. 24-25, para. 22.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 25, para. 23.

desigual, una interpretación particular de este puede conducir a un absurdo manifiesto o un resultado irracional. En resumen, entiende que existen varias razones que justificarían el uso de medios de interpretación complementarios en el caso de tratados desiguales²¹⁸.

II.6. Actos unilaterales de la Potencia Administradora

Pocos países se explayaron en forma específica sobre los actos unilaterales de las potencias administradoras. Argentina fue uno de ellos. Fundamentalmente expresó que la práctica internacional demuestra que en los procesos de descolonización corresponde a la Asamblea General determinar qué territorios están dentro del ámbito del Capítulo XI de la Carta y la Resolución 1514 (XV), así como la forma en que el territorio debe ser descolonizado, los pasos a seguir para completar el proceso y el momento en el cual un territorio deja de incluirse en la lista de territorios no autónomos.

En consecuencia, las Potencias administradoras no pueden adoptar medidas unilaterales que incumben a la AG en el proceso de descolonización. Esta prohibición incluye medidas constitucionales, económicas y militares. Es decir que, cuando se trata de asuntos de interés y responsabilidad internacional tratados en el marco de la ONU, las potencias administradoras no poseen la capacidad de decidir de manera unilateral sobre estos asuntos. Ello deviene también de concebir al territorio bajo proceso de descolonización con “estatus diferente y separado” del territorio del Estado que lo administra, como lo indica la Declaración de Relaciones Amistosas citada con anterioridad.

Argentina agrega que la práctica de la Asamblea General demuestra que este órgano no ha aceptado una acción unilateral, como la organización de referéndums por parte de las potencias coloniales, sin su participación y decisión, así como tampoco el intento de excluir unilateralmente un territorio de la categoría a la que el Capítulo XI y la Resolución 1514 (XV) se aplica. También ha condenado el uso de los recursos naturales de una manera decidida solo por la Potencia administradora o el establecimiento de

²¹⁸ *Ibidem*, p. 25, para. 24.

bases militares. Asimismo, se descartó una declaración unilateral de independencia en un territorio no autónomo.

En consecuencia, concluye que el ejercicio de la autoridad administradora en este marco se limita a poner fin al colonialismo sin condiciones. Cualquier otra clase de ejercicio se encuentra fuera del alcance de sus competencias. Por lo tanto, la separación por parte de la potencia administradora de parte de un territorio no autónomo en proceso de descolonización para mantenerlo bajo su soberanía es una medida unilateral incompatible con el derecho internacional. De hecho, por definición, las medidas unilaterales a este respecto son incompatibles con la idea misma del multilateralismo y, en particular, con el papel y las atribuciones que poseen las Naciones Unidas en este campo a través de la Asamblea General y su órgano subsidiario pertinente²¹⁹.

II.7. Responsabilidad Internacional del Estado por violación del derecho a la libre determinación de los pueblos

En lo que concierne a las consecuencias de violentar el principio de libre determinación de los pueblos, Países Bajos manifiesta que una violación al derecho de libre determinación por parte del Estado administrador equivale a un hecho internacionalmente ilícito que conlleva la responsabilidad internacional de ese Estado²²⁰. En función de ello y dado que la obligación del Estado administrador de respetar y promover el derecho a la libre determinación de los habitantes que residen en el territorio colonial administrado no solo se debe a los habitantes del territorio colonial, sino también *vis-à-vis* la comunidad internacional en su conjunto, esa obligación es una obligación *erga omnes*²²¹.

Como resultado, para Países Bajos, una violación del derecho a la autodeterminación de los habitantes del territorio colonial por parte del Estado administrador no conlleva solo la responsabilidad internacional del

²¹⁹ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Argentina, doc. cit., p. 20-21.

²²⁰ En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Sudáfrica, doc. cit., p. 34, para. 86-88; Declaración escrita de la Unión Africana, doc. cit., p. 53, para. 216.

²²¹ Se recuerda que, en la OC de la CIJ sobre el *Muro*, la Corte reconoce que la obligación de respetar el derecho a la libre determinación es una obligación *erga omnes* (C.I.J. *Muro*, Opinión Consultiva, doc. cit., p. 136, para. 155).

Estado administrador con respecto a los habitantes del territorio colonial, sino también con respecto a terceros Estados²²².

Citado país continúa su declaración y resalta que no solamente la obligación de respetar el principio de libre determinación sino la de promover la realización de dicho derecho constituyen una obligación *erga omnes*. Lo cual, siguiendo lo manifestado por la CIJ en la OC sobre el *Muro*, estima que ello se conecta con lo establecido por la Res. 2526 y el artículo 1 (3) de las Convenciones de 1966 que, a su vez, se consideran derecho internacional consuetudinario²²³.

En cuanto a las consecuencias legales de la violación del principio de libre determinación, la mayoría efectúa las siguientes observaciones:

1) Se considera que mencionado principio se ha violentado cuando la partición del territorio colonial no ha resultado del ejercicio de la libre determinación del pueblo en cuestión o cuando la aprobación de esa partición se ha obtenido por parte de la potencia administradora o de un tercer Estado bajo alguna clase de presión ejercida hacia el pueblo del territorio colonial o sus representantes legítimos. Como corolario y dado el carácter de norma imperativa que posee el derecho a la libre determinación, el acto de partición en sí mismo es nulo en concordancia con el principio *ex injuria jus non oritur*.²²⁴ De todos modos, la ausencia de verdadera libertad en el ejercicio a la libre determinación tanto del pueblo como de sus representantes debe ser probada²²⁵.

2) En virtud del carácter *erga omnes* del derecho a la libre determinación, la conducta de terceros Estados, hayan estado en connivencia o no con la potencia administradora, que violente el citado derecho conlleva su responsabilidad internacional²²⁶. Y esa responsabilidad no solo es hacia los habitantes del territorio colonial sino también hacia

²²² *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Países Bajos, doc. cit., p. 16, para. 4.1-4.2. En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Mauricio, doc. cit., p. 255, para. 7.8.

²²³ *Ibídem*, p. 16, para. 4.4.

²²⁴ En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones orales de Chipre, doc. cit., p. 55, para. 13-15 y de Nicaragua, doc. cit., p. 44, para. 49.

²²⁵ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Países Bajos, doc. cit., pp. 17-18, para. 4.8.

²²⁶ *Ídem*. En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Mauricio, doc. cit., pp. 280-281.

todo Estado que tenga interés en la protección del derecho a la libre determinación de los habitantes de ese territorio colonial²²⁷.

3) El artículo 41 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad por Actos Internacionalmente Ilícitos del Estado establece que terceros Estados no deben reconocer como legal una situación creada tras una seria violación a una norma imperativa de derecho internacional. Tal como sería el derecho a la libre determinación, tanto de acuerdo con los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas a dicho artículo²²⁸ como a lo dicho por la propia CIJ en sus OC sobre *Namibia*²²⁹ y el *Muro*^{230, 231}. Asimismo, dichos terceros Estados deben promover el proceso de descolonización y facilitar la transferencia de la administración hacia el territorio colonial²³².

²²⁷ *Ibidem*, p. 18, para. 4.9. En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Djibouti, doc. cit., p. 11, para. 22; Declaración escrita de Serbia, doc. cit., para. 47 y Declaraciones orales de Kenia, doc. cit., p. 25, para. 11.

²²⁸ Comentarios al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Actos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, artículo 41, para. 5.

²²⁹ En la Opinión consultiva sobre Namibia, la CIJ observó que la terminación del mandato y la declaración de ilegalidad de la presencia de Sudáfrica en Namibia son oponibles a todos los Estados en el sentido de prohibir *erga omnes* la legalidad de una situación que se mantiene en violación del derecho internacional (traducción no oficial de C.I.J. Namibia, Opinión Consultiva, doc. cit., p. 16, para. 126).

²³⁰ En la Opinión consultiva sobre el *Muro*, la CIJ manifestó, después de concluir que se había violado la obligación *erga omnes* de respetar el derecho de autodeterminación del pueblo palestino (C.I.J. *Muro*, Opinión Consultiva, doc. cit., p. 136, para. 155) que, dado el carácter y la importancia de los derechos y obligaciones involucrados, todos los Estados tienen la obligación de no reconocer la situación ilegal resultante de la construcción del muro en el territorio palestino ocupado, incluso en Jerusalén oriental y sus alrededores (traducción no oficial de C.I.J. *Muro*, Opinión Consultiva, doc. cit., p. 136, para. 159).

²³¹ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Países Bajos, doc. cit., pp. 18-19, para. 4.10. En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaraciones orales de Chipre, doc. cit., p. 54, para. 9, Declaración escrita de la Unión Africana, doc. cit., pp. 63-65 y Comentarios escritos de Mauricio, doc. cit., p. 191.

²³² *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Djibouti, doc. cit., p. 22, para. 50. En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Mauricio, doc. cit., p. 282, para. 7.66. En la misma línea, La Unión Africana fundamenta este derecho en lo dispuesto por la Res. 2526 (XXV) en cuya parte pertinente establece que:

“Todo Estado tiene el deber de promover, mediante acción conjunta o individual, la aplicación del principio de la igualdad soberana de derechos y de la libre determinación de los pueblos, de conformidad con las disposiciones de la Carta, y de prestar asistencia a las Naciones Unidas en el cumplimiento de las obligaciones que se le encomiendan por la Carta respecto de la aplicación de dicho principio, a fin de:

a) fomentar las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados; y

4) La separación de una parte de un territorio colonial en contra de la voluntad de su población genera, para la potencia administradora que realiza el acto, la obligación de eliminar todas las consecuencias del acto ilegal lo antes posible y restablecer la situación que habría existido si ese acto no se hubiera cometido²³³. La Unión Africana suma a ello la obligación de efectuar reparaciones tal como la CIJ lo manifestó en la OC sobre el *Muro*²³⁴ y la CPJI en el caso de la *Fábrica de Chorzow*²³⁵; en concordancia con los artículos 31 (1)²³⁶ y 34²³⁷ del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad por Actos Internacionalmente Ilícitos del Estado²³⁸.

b) poner fin al colonialismo, teniendo en cuenta la voluntad libremente expresada de los pueblos a la subyugación de que se trate; y teniendo presente que el sometimiento de los pueblos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una violación del principio, así como una denegación de los derechos humanos fundamentales, y es contraria a la Carta de las Naciones Unidas” (*Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de la Unión Africana, doc. cit., p. 65, para. 251).

²³³ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Belice, doc. cit., p. 33, para. 4.4., en donde cita C.P.J.I. *La fábrica de Chorzów*, Sentencia, Series A, 17mo. y los comentarios al artículo 35 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (Anuario de la CDI (2001), Volumen II, Parte II, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre los trabajos de su quincuagésimo tercer período de sesiones, documento A/CN.4/ SER.A/2001/Add.1 (Parte 2), p. 97, para. 5). Dicho artículo (Restitución) reza de la siguiente manera: “La restitución puede tomar la forma de restitución material o devolución del territorio”. En el mismo sentido, ver *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Cuba, doc. cit., pp. 1-2; Declaración escrita de Serbia, doc. cit., para. 47; Declaraciones orales de Nicaragua, doc. cit., p. 47, para. 65; Declaraciones orales de Sudáfrica, doc. cit., p. 17-18, para. 39; Declaración escrita de la Unión Africana, doc. cit., p. 55, para. 220 y Declaración escrita de Mauricio, doc. cit., pp. 255-258

²³⁴ El Estado violador tiene la obligación de hacer reparaciones por los daños causados a todas las personas naturales y legales afectadas (traducción no oficial de C.I.J. *Muro*, Opinión consultiva, doc. cit. 77, p. 198, para. 152).

²³⁵ En el asunto de la *Fábrica de Chorzow* la C.P.J.I. declaró que la reparación debida implicaba, en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si ese acto no se hubiera cometido (traducción no oficial de C.P.J.I., *Fábrica de Chorzow* (Alemania c. Polonia), doc. cit., p. 47).

²³⁶ Citado artículo reza de la siguiente manera: “El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito” (Anuario de la CDI (2001), doc. cit. p. 96).

²³⁷ Mencionado artículo dispone “[L]a reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada, de conformidad con las disposiciones del presente capítulo” (Anuario de la CDI (2001), doc. cit. 101).

²³⁸ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de la Unión Africana, doc. cit., pp. 59-60.

5) Además, cuando un proceso de descolonización se ha iniciado, pero no se ha finalizado, la potencia administradora es responsable a nivel internacional por la continuidad de su accionar ilegal, tal como lo establece la Comisión de Derecho Internacional al comentar el artículo 14 (2) del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos²³⁹ y lo ha confirmado la CIJ en las OC sobre el *Muro*²⁴⁰ y *Namibia*²⁴¹.²⁴²

Vale aclarar que la minoría solo se expide sobre cuestiones legales en cuanto al tiempo en que la descolonización debe realizarse. Ello porque en la OC sobre *Namibia* la CIJ expresó que Sudáfrica se encontraba bajo la obligación de renunciar a su administración de Namibia de manera inmediata y que, por lo tanto, debía poner un punto final a su ocupación del territorio²⁴³, tal como lo cita Mauricio en sus comentarios²⁴⁴.

²³⁹ El mencionado artículo 14 (2) establece lo siguiente: “2. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional”. En sus comentarios, la CDI manifiesta al respecto lo siguiente: “[E]jemplos de hechos ilícitos continuados son mantener en vigor disposiciones legislativas incompatibles con las obligaciones contraídas en virtud de tratados del Estado que las ha promulgado, detener ilegalmente a un funcionario extranjero u ocupar ilegalmente locales de embajadas, mantener por la fuerza un dominio colonial...” (Anuario de la CDI (2001), doc. cit., p. 62, para. 3). Al respecto, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Djibouti, doc. cit., p. 21, para. 46 y ss; Declaración escrita de Madagascar, doc. cit., p. 2, para. final; Declaración escrita de Brasil, doc. cit., para. 23; Declaración escrita de Unión Africana, doc. cit., p. 56, para. 225-226; Declaración escrita de Mauricio, doc. cit., pp.253-254 y Comentarios escritos de Argentina, doc. cit., p. 27, para. 72.

²⁴⁰ En la Opinión consultiva sobre el *Muro*, la CIJ manifestó que la obligación de un Estado responsable por un hecho internacionalmente ilícito de poner fin a ese acto está bien establecida en el derecho internacional general, y la Corte en numerosas ocasiones ha confirmado la existencia de dicha obligación (traducción no oficial de C.I.J. *Muro*, Opinión consultiva, doc. cit., para. 150).

²⁴¹ En dicha OC la CIJ expresó que, siendo la continua presencia de Sudáfrica en Namibia ilegal, Sudáfrica se encuentra bajo la obligación de renunciar a su administración de Namibia de manera inmediata y, en consecuencia, poner fin a su ocupación en el territorio (traducción no oficial de C.I.J. *Namibia*, Opinión Consultiva, doc. cit., para. 133).

²⁴² Al respecto, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Djibouti, doc. cit., p. 21, para. 46 y ss; Declaración escrita de Madagascar, doc. cit., p. 2, para. final; Declaración escrita de Brasil, doc. cit., para. 23; Declaración escrita de Unión Africana, doc. cit., p. 56, para. 225-226; Declaración escrita de Mauricio, doc. cit., pp. 253-254 y Comentarios escritos de Argentina, doc. cit., p. 27, para. 72.

²⁴³ Traducción no oficial de C.I.J. *Namibia*, Opinión consultiva, doc. cit., para. 133 (1).

²⁴⁴ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Mauricio, doc. cit., pp. 251-270, para. 7.2-7.41.

Al respecto, Reino Unido manifiesta que ningún tiempo es establecido por ley en este sentido ya que la Carta de Naciones Unidas deja a discreción su determinación y cita, como ejemplo, el artículo 73 de dicho cuerpo normativo²⁴⁵. Además, aclara que Mauricio no menciona en sus escritos que las circunstancias de Sudáfrica eran muy particulares en ese caso ya que el mandato de Namibia había terminado de manera válida en el marco de la AG y que el CS había decidido que Sudáfrica debía retirarse de Namibia inmediatamente y antes de una fecha precisa²⁴⁶.

II.8. *Derecho de asentamiento como derecho humano*

Algunos participantes que formaron parte de la posición mayoritaria en el presente caso hicieron referencia a la deportación de los habitantes de Mauricio. En particular, de Chagos. Reconocieron a esta como una violación intrínseca a sus derechos humanos y resaltaron sus derechos al reasentamiento en el mismo marco. En particular, como una obligación que debía asumir la potencia administradora tras violentar el derecho a la libre determinación del pueblo de Mauricio. Es decir, como una consecuencia natural de su responsabilidad internacional por la comisión de un hecho ilícito²⁴⁷. Basaron su posición común en el artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos²⁴⁸.

Mauricio, asimismo, hace referencia a las observaciones efectuadas por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas respecto de

²⁴⁵ Artículo 73 de la Carta de San Francisco, doc. cit. Ver *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Reino Unido, doc. cit., p. 91, para. 5.10.

²⁴⁶ *Ibidem*, para. 5.12.

²⁴⁷ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Mauricio, doc. cit., p. 271, para. 7.46.

²⁴⁸ Argentina, por ejemplo, hace alusión a la deportación de la población de Mauricio como violatoria de los artículos 1, 2 y 12 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; de los artículos 1, 2 y 6 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de los artículos 1 y 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (*Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Argentina, doc. cit., p. 21-23). Mauricio, por su parte, se refiere al derecho de los refugiados y de las personas desplazadas haciendo alusión a diferentes periodos de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas respecto a la *Realización Universal del Derecho de los Pueblos a la Libre Determinación* (*Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Mauricio, doc. cit., p. 273, nota al pie 810). En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de la Unión Africana, doc. cit., p. 54, para. 217, punto (iv) y Declaraciones orales de Sudáfrica, doc. cit. 51, p. 17-18, para. 39.

Reino Unido e Irlanda del Norte de 2008, en donde se manifiesta que la potencia administradora debe asegurar que los isleños de Chagos puedan ejercer su derecho de retornar a su territorio²⁴⁹.

II.9. Principio de solución pacífica de las controversias

La mayoría de los Estados participantes de la presente OC hicieron referencia de manera directa o tangencial al principio de solución pacífica de las controversias. Sin embargo, Argentina es uno de los pocos que se explaya de forma expresa al respecto. Manifiesta que se trata de un principio de derecho internacional contemporáneo establecido en el artículo 2, párrafo 3, de la Carta de Naciones Unidas y reconocido por la CIJ en diferentes oportunidades²⁵⁰. Adiciona que el Artículo 26 de la CVDT establece que la obligación de negociar debe realizarse de buena fe. Como corolario, y ya en el contexto de los procesos de descolonización, manifiesta que esta obligación se encuentra reforzada por el deber de poner fin al colonialismo lo más rápido posible, como lo establecen las Declaraciones contenidas en la Res. AG 2625 y 1514 y lo resalta la CIJ en la OC sobre el *Sahara Occidental*²⁵¹.

²⁴⁹ *Concluding Observations of the Human Rights Committee: United Kingdom and Northern Ireland* (30 July 2008), para. 22 (Dossier No. 397) - *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Mauricio, doc. cit., p. 275, para. 7.55.

²⁵⁰ En primer lugar, en la sentencia de la CIJ sobre *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, en donde la Corte declara que el principio que las partes de cualquier disputa, en particular una disputa que de continuar es probable que ponga en peligro el mantenimiento de la paz internacional, debe buscar una solución por medio pacíficos (traducción no oficial: C.I.J. Sentencia sobre el mérito del 27 de junio de 1986, p. 145, para. 290). En segundo lugar, en la sentencia de la CIJ sobre la *Plataforma continental del Mar del Norte*. En la cual, según la Corte, la obligación de negociar constituye una aplicación especial de un principio que subyace en todas las relaciones internacionales y que, además, se reconoce en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas como uno de los métodos para la solución pacífica de las controversias internacionales. Además, declara que no es necesario insistir en el carácter fundamental de este método de solución (traducción no oficial de C.I.J. *Plataforma continental del Mar del Norte*, Sentencia, doc. cit., p. 47, para. 86). Y, en tercer lugar, en la sentencia de la CIJ sobre las *Pasteras en el Río Uruguay* en donde la Corte menciona que el Tribunal también ha tenido ocasión de llamar la atención sobre las características de la obligación de negociar y sobre la conducta que esto impone a los Estados interesados y señala que las Partes están obligadas por tanto a conducirse de manera que las negociaciones tengan sentido (C.I.J. *Pasteras en el Río Uruguay*, Sentencia del 20 de abril de 2010, p. 67, para. 146).

²⁵¹ *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Declaración escrita de Argentina, doc. cit., p. 23-24.

III. SÍNTESIS ARGUMENTATIVA

Como se puede vislumbrar, la participación de los Estados y de la Unión Africana en la presente Opinión Consultiva es extremadamente rica. En particular, porque supera los factores coyunturales que llevaron a la Asamblea General a pedir la opinión de la Corte Internacional de Justicia y plantea cuestiones de derecho, tanto de carácter procesal como sustantivo. Las cuales demuestran la existencia de ciertas evoluciones en materia de derecho internacional, como la concepción de la mayoría respecto a la naturaleza y evolución del derecho a la libre determinación de los pueblos.

Desde una perspectiva procesal, el aporte que brindan los citados participantes se trasluce, en especial, en lo que a la facultad discrecional de la Corte se refiere. Al discutirse si una diferencia bilateral puede o no quedar subsumida a una cuestión de mayor relevancia como son aquellas que generan interés para la comunidad internacional, el propio concepto de disputa bilateral, así como la importancia de respetar el principio del consentimiento judicial y la determinación de cuándo se está ante una situación de interés para la comunidad internacional necesitaron ser especificados.

Es así como, para quienes representaron la minoría en este asunto, una cuestión bilateral es aquella cuya resolución genera efectos directos sobre los elementos que constituyen las diferencias esenciales entre dos Estados. De allí la necesidad que poseyeron de hacer valer el principio de consentimiento judicial e intentar separar el derecho procesal del derecho sustantivo al decir que mencionado principio prevalece aun cuando el objeto de la controversia constituya una norma *erga omnes*.

Fundamentalmente, porque entendieron que, si la cuestión a tratar por la Corte pudiera producir consecuencias para un Estado, dicho Estado debe poder ejercer su derecho de brindar o no su consentimiento para que el órgano judicial trate el asunto. De lo contrario, consideraron que se estaría violentando la voluntad soberana de dicho Estado, incluso si el mecanismo por el cual el tribunal interviniente que entiende el asunto es de naturaleza consultiva.

Resulta interesante señalar, en este contexto, el esfuerzo efectuado por Corea del Sur a fin de identificar situaciones en las que el principio de consentimiento debería prevalecer en procedimientos consultivos. En ese marco, menciona al menos tres: 1) cuando la comunidad internacional busca la resolución judicial de una disputa bilateral sin que medie el consentimiento para ello de uno de los Estados parte involucrados en ella; b) cuando la cuestión ya ha sido llevada ante un órgano judicial y c) cuando el objeto de la consulta implique para el tribunal interviniente el ejercicio de su función judicial inherente.

En lo que a la definición de cuándo se está ante una situación de interés para la comunidad internacional, vale rescatar que la mayoría participante en la OC bajo examen concluye que, para poder identificarla, deben darse un conjunto de premisas de forma simultánea. Ellas se sintetizan en que la situación pueda enmarcarse en un contexto mayor al de una simple cuestión bilateral; que la importancia de dicha circunstancia sea expresada por la comunidad internacional (en este caso, a través de la Asamblea General de las Naciones Unidas) y que el efecto de tratar dicha situación (en este asunto mediante el ejercicio de la función consultiva de la CIJ), constituya una obligación debida a la comunidad internacional.

En lo que se refiere a la contribución de la presente OC en materia de derecho de fondo, es dable decir que tanto los Estados como la Unión Africana participantes efectuaron un gran aporte sobre una diversidad de temas de los cuales la naturaleza, el contenido y el ejercicio de la libre determinación de los pueblos en la década del 60 constituyen sin duda unos de los principales.

Sobre citado derecho vale mencionar, en primer lugar, que el análisis que efectúan tanto la minoría como algunos Estados de la mayoría se dividió, en esencia, en dos cuestiones. En primer lugar, en el carácter propio que poseen las resoluciones de la AG y, en particular, la 1514 sobre descolonización. En segundo lugar, si dicha resolución refleja o no una costumbre internacional.

Sobre el primer punto, se resalta la contribución brindada por los Estados que se oponen a la concepción clásica, sostenida por Reino Unido y Estados Unidos, relativa a que, salvo en los casos establecidos como excepción en la Carta de San Francisco, las resoluciones adoptadas por la

AG tienen un efecto meramente declarativo y no generan obligaciones internacionales.

En efecto, Islas Marshall, Serbia y Argentina consideran, por diferentes razones, que las resoluciones de la AG sobre descolonización se separan de alguna manera de la regla recién enunciada debido a que poseen ciertas características que las convierten en obligatorias para la comunidad internacional.

Al respecto, resulta interesante destacar que esas visiones estatales no solo no se contraponen, sino que, en realidad, se van perfeccionando o profundizando hasta mostrar su versión más acabada a través de la postura argentina.

Ello, porque, por ejemplo, Islas Marshall parte de la idea de que las resoluciones de la AG sobre esta materia constituyen *soft law* por el efecto político persuasivo que poseen. De lo contrario, entiende que se podría cuestionar el propio propósito de la AG. De allí que considere que mencionadas resoluciones constituyen un nexo entre el derecho temprano y el emergente.

Serbia, por su parte, estima que las resoluciones en cuestión constituyen guías políticas cuyo basamento legal se encuentra en la propia Carta de San Francisco por lo que deben ser interpretadas de acuerdo con esta. Considera, en consecuencia, que conforman direccionamientos que no pueden ser ignorados.

Argentina, va más allá aún y, utilizando dichos de la propia CIJ, alega que existen resoluciones de la AG que conforman la expresión de ciertos poderes implícitos que la Carta de San Francisco le otorga al citado órgano para el ejercicio de sus funciones esenciales, como sería en todo lo atinente a descolonización. Como corolario, las expresiones de la AG en dicha materia constituyen obligaciones legales que, aunque imperfectas, rudimentarias y elásticas, efectúan determinaciones obligatorias y poseen un diseño operativo.

La cuestión, en cambio de si la Res. 1514 constituye o no el reflejo de una costumbre internacional existente en la época, parte de la coincidencia entre la minoría y la mayoría de que, al menos hasta 1960, no

existía, en el derecho internacional, una norma de naturaleza convencional que estableciera a la libre determinación de los pueblos como derecho. En función de ello, el gran aporte que efectúa la mayoría de los participantes en esta OC es respecto a su evolución hasta efectivamente convertirse en tal, el cual, entiende que se encuentra reflejado en la Resolución arriba mencionada.

Para la mayoría entonces, el desarrollo del derecho a la libre determinación encuentra sus puntos de inicio en el Tratado de Versalles de 1918 y en la Carta de San Francisco de 1945. Su contenido y ejercicio se van definiendo luego a través tanto de las resoluciones adoptadas por la Asamblea General en la década del 50 como mediante los casos de efectivo ejercicio del citado derecho por parte de territorios no autónomos y fiduciarios hasta 1965. A su vez, también, por medio de las negociaciones de las convenciones de derechos humanos del 66.

La mayoría entiende, asimismo, que la existencia de dicho derecho se confirma a través de las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad de la ONU en la década del 60 así como mediante las referencias que la propia CIJ efectúa sobre la Res. 1514 en asuntos posteriores.

En cuanto al contenido mismo de la Res. 1514, fue su párrafo 6to., referido a la integridad territorial, el que se convirtió en el centro de las argumentaciones de los participantes en esta OC. Principalmente, porque la presunta violación del derecho a la libre determinación, en este caso correspondiente a Mauricio, se habría producido mediante la inobservancia de su integridad territorial.

Las posiciones de Reino Unido y Estados Unidos se ampararon en la idea de que existía práctica estatal que avalaba la legalidad de la modificación de un territorio no autónomo antes o durante su efectiva independencia, como había sucedido con el desprendimiento de Chagos respecto de Mauricio. Asimismo, en que Reino Unido se había constituido como un objetor persistente respecto de ese particular párrafo de la Res. 1514.

La mayoría, en cambio, partió en su argumentación de que el principio consuetudinario de la integridad territorial implica no solo la imposibilidad de ejercer autoridad estatal sobre el territorio de otro Estado,

sino también evitar la modificación de sus fronteras y reconocer y proteger la composición territorial de los demás Estados. Además, recuerda que los territorios no autónomos o fiduciarios poseen un estatus separado y distinto del Estado que los administra y que los pueblos de dichos territorios fueron definidos e identificados en función del territorio en el que se encontraban. Al final, da cuenta de un número significativo de resoluciones de la AG y del CS que demuestran que la necesidad de respetar la integridad territorial de esta clase de territorios nace antes de sus independencias.

En lo atinente al ejercicio de la libre determinación de los pueblos, tanto la minoría como la mayoría de los participantes en esta OC concluyeron que sí se podía modificar las fronteras territoriales de un territorio no autónomo o fiduciario antes de su independencia en la medida en que dicha modificación fuera el fruto del ejercicio de la voluntad libre de su pueblo.

Sin embargo, y ante la discusión sobre la existencia o no de una norma consuetudinaria que estableciera el modo efectivo de manifestar esa voluntad, este se convirtió en el punto principal de discordia en este marco. Para la minoría, cualquier manera podría ser factible. La mayoría, en cambio, sostiene que en la gran parte de los casos de territorios no autónomos o fiduciarios en los que se ejerció la libre determinación durante las décadas de los 50 y 60, se hizo bajo la supervisión de Naciones Unidas²⁵². A su vez, aclara que, en aquellos casos en donde este no pudo ejercerse, no fue porque se negara dicho derecho sino porque ese derecho no era aplicable en ciertas circunstancias. Como sería, verbigracia, los casos en donde los habitantes de un territorio no autónomo o fiduciario no quedarán comprendidos en el concepto de “pueblo” con derecho a la autodeterminación o cuando, por las circunstancias especiales del caso, una consulta popular sería innecesaria.

Otro concepto sobre el cual la participación de los Estados en la presente OC es significativa es lo relativo al objeto persistente. Al respecto, quienes se expusieron en contra de su aplicación en este asunto concluyeron que este concepto no se configura por simples abstenciones en

²⁵² *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de la Unión Africana, doc. cit., p. 57, para. 177. En el mismo sentido, *Opinión Consultiva sobre Chagos*, Comentarios escritos de Argentina, doc. cit., p. 24, para. 64 y ss, Declaración escrita de Países Bajos, doc. cit., pp. 13-14, para. 3.29.

votaciones de resoluciones sino, por el contrario, que es necesario para su reconocimiento una sistemática oposición a la aplicación de una norma dispositiva.

También la participación de algunos Estados en esta OC constituye un importante aporte respecto del principio de *utis possidetis*. Entre ellos, se destacan, por un lado, Argentina, quien, luego de hacer referencia a su evolución histórica, teniendo como punto de partida el desconocimiento de la autoridad colonial española en 1810, antes de que efectivamente los Estados latinoamericanos bajo su poder devinieran independientes, diferencia la aplicación efectiva de dicho principio del caso objeto de la presente OC, al decir que este último se trata, en realidad, de una devolución incompleta del territorio. En esencia, por entender que el objeto del *utis possidetis* es evitar la recolonización por parte de una potencia colonial respecto de los territorios que antes conformaban una de sus divisiones administrativas, así como evitar luchas fratricidas entre Estados vecinos.

Por otro lado, Islas Marshall, entiende que el *utis possidetis* debe ser aplicado tras la renuncia de administración de los territorios coloniales por parte de la potencia administradora y no antes, durante el proceso de pre-independencia, cuando dicha potencia puede efectuar subdivisiones o alteraciones territoriales para su beneficio. Como corolario, entiende que el contexto en el que dicho principio busca ser aplicado también debe ser analizado. De lo contrario, se podría estar permitiendo extender la situación colonial que se busca dar por terminada.

En materia de vicios en el consentimiento, se subraya la participación de dos Estados. El primero de ellos fue Islas Marshall, quien concluyó que la CVDT no tiene aplicación sobre entidades que no constituyen Estados, como sería el caso de un territorio no autónomo o fiduciario, y tampoco sobre situaciones acontecidas en forma previa a su entrada en vigor, tal como el propio artículo 4 de dicho instrumento normativo lo aclara.

El segundo Estado a destacar en este sentido es Tailandia, quien intenta establecer un mecanismo de interpretación para los tratados o acuerdos que, a pesar de no poder ser considerados tratados, son celebrados entre partes desiguales. En esencia, porque entiende que aquellos acuerdos que se han firmado durante un proceso de independencia o como

consecuencia de este no pueden considerarse como realizados entre iguales. Alega que, por el contrario, la práctica entre potencias administradoras occidentales con colonias en Asia demuestra que ellos, en la mayoría de los casos, han sido revisados o dejados sin efecto.

En consecuencia, y a los fines de “corregir” las desigualdades existentes entre las partes con el propósito de mantener la vigencia de esos tratados, elabora un “protocolo” que debe seguirse para su interpretación. Lo interesante de este es que utiliza los parámetros establecidos en los artículos 31-33 de la CVDT y establece tres pasos para llegar a su cometido.

En el primero de ellos, el tribunal debe poder establecer que el tratado en cuestión refleja la voluntad de la parte más fuerte y aplicar el principio que establece que, en caso de duda, la limitación a la soberanía debe interpretarse de manera restrictiva.

En el segundo, se debe tener en cuenta el contexto en el cual dicho tratado fue firmado, teniendo en consideración para eso, también, otros tratados que hubieran sido firmados entre las mismas partes a fin de poder conocer la realidad de la relación bilateral que se refleja en el tratado bajo examen.

En el tercero, destinado a los casos en que se llegue a una interpretación absurda o irracional, los mecanismos interpretativos podrían también utilizarse, tal como lo establece el artículo 32 del cuerpo normativo arriba citado.

En materia de actos unilaterales en contextos de descolonización, se destaca lo aportado por Argentina al decir que el ejercicio de la autoridad administradora en este marco se limita a poner fin al colonialismo sin condiciones. Cualquier otra clase de acción se encuentra fuera de su alcance ya que queda comprendida en el ámbito de competencias propias de la AG de la ONU. Básicamente, porque un territorio bajo proceso de descolonización posee un “estatus diferente y separado” del territorio del Estado que lo administra.

Asimismo, resulta interesante la perspectiva planteada por algunos países de la mayoría en lo que concierne a la responsabilidad internacional del Estado por la comisión un hecho ilícito, en este caso, por violación del

derecho a la libre determinación de los pueblos en su calidad de norma *erga omnes*. Dicho aporte se vislumbra tanto desde el punto de vista de la vulneración del ejercicio efectivo del derecho como desde la obligación que conlleva de promover la realización de este.

Como corolario, se destaca la violación del derecho a la libre determinación no solo por parte de la potencia administradora hacia la población colonial sino también hacia aquellos terceros que poseen interés en que el ejercicio a la libre determinación se efectivice. Asimismo, se hace hincapié en las obligaciones de restablecer la situación tal como se encontraba antes de la violación, de efectuar reparaciones y finalizar o completar el proceso de libre determinación que, por alguna razón, ha sido paralizado. Vale aclarar que una de las novedades de este caso es que ciertos participantes hicieron referencia a la obligación de restituir a su lugar de origen a la población de Chagos deportada. Ello, no solo como un derecho humano sino también como una consecuencia natural de la obligación de restablecer la situación tras haberse quebrantado la libre determinación de Mauricio.

Finalmente, resulta destacable también el aporte efectuado en lo que al principio de solución pacífica de las controversias se refiere. Argentina hace alusión a este dentro del ámbito particular de la descolonización y lo traduce como la obligación de negociar de buena fe para poner fin al colonialismo lo antes posible.

IV. CONCLUSIÓN

En definitiva, las participaciones tanto de ciertos Estados como de la Unión Africana en la Opinión consultiva sobre las “Consecuencias legales de la separación del Archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965” ha sido un verdadero aporte al derecho internacional en general y, en particular, al derecho de la descolonización.

Sobre el primero, porque en ellas se vislumbran ciertas definiciones de conceptos cuya aplicación en la práctica no pareciera resultar tan simple como el de disputa bilateral, consentimiento judicial, cuestión de interés para la comunidad internacional, objetor persistente y vicios del consentimiento.

Asimismo, porque hacen llegar a la Corte Internacional de Justicia ciertos análisis y fundamentos que se distancian de las interpretaciones conservadoras y que permiten pensar en nuevos caminos de evolución jurídica. Es el caso de los aportes efectuados por Islas Marshall, Serbia y Argentina respecto a la naturaleza de ciertas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas; del “protocolo” que Tailandia propone para interpretar tratados o arreglos convencionales entre partes desiguales y de las aclaraciones que efectúan Argentina e Islas Marshall respecto del principio del *utis possidetis*.

Ya en el campo exclusivamente del derecho de descolonización, no solo las participaciones arriba anunciadas demuestran la concordancia mayoritaria de posiciones respecto a la naturaleza, desarrollo y ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos ayudando a definirlos y demostrando una evolución en el derecho en este sentido, sino que también efectúan aclaraciones enriquecedoras de conceptos y principios del derecho internacional general desde la perspectiva de la libre determinación arriba citada.

Es así como la integridad territorial, los actos unilaterales, la responsabilidad internacional del Estado y el principio de solución pacífica de las controversias, por ejemplo, se muestran con nuevos matices que permiten analizarlos de una manera más acabada y completa.