



EL DERECHO

Director: Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Pablo María Garat

Luis María Caterina

Martín J. Acevedo Miño

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

¿Quo vadis Malvinas?

por ADRIÁN F. J. HOPE^(*)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. RECAPITULACIÓN DE LA CUESTIÓN MALVINAS. A) PRIMERA ETAPA: 1833-1945. B) SEGUNDA ETAPA: 1945-1960. CREACIÓN DE LA ONU. C) ETAPA POSTERIOR A 1960. – III. STATUS ACTUAL DEL TEMA. – IV. DESCOLONIZACIÓN DE MAURICIO. A) CONSENTIMIENTO DE MAURICIO A LA SEPARACIÓN. B) AVANCE SOBRE LA COMPETENCIA CONTENCIOSA DE LA CORTE. – V. ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE EL DERECHO DE DESCOLONIZACIÓN. – VI. ALGUNAS SIMILITUDES ENTRE AMBOS CASOS. – VII. COMENTARIOS FINALES.

I Introducción

El 22 de mayo de este año 2019, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) votó una resolución por la que, entre otras cosas, “[e]xige que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte retire su administración colonial del archipiélago de Chagos de manera incondicional en un plazo no superior a seis meses, a fin de que Mauricio pueda completar la descolonización de su territorio con la mayor rapidez posible” (*sic*)⁽¹⁾.

El respaldo inmediato de este tan singular pronunciamiento fue una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia (CIJ o simplemente “la Corte”) emitida el

pasado 25 de febrero que dictaminó que el proceso de descolonización de la República de Mauricio, que había obtenido su independencia en 1968, quedó incompleto y fue hecho en violación del derecho internacional. Mauricio es una excolonia británica y consiste en un conjunto de islas ubicado en el océano Índico, aproximadamente a 900 kilómetros al este de Madagascar, y esa ilegalidad –según la Corte– obedece a que, dos años y medio antes de la independencia, el Reino Unido había separado el archipiélago de Chagos, que formaba parte del territorio de la colonia, y creado una unidad territorial nueva llamada British Indian Ocean Territory (BIOT). Ese segundo archipiélago está ubicado a 2200 kilómetros al nordeste de Mauricio y el Reino Unido, entre los años 1967 y 1973, había desplazado su población de poco menos de 1400 habitantes sin permitirles su regreso, para ceder la isla principal del grupo, llamada Diego García, libre de ocupantes, a los Estados Unidos, que instaló una base militar que hoy sigue en pleno funcionamiento allí.

La Corte opinó que, en ese proceso de descolonización, la creación y retención del BIOT había violado el principio de integridad territorial de Mauricio fijado por la resolución 1514 (XV) de 1960 de la ONU, que contiene la histórica Declaración de la Asamblea General sobre la concesión de independencia a los países y pueblos coloniales. El principio de integridad territorial, junto con el derecho de autodeterminación, que también fue violado por los mismos hechos, constituyen los dos pilares de la descolonización establecidos por esa declaración y, en consecuencia, el Reino Unido estaba obligado a poner fin a su administración del archipiélago de Chagos lo antes posible⁽²⁾.

El precedente ofrece un caso muy interesante y nada frecuente en el que el reintegro de un territorio a su legítimo pueblo titular organizado ya en forma de Estado soberano (o, más precisamente, el retiro de la administración británica del él) constituye la vía prescripta por la Asamblea General para completar un proceso de descolonización que, medio siglo antes, había quedado a mitad de camino por quebrantamiento del principio de integridad territorial.

(2) Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, ICJ Reports, 2019 (I). Lo decidido por la Corte en este dictamen (en adelante citada como “Opinión Consultiva de Mauricio”) guarda similitud con lo que ella había decidido en su opinión consultiva sobre Namibia el 21-6-71 (Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia [South West Africa] Notwithstanding Security Council Resolution 276 [1970]), International Law Reports, Lauterpacht, t. 49, págs. 3 y 48 (en adelante citada como “Opinión Consultiva Namibia”). Ambos pronunciamientos opinaron que la potencia administradora de un territorio no autónomo está obligada a devolverlo a su legítimo pueblo (técnicamente, “poner fin a su administración”). Pero si bien en aquel caso fue para permitir que el pueblo de Namibia (sometido a la administración de Sudáfrica) ejerciera su derecho de autodeterminación en relación con la totalidad de su territorio (ver resolución 2145 [XXI] de 1966 de la Asamblea General), este caso tiene tres particularidades que lo distinguen: (i) el “pueblo” ya estaba constituido desde 1968 como Estado independiente, (ii) el territorio separado en 1965 representaba solo una parte del territorio total de la República de Mauricio, y (iii) su propósito fue “completar” una descolonización que había quedado parcialmente trunca por causa de esa misma separación. En ambos casos entra en juego el mismo derecho de libre determinación en relación con un territorio no autónomo. Pero en el caso Mauricio, por haberse creado el BIOT, entra en juego también –en la misma dirección y con la misma fuerza– el principio de integridad territorial.

Técnicamente hablando, el dictamen de la Corte fue consultivo y se emitió con el “solo fin” de asistir a la Asamblea en su misión descolonizadora. Sin embargo, emanada del principal órgano judicial de la ONU, crea un precedente que constituye fuente de derecho internacional en términos del art. 38, párr. 1º, inc. d), de su estatuto y su peso radica no solamente en poseer la máxima auctoritas en derecho internacional, sino que, en este caso particular, su opinión fue votada por una mayoría muy contundente, con registro de un solo voto en disidencia. Cuando la Asamblea General en sus resoluciones dirige consignas a países miembros normalmente emplea locuciones tales como “invita”, “insta”, “solicita”, “exhorta”, etc. En este caso, en vista del pronunciamiento tan terminante de la Corte, la Asamblea General usa la palabra “exige” (ver párr. 3º transcripto) y fija un plazo de seis meses.

Esta modalidad de descolonización que, haciendo aplicación de la resolución 1514 (XV) 1960, consiste en la devolución a un Estado existente de un territorio que le fue desmembrado en el pasado por una potencia colonial es “exactamente” a lo que aspira la República Argentina en su disputa con el Reino Unido por la descolonización de las Islas Malvinas. Por este motivo, el caso Mauricio merece ser analizado con cierto detenimiento, ya que, si bien tiene una historia bien diferente, presenta varias coincidencias que podrían dejarnos algunas enseñanzas.

En enero de 2019 se cumplieron 186 años desde que Gran Bretaña ocupó las Islas Malvinas y, a pesar del tiempo transcurrido y las gigantescas transformaciones que vivió el mundo, y la propia Argentina, en ese prolongado lapso de tiempo las perspectivas de encontrar alguna solución a la controversia se presentan hoy, en el mejor de los casos, como remotas. ¿Hay alguna otra vía posible?

II Recapitulación de la cuestión Malvinas

Para saber de dónde venimos y dónde estamos en esta larga disputa es útil recapitular la evolución del tema en sus tres fases o etapas, que intentaré resumir.

a) Primera etapa: 1833-1945

Hasta terminada la Segunda Guerra Mundial el diferendo se reducía a una disputa bilateral referida al territorio de las islas. De haber existido una confrontación arbitral o judicial, el debate se hubiera centrado en forma exclusiva en torno a qué títulos presentaba cada parte ante el tribunal actuante⁽³⁾. Argentina hubiera esgrimido dos títulos, uno

(3) Ver BECK, PETER J., *Cooperative Confrontation in the Falkland Islands Dispute: The Anglo-Argentine Search for a Way Forward 1968-1981*, Journal of Inter-American Studies and World Affairs, 24 (1) February, 1982 y *The Falkland Islands as an International Problem*, Routledge, London, 1988. BERASATEGUI, VICENTE E., *Malvinas. Diplomacia y conflicto armado*, Buenos Aires, Proa, 2011. BETTS, ALEJANDRO J., *Historia de las Islas Malvinas*, Córdoba, Córdoba en América Latina, 1998. BOLOGNA, ALFREDO B., *Los derechos de Inglaterra sobre las Islas Malvinas: prescripción*. BOYSON, V. F., *The Falkland Islands*, Oxford at the Clarendon Press, 1924. CAILLET-BOIS, RICARDO R., *1903-1977, Una tierra argentina*, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, 1982. CARRIL, BONIFACIO DEL, *The Malvinas/Falkland Case*, Buenos Aires, Ciga, 1982 y *La cuestión de las Islas Malvinas*, Buenos Aires, Emecé, 1982. COCONI, LUCIANA, *¿Islas Malvinas o Falkland Islands? La cuestión de la soberanía sobre las islas del Atlántico Sur*, Maestría en Estudios Internacionales, Universitat de Barcelona. COSTA MÉNDEZ, NICANOR, *Malvinas. Esta es la historia*, Buenos Aires, Sudamericana, 1993. CONSEJO ARGENTINO PARA LAS RELACIONES INTERNACIONALES (CARI), *Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur. Diplomacia Argentina en las Naciones Unidas 1945-1981*, Buenos Aires, Del Carril Impr., 1983-1985, 4 tomos. CONSEJO ARGENTINO PARA LAS RELACIONES INTERNACIONALES

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *La disputa anglo-argentina sobre los títulos a las Islas Malvinas: posiciones británicas cambiantes sobre la cuestión de la soberanía desde 1910*, por PETER J. BECK, ED, 114-924; *Declaración de guerra y de estado de sitio por el conflicto con Gran Bretaña por las Islas Malvinas*, por GERMÁN J. BIDART CAMPOS, ED, 98-971; *Aportes para solucionar aspectos constitucionales vinculados a la reconquista de las Malvinas*, por GERMÁN J. BIDART CAMPOS, ED, 98-973; *Novedades de Derecho Constitucional Europeo: Nueva Constitución para las Islas Malvinas. Novedades en el Proceso de Ratificación del Tratado de Lisboa*, por TERESA DOLORES SILVA, EDCO, 2008-798; *Malvinas: ¿no es hora de que intervenga el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas?*, por MARIO SANTIAGO STRUBBIA, EDCO, 2009-475; *Matrimonio en Malvinas: acto jurídico inexistente*, por MARÍA DEL ROSARIO DE LA FUENTE, ED, 236-881; *Algunas reflexiones con relación a los “bloqueos” y la cuestión Malvinas*, por LEOPOLDO MARIO ADOLFO GODIO, ED, 247-766; *Malvinas, ¿causa nacional o caso nacional?*, por MARCO A. RUFINO, ED, 252-884; *La Convención sobre el Derecho del Mar. Análisis sobre el límite exterior de la plataforma continental argentina. Caso Malvinas y Antártica*, por SOFÍA JOSEFINA DANESSA, ED, 267-817; *La disposición transitoria primera de la Constitución Nacional sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes*, por RICARDO TOMÁS GEROSA LEWIS, EDCO, diario 14.594 del 21-3-19. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(*) El autor es Abogado, egresado de la UCA, Diploma de Honor. LL.M. de Harvard. Exprofesor de la UCA de Derecho Internacional y de Relaciones Internacionales. Miembro de la American Society of International Law.

El autor agradece los comentarios y estímulos aportados a este artículo por el señor embajador Juan Eduardo Fleming. También agradece al señor embajador Eduardo Airdali por facilitarle el acceso a algunas citas. Los errores y defectos que pueda tener este trabajo corren por cuenta exclusiva del autor.

(1) Resolución 73/295. El voto fue de 116 a favor, 6 en contra (Reino Unido, Estados Unidos, Australia, Israel, Islas Maldivas y Hungría) y 56 abstenciones. Ver editoriales del diario La Nación del 11-3-19 y 11 y 14 de junio de 2019, y GODIO, LEOPOLDO M. A. - RODRÍGUEZ, FACUNDO D., *La Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia referida a la separación del archipiélago de Chagos. Reflexiones sobre la cuestión Malvinas*, La Ley, 5-4-19.

CONTENIDO

DOCTRINA

¿Quo vadis Malvinas?, por Adrián F. J. Hope.....

de carácter derivativo, basado en el derecho de la sucesión de Estados y la doctrina *uti possidetis juris* en razón de que España (i) había poseído y gobernado ininterrumpidamente el archipiélago desde el 10 de abril de 1767, fecha en que recibió Puerto Louis de Francia⁽⁴⁾ y (ii) lo había incluido en 1766 como territorio perteneciente a la Capitanía General de Buenos Aires y, algunos años después, al Virreinato del Río de la Plata, dependiendo de Buenos Aires⁽⁵⁾. El otro título es de carácter originario, basado en la ocupación de las islas desde su toma de posesión formal el 9 de noviembre de 1820 hasta su ocupación forzada, que se produjo en 1833, período en el cual el Gobierno de Buenos Aires, actuando Luis Vernet y sus seguidores como autorizados desarrolladores del archipiélago, se establecieron allí haciendo base en la isla Soledad⁽⁶⁾.

LES - COMISIÓN NACIONAL PARA LA CONMEMORACIÓN DEL CINCUENTENARIO DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur. Diplomacia argentina en la Organización de los Estados Americanos*, Buenos Aires, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 2004, 2 tomos. FERRER VIEYRA, ENRIQUE, *List of British Documents Related to the Falkland (Malvinas) Islands Controversy*, Córdoba, El Copista, 1993 y *Las Islas Malvinas y el derecho internacional*, 2ª ed. ampliada, Lerner Editora, septiembre 2007. GAMBINI, HUGO (dir.), *Crónica documental de las Malvinas*, Buenos Aires, Sánchez Teruela, 1982, 3 tomos ilustrados. GOEBEL, JULIUS, *The Struggle for the Falkland Islands*, prefacio: J.C.J. Metford, Londres, Yale University Press, 1982. GROUSSAC, PAUL, *1848-1929. A propósito de las Islas Malvinas*, Buenos Aires, Banco Nacional de Desarrollo, 1982, *1848-1929. Las Islas Malvinas*, Buenos Aires, Comisión Protectora de Bibliotecas Populares, 1936 y *Les Iles Malouines*, Editorial Coni, 1910, en francés. HIGGINS, ROSALYN, *Problems and Process. International Law and How to Use It*, Oxford, Clarendon Press, Chapter 7, "Self Determination", pág. 127. HOPE, ADRIÁN F. J., *Sovereignty and decolonization of the Malvinas (Falkland) Islands*, Boston College International and Comparative Law Review, vol. 6, Issue 2, article 3, 5-1-83. KOHEN, MARCELO, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Presses Universitaires de France, 1997. LAVER, ROBERTO C., *The Falklands/Malvinas Case, Breaking the Deadlock in the Anglo-Argentine Sovereignty Dispute*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, 3 tomos ilustrados. OLIVERI LÓPEZ, ÁNGEL, *La clave del enigma*, Buenos Aires, GEL, 1992 y *Key to an Enigma: British Sources Disprove British Claims to the Falkland/Malvinas Islands*. PEREYRA, EZEQUIEL F., *Las Islas Malvinas, soberanía argentina. Antecedentes. Gestiones diplomáticas*, Buenos Aires, Ediciones Culturales Argentinas, 1969. RAVENAL, EUGENIO A. L., *Las islas de la discordia. El asunto Malvinas*, Buenos Aires, Sudamericana, y *Isles of Discord - A File on the Falklands (Malvinas)*, published in Switzerland, Sborny and Ventura Books, Case postale 436, CH-1211 Genève 3-Rive. Artículos: *Las conversaciones especiales Argentina-Gran Bretaña sobre comunicaciones entre el territorio continental argentino y las Islas Malvinas de 1970-72*. HERNÁNDEZ, JOSÉ, artículo periodístico acerca de las Islas Malvinas, publicado en El Río de la Plata en noviembre de 1869, citado en HERNÁNDEZ, JOSÉ, *Las Islas Malvinas*, Buenos Aires, Joaquín Gil Editor, 1952. Groussac, *Saavedra Lamas y Palacios frente al problema de las Malvinas*, artículo periodístico acerca de las Islas Malvinas, por JOSÉ S. CAMPOBASSI, La Nación, 26-4-82, Buenos Aires. KOHEN, MARCELO, *Malvinas: la única opción es la Corte de la Haya*, Clarín, Buenos Aires, 23-6-04 y *Malvinas: pura semejanza*, Clarín, Buenos Aires, 15-7-06. RAMOS, CARMEN M., *Sin guerra, ya serían nuestras las Malvinas, opina el embajador Carlos Ortiz de Rozas*, La Nación, Buenos Aires, 1-4-06. VINUESA, RAÚL E., *El conflicto por las Islas Malvinas y el derecho internacional, Parte 1 y Parte 2*. TAIANA, JORGE, *La cuestión de las Islas Malvinas en el año del Bicentenario*. PINEDO, FEDERICO, 204, 200, 194 and 177. ARGÜELLO, JORGE, *Naciones Unidas: "Cuestión Malvinas", cuestión pendiente*. BIELSA, RAFAEL, *Malvinas argentinas ¿petróleo kelper?*; LANÚS, JUAN A., *Cuando los ingleses dudaron de sus derechos*. PETRELLA, FERNANDO, *La cuestión de las Islas Malvinas y el Bicentenario de la República Argentina*. AIRALDI, EDUARDO, *La cuestión de las Islas Malvinas en la diplomacia multilateral*. BOLOGNA, ALFREDO B., *La situación de las Islas Malvinas llegando al Segundo Centenario de la Independencia Argentina*. VÁZQUEZ, JUAN C., *Malvinas en el Bicentenario: en busca del relato colectivo*. VERNET, MARCELO L., *Malvinas: hacia una concepción integradora*. GIUDICI, TOMÁS M., *Malvinas en la prensa argentina: de la creación de la Comandancia Política y Militar a los sucesos del USS Lexington*.

(4) El primer colonizador de las islas fue el francés Louis Antoine de Bougainville, que estableció una colonia allí en 1774, pero cuando España protestó por ese establecimiento, Francia ordenó la entrega de Port Louis a las autoridades españolas que gobernaron las islas ininterrumpidamente hasta 1810, año en que se retiraron de allí con motivo de la invasión de Napoleón a España y el comienzo del proceso que condujo a la independencia argentina entre 1810 y 1816.

(5) Real Cédula del 4 de noviembre de 1766. Ver en general FERRER VIEYRA, ENRIQUE, *Cronología legal anotada sobre la cuestión Malvinas*, Córdoba, Lerner Editora, 1985, pág. 154. La creación del Virreinato del Río de la Plata por Real Cédula de agosto de 1776 mantuvo la dependencia de las Malvinas respecto de Buenos Aires, que fue el asiento de la autoridad virreinal, hasta 1810: KOHEN, MARCELO G. - RODRIGUEZ, FACUNDO D., *Las Malvinas entre el derecho y la historia*, Salta, Eunsa y Buenos Aires, Eudeba, noviembre 2015, págs. 108/112. Ver también O'CONNELL, D. P., *International Law*, citado por HOPE, ADRIÁN F. J., *Sovereignty and Decolonization...*, cit., Cap. V: "A. Title by Succession" y notas 50 y 71.

(6) DOLZER, RUDOLF, *The Territorial Status of the Falkland Islands (Malvinas): Past & Present*, Nueva York, Oceana, 1993. KOHEN, JONATHAN J., *Les Iles Falkland (Malouines)*, 17 A.F.D.I. 235, 1972; FERRER VIEYRA, ENRIQUE, *Las islas Malvinas y el derecho internacional*, Buenos Aires, 1984, cap. I, pág. 6 y sigs. HOPE, ADRIÁN F. J., pág. 416 y sigs. ("titles claimed by Argentina"). DOLZER, RUDOLF, *Der Völkerrrechtliche Status der Falkland-Malvinas im Wandel der Zeit*, Heilderberg, Decker & Müller, 1986.

Gran Bretaña, por su parte, en su única protesta dirigida recién el 19 de noviembre de 1829 invocó derechos anteriores de descubrimiento y ocupación, aludiendo a que hubo una base naval británica que se había instalado en Puerto Egmont, en la isla Saunders ubicada al noroeste de la Gran Malvina, entre 1765 y 1774⁽⁷⁾. La protesta británica de 1829 menciona que, cuando los oficiales abandonaron voluntariamente el archipiélago en 1774, dejaron allí una bandera y una placa como signos visibles ("*marks and signals of possession and property*") que indicaban la reserva de soberanía británica sobre las islas. Sin embargo, los españoles habían destruido completamente Puerto Egmont en 1780, sin protesta alguna por parte de Gran Bretaña⁽⁸⁾. Cuando casi dos siglos después, en 1964, se produjo el gran debate sobre las Malvinas en el marco de la ONU, el representante británico hizo alusión muy pasajera a estos hechos anteriores (cuya solidez como títulos jurídicos había suscitado profundas dudas hasta en el propio Reino Unido) y puso el acento en hechos posteriores a 1833, basados en la posesión continuada de las islas durante (entonces) 131 años, la prescripción adquisitiva, la ausencia de protestas argentinas durante prolongados períodos y, con particular énfasis, el principio de autodeterminación de la población establecida allí⁽⁹⁾.

Durante el período que consideramos, el Reino Unido había tratado la relación suya con las islas como asunto exclusivo de su jurisdicción interna y sostuvo ante el Subcomité III que Argentina no tenía legitimación para participar en los asuntos de las islas por tratarse de un tema interno⁽¹⁰⁾. Es así como las Cartas Patentes de 1908 y 1917, que establecieron demarcaciones en el Atlántico Sur que incluyeron, además de las Malvinas, a otras islas y

(7) Ver texto de la protesta en FERRER VIEYRA, ENRIQUE, *Cronología legal anotada...*, cit., nota 5, págs. 64 y 65. La carta también menciona el acuerdo de Londres del 22 de enero de 1771, por el que España, que había usado la fuerza para desplazar a la guarnición británica, acordó su regreso a Puerto Egmont. Gran Bretaña, con posterioridad a la reposición de su guarnición en ese sitio en virtud de ese acuerdo, posteriormente abandonó voluntariamente las Islas Malvinas en 1774, es decir, 55 años antes de la protesta de 1829 citada. La declaración española, como puede observarse en su texto, dice que el compromiso de restituir la posesión británica de Puerto Egmont "... ne peut ni doit nullement affecter la question du Droit antérieure de Souveraineté des Iles Malouines, autrement dites Falkland". La contradicción británica guarda silencio sobre esa parte de la declaración española. Ver el acuerdo de 1771 en FERRER VIEYRA, ENRIQUE, *Cronología legal anotada...*, cit., pág. 35 y sigs.

(8) Ver FERRER VIEYRA, ENRIQUE, *Cronología legal anotada...*, cit., pág. 156.

(9) CARI, *Historia General de las Relaciones Exteriores de la República Argentina*, Cap. 56, "Malvinas y la Diplomacia Multilateral, 1945-1981", pág. 23. El representante de Gran Bretaña comenzó diciendo que Argentina pretendía anexarse las islas a despecho de los intereses y deseos de su población claramente expresados, y cuya primacía estaba reconocida —en su opinión— por la Carta de las Naciones Unidas y por la resolución 1514 (XV) de 1960. Ver CARI, *Historia General de las Relaciones...*, cit., pág. 9. Todo este desarrollo resultó claramente desestimado, primero por el informe del Subcomité III y, al año siguiente, por la citada resolución 2065 (XX) de 1965, que marcó un claro apoyo a la posición argentina. Debe destacarse que el Reino Unido nunca hizo una presentación formal de sus derechos sobre las Falkland Islands ante un tribunal judicial, aunque hay informes jurídicos británicos que preanuncian de qué lado vendrían los argumentos. FREEDMAN, LAWRENCE, en *The Official History of the Falklands*, London and New York, Routledge, 2005, vol. I, *The Origins of the Falklands Campaign*, cita dos informes británicos, uno de Gastón de Bernhart (bibliotecario del Foreign Office) del año 1910, y otro emitido por una comisión especial de la Cámara de los Comunes en 1984. Ambos plantean algunas dudas sobre la legitimidad de la ocupación de las islas en 1833 y ponen énfasis, sobre todo el segundo informe, en hechos posteriores a la ocupación que justificarían la posesión británica. Ninguno de los dos hizo variar ni un milímetro la posición oficial del Gobierno británico, que en todo momento mantuvo y sigue manteniendo la posición de que no tiene dudas y, por ende, no negocia la soberanía de las islas. Ver CARI, *Historia General de las Relaciones...*, cit., pág. 11 y sigs.

(10) El art. 15 del Pacto o *Covenant* de la Liga de las Naciones (entidad predecesora de la ONU) excluía la acción del Consejo de la Organización (órgano predecesor del actual Consejo de Seguridad) en toda cuestión que, de acuerdo al derecho internacional, perteneciera exclusivamente (*solely*) a su jurisdicción interna (*domestic jurisdiction*). Sin embargo, los límites de esta categoría de temas siempre fueron problemáticos (véase, por ejemplo, la sentencia consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional [CPJI] del 7 de febrero de 1923 sobre los Decretos de Nacionalidad de Túnez y Marruecos [Annual Digest of Public International Law Cases, Williams and Lauterpacht, t. 2, 1923-1924, pág. 349]). El párr. 7º del art. 2º de la Carta de la ONU ahora habla de asuntos "esencialmente" de la jurisdicción interna, eliminando tanto la referencia al derecho internacional como a la identificación de una autoridad encargada de hacer la calificación correspondiente. Ver BROWNIE, IAN, *Principles of Public International Law*, 3ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1979, págs. 293/294. Hoy en día existe un consenso unánime en el marco de la ONU de que el tema colonial, luego de la Carta de la ONU y, a *fortiori*, con la resolución 1514, ha sacado el asunto por completo de la órbita del art. 2º, párr. 7º.

territorios a los que clasificó como "dependencias" de las Falkland Islands, fueron promulgadas en forma absolutamente unilateral⁽¹¹⁾. Frente a las sucesivas protestas argentinas a partir de la ocupación británica de las islas en 1833, que hasta incluyeron invitaciones a celebrar un arbitraje, Gran Bretaña se negó no solo a negociar la soberanía, sino también a someter el reclamo a ningún método de solución pacífica de conflictos⁽¹²⁾.

Un atisbo de control internacional en materia colonial asoma por primera vez en 1920 con el Pacto o *Covenant* de la Liga de las Naciones, aunque solamente referido a colonias y territorios que los Imperios Centrales habían perdido en la Primera Guerra Mundial y cuya administración fue adjudicada entre las potencias aliadas bajo un régimen de mandatos a ser ejercidos en nombre de la Sociedad de las Naciones. Es importante destacar que el *Covenant* representó no solamente un primer freno a las anexiones con que las potencias vencedoras típicamente premiaban su victoria en una guerra, sino un primer reconocimiento y aceptación por parte de las potencias victoriosas de que el progreso y desarrollo de las poblaciones interesadas en esos territorios deben anteponerse al interés de la potencia colonizadora. La proclamación de "ese" principio como premisa de toda administración de un territorio sujeto a mandato y su formulación en términos de un encargo sagrado (*sacred trust*) fue un concepto novedoso que habría de desarrollarse de modo revolucionario en los años que siguieron⁽¹³⁾. Cada Estado mandatario debía, además, presentar informes anuales al Consejo de la Liga (art. 22, párr. 7º), y esa disposición fue el paso inicial de una supervisión internacional que, años después, habría de evolucionar exponencialmente.

Antes de 1960 la palabra "descolonización" no se había incorporado al vocabulario del derecho internacional y la cuestión de las Malvinas era enfocada, tanto en la relación bilateral con Gran Bretaña como en el ámbito regional interamericano, como territorio "ocupado" por una potencia extracontinental⁽¹⁴⁾.

(11) La identificación de dependencias de las Falkland Islands aparece en una carta patente de 1843 refiriéndolas a las islas pequeñas que rodeaban las dos islas mayores, y en 1895 la Colonial Office List describió las Falkland agregando a Georgias del Sur. Sin embargo, fue en 1907 cuando dio el gran salto incluyendo las Shetland del Sur, Tierra de Graham, Orcadas del Sur y las Sandwich, que fueron incluidas en las Cartas Patentes mencionadas. FERRER VIEYRA, ENRIQUE, *Las Islas Malvinas...*, cit., págs. 278/280. Posteriormente Gran Bretaña escindió, en 1962, aquellas "dependencias" que, comprendidas en el Tratado Antártico, pasaron a conformar el British Antarctic Territory y, en 1985, después de la guerra con Argentina, las islas Georgias y Sandwich del Sur, que pasaron a conformar el British Overseas Territory of South Georgia and South Sandwich Islands.

(12) Sobre propuestas argentinas de arbitraje ver las notas del 2 de enero de 1885 y del 20 de enero de 1888 del canciller Quirno Costa dirigidas a representantes británicos citadas en FERRER VIEYRA, ENRIQUE, *Cronología legal anotada...*, cit., pág. 166. Sobre la actitud negativa británica ver nota del representante británico, Mr. Patrick Dean, al Presidente del Comité de Descolonización del 28 de mayo de 1964 en CARI, *Historia General de las Relaciones...*, cit., pág. 7. Esta posición fue reiterada muy recientemente por el representante británico en los debates que precedieron a la reciente resolución 73/295 de mayo de 2019 en el caso de Mauricio.

(13) Opinión Consultiva de la CIJ del 11 de julio de 1950 sobre el Internacional Status of South West Africa, Cap. I, "The Nature of International Mandates" (ICJ Reports 1050, pág. 131; International Law Reports, Lauterpacht, t. 17, págs. 47/48). El art. 22 del *Covenant* de la Liga de las Naciones reflejó una solución transaccional entre, de un lado, la anexión por parte de las potencias victoriosas (que ya estaban ocupando buena parte de esos territorios cuando se abrió la conferencia de paz en 1919) y, del otro, los Estados Unidos (cuya participación desde 1917 del lado de las potencias aliadas y asociadas decidió la victoria), que en la conferencia de Versalles había izado la bandera de la autodeterminación.

(14) Argentina planteó el tema de las Islas Malvinas en las reuniones de consulta de ministros de relaciones exteriores celebradas en Panamá, en 1939, y La Habana, en 1940, con motivo del comienzo de la Segunda Guerra Mundial. Posteriormente, la IX Conferencia Interamericana de Bogotá de 1948, que aprobó los documentos constitutivos de la Organización de Estados Americanos (OEA), votó una resolución que lleva número XXXIII sobre la supresión del sistema de colonias europeas en América y creó una "Comisión Americana de Territorios Dependientes" que, posteriormente y luego de algunos tropiezos, elaboró dos listas: en una de ellas con "colonias" (y ubicó allí, entre otras, las Guayanas, Barbados, Jamaica, Trinidad y Tobago, etc.), y otra con el nombre de "territorios ocupados", entre los que ubicó las Islas Malvinas, Islas Georgias, Sandwich del Sur y la Antártida Argentina. Por su parte, la X Conferencia Interamericana de Caracas de 1954 aprobó dos declaraciones solemnes. Una que expresa que "es voluntad de los pueblos de América que sea definitivamente eliminado el colonaje mantenido contra el sentir de los pueblos e igualmente la ocupación de territorios" (resolución XCVI); y la otra, que destaca "la necesidad de que los países extracontinentales que tienen colonias en territorios de América no tarden en ultimar las medidas comprendidas en la Carta de las Naciones Unidas para permitir que los pueblos respectivos puedan ejercer plenamente su derecho de autodeterminación, a fin de que se elimine

Cabe observar también que la disputa no provocó interrupción de relaciones comerciales ni diplomáticas entre ambos países, ni impidió que durante todo este largo período de la historia argentina las grandes empresas e intereses económicos británicos desempeñaran un papel protagónico en la economía; la cultura británica también hizo sentir su fuerte influencia en el ámbito del deporte y de la educación en Argentina⁽¹⁵⁾.

b) Segunda etapa: 1945-1960. Creación de la ONU

En 1943, cuando ya se avizoraba la derrota de las Potencias del Eje, Estados Unidos propuso reservadamente a Gran Bretaña que, después de la victoria, todos los países que administraban territorios coloniales los pusiesen bajo una autoridad internacional⁽¹⁶⁾. Esta propuesta obviamente no fue acogida con entusiasmo en Londres y, de algún modo, preanunciaba, para el final de la guerra, una reaparición de la grieta sobre el colonialismo que se había vivido antes en Versalles, con el agregado de que, en San Francisco, emergió la Unión Soviética (derrotada en 1918 y ausente en Versalles) como una de las grandes potencias convocantes de la conferencia, portando los laureles de la victoria y reforzando las filas del anticolonialismo. Sin embargo, esas diferencias se resolvieron en un acuerdo finalmente aceptado por todos que consistió en el establecimiento de dos regímenes diferentes. Uno de ellos fue el régimen de administración fiduciaria (*trusteeship* en inglés, y *tutelle*, en francés, previsto en los Capítulos XII y XIII de la Carta), que sería montado por la propia ONU para administrar (i) a territorios segregados de los países enemigos, (ii) territorios sujetos a mandatos de la Sociedad de las Naciones (en sustitución de las potencias mandatarias) y (iii) territorios que los Estados miembros que poseían colonias desearan colocar voluntariamente bajo ese régimen⁽¹⁷⁾. El otro fue el previsto en el Capítulo XI (“Declaración Relativa a Territorios no Autónomos”), que permitió que los países con colonias las siguieran administrando aunque, de ahí en adelante, sujetos a una supervisión internacional más intensa.

La Carta de la ONU adopta el principio de libre determinación de los pueblos como uno de sus propósitos y principios liminares en el párr. 2º del Capítulo I y, a su vez, hizo que el control internacional sobre el gobierno de territorios coloniales fuera objeto de una triple expansión. En primer lugar, el “encargo sagrado” (*sacred trust*), de acuerdo al cual los intereses de la población deben estar por encima de toda otra consideración, se amplió para “todos” los miembros que administren territorios cuyos pueblos no hayan alcanzado la plenitud del gobierno propio. Ello sin duda marca una universalización de lo que se había establecido mucho más limitadamente en 1920. En segundo lugar, si bien se mantuvo la obligación de informar regularmente, esta vez al secretario general de la ONU (art. 73, inc. e)), se le agregó un contenido que incluye no solamente el bienestar y desarrollo de la población afectada, expresados en términos genéricos, sino información mucho más detallada, incluyendo datos de estadística y de toda otra naturaleza técnica que verse sobre las condiciones económicas, sociales y educativas reinantes en cada colonia. Final-

definitivamente el coloniaje en América” (resolución XCVII). Ver CAICEDO CASTILLA, JOSÉ J., *El Panamericanismo*, Buenos Aires, Depalma, 1961, cap. V, párrs. 140/144 y 154. Ver también CARI, *Historia General de las Relaciones...*, cit., pág. 27. Ver también DÍAZ CISNEROS, CÉSAR, *Derecho Internacional público*, Buenos Aires, 1955, págs. 620 y 624.

(15) El punto 8º de la declaración del 3 de noviembre de 1947 del representante argentino ante la Cuarta Comisión de la Asamblea General expresó, en relación con la reserva que formulaba sobre las Islas Malvinas, que aquella “no afecta en ninguna forma los tradicionales vínculos de amistad, que durante más de un siglo han unido sin interrupción a la República Argentina con el Reino Unido”. CARI, *Historia general de las relaciones...*, cit., cap. 26, pág. 13. Ver, en general, GRAHAM-YOOLL, ANDREW, *The Forgotten Colony, A History of the English Speaking Communities in Argentina*, Buenos Aires, L.O.L.A., 1999.

(16) Iniciativa del secretario de Estado, Cordell Hull, tardamente dada a conocer en una publicación oficial norteamericana. Ver *United States Department of State, Postwar Policy Preparation*, publicación 3580, 1950, pág. 105 y sigs., citado por MIAJA DE LA MUELA, ADOLFO, *Emancipación de los pueblos coloniales y el derecho internacional*, Madrid, Tecnos, 1968, Cap. VI, pág. 54. Para la Unión Soviética la lucha contra el colonialismo había sido un postulado básico de su credo marxista-leninista. Sin embargo, en San Francisco no planteó su postura con demasiada intransigencia y privilegió la buena relación con sus aliados de la Segunda Guerra, dejando “esa” lucha para una etapa posterior.

(17) En las discusiones en el Cuarto Comité de la Asamblea General de la Conferencia de San Francisco el delegado argentino, Miguel Ángel Cárcano, opuso la primera reserva argentina sobre la cuestión Malvinas, formulando reserva acerca de la posibilidad de que las islas puedan llegar a ser puestas por Gran Bretaña bajo ese régimen. Ver CARI, *Historia general de las relaciones...*, cit., págs. 1/2.

mente, se enuncia que los países administradores quedan obligados a desarrollar el gobierno propio de los pueblos colonizados, teniendo debidamente en cuenta sus “aspiraciones políticas”, y a ayudarlos a desarrollar sus “libres instituciones” de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso⁽¹⁸⁾. Desde un punto de vista conceptual, el Capítulo XI representó un avance importante en el control y supervisión del colonialismo por parte de la organización mundial. Sin embargo, a la luz del huracán que vino después, fue visto como moderado. Pero sea como fuere la valoración que merezca ese capítulo de la Carta, y los dos que le siguieron, no puede desconocerse que potenciaron sustancialmente el cambio conceptual introducido en 1920 y que sentaron las bases de una evolución que habría de tener vasta trascendencia en el orden universal y particular importancia para la disputa argentina con Gran Bretaña.

El Reino Unido habló y sigue insistiendo en que la cuestión Malvinas es una disputa bilateral, sin embargo, la ONU puso a disposición de Argentina un foro al cual ella pudo acudir para denunciar su queja, ventilar las razones de su postura y reunir el apoyo de la comunidad internacional. Para el Reino Unido, por el contrario, que ostentaba el prestigio de ser una de las cuatro grandes potencias convocantes de la Conferencia de San Francisco, victorioso de dos guerras mundiales y miembro permanente del Consejo de Seguridad, le significaba tener que soportar la intromisión de la ONU en el ámbito de sus relaciones coloniales, la carga de reportarle sus actividades y, sin duda, la incomodidad de tener que someterse a un control internacional. Con relación específica al conflicto con Argentina, tuvo que justificar por primera vez su posesión de las islas Falkland ante la ONU, es decir, frente a un órgano compuesto por representantes de terceros países ajenos a las dos partes.

El 14 de diciembre de 1946 la Asamblea General adoptó la resolución 66 (I) que, entre otras cosas, nombró un “Comité *ad hoc*” para evaluar la información a ser provista al secretario general bajo el art. 73, inc. e), de la Carta, y el 3 de noviembre de 1947, en respuesta a los informes que Gran Bretaña había presentado sobre las Falkland, Argentina hizo una declaración ante la Cuarta Comisión introduciendo una reserva sobre estas y sus dependencias, en cuyo punto 5º dejó constancia de que el nombre de las islas debía ser “Malvinas”⁽¹⁹⁾. Posteriormente, el “Comité *ad hoc*” pasó a ser la “Comisión de Informaciones sobre Territorios No Autónomos” y entre 1947 y 1963 Argentina presentó 28 reservas⁽²⁰⁾.

c) Etapa posterior a 1960

El 14 de diciembre de 1960 se votó la ya citada resolución 1514 (XV) sobre la Concesión de Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, considerada como la carta magna de la descolonización⁽²¹⁾. La resolución: (i) “declara” que la sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de las Naciones Unidas y compromete la causa de la paz y de la cooperación mundiales; (ii) “ordena” que deberán tomarse inmediatamente medidas para traspasar todos los poderes a los pueblos de los territorios que aún no han logrado su independencia, para permitirles, en conformidad con su voluntad y sus deseos libremente expresados, una libertad e independencia absolutas, y (iii) “establece” como principios cardinales del proceso que ella impulsa, por un lado, el de “autodeterminación” o de “libre determinación” de los pueblos colonizados y, por el otro, el de “integridad territorial”.

Al año de su sanción la Asamblea General creó un nuevo cuerpo de 17 miembros para la aplicación y seguimien-

(18) Este lenguaje, adoptado por la Carta antes de la independencia de la India y de Indonesia, es distinto del usado en el Capítulo XII, que rige hasta tanto los territorios fideicomitidos alcancen el gobierno propio. Las palabras “independencia” y “deseos libremente expresados” figuran en ese capítulo sin ambigüedades (ver art. 76, inc. b)). En cambio, en el Capítulo XI se habla solo de “intereses” (art. 73, primera parte), de “aspiraciones políticas” y de “desarrollo progresivo de sus libres instituciones políticas” (art. 73, inc. b)).

(19) Ver CARI, *Historia general de las relaciones...*, cit., pág. 13.

(20) *Ibidem*, pág. 12.

(21) MIAJA DE LA MUELA, ADOLFO, *Emancipación de los pueblos...*, cit., pág. 105 y sigs. Si bien las resoluciones de la Asamblea General no tienen carácter vinculante para los Estados miembros, de acuerdo a la Carta, “... a veces pueden contener valor normativo. Pueden, en ciertas circunstancias, suministrar prueba importante para establecer la existencia de una regla o de la emergencia de una *opinio juris*” (traducción del autor). Opinión Consultiva de la Corte dada en el caso “Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons”, ICJ Reports (1996) (I), págs. 254/255, parág. 70.

FONDO EDITORIAL



S. J. Danessa (coord.)
Guía de Derecho Internacional Público
 Segunda edición
 corregida y aumentada

EDUCA
 2018
 664 páginas
 ISBN 978-987-620-357-9

Venta telefónica: (11) 4371-2004
 Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar

to de la resolución 1514, que en 1962 amplió a 24, razón por la cual se le llamó “Comité de los Veinticuatro” o “Comité Especial de Descolonización”, que asistía a la Cuarta Comisión de la Asamblea General encargada de la administración fiduciaria de territorios, que incluían tanto a los sujetos a fideicomiso como a los no autónomos⁽²²⁾. Por otra parte, el 11 de diciembre de 1963 la anterior Comisión de Informaciones fue disuelta y sus funciones y poderes pasaron al nuevo órgano, que, a diferencia de su predecesora (que estaba integrada por representantes de países con colonias y sin ellas por igual), tuvo una integración que en su gran mayoría provenía de países no coloniales, los cuales, junto con la Unión Soviética, Bulgaria, Yugoslavia y Polonia, le aportaron una fuerte impronta descolonizadora. Puesto que había que ocuparse de 64 territorios, dividió su trabajo en tres subcomités, y el tema de las Islas Malvinas recayó en el Subcomité III, que estaba compuesto por Bulgaria, Costa de Marfil, Irán, Madagascar, Uruguay, Italia y Venezuela. Fue en el seno de este Subcomité que se debatió la cuestión Malvinas entre el 8 y el 18 de septiembre de 1964, en cuyas sesiones Argentina y el Reino Unido participaron con voz pero sin voto. En tal oportunidad la posición argentina fue expuesta por el Dr. José María Ruda, entonces Consejero Legal del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, y su extensa presentación (que incluyó referencias al principio *uti possidetis* y a la Doctrina Monroe y obtuvo rotundo éxito) ha pasado a ser referida como el “Alegato Ruda”. Por su parte, la posición de Gran Bretaña fue expuesta por el embajador Cecil E. King⁽²³⁾.

Concluidos los debates, el 18 de septiembre el Subcomité III elevó su informe al Comité Especial de Descolonización, que lo adoptó sin modificaciones, y el 13 de noviembre lo adjuntó a su informe a la Cuarta Comisión de la Asamblea General, pero su tratamiento fue postergado hasta el año siguiente. Dicho informe: (i) confirmó la aplicación de la resolución 1514 (XV) de 1960 al tema de las Malvinas, (ii) tomó nota de que existía una disputa de soberanía sobre las islas, y (iii) recomendó que el Comité invitara a ambos gobiernos a entablar negociaciones, teniendo en cuenta los intereses de los habitantes de las islas y las opiniones expresadas en el curso del debate. Estos tres puntos posteriormente fueron tomados por la Asamblea General y volcados en su resolución 2065 (XX) de 1965, y de ahí en adelante, reproducidas en las resoluciones 3160 (XXVIII) de 1973 y 31/49 del 1º de diciembre de 1976⁽²⁴⁾.

Haber logrado la resolución 2065 marcó un triunfo rotundo de la diplomacia multilateral desplegada por Argentina para plantear su soberanía sobre las islas y reunir apoyo de la organización mundial a su causa. Hay observadores que sostienen que entre 1965 y 1982 se llegó muy cerca de un acuerdo que daría satisfacción a los reclamos argentinos⁽²⁵⁾. Sin embargo, la guerra de 1982, que se perdió con trágicas consecuencias, no solo hizo que Argentina fuera señalada como parte agresora⁽²⁶⁾, sino que, además, entregó al Reino Unido, en bandeja de plata, un

(22) El nombre oficial fue “Comité Especial Encargado de Examinar la Situación con Respecto a la Aplicación de la Declaración sobre la Concesión de Independencia a los Países y Pueblos Coloniales”, de aquí en adelante citado como “Comité Especial de Descolonización” (ver resoluciones 1654 [XVI] 1961 y 1810 [XVII] 1962).

(23) Ver nota 9 y CARI, *Historia general de las relaciones...*, cit.

(24) Texto 2065.

(25) Ver CARI, *Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur...*, cit.

(26) Resoluciones del Consejo de Seguridad 502 (1982), del 3 de abril de 1982, y 505 (1982), del 26 de mayo de 1982.

argumento moral para justificar el mantenimiento del *statu quo* en las islas siendo que, desde un punto de vista jurídico, la postura británica en materia de soberanía territorial y normas de la ONU acerca de descolonización presenta debilidades sustanciales.

Las relaciones diplomáticas con el Reino Unido, que obviamente se interrumpieron el 2 de abril de 1982, fueron restablecidas, a nivel consular, en la Declaración Conjunta del 19 de octubre de 1989 (Acuerdo de Madrid I) y a nivel de embajadores en la Declaración Conjunta de Madrid del 15 de febrero de 1990 (Acuerdo de Madrid II).

III Status actual del tema

Parece claro que la victoria militar del Reino Unido de 1982 no le ha otorgado un título legal de soberanía sobre las islas ni ha hecho caducar los argumentos jurídicos argentinos⁽²⁷⁾. Más aún, los conceptos centrales de la histórica resolución 2065 y a los que le siguieron (negociación del tema soberanía y respeto a los intereses, y no a los deseos, de los isleños) fueron reiterados en todas las resoluciones de la Asamblea General y del Comité Especial de Descolonización posteriores a la guerra de 1982 hasta la fecha, y de la lectura de todos esos pronunciamientos se advierte que para la ONU la cuestión de soberanía sigue en pie, unida a la creciente preocupación (y hasta impaciencia) por la total falta de avance de la negociación durante casi 59 años desde la resolución 1514 y casi 54 desde la resolución 2065 (XX) de 1965, ambos contados hasta la fecha⁽²⁸⁾.

Por su parte, Argentina reformó su Constitución en 1994 e incorporó una primera cláusula transitoria que ratifica la “legítima e imprescriptible” soberanía sobre las Islas Malvinas, las islas Georgias del Sur y las Shetland del Sur y agrega: “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 constituye un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino”.

Esta novedad constitucional, producto sin duda de la creciente sensación de frustración y agravio colectivo que produce el tema, presenta la dificultad (nada menor) de introducir una limitación a cualquier acuerdo que no contemple el reconocimiento de la soberanía argentina sobre el 100 % de los territorios y espacios marítimos mencionados en dicha cláusula.

En resumen, el avance de la disputa está totalmente “empantanado”, y el gran triunfo diplomático obtenido en 1965 en la ONU se convirtió, luego de la guerra de 1982, en una victoria pírrica. Sin embargo, la Asamblea General de la ONU y el Comité de Descolonización mantienen después de la guerra la misma postura frente al conflicto⁽²⁹⁾. Por su parte, todos los gobiernos argentinos desde 1983 han comprometido el empleo de medios pacíficos para encarar el reclamo, lo cual aconseja que se debería extremar la utilización de las herramientas diplomáticas y jurídicas de que dispone Argentina a tal fin.

Pero veamos qué pasó en Mauricio.

IV Descolonización de Mauricio

El archipiélago de Mauricio había sido ocupado por holandeses entre 1618 y 1710, y luego de que ellos lo abandonaran unilateralmente fue colonia francesa, denominada *Ile de France* entre 1715 y 1810, año este último en que fue capturado por Gran Bretaña. En 1814 fue cedido formalmente al Reino Unido en el Tratado de París de 1814 y rebautizado como “Mauricio” (en inglés, *Mauritius*). Su capital, sin embargo, retuvo el nombre francés de *Port Louis* hasta nuestros días.

(27) Ver DOLZER, RUDOLF, *The Territorial Status...*, cit., págs. 166/169.

(28) En el caso Mauricio el Reino Unido había mantenido la misma postura que en Malvinas, insistiendo en la bilateralidad de la disputa sobre Chagos, en no tener duda alguna sobre sus derechos de soberanía, que las resoluciones de la Asamblea General no eran vinculantes para los países miembros y que, al tiempo de la resolución 1514 y en la década de los sesenta en general (cuando Mauricio se independizó), esa declaración solemne no reunía el consenso de los países poseedores de colonias, que se abstuvieron en su votación. Agregó también, con referencia a Chagos, que el lenguaje de la resolución 2066 (XX) de 1965 tenía un carácter exhortativo y que las resoluciones 2232 (XXI) de 1966 y 2357 (XXII) de 1967 tenían alcance general (*omnibus resolutions*), por lo cual no establecían una obligación puntual.

(29) Resolución 37/9 de la Asamblea General del 4 de noviembre de 1982 y las que le siguieron, citadas más adelante en nota 68.

Desde 1826, el archipiélago de Chagos, ubicado a unos 1200 kilómetros de distancia y al sudoeste de la India, y cuya principal isla es Diego García, fue administrado por el Reino Unido como dependencia de la Colonia de Mauricio, y dicha condición se mantuvo hasta, e incluyendo, 1964⁽³⁰⁾. Ni Mauricio ni Chagos, al igual que las Islas Malvinas cuando Louis Antoine de Bougainville inició allí su empresa colonizadora en 1764, contaban con población local originaria “inicial”. Los habitantes de Chagos fueron descendientes o continuadores de esclavos traídos inicialmente desde Mozambique y Madagascar por súbditos británicos que vivían en Mauricio para trabajar en las plantaciones de coco y luego fueron emancipados a partir de la *Slave Abolition Act* de 1833, cuando el Reino Unido prohibió la esclavitud en todo el imperio⁽³¹⁾. En el caso del propio Mauricio, la administración colonial en el siglo XIX trajo trabajadores importados de África y, en aún mayor medida, de la India, bajo el duro sistema de empleados contratados (“*indentured servants*”), que había suplantado al de la esclavitud⁽³²⁾.

En febrero de 1964 el Reino Unido y los Estados Unidos iniciaron conversaciones para el establecimiento de una base militar en Diego García con fines de defensa y en junio de ese año comenzaron, por otra parte, las tratativas que luego habrían de conducir a la independencia de Mauricio. Ambas se desarrollaron en paralelo y en septiembre de 1965 se entablaron negociaciones en Lancaster House, Londres, entre los representantes del pueblo de Mauricio y el Reino Unido, que estipulaban una serie de ventajas que Mauricio habría de gozar una vez obtenida su independencia y que incluyeron, entre otras, un acuerdo de defensa a cargo del Reino Unido, el apoyo a Mauricio para la concesión de cuotas de importación de azúcar y suministro de trigo a Estados Unidos, un pago de tres millones de libras esterlinas por encima de los valores de expropiación de tierras para facilitar la reubicación de los habitantes de Chagos y, lo que es más importante, un compromiso de devolución del archipiélago de Chagos una vez que cesara la necesidad de su uso para fines de defensa⁽³³⁾. La contrapartida de todos estos beneficios era obtener el acuerdo de los representantes políticos del pueblo de la colonia a la separación de Chagos, proceso que culminó el 5 de noviembre de 1965, cuando el Gobernador de la colonia informó a Londres que el Consejo de Ministros de Mauricio (órgano integrado por miembros de la Asamblea Legislativa electa por los pobladores pero que debían ser aprobados por el Gobernador) confirmó su consentimiento a la separación del archipiélago de Chagos, con la aclaración de que esa aprobación, en principio, estaba sujeta a los acuerdos negociados en Lancaster House, que incluyeron la condición de que el archipiélago de Chagos no sería cedido a ningún tercero y sería devuelto a Mauricio en fecha posterior, condición que, según la Corte, fue aceptada por el Reino Unido⁽³⁴⁾.

El BIOT, creado cinco años después de la resolución 1514, incluyó al archipiélago de Chagos como unidad territorial separada de Mauricio, junto con otras islas que fueron segregadas de las islas Seychelles (Aldabra, Farquar y Desroches), que entonces también eran colonia británica. Ello motivó que el 16 de diciembre la Asamblea General de la ONU tratara el tema y votó la resolución 2066 (XX) de 1965, referida específicamente a la cuestión Mauricio, expresando su grave preocupación por la separación de Chagos, e invitó al Reino Unido a no tomar ninguna medida que pudiera desmembrar el territorio de

(30) La Constitución de Mauricio (1964 *Mauritius Constitutional Order*) promulgada por el Reino Unido, en su Sección 90 (I), se refería a “*the islands of Mauritius and the Dependencies of Mauritius*”. Ver par. 28 de la Opinión Consultiva de Mauricio. A mayor abundamiento, el Reino Unido, en varios informes que presentó Gran Bretaña a la Cuarta Comisión en cumplimiento del deber de informar del art. 73, inc. e), de la Carta, y de la resolución 66 (I) del 14 de diciembre de 1946, incluyeron información sobre el archipiélago de Chagos, y se referían a este como dependencias de Mauricio. Ver también la Opinión Consultiva de Mauricio, par. 29.

(31) Opinión Consultiva de Mauricio, par. 113.

(32) Sobre el tema de los “*indentured servants*” ver JAMES, LAWRENCE, *The Rise and Fall of the British Empire*, Londres, Little, Brown and Company, 1994, Parte 2, Cap. 2, pág. 188. El autor de esta importante obra también menciona que el primer triunfo de las corrientes abolicionistas británicas encabezados por William Wilberforce y Thomas Clarkson fue en 1807, cuando el Parlamento sancionó la *Slave Trade Act* que prohibía el transporte de esclavos y dio lugar a que se organizaran patrullas de buques de guerra para reprimir a los transgresores (pág. 185).

(33) Ver par. 108 de la Opinión Consultiva de Mauricio. Luego se agregaron el uso de facilidades meteorológicas, derechos de pesca, uso de pista de aterrizaje y el eventual beneficio para Mauricio del petróleo y minerales que pudieran ser descubiertos cerca del archipiélago de Chagos. Ver par. 110 de la Opinión Consultiva citada.

(34) Ver par. 171 de la Opinión Consultiva.

Mauricio y violar su integridad territorial. Esta resolución fue seguida (i) por la resolución de la Asamblea General 2232 (XXI) del 20 de diciembre de 1966, (ii) un informe del 10 de mayo de 1967 del Comité Especial de Descolonización, y (iii) otra resolución (también de la Asamblea General), la 2357 (XXII) del 19 de diciembre de 1967. La primera y tercera de estas resoluciones se referían a varios territorios y no solo a Mauricio. Sin embargo, reiteraron el principio de que todo intento de provocar una ruptura total o parcial de la unidad nacional e integridad territorial de territorios coloniales y el establecimiento de bases e instalaciones militares en dichos territorios era “incompatible” con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y con su propia resolución 1514 (XV) de 1960.

Por su parte, el 30 de diciembre de 1966 el Reino Unido y los Estados Unidos celebraron un acuerdo en virtud del cual la isla de Diego García fue puesta a disposición de Estados Unidos por 50 años. El arreglo incluyó un pacto especial (*agreed minute*) según el cual el Reino Unido se comprometía a “reubicar” a la población de Chagos para que el territorio estuviera libre de ocupantes.

En 12 de mayo de 1968 Mauricio obtuvo su independencia y a los pocos meses fue admitido como miembro de las Naciones Unidas; al mismo tiempo permaneció como miembro del Commonwealth británico y preservando a la Reina de Inglaterra como jefa de Estado. La Constitución de Mauricio, promulgada por el Reino Unido pocos días antes de la independencia, definía sus territorios comprendiendo aquellos que, inmediatamente antes del 12 de marzo de 1968, constituían la Colonia de Mauricio, es decir, sin Chagos.

Posteriormente, en 1992, el país se transformó en la República de Mauricio, aunque continuó siendo miembro del Commonwealth. Mientras tanto y en cumplimiento de la *agreed minute*, entre los años 1967 y 1973, el Reino Unido comenzó un proceso de erradicación de la población del archipiélago de Chagos, que se reubicó en parte en Mauricio, otra parte en el Reino Unido y otra en las islas Seychelles; la isla de Diego García quedó libre de habitantes recién en 1973. Luego de ello el Reino Unido prohibió que los chaguenses pudieran volver al archipiélago⁽³⁵⁾.

Por su parte, Estados Unidos avanzó con la instalación de su base militar en la isla de Diego García, que sigue existiendo y operando allí hasta el presente. Sin embargo, la cuestión de Chagos quedó como una asignatura pendiente y Mauricio no revivió el tema hasta la década de los ochenta en las relaciones bilaterales con el Reino Unido. En 2001 propuso que la disputa fuera sometida a la CIJ, pero Gran Bretaña negó su consentimiento⁽³⁶⁾. Sin embargo, puesto que los acuerdos de Lancaster House habían incluido, como se dijo, la eventual devolución de Chagos a Mauricio tan pronto como cesaran las necesidades de defensa, el representante de Mauricio ante la ONU declaró ante la Asamblea General en 2004 que, en el reclamo de su país respecto del ejercicio pleno de su soberanía sobre el archipiélago de Chagos, había optado por la discusión bilateral, agregando que su Gobierno usaría todos los caminos abiertos a fin de ejercer la plena soberanía allí⁽³⁷⁾.

En 2016 el Reino Unido y Estados Unidos prorrogaron el plazo del arreglo sobre Diego García por otros 20 años, lo cual produjo una reacción inmediata por parte de la Organización de Unidad Africana, que venía vigilan-

(35) Par. 114 a 116 de la Opinión Consultiva.

(36) Ver nota 46. En abril de 2010 el Reino Unido estableció un área de protección marítima alrededor del archipiélago de Chagos y Mauricio puso en marcha el proceso arbitral previsto por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Mar, alegando que dicho Estado no podía ser considerado ribereño (*coastal state*), ya que Mauricio tenía derechos soberanos sobre el territorio. Sin embargo, el tribunal se declaró incompetente tanto en materia de delimitación de la zona de protección como en relación con la negociación de límites al zócalo continental por no ser *coastal state*, bajo la definición de dicha Convención. Afirmó, sin embargo, que el compromiso eventual del Reino Unido de devolver el archipiélago de Chagos era vinculante. Luego, en 2011 Mauricio propuso que el Reino Unido iniciara negociaciones con base en el art. 22 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, pero el Reino Unido rechazó la propuesta sobre la base de que no había “disputa” tal como la definía esa Convención.

(37) El laudo arbitral del 18 de marzo de 2015, dictado por el tribunal constituido con base en el Anexo VII de la Convención sobre los Derechos del Mar (que se declaró incompetente para pronunciarse sobre el cuestionamiento de Mauricio, entre otras cosas, al derecho del Reino Unido de establecer delimitaciones de zonas de protección marítima y plataforma continental alrededor de Chagos por tratarse de una disputa de soberanía), manifestó, al tratar el último punto planteado por Mauricio, que el compromiso del Reino Unido de devolver el archipiélago de Chagos cuando cesara su uso para fines de defensa constituía una obligación jurídicamente vinculante (ver par. 50 de la Opinión Consultiva).

do el tema desde muchas décadas antes⁽³⁸⁾. Ello también motivó que el representante de Mauricio solicitara que el tema de Chagos (que la ONU no había tratado en 50 años) fuera incluido en la agenda de la Asamblea General. La presentación, sin embargo, contuvo un pedido de que se postergara su tratamiento hasta junio de 2017 para permitir nuevas negociaciones bilaterales con el Reino Unido. Sin embargo, como después de ocho meses y tres rondas de discusiones no hubo ningún progreso en el tema, el 1° de junio de 2017 Mauricio pidió que la Asamblea General tratara el tema en sesión plenaria lo antes posible. Es así como se gestó la resolución 71/292 del 22 de junio de 2017 que, sobre la base de un proyecto que la delegación de Mauricio en Nueva York circuló a las demás delegaciones en mayo de ese año, y que fuera presentado por el denominado “Grupo Africano” sin modificaciones, solicitaba a la CIJ que emitiera una opinión consultiva bajo el art. 96, párr. 1°, de la Carta sobre los dos siguientes puntos:

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

(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) 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 a los de origen chagosiano?

El Reino Unido desplegó ante la Corte todo un abanico de argumentos, incluyendo aquel según el cual las resoluciones de la Asamblea General de la ONU no son vinculantes para los Estados miembros, y que la resolución 1514, si bien representó en su momento un paso importante en la evolución de la descolonización, no fue reconocida universalmente en su momento como norma legalmente vinculante por no haber sido votada justamente por las potencias coloniales en 1960, que se habían abstenido. Esta postura ahora, y más allá de toda duda, ha sido ampliamente superada por la jurisprudencia de la Corte, que ya trató el tema en otros pronunciamientos⁽³⁹⁾.

Si bien el Reino Unido presentó este y varios otros argumentos⁽⁴⁰⁾, dos de ellos, en su análisis y tratamiento por

parte de la Corte, presentan especial interés por las enseñanzas que dejan en punto al alcance de la competencia de la Asamblea General en materia de descolonización y de sus decisiones resultantes de su ejercicio. El primero se basa en que los dirigentes locales de la Colonia de Mauricio en 1965 habían consentido la separación de Chagos, y el segundo, que la Corte debía abstenerse de dar la opinión solicitada porque había una disputa de soberanía sobre las islas Chagos que operaba como una “cuestión legal pendiente” y que, de aceptar el pedido, invadiría la competencia contenciosa del tribunal, que es voluntaria, y que el Reino Unido claramente no había aceptado⁽⁴¹⁾.

a) Consentimiento de Mauricio a la separación

El Reino Unido alegó que el Consejo de Ministros de Mauricio otorgó su aprobación a la separación de Chagos, lo cual fue comunicado al Reino Unido el 5 de noviembre de 1965 por el Gobernador de la Colonia, con la aclaración de que se otorgaba con base en los beneficios concedidos en los mencionados acuerdos de Lancaster House. En favor de este argumento militaba la circunstancia, no menor, de que, hasta el 22 de junio de 2017, cuando la Asamblea General de la ONU votó la resolución 71/292, había pasado medio siglo sin que ella ni el Comité Especial de Descolonización se ocuparan del asunto de Chagos. A partir de 1968 el nombre de Mauricio fue suprimido de la lista de territorios no autónomos sujetos a control de dicho Comité, y el del archipiélago de Chagos no fue agregado a dicha lista. Ello no era un tema menor si se toma en cuenta la responsabilidad indiscutible que pesa sobre la ONU en materia de descolonización, y tampoco los sucesivos gobiernos de Mauricio habían promovido el tratamiento de la escisión de Chagos ni del desplazamiento forzado de sus habitantes ante ningún órgano de la organización mundial. Sin embargo, el Comité Especial de Descolonización, en su momento, había hecho un análisis de la estructura y composición de los órganos constitucionales de la Colonia y llegó a la conclusión de que los representantes, aunque electos por el pueblo, no habían tenido al tiempo de dar su aprobación a la separación de Chagos en el *Council of Ministers* el Poder Ejecutivo y Legislativo real, que entonces seguía en manos del Reino Unido⁽⁴²⁾. Con base en ese informe, la Corte concluyó que la separación de Chagos no estuvo basada en la libre y genuina expresión de la voluntad del pueblo interesado⁽⁴³⁾. La evaluación de las negociaciones que luego condujeron a la independencia sugieren que el *Premier* de Mauricio y la dirigencia política que representaba a la Colonia, que obviamente acariciaban la independencia, deseaba asumir el poder político del nuevo Estado lo antes posible y el Reino Unido, que manejaba una agenda mucho más amplia y probablemente hubiera estado bajo una fuerte presión de los Estados Unidos por la importancia estratégica de Diego García en plena guerra fría, usó su influencia para obtener esa aceptación. La circunstancia de que se edulcorara el paquete con otros beneficios (acuerdo de proveer defensa, pesca, hidrocarburos, acceso a mercados de Estados Unidos y un compromiso de retornar eventualmente el archipiélago de Chagos) crea la impresión, aunque podría ser injusta, de que los dirigentes habrían priorizado la independencia, dejando el destino inmediato de Chagos y sus habitantes (que conformaban una pequeña minoría que residía a más de 2200 kilómetros de distancia) para una posterior etapa, en la que exigirían la restitución del territorio que, equivocadamente o no, consideraban una obligación eventual y parte integrante del paquete acordado en Lancaster House⁽⁴⁴⁾. Pero sea co-

último país. También Gran Bretaña argumentó que la Corte debía abstenerse porque había temas que ya habían sido juzgados por la sentencia arbitral sobre la “zona de protección marítima”, citada en nota 37. Algunos chagosianos también iniciaron juicios en el Reino Unido, pero finalmente fracasaron en la última instancia judicial, que fue en la Cámara de los Lores. Otros también acudieron a la Corte de Derechos Humanos de Estrasburgo alegando violación de sus derechos bajo la Convención Europea de Derechos Humanos, pero fueron rechazados en parte con base en el argumento de que sus reclamos habían sido transados (*settled*) por el acuerdo de 1982 entre Mauricio y el Reino Unido. Ver parág. 128 de la Opinión Consultiva.

[41] Ver nota 46.

[42] El informe está en UN doc. A/5800/Rev. I (1964-1965), pág. 352, citado en el parág. 172 de la Opinión Consultiva de Mauricio.

[43] Ídem.

[44] La declaración del juez Tomka es decididamente crítica de la dirigencia política de Mauricio, y afirma que al tiempo de la separación forzada los habitantes de Chagos no fueron representados ni suficientemente defendidos por el Gobierno de Mauricio, y que, de hecho, fueron abandonados por la ONU que, luego de 1968, dejó de interesarse por su destino en razón de que la situación del archipiélago

mo haya sido la verdad de este proceso, que en definitiva es una cuestión de hecho, la Corte no dejó pasar la oportunidad para afirmar un principio jurídico de mucho mayor alcance, que se refiere a la función rectora que deben desempeñar la Asamblea General y el Comité Especial de Descolonización en el control e implementación (*monitoring and implementation*) de la resolución 1514. Según la Corte, esta función comprende, además, la “fiscalización” de los medios por los cuales los pueblos de los territorios no autónomos expresan su libre determinación y la del control de varios otros aspectos, incluyendo cómo deben formularse y redactarse correctamente las preguntas que son sometidas a consulta popular⁽⁴⁵⁾. Según este razonamiento, aun si la voluntad de aceptar la separación de Chagos hubiera sido, en los hechos, auténticamente “libre y genuina”, igualmente sería descalificada y sospechosa por ser manifestada al margen de los poderes y responsabilidades de la Asamblea General de la ONU, cuya necesaria intervención en estos temas –según los términos usados en la resolución 1514 y que también la Corte enuncia– hacen a la paz y seguridad internacional y al interés de la comunidad internacional en su conjunto, a cuya custodia y promoción se debe la organización mundial.

b) Avance sobre la competencia contenciosa de la Corte

El segundo argumento del Reino Unido que aquí consideramos se centra en la circunstancia de que, en este caso, había una disputa en torno a la soberanía territorial sobre el archipiélago de Chagos y, en consecuencia, no correspondía que la Corte emitiera la opinión consultiva solicitada porque, al hacerlo, se estaría pronunciando “por implicancia” sobre la soberanía de Chagos, que, a su juicio, era el meollo central de la cuestión. De hecho, la República de Mauricio había propuesto al menos dos veces llevar el tema a la Corte y el Reino Unido se había negado⁽⁴⁶⁾. Esta postura fue recogida por la única opinión disidente de la jueza Donoghue, quien sostuvo que, aun cuando las preguntas de la Asamblea General a la Corte no hablan de “soberanía”, no obstante había razones compulsivas (*compelling reasons*) que indicaban que la Corte debería abstenerse. Señaló que la propia Mauricio y la presentación hecha en nombre de la Organización de la Unidad Africana ante la Corte –al manifestar que, cuando se cumplan los pasos que faltan para completar el proceso de descolonización, Mauricio podrá ejercer su “plena soberanía” sobre Chagos– estaban poniendo en evidencia que lo que subyacía es un conflicto de soberanía⁽⁴⁷⁾.

Sin embargo, en el precedente del Sahara Occidental que citó la jueza, la Asamblea General de la ONU en 1974 había solicitado la opinión consultiva de la Corte para asistirle en relación con la descolonización del Sa-

de y de su población dejó de estar en su agenda de la Asamblea General y del Comité de Descolonización. Ver parág. 5° de esa Declaración.

[45] Ver parág. 167, *in fine*, de la Opinión Consultiva de Mauricio. El papel relevante de los órganos de la ONU se fundamenta en el carácter *erga omnes* del derecho de autodeterminación de los pueblos y la vinculación de ese principio con los intereses de la comunidad internacional en su conjunto (ver Sentencia de la Corte del 30 de junio de 1995 en el litigio entre Portugal y Australia por el caso “Timor Oriental”, ICJ Reports 1995, parág. 102, así como la Opinión Consultiva de la misma Corte emitida en 2004 acerca de la construcción de un muro en territorio ocupado por Palestina, ICJ Reports 2004 [I], pág. 172). En el caso de la Opinión Consultiva de Namibia, la Corte opinó que el derecho de descolonización imponía obligaciones a terceros países de apoyar activamente las resoluciones de la asamblea en materia de descolonización, de abstenerse de tener relaciones (*dealings*) con el Gobierno de Sudáfrica que implicaran reconocimiento de la legalidad de su presencia en Namibia o que le prestaran apoyo o asistencia a dicha administración. Ver Opinión Consultiva de Namibia, pág. 48.

[46] La negativa del Reino Unido a aceptar la jurisdicción de la Corte se basaba en que Mauricio pertenecía al *Commonwealth* y que su declaración unilateral aceptando la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria prevista en el art. 36, parág. 2°, del estatuto contenía una reserva que excluía disputas con miembros de esa comunidad de naciones. Sin embargo, cuando Mauricio anunció en 2004 que se retiraría del *Commonwealth* a fin de suministrar una nueva base para acceder a esa jurisdicción, el Reino Unido modificó su declaración ampliando su reserva para excluir a países que “habían pertenecido” al *Commonwealth* (ver la opinión disidente del caso Mauricio de la jueza Joan E. Donoghue, parágs. 5° y 6°).

[47] En el parág. 13 de la opinión disidente de la jueza Donoghue se transcribe una presentación de la República de Mauricio ante la Corte que dice: “*Sovereignty over the Chagos Archipelago is predicated on, and fully disposed by, the court’s determination of the decolonisation issue. There is no basis for a separate consideration or determination of any question of territorial sovereignty*”. En igual sentido, ver resolución de la Organización para la Unidad Africana en apoyo de Mauricio (African Union, 28th Session, Resolution on Chagos Archipelago, Assembly/AU/Res. I [XXVIII] [enero 30-31 de 2017] doc. EX.CL/994 [XXX], written statement on Mauritius, Ann 190).

[38] El 30 de enero de 2017 la asamblea de la Organización para la Unidad Africana (“OAU”) votó la resolución AU/Res. I (XXVIII), que brindó su apoyo a Mauricio “... con el objeto de completar la descolonización de la República de Mauricio” (traducción del autor). La OAU estuvo comprometida con la causa de Chagos desde antes de la independencia de Mauricio y había: (i) denunciado la creación del BIOT como violación del principio de integridad territorial consagrado por la resolución 1514, (ii) votado en 1980 la resolución 99 (XVII) “exigiendo” que Diego García fuera devuelta a Mauricio en forma “incondicional”, y (iii) promulgado en 2010 la Decisión 331 que reiteraba su denuncia de que había violado su integridad territorial.

[39] Ver “Opinión Consultiva sobre Status Internacional del Sudoeste Africano” y la “Opinión Consultiva de Namibia”. Por su parte, la célebre declaración citada fue complementada diez años más tarde por la resolución 2621 (XXV) de 1970 (que adoptó un “Programa de Acción” para la plena implementación de la resolución 1514 y declaró al colonialismo, en cualquiera de sus formas, como un crimen internacional). También la resolución 2625 (XXV) de 1970, que estableció la “Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Concernientes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, estableció la obligación de los Estados, por un lado, de promover la realización del principio de autodeterminación a fin de terminar con el colonialismo, y, por el otro, de abstenerse de toda acción dirigida al quebrantamiento parcial o total de la unidad nacional e integridad territorial de cualquier otro Estado o país. Luego pueden citarse las resoluciones 65/118 del 10 de diciembre de 2010, 70/231 del 23 de diciembre de 2015 (que habla de la pronta necesidad de erradicación del colonialismo, que continúa como una de las prioridades de la ONU), la 71/122 del 6 de diciembre de 2016 y la 72/111 del 7 de diciembre de 2017. El juez Nawaf Salam, en su declaración separada en el caso Mauricio, señala, no sin cierta agudeza, que el Consejo de Seguridad de la ONU, que el Reino Unido integra como miembro permanente, al tratar en varias resoluciones temas de descolonización de territorios sometidos a la administración portuguesa entre 1960 y 1965, ha confirmado el carácter normativo de la resolución 1514. En tal sentido cita como ejemplo la resolución 180 (1963) del Consejo de Seguridad que “confirma” la resolución 1514 y “afirma” que las políticas de Portugal “... son contrarias a los principios de la Carta y de las resoluciones relevantes de la Asamblea General” (traducción del autor). Parág. 4° de dicha declaración.

[40] El Reino Unido había celebrado un acuerdo en 1982 en virtud del cual pagó cuatro millones de libras esterlinas al Gobierno de Mauricio para beneficio de los chagosianos, llamados también “Ilois”, que habían ido a Mauricio a cambio de una renuncia de reclamos por este

hara español, para lo cual España había programado un referéndum que permitiera que la población del territorio (Río del Oro y Sakiet El Hamra) ejerciera su derecho de autodeterminación. Sin embargo, en el curso de los debates de la Cuarta Comisión de la ONU, tanto el Reino de Marruecos como la República Islámica de Mauritania invocaron reclamos de soberanía sobre el territorio a ser descolonizado invocando títulos anteriores a la colonización española. Frente a este giro particular que adquirió el tema, la Asamblea General dictó, el 13 de diciembre de 1974, la resolución 3292 (XXIX) en la que entre otras cosas: decidió (i) requerir una opinión solicitada en términos del art. 96, párr. 1º, de la Carta y, al mismo tiempo, (ii) urgir a la potencia administradora a que postergara el referéndum previsto hasta tanto la Asamblea General, luego de dictada la opinión de la Corte, decidiera sobre el curso de acción a ser seguido a fin de acelerar el proceso de descolonización del territorio en cuestión⁽⁴⁸⁾. Las dos preguntas que formuló, sin perjuicio de la resolución 1514 (XV), fueron las siguientes:

(1) Si Sahara Occidental (Río del Oro y Sakiet El Hamra) al tiempo de la colonización española era un territorio que no pertenecía a nadie (*terra nullius*).

(2) Y si la respuesta era negativa, ¿cuáles eran los vínculos jurídicos (*legal ties*) entre ese territorio y el Reino de Marruecos y (...) la República de Mauritania? (traducción del autor).

Este precedente de la propia Corte es de una importancia crucial, ya que revela, al igual que en el caso posterior de Chagos, una disputa de soberanía sobre el territorio a ser descolonizado y en la que hubo oposición, en este caso, de España, a que la Corte pronuncie un dictamen consultivo que incida sobre un tema en que, para su tratamiento, debería habilitarse su jurisdicción contenciosa, que España se había negado a aceptar. En tal sentido, la Corte dijo lo siguiente: “En ciertos casos (...) la falta de consentimiento de un Estado interesado puede hacer que la emisión de una opinión consultiva sea incompatible con el carácter judicial de la Corte. Una instancia de ello sería cuando las circunstancias revelan que al dar una respuesta tendría el efecto de sortear (*circumvent*) el principio de que un Estado no está obligado a permitir que sus disputas sean sometidas a un arreglo judicial sin su consentimiento”⁽⁴⁹⁾ (la traducción es del autor).

Sin embargo, luego de precisar que la objeción española no afectaba a la competencia misma de la Corte, sino que solo incidía sobre la apreciación de las circunstancias que harían apropiado dar o no la opinión (sus palabras fueron “*appreciation of the propriety of giving an opinion*”), la Opinión Consultiva de Sahara Occidental agregó que, en ese caso particular, el reclamo se había planteado por primera vez en el marco de los debates que tuvieron lugar en la Asamblea General con miras a la descolonización del territorio, y nunca antes en las anteriores relaciones bilaterales de esos países con España. En este sentido, si bien en septiembre de 1974, y ante el giro que habían empezado a tomar las discusiones, el Ministro de Relaciones Exteriores de Marruecos había propuesto un arreglo judicial ante la Corte, España no aceptó. Frente a ello, la Corte expresó que esa invitación no pudo haber tenido el efecto de detraer ese tema puntual del debate más general, que gravitaba centralmente en torno a cómo debía hacerse la descolonización. Por su parte, España había esgrimido el argumento de que, como ella entendía que todas las partes coincidían en que el destino final del territorio era la descolonización, la discusión en punto a la soberanía territorial se había vuelto irrelevante.

El argumento español daba por sentado que el referéndum, es decir, la forma más típica de autodeterminación por parte de los pobladores, sería la única forma de descolonización. Sin embargo, del lado de Marruecos y Mauritania comenzaron a hablar de integridad territorial, es decir, descolonización mediante entrega del territorio, alegando haber sido soberanos anteriores a la colonización española y, en el curso de los debates, los dos Estados africanos comenzaron a presentar documentación tendiente a demostrar sus títulos que, dicho sea de paso, se superponían parcialmente entre ambos reclamantes. En otras palabras, el camino que conducía a una modalidad de descolonización u otra se empezó a perfilar como dependiendo de la resolución del reclamo de soberanía territorial al tiempo

de la colonización española. En tal sentido, la Corte no solamente aceptó emitir el dictamen, sino que puntualmente dijo lo siguiente: “Los términos del requerimiento [de la Asamblea General] contienen una cláusula (*‘proviso’*) concerniente a la aplicación de la resolución 1514 (...). Por lo tanto, la pregunta legal que ha sido presentada a la Corte se localiza en el marco de referencia más amplio que la resolución de una disputa particular y comprende otros elementos”⁽⁵⁰⁾ (traducción del autor).

Esta técnica, que consiste en subsumir la cuestión territorial dentro del envoltorio mucho más amplio que involucra la problemática de la descolonización y de la aplicación de la resolución 1514, fue reeditada por la Corte en el caso de Mauricio cuando, ante el crudo planteo de una cuestión pendiente de soberanía territorial sobre Chagos, en su Opinión Consultiva afirma: “Las cuestiones planteadas por el requerimiento [de la Asamblea General] a la Corte se ubican en el marco de referencia más amplio de la descolonización, incluyendo el papel que debe desempeñar la Asamblea General en ese contexto, de las que esas cuestiones son inseparables”⁽⁵¹⁾ (traducción del autor).

Volviendo al Sahara Occidental, la Corte, luego de responder que el territorio no era *terra nullius* al tiempo de la colonización española, frente a la segunda pregunta, acerca de la índole de los reclamos territoriales, reconoció que existían vínculos jurídicos entre el territorio del Sahara Occidental para con Marruecos y Mauritania, pero con la aclaración de que tales vínculos (*legal ties*) “no eran de naturaleza tal que pudieran afectar la aplicación de la resolución 1514 en la descolonización del Sahara Occidental y, en particular, el principio de autodeterminación mediante la expresión libre y genuina de la voluntad del pueblo del territorio” (traducción del autor)⁽⁵²⁾. A *contrario sensu*, la Corte parece insinuar que, de haber habido títulos soberanos, sí los hubiera habido.

Ahora bien, la opinión disidente de la jueza Donoghue en el caso Mauricio señala que, si bien concuerda con la localización del tema dentro del marco de referencia “más amplio” de la descolonización, esa circunstancia no cambia su conclusión de que, al dar la opinión requerida por la Asamblea, se estaría sorteando (*circumventing*) el consentimiento del Reino Unido para juzgar (*adjudicate*) su disputa bilateral con Mauricio. En otras palabras, bajo el manto de una discusión sobre cómo descolonizar, se produjo la adjudicación de la soberanía territorial a una de las dos partes de la disputa.

V Algunas observaciones sobre el derecho de descolonización

(1) La resolución 1514, a pesar de llevar el título de “Declaración”, contiene consignas trascendentes y establece principios, y la Opinión Consultiva de Mauricio claramente le reconoce carácter normativo⁽⁵³⁾. Más aún, se puede afirmar que esta llamada carta magna de la descolonización estableció los cimientos de una nueva rama del derecho internacional que podríamos llamar “derecho de descolonización”, que impone a las potencias coloniales la obligación no solamente de proceder de inmediato a descolonizar, sino que les señala cuáles son los principios rectores que deben gobernar ese proceso.

(2) Este nuevo conjunto de normas no solamente reclama —y la jurisprudencia de la CIJ posteriormente así le ha reconocido— su carácter de *lex data*, sino que, además, sus preceptos revisten una jerarquía equiparable a la de la Carta misma (cuyo art. 103 le confiere a esta última el estatus de una constitución para la comunidad internacional), y hasta

(50) Opinión Consultiva del Sahara Occidental, parág. 38, último párrafo.

(51) Opinión Consultiva de Mauricio, parág. 88. Un razonamiento parecido empleó la Corte en su Opinión Consultiva del 9 de julio de 2004, cuando respondió a la pregunta acerca de las consecuencias legales de la construcción de un muro que Israel había edificado en el territorio palestino que ocupaba. Israel argumentó que la Corte debía abstenerse de opinar porque, en el fondo, existía una disputa legal con Palestina, e Israel se había negado a someter el diferendo a un arreglo judicial. La Corte consideró que este argumento no debía ser motivo para negar su opinión porque, entre varias otras cosas, “*The opinion is requested on a question which is of particular acute concern to the United Nations and one which is located in the much broader frame of reference that a bilateral dispute*” (Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, ICJ Reports 2004 [I], pág. 159, parág. 50). Véase sobre este tema los artículos publicados sobre este polémico tema en el American Journal of International Law, enero 2005, vol. 99, N° 1.

(52) Ver parág. 162 de la Opinión Consultiva del Sahara Occidental, del 16 de octubre de 1975, International Law Reports, Lauterpacht, t. 59, pág. 85.

(53) Ver párrs. 151 a 153 de la Opinión Consultiva de Mauricio.

muchos autores le asignan el carácter de *jus cogens*⁽⁵⁴⁾. El fundamento de esta singular preeminencia radica en que el texto de la resolución 1514 “declara” que el colonialismo (entendido como la sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras) es contrario a la Carta de las Naciones Unidas, viola los derechos humanos y atenta contra la paz y seguridad internacionales (párr. 1º).

(3) La jurisprudencia y el tenor de las resoluciones adoptadas en materia de descolonización atribuyen a la Asamblea General la facultad de (i) “calificar” un territorio como colonial o no autónomo, y, por ende, exponer la obligación de su Estado administrador de proceder a su descolonización; (ii) “precisar” cuál es la receta descolonizadora en casos particulares cuando se presenten dudas en cuanto al camino a seguir; (iii) “fiscalizar” procesos de descolonización para asegurar que en toda consulta popular que implique ejercicio del derecho de libre determinación bajo la resolución 1514 se garantice la libre y genuina decisión del pueblo interesado; y (iv) “definir” qué obligaciones, positivas y negativas, recaen sobre terceros países frente a situaciones concretas de descolonización que demanden su cooperación⁽⁵⁵⁾ por tratarse de temas que hacen a la paz y seguridad internacionales y, por ende, interesa a la comunidad internacional en su conjunto⁽⁵⁶⁾.

(4) Todo quebrantamiento del principio de integridad territorial comporta también, y por los mismos hechos, una privación del derecho más genérico de libre determinación en cuanto cercena el pleno ejercicio del derecho del pueblo al que pertenece el territorio amputado (esté o no organizado como Estado nacional) de administrar o eventualmente disponer libremente de su destino. Recíprocamente, toda descolonización que consista o se complete con la devolución de un territorio (o de su administración), como lo ha ordenado la reciente resolución 73/295 de la Asamblea General para el caso Mauricio, da satisfacción y cumplimiento no solamente al principio de integridad territorial, sino también y simultáneamente al derecho de autodeterminación, en tanto en cuanto el pueblo interesado se ve repuesto en el pleno ejercicio de su derecho de libre disposición sobre su territorio⁽⁵⁷⁾.

(54) Ver las opiniones separadas de los jueces Robinson, Cançado Trindade y Sebutinde en el caso de Mauricio, que les atribuyen a las normas de descolonización el carácter de *jus cogens*, tema que, sin embargo, el dictamen de la Corte omite tratar en detalle. Sobre el carácter superior o preeminente de las normas en materia de descolonización ver EMERSON, RUPERT, *The New Higher Law of Anti-Colonialism*, en DEUTSCH, KARL - HOFFMANN, STANLEY, *The Relevance of International Law*, New York, Anchor Books, 1971, pág. 203. Esta concepción refleja el carácter evolutivo y transformador que la resolución 1514 le ha impreso a la Carta, ya que su texto, que es de 1945, no solamente no condena el colonialismo, sino que ni siquiera lo trata en el Capítulo XI como un fenómeno de transición, como lo hace decididamente con el régimen de administración fiduciaria (Caps. XII y XIII). Ver VIRALLY, MICHEL, *L'Organisation Mondiale*, Paris, Librairie Armand Colin, 1972, pág. 238. Algunos juristas aplican también la teoría de los “poderes implícitos” desarrollada por la Corte en su sentencia del 11 de abril de 1949, en el caso de la Reparación de los Daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas. Ver MAJÁ DE LA MUELA, ADOLFO, *Emancipación de los pueblos...*, cit., págs. 148 y 149.

(55) Ver Opinión Consultiva sobre Namibia, repuestas a preguntas (2) y (3). Esta obligación de cooperación, que recae sobre todos los Estados, aparece fuertemente enunciada en la “Declaración sobre los Principios del Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, en su parte en la cual enuncia el principio de la “igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos”. Asamblea General, resolución 2625 (XXV) de 1970.

(56) VIRALLY, MICHEL, *L'Organisation Mondiale*, cit., Titre II, Cap. 9, “La descolonización”, págs. 232/252. Al ser el Consejo de Seguridad y la Asamblea General cuerpos colegiados integrados por representantes de Estados miembros, son órganos esencialmente políticos, y aunque con frecuencia tratan disputas que incluyen cuestiones jurídicas, sus resoluciones, a diferencia de los procesos judiciales, pueden tomar en cuenta la totalidad de los elementos susceptibles de tener influencia sobre sus posiciones, sus designios y sus intereses. VIRALLY, MICHEL, *L'Organisation Mondiale*, cit., pág. 259. Sin embargo, en materia de descolonización la jurisprudencia de la Corte le ha reconocido a la Asamblea General el poder de interpretar y aplicar la resolución 1514 a casos particulares, y ello les confiere a sus resoluciones un valor casi determinante en estos temas.

(57) La Opinión Consultiva de Mauricio habla de que el Reino Unido debe poner fin a su administración del archipiélago de Chagos (es decir, devolverlo a Mauricio) para permitir que Mauricio complete su descolonización de modo consistente “*con el derecho de autodeterminación de los pueblos*” (énfasis y traducción del autor), parág. 178. La opinión separada del juez Sebutinde dice, entre otras cosas: “... *the separation by the United Kingdom of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965 was clearly in violation of the right of the inhabitants of Mauritius to self-determination*”, parág. 21. La presentación ante la Corte hecha en nombre de la República Argentina en el caso Mauricio por el profesor Marcelo Kohén el 4 de septiembre de 2018 remarcó, en su párr. 25, que el derecho de autodeterminación tiene una “*dimensión espacial*” (énfasis del autor) y que el caso bajo consideración comporta ruptura de la integridad territorial del pueblo de Mauricio y, en consecuencia, de su

(48) Ver resolución 3292 (XXIX) de 1974.

(49) Sahara Occidental, Opinión Consultiva, 16 de octubre de 1975, parág. 33, International Law Reports, Lauterpacht, t. 59, pág. 42. La traducción es del autor.

(5) Un territorio colonial posee un estatus separado y distinto del territorio propio del país que lo administra, porque esa soberanía, aun si fue perfecta en el pasado, a partir de la resolución 1514 está sujeta a la carga descolonizadora, que impone obligaciones que hacen que su soberanía adquiera, de allí en adelante, un carácter transitorio y claudicante y, en consecuencia, solo puede durar hasta tanto se produzca su descolonización⁽⁵⁸⁾.

(6) El principio anterior opera también *a fortiori* si ese título sobre una colonia adolece de algún defecto en su inicio, ya que este no puede ser remediado o subsanado *a posteriori* en perjuicio del pueblo interesado en su descolonización por los métodos tradicionales (consolidación por transcurso del tiempo, prescripción adquisitiva, aquiescencia, etc.)⁽⁵⁹⁾.

(7) En el caso del Sahara Occidental, la primera pregunta dirigida a la Corte por la Asamblea General fue si al tiempo de la colonización española en 1884 el territorio era *terra nullius* y, en caso negativo, qué vínculos mantenían el Reino de Marruecos y Mauritania sobre el territorio del Sahara Occidental (Río del Oro y Sakiet El Hamra) “en ese tiempo” que pudieran afectar el método a ser usado para su descolonización. La respuesta de la Corte fue clara en el sentido de que no era *terra nullius* y que, sin duda, al menos Marruecos tenía vínculos jurídicos con el territorio, pero que en 1884 tales vínculos no llegaban a afectar “la aplicación del principio de autodeterminación”. La alusión a títulos de soberanía territorial parece bastante evidente, aunque la Corte parece haberse esforzado mucho para no emplear esas precisas palabras.

(8) Si en el pasado hubo ruptura de la integridad territorial, los propósitos reivindicatorios que inspiran a la resolución 1514, que son de liberación e independencia, de reposición y desagravio, de restauración y reparación, deberían hacer que la “fecha crítica” quede fijada al inicio de la colonización (como alegaron Marruecos y Mauritania en el caso del Sahara Occidental, y alega Argentina en Malvinas), que es la “fecha crítica”⁽⁶⁰⁾ que debe tomarse como punto de referencia para el análisis jurídico del problema⁽⁶¹⁾.

(9) Si dos partes mantienen una disputa de soberanía sobre un territorio, y una de ellas no puede acudir a la CIJ porque la otra niega su consentimiento (y no ha hecho una

declaración facultativa de jurisdicción obligatoria bajo el art. 36, párr. 2°, de su Estatuto que la obligue a comparecer), en la medida en que sea una cuestión jurídica que surge en el marco de un proceso de descolonización, queda abierta la posibilidad de que la parte reclamante (pueblo o Estado independiente) reúna los votos necesarios en la Asamblea General para promover un pedido de opinión consultiva a la Corte con base en el art. 96, párr. 1°, de la Carta; y la Corte, por lo menos en su actual composición y con base en este precedente de Mauricio, probablemente aceptaría darla; y si lo hace, podría suministrar una base legal para que la Asamblea aplique posteriormente un método de descolonización que, en los hechos, termine adjudicando el territorio disputado a una de las dos partes de la controversia. Esto mismo no llegó a ocurrir en Sahara Occidental porque la Corte no reconoció vínculos “que pudieran afectar la descolonización por libre determinación de la población” (eufemismo que alude a la soberanía), pero sí ocurrió con la resolución 73/295 del 22 de mayo último referida a Mauricio⁽⁶²⁾.

VI Algunas similitudes entre ambos casos

La disputa entre Mauricio y el Reino Unido tiene algunos puntos en común con la cuestión Malvinas, que paso a detallar, aunque con la reserva de que no todos ellos tienen la misma relevancia para el caso de que se quiera usar el caso Mauricio como precedente en una eventual discusión judicial del caso argentino.

(a) En ambos casos hay un Estado que reivindica el ejercicio de su soberanía territorial sobre territorios insulares que el Reino Unido mantiene bajo su posesión (en Malvinas, para su política de colonización, defensa o eventual proyección antártica y, en Chagos, para ceder su uso a los Estados Unidos como base militar). En ambos el Reino Unido afirmó no tener dudas acerca de los títulos jurídicos soberanos que lo habilitan para continuar administrando o cediendo a Estados Unidos las islas en cuestión y, en conexión con ello, se negó a llevar el reclamo a un tribunal que haga justicia. En el caso de Malvinas rechazó propuestas argentinas de arbitraje en 1885 y 1888, y con relación al archipiélago de Chagos, rechazó dos propuestas de Mauricio para un arreglo judicial ante la Corte, una en 2001 cuando pertenecía al *Commonwealth*, y otra en 2004, cuando Mauricio indicó que se retiraría del *Commonwealth*⁽⁶³⁾.

(b) En ambos casos el Reino Unido buscó excluir la actuación de la ONU, procurando situar el problema en el marco de sus relaciones bilaterales sin lograr éxito.

(62) La Declaración de la vicepresidente de la Corte, Xue Hankin, en el caso Mauricio, afirma que no es poco común que temas sometidos a Opinión Consultiva contengan una disputa bilateral y que la jurisprudencia consistente de la Corte tiene establecido que el solo hecho de que exista una disputa bilateral por sí misma no ha sido considerada un razón determinante (*compelling reason*) para negarse a dar la opinión (ver par. 4° de dicha Declaración). Ver, en sentido coincidente, la Opinión Consultiva de la CIJ sobre el Muro, citada en nota 51. En este punto parece haber habido, en la jurisprudencia de la Corte, una inclinación muy favorable a dar Opiniones Consultivas, aun mediando disputas legales entre países interesados. La discusión sobre el tema se planteó en ocasión del pronunciamiento del 23 de julio de 1923, en virtud del cual la CPJI se negó a dar una Opinión Consultiva que había pedido el Consejo de la Sociedad de las Naciones sobre la autonomía de Carelia Oriental porque se trataba de una disputa pendiente entre Rusia y Finlandia sobre el alcance de tratados de paz de 1920 entre esos dos países. El fundamento de esa negativa fue que Rusia se había negado a participar en cualquier proceso ante la organización ginebrina (de la que ni siquiera era país miembro) y, con especial énfasis, ante la CPJI (Anual Digest of Public International Law Cases, Williams and Lauterpacht, t. 2, 1023-1924, pág. 394). CHARLES DE VISSCHER señala que la evolución de las Opiniones Consultivas y su progresiva asimilación del procedimiento contencioso con el consultivo reveló una preocupación por la eliminación de toda posibilidad de que se introdujera la jurisdicción obligatoria en forma subrepticia por la puerta de servicio a través del pedido de Opiniones Consultivas. VISSCHER, CHARLES DE, *Aspects récents du droit procédural de la Cour Internationale de Justice*, citado por GROS, ANDRÉ, *Concerning the Advisory Role of the International Court of Justice*, en *Transnational Law in a Changing Society, Essays in Honor of Philip C. Jessup*, New York, London, Columbia University Press, 1972, pág. 313. Allí ANDRÉ GROS señala que, cuando la Corte responde a un pedido de Opinión Consultiva, no se transforma en un comité de quince consultores y sigue poseyendo la autoridad que emana de ser el principal órgano judicial de la ONU. Ver también POMERANCE, MICHAEL, *The ICJ Advisory Jurisdiction and the Crumbling Wall Between the Political and the Judicial*, Am. Journal of International Law, año 2005, vol. 99, N° 1, pág. 26.

(63) Ver opinión disidente de la jueza Donoghue, parágs. 5° y 6°.

(c) En ambos casos hubo una descolonización frustrada. En el caso de Mauricio, la frustración fue parcial porque quedó trunca por medio siglo y aún falta que se complete cuando se le devuelva el archipiélago de Chagos. En el caso de Malvinas, la frustración es total porque el diferendo pronto tendrá dos siglos de antigüedad y la resolución 2065 (de hace ya más de medio siglo) y las que le siguieron después marcaron un camino de descolonización señalado por la Asamblea General con base en una “negociación” que las partes ni siquiera han comenzado a recorrer.

(d) En ambos casos se alegó quebrantamiento del principio de integridad territorial consagrado por la resolución 1514. En el caso de Malvinas, ello ocurrió en 1833, poco tiempo después de que Argentina alcanzara su independencia, y en el caso de Mauricio, muy poco antes de alcanzar la suya. Si bien hay un siglo y medio de distancia entre una y otra ruptura, y no fueron hechas del mismo modo, en ambos casos hubo apropiación por parte del Reino Unido de un territorio no aceptado por el pueblo titular del interés legítimo sobre aquel; y a ambos se les declaró aplicable la resolución 1514.

(e) En ambos casos el Reino Unido produjo el desplazamiento forzado de una población establecida en el territorio sin permitirles el retorno a este. En el caso de Malvinas, desde 1833 en adelante, y en Chagos, entre 1967 y 1971, y continuando. En el primer caso fue para reemplazarla por otra población de origen predominantemente británico, y en el segundo, para permitir la instalación de una base militar de un tercer país que quería que el territorio quedara libre de ocupantes.

(f) En ambos casos había “dependencias” que históricamente habían formado parte de la colonia principal y que el Reino Unido escindió al crear territorios coloniales separados. En el caso de Mauricio, separó el archipiélago de Chagos en 1965 al crear el BIOT, y en el caso de las Falkland, luego de separar de las Falkland Islands Dependencies comprendidas bajo el Tratado Antártico en la década de 1960, creó después de la guerra, en 1985, el British Overseas Territory of South Georgia and Sandwich Islands, de modo que las Falkland Islands, al igual que la República de Mauricio, se quedaron sin ninguna otra *dependency*.

(g) En ambos casos el Reino Unido hizo consultas que pretendieron poner en marcha un derecho de autodeterminación por fuera de la órbita de la ONU, es decir, desconociendo la competencia exclusiva de la Asamblea General en materia de aplicación y fiscalización de los principios de la resolución 1514. En el caso de Mauricio lo hizo en 1965, cuando obtuvo el consentimiento del Consejo de Ministros de la Colonia a la separación de Chagos (cuyo valor legal fue desestimado entonces por el Comité de Descolonización y ahora por la propia Corte). En el caso de las Falkland, lo hizo cuando el Reino Unido organizó una consulta popular en 2013, ocasión en la que los pobladores, como era de esperar, se pronunciaron en forma casi unánime por continuar en su condición actual. Con relación a esta última consulta cabe señalar no solamente que merece el mismo reparo anterior, por haberse hecho al margen de la ONU, sino más específicamente porque se contraponen a la resolución 2065 (XX) de 1965 y las que le siguieron, que establecieron todas ellas, coincidentemente, que esa desco-

derecho de autodeterminación. El representante de la Unidad Africana al apoyar la causa de Mauricio dijo que, con la devolución de Chagos, Mauricio podrá ejercer plenamente su derecho de integridad territorial y autodeterminación. Conf. GODIO, LEOPOLDO M. A. - RODRÍGUEZ, FACUNDO D., *La Opinión Consultiva...*, cit.

(58) Resolución 2625 (XXV) de 1970, en la parte que trata “el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos”. Ver también KOHEN, MARCELO, presentación citada en nota anterior, punto 7°. CASSESE, ANTONIO, *Self Determination of Peoples*, Cambridge University Press, 1995, pág. 73, identifica el punto de extinción de la soberanía de la metrópoli sobre el territorio administrado cuando el pueblo interesado ejerce su autodeterminación. La Asamblea General tiene establecido que un territorio no autónomo ha alcanzado la plenitud de su gobierno propio: (i) cuando pasa a ser un Estado independiente y soberano, (ii) cuando establece una libre asociación con un Estado independiente, o (iii) cuando se integra a un Estado independiente. Resolución 1541 (XV) de 1960.

(59) “One of the consequences of the body of international law on self-determination is that at present no legal title over territory can be acquired in breach of self-determination”. CASSESE, ANTONIO, *Self Determination of Peoples*, cit., pág. 188 y sigs. En cuanto al saneamiento de título que pueda presentar dudas en su inicio, ver nota 68.

(60) La Opinión Consultiva de Mauricio habla de que el análisis del tema debe focalizarse entre la fecha de la separación de Chagos (o creación del BIOT) y la independencia en 1968 (ver párrs. 140 a 143 de la Opinión Consultiva). Cabe observar que en el caso Mauricio, si bien el Reino Unido afirmó que no tenía dudas de su soberanía sobre Chagos, parece que apoyara implícitamente su postura en títulos anteriores al BIOT, ya que no necesitó invocar una prescripción adquisitiva, aquiescencia o lapso de tiempo que pudiera haber “robustecido” esos títulos durante el medio siglo que vino después de 1964, en que no hubo actividad de la ONU ni protestas formales de Mauricio. En cambio, en la cuestión Malvinas, los títulos invocados por el Reino Unido son, principalmente, de fecha posterior a 1833 y hay múltiples protestas argentinas.

(61) La corriente descolonizadora que desemboca en la resolución 1514 se fue plasmando en las sucesivas conferencias de países afroasiáticos (Bandung 1955, Cairo 1957, Accra 1958, Addis Ababa 1960 y Belgrado 1961 [no alineados]) y los votos dentro de la Asamblea General fueron creciendo exponencialmente con la incorporación de países de Asia y África que se fueron independizando. El movimiento anticolonialista fue fuertemente impulsado por la Unión Soviética y sus aliados durante la Guerra Fría. Los sentimientos que se expresan en todas esas conferencias mostraron el colonialismo como un sistema no solo anacrónico, sino como agravante y oprobioso por definición y al que hay que poner término lo antes posible.

EDICTOS

CIUDADANÍA

Juz. Civ. y Com. Federal N° 1 Sec. N° 2 de la Cap. Fed. Hace saber que MARÍA ELENA LOPEZ ROJAS nacionalidad boliviana DNI N° 95.357.974, solicitó la concesión de la CARTA DE CIUDADANÍA ARGENTINA. Se deja constancia que deberá publicarse por dos días en El Derecho. Buenos Aires, 11 de julio de 2019. Mercedes Maquieira, sec.

I. 2-8-19. V. 5-8-19 365

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 7, a cargo del Dr. Javier Pico Terrero, Secretaría n° 14, a mi cargo, sito en Libertad 731, 6° piso de la CABA, comunica que el Sr. SALAZAR ALCALÁ DANIEL, con DNI N° 93.073.992 nacido el 03/01/1954, en Potosí, Estado Plurinacional de Bolivia ha solicitado la declaración de la ciudadanía argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimien-

to que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. El presente se publica a los efectos del Art. 11 de la ley 346. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días. Buenos Aires, 18 de julio de 2019. Carlos G. Mallo, sec. fed.

I. 2-8-19. V. 5-8-19 366

El Juzgado Nacional de 1° Instancia Civil y Comercial Federal N° 9, Secretaría N° 17, sito en Libertad 731 piso 6°, Capital Federal, en los autos: “RODRÍGUEZ PORRES, LIZANDRA MARIELA S/CARTA DE CIUDADANÍA”, de nacionalidad PERUANA, nacida el 05/05/1993, en HUARAZ - PERU, con DNI 94.042.713. Se publica para que cualquier persona —a través del Ministerio Público— formule objeciones que pudiesen obstar al otorgamiento del beneficio. Buenos Aires, 17 de octubre de 2018. María Paula Razquin, sec. int.

I. 2-8-19. V. 5-8-19 367



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Primer Director: Jorge S. Fornieles (1961 - 1978)

Propietario UNIVERSITAS S.R.L. Cuit 30-50015162-1
Av. Alicia Moreau de Justo 1400 - PB, Contrafrente - Depto.
de Ediciones de la UCA, editoriales EDUCA y El Derecho

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:

Tel.: (011) 4349-0277

E-MAIL: elderecho@elderecho.com.ar • www.elderecho.com.ar

lonización (“en las Falkland/Malvinas”) debería acordarse con Argentina negociando la soberanía y contemplando los “intereses” y no los “deseos” de los isleños⁽⁶⁴⁾.

VII Comentarios finales

En el caso de las Islas Malvinas, el Reino Unido invocó el principio de libre determinación para beneficio de la población actual de las islas y Argentina, oponiéndose a esa tesis a causa del origen de esa población, invocó el principio de integridad territorial violado en 1833 y continúa así desde entonces. Ello creó la impresión de que “integridad territorial” y “autodeterminación” marcaban caminos opuestos de descolonización. Pero un análisis más detenido del tema revela que en 1833 se violó no solamente la integridad territorial de Argentina, sino también el principio de autodeterminación. La cuestión no consiste en determinar si la autodeterminación se aplica o no a la descolonización de las islas, sino en qué pueblo está legitimado, a la luz de los antecedentes históricos y tomando en cuenta el inicio de la colonización objetada, para invocar ese derecho. Atribuirlo a la población mayormente británica de las islas ya fue desestimado al menos dos veces por la Asamblea General (Malvinas y Gibraltar), y las razones son bastante evidentes, ya que darle autodeterminación a un pueblo que suplantó al que anteriormente estuvo allí perpetuaría la colonización, invertiría el principio de autodeterminación y traicionaría los fines reivindicatorios perseguidos por la resolución 1514.

Los manuales de derecho internacional hablan de que hasta 1960 el derecho de autodeterminación no era más que un concepto político, un principio inspirador de tratados o eventualmente una norma naciente o en estado de gestación, y que la resolución 1514 la convirtió en *lex data* universalmente reconocida, al menos en el ámbito de la descolonización. Sin embargo, tanto el derecho de autodeterminación o libre determinación, junto con el derecho de integridad territorial, han sido derechos inherentes a la noción misma de soberanía desde el surgimiento mismo de los Estados nacionales. La historia de las relaciones internacionales anterior a 1960 registra múltiples ejemplos de territorios que fueron cedidos, adquiridos y hasta dados en pago por servicios prestados a través de acuerdos voluntarios (“tratados contrato”) entre Estados independientes, aunque hoy en día ellos serían de dudoso valor si no cuentan con el consentimiento de la población interesada⁽⁶⁵⁾. Sin embargo,

(64) La resolución 2353 (XXII) de 1968 de la Asamblea General declaró que el referéndum que había celebrado el Reino Unido en Gibraltar el 10 de septiembre de 1967 fue hecho en violación de su anterior resolución 2231 (XXI) de 1966 y concordantes del Comité Especial de Descolonización que, al igual que la resolución 2065 (XX) de 1965 referida a las Malvinas, había prescripto la descolonización mediante negociaciones entre España y el Reino Unido tomando en cuenta los “intereses” (y no los deseos) de los habitantes, a quienes no se les había reconocido el derecho de autodeterminación por ser una población que reemplazó a una anterior de carácter predominantemente español. Ver CASSESE, ANTONIO, *Self Determination of Peoples*, cit., pág. 206 y sigs. Conf. HARRIS, DAVID J., *Cases and Materials on International Law*, 2° ed., 1979, pág. 110.

(65) Conf., *Self Determination of Peoples*, cit., pág. 190. Juan Manuel de Rosas habría propuesto la entrega de las Islas Malvinas al Reino Unido, propuesta que fue rechazada por Gran Bretaña. BURZIO, HUMBERTO F., *Rosas, el empréstito inglés de 1824 y las Islas Malvinas*, Buenos Aires, Boletín del Centro Naval, enero/febrero 1944, pág. 647 y sigs. PASCOE, GRAHAM - PEPPER, PETER, *Getting it Right: the Real History of the Falkland/Malvinas*, en la que intentan rebatir argumentos argentinos presentados por un grupo de expertos en un seminario que tuvo lugar en el London School of Economics el 3 de diciembre de 2007, sostienen, entre muchas otras cosas, que el Gobierno de Juan Manuel de Rosas, al suscribir un tratado de paz bilateral entre la Confederación Argentina y Gran Bretaña del 24 de noviembre de 1849, llamado Convención Arana-Southern, que puso término al conflicto anglofrancés por la navegación en los ríos Paraná y Uruguay, habría abandonado tácitamente el reclamo. La tesis se apoya en que dicho tratado resuelve reclamos mutuos entre Argentina y Gran Bretaña que surgieron del conflicto mencionado y no contiene reserva sobre las Islas Malvinas, y que ese hecho, unido al contexto de las tratativas bilaterales que rodearon esa negociación y posteriores actitudes argentinas, demostraría una aquiescencia argentina para con la soberanía británica. Para una refutación sólidamente documentada de esa publicación, tanto de este punto como en varios otros, ver KOHEN, MARCELO - RODRIGUEZ, 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 Falkland/Malvinas*, Eudeba, 2016.

hasta la resolución 1514 ningún “pueblo” estaba legitimado *per se* para ejercer estos derechos a título propio en la esfera internacional si no estaba organizado bajo la forma de un Estado soberano reconocido como tal. La resolución 1514 (XV) crea efectos legales presentes (*ex nunc*) para situaciones de colonialismo nacidas en el pasado y que siguen subsistiendo y, en su esencia, introduce tres aportes. En primer lugar, amplió estos dos derechos, integridad territorial y autodeterminación, que antes eran solo reconocidos a Estados soberanos e independientes, poniéndolos de ahí en adelante también en cabeza de todo “pueblo”, aun no organizado como Estado nacional, si fue víctima del colonialismo. En segundo lugar, marcó la descolonización como un imperativo que involucra a la comunidad internacional en su conjunto y no solamente al interés individual del “pueblo” que busca su descolonización (llámese independencia, restitución territorial o como sea que lo establezca la Asamblea General). Ello impone derechos y obligaciones no solamente a las partes, sino también a terceros países por el carácter *erga omnes* de los intereses comprometidos, que inciden sobre la paz y seguridad internacional. Finalmente, en tercer lugar, ha elevado el rango de los principios de independencia y de integridad territorial, junto con las normas operativas que los ponen en vigencia en casos particulares, revistiéndolos de una jerarquía preeminente equivalente a la de la propia Carta de la ONU, a tal punto que muchos autores y varias opiniones judiciales ubican a estas normas como pertenecientes al *jus cogens*⁽⁶⁶⁾.

La actual jurisprudencia de la Corte da pie para concluir que, al haberse violado la integridad territorial en 1833, se violó también (y simultáneamente) el derecho de autodeterminación de la República Argentina. En la especie, se trata de la dimensión espacial del derecho de autodeterminación, es decir, aquella que otorga a un pueblo la prerrogativa de determinar, por decisión propia y en forma libre y sin presiones externas, el destino de un territorio que le pertenece, ya sea reteniéndolo como parte del territorio propio o cediéndolo a un tercer Estado. Una separación forzada de un territorio (como fue el caso de Chagos y Malvinas), más allá de la pérdida del territorio mismo y de sus recursos, priva al pueblo interesado del pleno ejercicio de esa autodeterminación (llamada “externa”) en relación con el territorio escindido. Agregó, por mi parte, que dicha privación es sufrida no solamente por los pobladores mismos del territorio desmembrado, que serían las víctimas inmediatas, sino por la totalidad del pueblo con el cual esos pobladores formaron parte integrante. Visto desde esta perspectiva, la discusión sobre descolonización de las islas debería conducir, entre varias otras cosas, a que (i) en el análisis comparativo de los títulos de soberanía territorial que invocan Argentina y el Reino Unido quede en plena evidencia que la “fecha crítica” de la disputa es enero de 1833 por ser fecha del quiebre inicial de la integridad territorial; y (ii) en el análisis del título que invoca el Reino Unido, que se originó en un acto de fuerza, ningún tribunal debería aceptar que ese defecto inicial pueda ser remediado posteriormente por aplicación de reglas de saneamiento y consolidación de títulos territoriales (sea cual sea el tiempo transcurrido), en razón de que se trata de un tema de descolonización gobernado por la resolución 1514, que, entre otras cosas, ha catapultado los derechos de autodeterminación e integridad territorial hacia un plano de primacía frente a las demás reglas de derecho internacional tradicional⁽⁶⁷⁾.

Hay una diferencia, sin embargo, entre el caso Mauricio y la cuestión Malvinas que vale la pena remarcar. Luego de la independencia lograda en 1968, no hubo actividad alguna por parte de la ONU en relación con la descolonización de Mauricio ni con el tema del archipiélago de

historia. Refutación del folleto británico, *Más allá de la historia oficial. La verdadera historia de las Falkland/Malvinas*, Eudeba, 2016.

(66) Ver nota 54.

(67) Al afirmar el profesor CASSESE en su libro que ningún título territorial puede ser adquirido en violación al derecho de autodeterminación, en el párrafo siguiente agrega: “The same principle also governs cases where sovereignty over a territory is uncertain”. Ver CASSESE, ANTONIO, *Self Determination of Peoples*, cit., pág. 188.

Chagos y sus habitantes desplazados hasta recién en 2016 y 2017. En cambio, en la cuestión Malvinas desde 1965 existe un abrumador desfile de resoluciones, tanto de la Asamblea General de la ONU como del Comité de Descolonización⁽⁶⁸⁾. Todas ellas, empero, insisten en una misma y única receta descolonizadora (negociación de soberanía y acuerdo sobre intereses de los isleños). Pero la experiencia de más de medio siglo en la ONU, y un saldo acumulado de no menos de 186 años de discusiones estériles, revela más allá de toda duda que la disputa entre las partes en punto a la soberanía ha hecho que ni siquiera se haya dado un primer paso concreto en orden a la descolonización de las islas, y que ese nudo gordiano, de no seguir por el camino actual, difícilmente será desatado.

Las relaciones diplomáticas y comerciales que se han reabierto entre los dos países a partir de los acuerdos de Madrid de 1989 y 1990 sin duda han mejorado mucho la relación con el Reino Unido. Sin embargo, las propuestas que se vienen manejando nunca han dejado de referirse a cuestiones periféricas, tales como posibles acuerdos sobre recursos naturales, pesca, comunicaciones, cooperación en la identificación de combatientes caídos, búsqueda de submarino hundido, etc. Si bien esos temas pueden ser de gran importancia y beneficio mutuo y mejorar el clima de diálogo, no han logrado destrabar la cuestión de fondo⁽⁶⁹⁾.

Mauricio dejó pasar medio siglo sin acudir a la ONU y no ha concluido todavía hoy su descolonización, pero cuenta desde mayo último con una resolución de la Asamblea General que la encamina de un modo mucho más contundente que la resolución 2065 (XX) de 1965 sobre Malvinas y sus múltiples reiteraciones. Y puesto que la modalidad de descolonización que logró Mauricio, como dije al principio, coincide “exactamente” con la que aspira Argentina, esa experiencia muestra un posible camino, invita a la reflexión y sugiere un curso de acción futuro alternativo que merece ser evaluado con algún detenimiento.

VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - ESTADO NACIONAL - NAVEGACIÓN - FUERZAS ARMADAS Y DE SEGURIDAD - DERECHO INTERNACIONAL - TRATADOS Y CONVENIOS - ESTADOS EXTRANJEROS - DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO - ORGANISMOS INTERNACIONALES - DERECHO COMPARADO

(68) Ver las siguientes resoluciones de la Asamblea General: 37/9, del 4 de noviembre de 1982; 38/12, del 16 de noviembre de 1983; 39/6, del 1 de noviembre de 1984; 40/21, del 27 de noviembre de 1985; 41/40, del 25 de noviembre de 1986; 42/19, del 17 de noviembre de 1987 y 43/25, del 17 de noviembre de 1988; y las siguientes del Comité Especial de Descolonización: A/AC.109/756, del 1 de septiembre de 1983; A/AC.109/793, del 21 de agosto de 1984; A/AC.109/842, del 9 de agosto de 1985; A/AC.109/885, del 14 de agosto de 1986; A/AC.109/930, del 14 de agosto de 1987; A/AC.109/972, del 2 de agosto de 1988; A/AC.109/1008, del 15 de agosto de 1989; A/AC.109/1050, del 14 de agosto de 1990; A/AC.109/1087, del 14 de agosto de 1991; A/AC.109/1132, del 29 de julio de 1992; A/AC.109/1169, del 14 de julio de 1993; A/AC.109/2003, del 12 de julio de 1994; A/AC.109/2033, del 13 de julio de 1995; A/AC.109/2062, del 22 de julio de 1996; A/AC.109/2096, del 16 de junio de 1997; A/AC.109/2122, del 6 de julio de 1998; A/AC.109/1999/23, del 1 de julio de 1999; A/AC.109/2000/23, del 11 de julio de 2000; A/AC.109/2001/25, del 29 de junio de 2001; A/AC.109/2002/25, del 19 de junio de 2002; A/AC.109/2003/24, del 16 de junio de 2003, la resolución aprobada el 18 de junio de 2004; la resolución aprobada el 15 de junio de 2005; la resolución aprobada el 15 de junio de 2006; la resolución aprobada el 21 de junio de 2007; la resolución aprobada el 12 de junio de 2008; la resolución aprobada el 18 de junio de 2009; la resolución aprobada el 24 de junio de 2010; la resolución aprobada el 21 de junio de 2011; la resolución aprobada el 14 de junio de 2012; la resolución aprobada el 20 de junio de 2013; la resolución aprobada el 26 de junio de 2014; la resolución aprobada el 25 de junio de 2015; la resolución aprobada el 23 de junio de 2016 y la resolución del 25 de junio de 2019 (A/AC.109/2015/L7).

(69) El representante de la Organización de la Unidad Africana, en su presentación oral del 6 de septiembre de 1968 ante la Corte, citó su permanente compromiso para con la autodeterminación, la integridad territorial y en contra del colonialismo en todo el mundo, y que siempre ha apoyado constantemente los casos de Mauricio, Palestina y Malvinas. Ver GODIO, LEOPOLDO M. A. - RODRIGUEZ, FACUNDO D., *La Opinión Consultiva...*, cit., parte III, nota 21.