



Asamblea General

Distr. general
5 de marzo de 2019
Español
Original: francés/inglés

Septuagésimo tercer período de sesiones

Tema 88 del programa

Solicitud de una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965

Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965

Nota del Secretario General

Adición

1. En la 88ª sesión plenaria de su septuagésimo primer período de sesiones, celebrada el 22 de junio de 2017, la Asamblea General, en su resolución [71/292](#), decidió, de conformidad con el Artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas, solicitar a la Corte Internacional de Justicia que, en cumplimiento del Artículo 65 de su Estatuto, emitiera una opinión consultiva sobre las siguientes cuestiones:

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

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

2. El 25 de febrero de 2019, la Corte Internacional de Justicia emitió su opinión consultiva sobre la cuestión anterior.

3. El 5 de marzo de 2019 recibí la copia debidamente firmada y sellada de dicha opinión consultiva de la Corte.



4. El 5 de marzo de 2019, transmití a la Asamblea General la opinión consultiva emitida por la Corte Internacional de Justicia el 25 de febrero de 2019 en el asunto *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965* (véase [A/73/773](#)).

5. Por la presente, transmito a la Asamblea General las opiniones individuales, las opiniones separadas y las declaraciones anexas a la opinión consultiva.

[Original: inglés]

DECLARACIÓN DE LA VICEPRESIDENTA XUE

1. Si bien estoy plenamente de acuerdo con la opinión consultiva de la Corte, quisiera destacar algunos aspectos con respecto a la aplicación del principio de no elusión del consentimiento en este asunto.

2. Es un hecho indiscutible que la controversia entre Mauricio y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en relación con la cuestión del archipiélago de Chagos se ha prolongado durante decenios. Los dos Estados tienen opiniones divergentes sobre la naturaleza del objeto de la controversia. Durante el procedimiento, una de las principales cuestiones que se debatió intensamente fue si esta controversia bilateral constituía una razón imperiosa para que la Corte ejerciera su facultad discrecional de negarse a responder a las preguntas formuladas por la Asamblea General.

3. En muchas causas contenciosas y opiniones consultivas, la Corte ha reafirmado la importancia fundamental del principio del consentimiento para el arreglo judicial. La Corte considera que existiría una razón imperiosa para negarse a emitir una opinión consultiva si el hecho de dar una respuesta tuviese “por efecto soslayar el principio de que un Estado no está obligado a someter una diferencia a arreglo judicial sin su consentimiento” (*Sáhara Occidental*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1975*, pág. 25, párr. 33; *Aplicabilidad de la sección 22 del artículo VI de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1989*, pág. 191, párr. 37; *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 158, párr. 47). Este principio de no elusión del consentimiento también se aplica al presente procedimiento.

4. No es raro que las cuestiones planteadas a la Corte en un procedimiento consultivo afecten a una controversia bilateral. Tal como señaló la Corte en la opinión consultiva relativa a *Namibia*, “[e]n prácticamente todos los procedimientos consultivos han existido diferencias de opinión entre los Estados respecto de determinadas cuestiones jurídicas” (*Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)*, no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, pág. 24, párr. 34). Según la jurisprudencia reiterada de la Corte, el hecho de que haya una controversia bilateral pendiente no se considera, por sí mismo, una razón imperiosa para que la Corte se niegue a emitir una opinión consultiva. Lo que es decisivo es el objeto y la naturaleza de la solicitud. Dicho de otro modo, la Corte debe examinar si las cuestiones planteadas por la Asamblea General se refieren a temas englobados en un marco de referencia más amplio que el arreglo de una controversia (*Sáhara Occidental*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1975*, pág. 26, párr. 38; *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 159, párr. 50); si el objeto de la solicitud es que la Asamblea General “obtenga orientaciones sobre el curso de acción que debe adoptar” o ayudar a un arreglo pacífico de la controversia (*Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania* (primera fase), opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 71); y si la controversia jurídica surgió durante las deliberaciones de la Asamblea General y en relación con asuntos que esta estaba abordando, o de manera independiente en el marco de las relaciones bilaterales (*Sáhara Occidental*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1975*, pág. 25, párr. 34).

5. En el presente procedimiento, la Corte considera que las cuestiones planteadas por la Asamblea General están relacionadas con la descolonización de Mauricio, tema que es motivo de especial preocupación para las Naciones Unidas. El objeto de la solicitud, a su juicio, no es resolver una controversia territorial entre Mauricio y el Reino Unido, sino ayudar a la Asamblea General en el desempeño de sus funciones con respecto a la descolonización de Mauricio. La Corte considera que el hecho de que pueda tener que pronunciarse sobre cuestiones jurídicas litigiosas entre Mauricio y el Reino Unido no significa que, al responder a la solicitud, se ocupe de una controversia bilateral. Por lo tanto, considera que la emisión de la opinión solicitada no tiene por efecto soslayar el principio del consentimiento.

6. Conuerdo con la conclusión anterior sobre la base de las siguientes consideraciones. En primer lugar, es importante observar que el alcance de la pregunta a) planteada a la Corte por la Asamblea General está definido de manera concreta. Así, se solicita a la Corte que determine la situación jurídica del proceso de descolonización de Mauricio *en un momento determinado*, en concreto, que determine si, cuando se concedió la independencia a Mauricio, en 1968, dicho proceso se completó con arreglo a derecho. Al parecer, la cuestión del archipiélago de Chagos debe examinarse sobre la base de los hechos y del derecho que existía en ese momento, teniendo en cuenta el contexto histórico de la descolonización de Mauricio.

7. Las pruebas presentadas a la Corte demuestran que la separación del archipiélago de Chagos por el Reino Unido no fue la simple consecuencia de una reestructuración administrativa normal de una colonia ejecutada por la Potencia administradora, sino que se enmarcó en una estrategia de defensa especialmente diseñada en vista de la posible independencia de los Territorios coloniales de la región occidental del océano Índico. En otras palabras, la causa fundamental de la separación del archipiélago de Chagos radica en el proceso de descolonización de Mauricio.

8. Además, los registros históricos informan a la Corte de que el enfoque adoptado por el Reino Unido para garantizar el “consentimiento” del Consejo de Ministros de Mauricio respecto de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio parecía tener dos propósitos, que eran, en esencia, contradictorios entre sí: en primer lugar, demostrar al mundo exterior que la separación del archipiélago de Chagos se realizaba sobre la base de la libre determinación de Mauricio y, en segundo lugar, evitar el asunto de la separación del archipiélago de Chagos durante las elecciones generales de Mauricio de 1967, mediante las cuales el pueblo de Mauricio podría expresar sus preferencias en cuanto a la independencia del Territorio. La Corte ha de precisar, de conformidad con el principio de libre determinación recogido en el derecho internacional, si se puede considerar que dicho “consentimiento” del Consejo de Ministros de Mauricio, que todavía se encontraba bajo la autoridad de la Potencia administradora, representa la voluntad libre y auténtica del pueblo de Mauricio, puesto que se trata de una cuestión crucial que guarda una relación directa en la pregunta a).

9. Además, el propio Reino Unido y las Naciones Unidas abordaron la separación del archipiélago de Chagos como una cuestión de descolonización en lugar de como un asunto territorial. Algunos archivos recientemente desclasificados del Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino Unido revelan que, en el momento en que se estaba estudiando el plan de separación, los funcionarios británicos eran conscientes de que, al separar el archipiélago de Chagos y otras islas para crear el Territorio Británico del Océano Índico, el Reino Unido estaba, en realidad, creando una nueva colonia, algo que incluso llegaron a reconocer. Habida cuenta del mandato del Reino Unido como Potencia administradora en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, esos funcionarios dudaban que las medidas previstas pudiesen escapar a las críticas en el seno de las Naciones Unidas (véase la declaración escrita de la República de Mauricio, vol. III, anexo 70, Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino Unido,

Minute from Secretary of State for the Colonies to the Prime Minister, FO 371/184529, 5 de noviembre de 1965).

10. En efecto, la medida del Reino Unido de separar el archipiélago de Chagos de Mauricio no pasó desapercibida. Desde su concepción, el plan de desmembrar los Territorios coloniales de la región occidental del océano Índico generó graves preocupaciones en el Comité Especial encargado de Examinar la Situación con respecto a la Aplicación de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales de las Naciones Unidas. La resolución 2066 (XX), aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1965, es decir, 38 días después de que el Reino Unido hubiese creado el Territorio Británico del Océano Índico, formado, entre otros, por el archipiélago de Chagos, fue una respuesta directa a las medidas adoptadas por el Reino Unido. La Asamblea General reiteró en varias resoluciones su preocupación por el hecho de que

“todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de los territorios coloniales y a establecer bases e instalaciones militares en esos territorios es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y con la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General”.

Lamentablemente, a pesar de los reiterados llamamientos de la Asamblea General, la construcción de la base militar en Diego García siguió adelante según lo previsto. Si bien Mauricio acabó por ser retirado de la lista de Territorios No Autónomos después de su independencia, no se abordó la profunda preocupación expresada por la Asamblea General. Es en este marco de referencia en el que se pide a la Corte que examine las cuestiones planteadas por la Asamblea General.

11. Otro aspecto sobre el que se expresan opiniones divergentes es el supuesto inicio de la controversia entre Mauricio y el Reino Unido. A la hora de describir el problema entre dichos países como una controversia bilateral relacionada con la soberanía sobre el archipiélago de Chagos, el Reino Unido sostiene que la controversia entre los dos Estados no surgió hasta 1980. Esta afirmación parece sacar el problema del archipiélago de Chagos de su contexto histórico.

12. Es cierto que Mauricio planteó el problema en las Naciones Unidas en 1980, pero eso no significa necesariamente que la controversia entre los dos Estados en relación con la soberanía sobre el archipiélago de Chagos se iniciase en ese momento. El 9 de octubre de 1980, el Primer Ministro de Mauricio, en el trigésimo quinto período de sesiones de la Asamblea General, recordó la declaración parlamentaria de la Primera Ministra británica, mediante la cual el Reino Unido confirmaba su compromiso de devolver el archipiélago de Chagos a Mauricio cuando no se necesitase para fines de defensa. Asimismo, exhortó al Reino Unido a disolver el Territorio Británico del Océano Índico y a devolver el archipiélago a Mauricio como parte de “su patrimonio natural”. Esta intervención pone de manifiesto que el auténtico problema entre ambos Estados no se refiere a la soberanía territorial, sino que básicamente tiene que ver con la aplicabilidad de las condiciones de la separación del archipiélago de Chagos y sus consiguientes efectos en el proceso de descolonización de Mauricio.

13. Los documentos históricos muestran que, en el momento en que el Reino Unido estaba considerando la posibilidad de separar el archipiélago de Chagos de Mauricio, no existía ninguna controversia entre la Potencia administradora y la colonia de Mauricio en relación con el hecho de que el archipiélago de Chagos siempre había formado parte del Territorio de Mauricio. Tanto los actos administrativos del Reino Unido respecto de la relación del archipiélago de Chagos con Mauricio como su forma de abordar las negociaciones de la separación con

Mauricio ponen claramente de relieve que el Reino Unido reconocía que el archipiélago de Chagos formaba parte de Mauricio.

14. Más reveladoras en este sentido son las condiciones que Mauricio y el Reino Unido acabaron acordando para la separación del archipiélago de Chagos. El Reino Unido se comprometió, entre otras cosas (véase la opinión consultiva, párr. 108), a devolver el archipiélago de Chagos a Mauricio cuando dejase de ser necesario para fines de defensa. Este compromiso implica que durante la separación no se llevó a cabo ninguna transferencia oficial de la titularidad territorial. Aunque, en los años posteriores, los representantes de las dos partes en conflicto se refirieron en numerosas ocasiones a la transferencia de la soberanía sobre el archipiélago de Chagos, el Reino Unido nunca indicó de manera oficial que hubiese revocado su compromiso de devolver el archipiélago de Chagos a Mauricio cuando se cumpliera la condición acordada. Incluso durante el presente procedimiento, el Reino Unido confirmó una vez más ese compromiso.

15. Tal como ha quedado documentado, entre 1967 y 1973 el Reino Unido impuso a toda la población chagosiana la prohibición de regresar al archipiélago de Chagos, o bien la expulsó a la fuerza y le prohibió regresar. La deplorable situación de los desplazados chagosianos ha sido un problema persistente para el Reino Unido. La lucha de la población chagosiana por conservar su derecho a retornar a su patria no solo dio lugar a una serie de acciones legales en los tribunales nacionales británicos, sino que, además, llevó al Gobierno de Mauricio a plantear el problema en las Naciones Unidas. Fue así como la controversia bilateral entre Mauricio y el Reino Unido pasó a ocupar un primer plano; resulta evidente que dicha controversia se derivaba del proceso de descolonización de Mauricio.

16. Por último, a mi juicio, para aplicar plenamente el principio de no elusión del consentimiento en este asunto es necesario profundizar en la alegación del Reino Unido según la cual la cuestión del archipiélago de Chagos no se incluyó en el programa de la Asamblea General hasta pasados casi cinco decenios y, mientras tanto, Mauricio recurrió a vías bilaterales y mecanismos en que intervinieron terceros para llegar a un arreglo con el Reino Unido. Aunque los actos a los que se alude en este caso no se produjeron en el período al que se refieren las cuestiones cuya consideración se solicita, dicha alegación refleja la particularidad del presente asunto.

17. De hecho, la situación del archipiélago de Chagos es muy singular de por sí; 50 años después de su independencia, Mauricio sigue enfrentándose a un asunto que quedó pendiente en su proceso de descolonización. Sin embargo, Mauricio, como Estado independiente y soberano, tiene derecho a tratar el problema con el Reino Unido a través de los medios que estime oportunos. Esta libertad de elección de medios es inherente al principio de soberanía y al derecho a la libre determinación. Igual de importante es el tema de la descolonización, respecto del cual la Asamblea General sigue mostrando una “particular preocupación”, tal como exige su mandato en virtud de la Carta de las Naciones Unidas. En tanto que no finalice el proceso de descolonización, dicho mandato no tiene ninguna limitación temporal con arreglo a la Carta.

18. En realidad, la alegación del Reino Unido según la cual existe una controversia bilateral pone en duda la posición de Mauricio en relación con su proceso de descolonización. Como es lógico, para afirmar que existe una controversia territorial con respecto al archipiélago de Chagos de manera independiente en el marco de sus relaciones bilaterales, el Reino Unido debe basarse en la premisa de que el proceso de descolonización de Mauricio concluyó en 1968 con la cesión del archipiélago de Chagos al Reino Unido. Sin esta premisa, ni siquiera habría un punto de partida para hablar de controversia territorial. Parece que la controversia que el

Reino Unido tiene en mente guarda relación con la descolonización, más que con la soberanía territorial.

19. La descolonización es un proceso. El derecho a la libre determinación es uno de los principios fundamentales del derecho internacional que quedó firmemente establecido durante el movimiento de descolonización después de la Segunda Guerra Mundial. La importancia fundamental del principio de libre determinación se refleja en su carácter *erga omnes*, en el sentido de que no solo otorga a los pueblos de todos los territorios no autónomos el derecho a la libre determinación, sino que también impone a todos los Estados la obligación de velar por que ese derecho se respete plenamente. El empeño de Mauricio por resolver el problema del archipiélago de Chagos con el Reino Unido mediante mecanismos bilaterales y procedimientos en que intervienen terceros, que constituye el ejercicio de su derecho sustantivo, no modifica por sí solo la naturaleza de la cuestión como una cuestión de descolonización, y tampoco priva a la Asamblea General de su mandato relativo a la descolonización en virtud de la Carta de las Naciones Unidas. Como muestra la experiencia, el problema de la descolonización puede analizarse a nivel bilateral y multilateral, pues ambos niveles no se excluyen entre sí en virtud del derecho internacional.

20. Habida cuenta del contexto histórico de la separación del archipiélago de Chagos, es difícil aceptar que dicha separación se haya convertido con el paso del tiempo en una controversia territorial bilateral que trasciende el marco de la descolonización.

21. En vista de lo anterior, estoy convencida de que la Corte ha aplicado de manera adecuada el principio de no elusión del consentimiento en el procedimiento en curso y, al presentar esta opinión consultiva a la Asamblea General, ha cumplido debidamente las funciones judiciales que le encomienda la Carta de las Naciones Unidas.

(Firmado) Xue Hanqin

DECLARACIÓN DEL MAGISTRADO TOMKA

Acuerdo con las conclusiones de la Corte — Desacuerdo con el razonamiento, en particular en la respuesta a la segunda pregunta — Trato desafortunado de la población chagosiana — Función de los procedimientos consultivos — La Asamblea General no examinó la situación del archipiélago de Chagos y su población durante medio siglo — Controversia bilateral — Mauricio puso en marcha la solicitud de opinión consultiva — Necesidad de moderación a la hora de ejercer la función consultiva en relación con una controversia bilateral — Interpretación inadecuada del texto de la pregunta a) — Pertinencia del derecho de la Carta de las Naciones Unidas en materia de descolonización, y no del derecho en materia de responsabilidad del Estado, para la finalización del proceso de descolonización.

1. Conuerdo con la conclusión a la que llegó la Corte, conforme a la cual el proceso de descolonización de Mauricio no se llevó a cabo con arreglo a derecho cuando este accedió a la independencia en 1968, después de la separación del archipiélago de Chagos en 1965. También estoy de acuerdo en que el Reino Unido tiene la obligación de poner fin a su administración de dicho archipiélago. Siento una profunda compasión por la desdichada población chagosiana, que fue obligada a abandonar el archipiélago entre 1967 y 1973 en contra de su voluntad y a la que se ha prohibido regresar. En el período clave en que se llevó a cabo la separación del archipiélago y la expulsión de la población, esas personas no estaban representadas en el Gobierno de Mauricio ni fueron defendidas con suficiente determinación por él; de hecho, fueron abandonadas por las Naciones Unidas, que, después de 1968, no mostraron interés en su destino, pues la situación del archipiélago de Chagos y de su población dejó de incluirse en el programa de la Asamblea General y en el del Comité Especial encargado de Examinar la Situación con respecto a la Aplicación de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales.

2. Sin embargo, no puedo, a mi pesar, compartir el razonamiento de mis colegas respecto de la segunda pregunta formulada por la Asamblea General, por los motivos que expondré a continuación. Además, me preocupa que los procedimientos consultivos se hayan convertido en una forma de llevar ante la Corte asuntos contenciosos que la Asamblea General no ha abordado antes de solicitar una opinión por iniciativa de una de las partes en la controversia.

3. Un ejemplo de ello es la solicitud, formulada en 2008 por iniciativa de Serbia, que la Corte abordó en el procedimiento consultivo sobre la *Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo* (opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2010 (II)*, pág. 403). En esa ocasión me mostré a favor de que la Corte ejerciese su facultad discrecional y no respondiese a la cuestión (*ibid.*, declaración del Vicepresidente Tomka, págs. 454 y ss., en especial págs. 454 a 456, párrs. 2 a 9). Consideré, al igual que el Magistrado Keith (*ibid.*, opinión separada, págs. 482 y ss., en especial pág. 489, párr. 17), que no existía ningún “interés suficiente” para que la Asamblea General solicitase la opinión (*ibid.*, pág. 455, párr. 5), dado que no estaba ocupándose de la cuestión de Kosovo, que estaba sometida —y todavía hoy en día lo está— al Consejo de Seguridad. La Corte expresó el parecer de que “la competencia consultiva no es un recurso judicial puesto a disposición de los Estados, sino el medio por el cual la Asamblea General [...] [puede] solicitar la opinión de la Corte para asistir[a] en sus actividades” (*ibid.*, pág. 417, párr. 33). La Corte recordó, casi de un modo autogratificante, que “su respuesta a una solicitud de opinión consultiva ‘representa su participación en las actividades de la

Organización” (ibid., pág. 416, párr. 30, con una cita de *Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania* (primera fase), opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 71). ¿Realmente la Corte asistió a la Asamblea General “en sus actividades”? Parece que no mucho. La Asamblea General, en su resolución [64/298](#), de 9 de septiembre de 2010, se limitó a reconocer “el contenido de la opinión consultiva”, sin adoptar ninguna otra medida ni examinar la cuestión en mayor profundidad.

4. La Asamblea General no ha abordado la cuestión del archipiélago de Chagos durante medio siglo. Solicitó la presente opinión consultiva en la resolución [71/292](#), de 22 de junio de 2017, como se recuerda en la propia opinión consultiva (párr. 1). Sin embargo, los hechos fundamentales que no se mencionan en la opinión guardan relación con los antecedentes de la aprobación de la resolución [71/292](#). Dichos antecedentes ponen de manifiesto que existe una prolongada controversia en relación con el archipiélago de Chagos entre Mauricio y el Reino Unido, y que la solicitud de la presente opinión tiene su origen en esa controversia. Fue Mauricio quien solicitó, en 2016, que se incluyese un tema adicional en el programa provisional del septuagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General¹. En el memorando explicativo que adjuntó como anexo a la carta en la que solicitaba la incorporación de ese tema en el programa, Mauricio observó que ya había llevado la situación del archipiélago de Chagos ante un tribunal arbitral constituido en virtud de la parte XV de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en el marco de los procedimientos contenciosos entre Mauricio y el Reino Unido. Asimismo, recordó algunas conclusiones de dicho tribunal². En su intervención en el debate general de la Asamblea General celebrado a finales de septiembre de 2016, el entonces Primer Ministro de Mauricio, Sir Anerood Jugnauth, se mostró dispuesto a retrasar el examen de este tema para poder mantener conversaciones bilaterales con el Reino Unido³. La decisión de aplazar el examen del tema al menos hasta junio de 2017 está reflejada en los documentos oficiales de la Asamblea General⁴. En consecuencia, no se programó ninguna sesión para tratar la solicitud. En vista de la ausencia de avances en los ocho meses posteriores, durante los cuales Mauricio y el Reino Unido celebraron tres rondas de conversaciones, el 1 de junio de 2017 Mauricio solicitó que el tema fuese examinado en sesión plenaria “lo antes posible”⁵. Asimismo, informó a la Asamblea General de que presentaría un proyecto de resolución en breve. Mauricio redactó el texto del proyecto de resolución y lo incluyó en un *aide-mémoire* distribuido por su Misión Permanente en Nueva York en mayo de 2017 a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Más adelante, el Grupo de África presentó dicho proyecto de resolución de manera oficial (sin introducir

¹ Naciones Unidas, Asamblea General, *Solicitud de una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, documento de las Naciones Unidas [A/71/142](#) (14 de julio de 2016).

² *Ibid.*, anexo, párr. 5.

³ Naciones Unidas, *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, septuagésimo primer período de sesiones, sesiones plenarias, 17ª sesión, [A/71/PV.17](#), pág. 39.

⁴ Naciones Unidas, *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, septuagésimo primer período de sesiones, sesiones plenarias, segunda sesión, [A/71/PV.2](#), pág. 6; Naciones Unidas, Asamblea General, primer informe de la Mesa, [A/71/250](#) (14 de septiembre de 2016), pág. 14, párr. 73.

⁵ *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, documentos recibidos de la Secretaría de las Naciones Unidas, parte II, carta de fecha 1 de junio de 2017 dirigida a todos los Representantes Permanentes y Observadores Permanentes ante las Naciones Unidas por el Presidente de la Asamblea General y archivo adjunto (expediente de las Naciones Unidas núm. 4).

cambios en el texto). El proyecto fue aprobado sin ninguna modificación por mayoría de votos el 22 de junio de 2017⁶.

5. Cabe recordar que, si bien la Asamblea General tiene un “historial largo y acreditado en la lucha contra el colonialismo”, como señala la Corte (opinión consultiva, párr. 87), sus actividades al respecto apenas han abordado la cuestión del archipiélago de Chagos tras la independencia de Mauricio en 1968. De hecho, desde 1969 hasta el momento en que se solicitó la presente opinión consultiva la cuestión del archipiélago de Chagos no figuraba ni en el programa de la Asamblea General de las Naciones Unidas ni en el del Comité Especial encargado de Examinar la Situación con respecto a la Aplicación de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales.

6. A pesar de todo, la Corte está convencida de que las respuestas que ofrece en la presente opinión consultiva ayudarán a la Asamblea General en el desempeño de sus funciones y de que, “al responder a la solicitud, la Corte [no] se [enfrenta] a una controversia bilateral” (opinión consultiva, párr. 89) y, por lo tanto, no está soslayando “el principio del consentimiento de un Estado al arreglo judicial de su controversia con otro Estado” (*ibid.*, párr. 90). Por consiguiente, la Corte está dispuesta a prestar “asesoramiento” a la Asamblea General sobre una cuestión que esta no ha examinado durante medio siglo, a pesar del indiscutible mandato en materia de descolonización asignado a la Asamblea General en virtud de la Carta de las Naciones Unidas. Aunque este curso de acción puede ser aceptable, se debe actuar con cautela para no ir más allá de lo estrictamente necesario y útil para el órgano solicitante⁷. La Corte no debe olvidar que el telón de fondo es una controversia bilateral en relación con la cual la Corte carece de competencia.

7. En mi opinión, la Corte no ha prestado suficiente atención a la formulación de las preguntas presentadas por la Asamblea General en los dos idiomas oficiales de la Corte, que son el francés y el inglés. En consecuencia, la Corte ha ido más allá de lo que resultaba necesario para prestar asistencia a la Asamblea General e interfiere en la controversia bilateral entre Mauricio y el Reino Unido. En la primera cuestión, la Asamblea General pregunta: “¿*Se completó con arreglo a derecho* el proceso de descolonización de Mauricio cuando Mauricio obtuvo la independencia en 1968, después de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio [...]?” (sin cursiva en el original). Así pues, el órgano solicitante está interesado en saber si el proceso de descolonización se completó de conformidad con el derecho aplicable, que, según la Corte, es el relativo a la libre determinación (véase la opinión consultiva, párr. 161). La Asamblea General no ha pedido a la Corte que se pronuncie sobre la posible ilegalidad del comportamiento de la Potencia administradora. En el texto francés de la resolución 71/292, que es igual de válido, este punto queda sobradamente claro, pues la cuestión se formula en los siguientes términos: “Le processus de décolonisation a-t-il été *validement mené à bien* lorsque Maurice a obtenu son indépendance en 1968, à la suite de la séparation de l’archipel des Chagos de son territoire [...]?” (sin cursiva en el original). La palabra *validité* es un término jurídico

⁶ Naciones Unidas, Asamblea General, proyecto de resolución, [A/71/L.73](#) y [A/71/L.73/Add.1](#) (15 de junio de 2017); Naciones Unidas, *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, septuagésimo primer período de sesiones, sesiones plenarias, 88ª sesión, [A/71/PV.88](#), págs. 17 y 18.

⁷ El Magistrado Owada, en una situación similar, recalcó de manera acertada que “la Corte debe centrarse [...] en ofrecer conclusiones jurídicas objetivas en la medida en que sean necesarias y útiles para que el órgano solicitante, la Asamblea General, lleve a cabo sus funciones en relación con esta cuestión, en lugar de pronunciarse sobre el objeto de la controversia entre las partes interesadas” (*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, opinión separada del Magistrado Owada, pág. 265, párr. 14).

que describe si el acto en cuestión cumple todos los requisitos jurídicos a fin de producir las consecuencias previstas. En el diccionario de terminología jurídica internacional Basdevant, *validité* se define como “[c]arácter de aquello que es válido, de aquello que reúne las condiciones necesarias para producir los efectos jurídicos pertinentes”⁸. En un diccionario más reciente (conocido como el diccionario Salmon), se ofrece una definición similar. Según este, *validité* es “[la] calidad de aquellos elementos de un ordenamiento jurídico que reúnen todos los requisitos de forma o de fondo necesarios para producir efectos jurídicos”⁹.

8. Si bien la Corte afirma que no se enfrenta “a una controversia bilateral” entre Mauricio y el Reino Unido, realiza un pronunciamiento innecesario en el que hace referencia a “un hecho ilícito de carácter continuo” de este último en su respuesta a la segunda pregunta de la Asamblea General (opinión consultiva, párr. 177). Los procedimientos consultivos no son el foro apropiado para realizar ese tipo de pronunciamientos, sobre todo cuando nadie ha pedido a la Corte que los haga y cuando no son estrictamente necesarios para asesorar al órgano solicitante.

9. En mi opinión, según el derecho internacional, la consecuencia que se deriva de la conclusión de la Corte de que el proceso de descolonización de Mauricio no se completó con arreglo a derecho en 1968 (“n’a pas été validement mené à bien”)¹⁰ es que dicho proceso todavía ha de finalizarse de conformidad con las obligaciones de la Potencia administradora en virtud de la Carta de las Naciones Unidas. La Carta, conforme a sus interpretaciones posteriores, es una fuente de obligaciones para las Potencias administradoras de los territorios no autónomos, no una serie de normas de derecho internacional consuetudinario sobre la responsabilidad del Estado. Además, resulta más apropiado que la Asamblea General se asegure de que se respeten las obligaciones contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas que de velar por que se apliquen las normas relativas a la responsabilidad del Estado. En consecuencia, habida cuenta de que no era necesario decidir sobre cuestiones de responsabilidad del Estado para responder a la segunda pregunta de la Asamblea General y ayudarla “en el desempeño de sus funciones”, no puedo compartir el razonamiento de la Corte.

10. El proceso de descolonización en relación con el archipiélago de Chagos solo puede completarse de manera satisfactoria mediante negociaciones entre los principales protagonistas, en particular entre Mauricio y el Reino Unido. El más alto representante de Mauricio aseguró, en un espíritu de realismo y preocupado por la seguridad en la región, que “el ejercicio de un control eficaz por parte de Mauricio sobre el archipiélago de Chagos en modo alguno plantearía una amenaza a la base militar” y que “Mauricio está comprometido con el funcionamiento constante de la base establecida en Diego García con arreglo a un marco a largo plazo, que Mauricio está dispuesto a acordar con las partes interesadas”¹¹, y reiteró esta opinión ante la Corte cuando afirmó que “Mauricio reconoce [la] existencia [de la base de Diego García] y ha dejado claro en reiteradas ocasiones a los Estados Unidos y la Potencia

⁸ *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, J. Basdevant (ed.), París, Sirey, 1960, pág. 636.

⁹ *Dictionnaire de droit international public*, J. Salmon (ed.), Bruselas, Bruylant, 2001, pág. 1126.

¹⁰ Cabe señalar que el texto en francés es la versión oficial de la opinión consultiva.

¹¹ Declaración de Sir Anerood Jugnauth en la Asamblea General, con motivo de la aprobación de la resolución 71/292, por la cual se solicitaba la opinión consultiva. Naciones Unidas, *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, septuagésimo primer período de sesiones, sesiones plenarias, 88ª sesión, A/71/PV.88, pág. 8. El Primer Ministro de Mauricio, Sr. Pravind Jugnauth, formuló una declaración similar en la reunión de los asesores jurídicos celebrada en La Haya el 27 de noviembre de 2017.

administradora que acepta el futuro funcionamiento de la base de conformidad con el derecho internacional”¹².

Continuó afirmando que “[e]ste es un compromiso solemne en nombre de Mauricio y confiamos en que la Corte lo reconozca como tal”¹³.

Sin embargo, la Corte no se pronunció a ese respecto.

(Firmado) Peter Tomka

¹² CR 2018/20, págs. 30 y 31, párr. 18. Se incluyeron referencias a la correspondencia diplomática entre los Primeros Ministros de Mauricio y el Reino Unido, así como a la correspondencia diplomática entre el Primer Ministro de Mauricio y el Presidente de los Estados Unidos.

¹³ *Ibid.*

[Original: francés]

DECLARACIÓN DEL MAGISTRADO ABRAHAM

Abrigo algunas reservas en cuanto a la forma en que se trata en la opinión consultiva la cuestión del llamado principio de “integridad territorial” en el contexto de un proceso de descolonización. Esta cuestión se aborda en los párrafos 153 a 160 de la opinión consultiva. A mi juicio, el razonamiento que la Corte le dedica no está exento de cierta ambigüedad. Por ello, a continuación, me gustaría aclarar mi opinión al respecto.

En principio, concuerdo con la idea de que el respeto de la integridad territorial de un territorio no autónomo constituye el “corolario del derecho a la libre determinación”, como se afirma en el párrafo 160 de la opinión consultiva. No obstante, dicha afirmación no es cierta (al menos no de manera indiscutible y en el contexto de la época pertinente, es decir, entre 1965 y 1968) a no ser que se asigne a la obligación impuesta a la Potencia colonial de respetar la “integridad territorial” del territorio en cuestión el siguiente alcance. Lo que esta obligación trata de impedir es la amputación de una parte del territorio bajo administración colonial a raíz de la decisión unilateral de la Potencia administradora, en el momento en que se accede a la independencia o en el período inmediatamente anterior, por razones de conveniencia, de interés estratégico o militar o, más en general, por motivos derivados de los intereses políticos o económicos de la propia Potencia colonial.

La Corte debería haberse detenido ahí y no debería haber ido más allá de la definición anterior, que basta para fundamentar en derecho la respuesta a las cuestiones que debía resolver en el marco del presente procedimiento, una vez constatado el hecho de que la separación del archipiélago de Chagos “no se basó en la expresión libre y auténtica de la voluntad” del pueblo de Mauricio, como se indica en el párrafo 172. En efecto, una vez descartado el consentimiento de la población de Mauricio en su conjunto (dado que dicho consentimiento no se otorgó de manera regular), y habida cuenta de que las autoridades británicas no trataron en ningún momento de conocer la voluntad del propio pueblo de las islas Chagos, lo cierto es que la separación del archipiélago de Chagos se deriva de una decisión unilateral de la Potencia administradora motivada por la búsqueda de una ventaja política, estratégica o militar.

Sin embargo, la opinión consultiva parece ir más allá de esta conclusión, pues en el párrafo 160 se emplean fórmulas generales y abstractas que se podrían interpretar como la atribución de un alcance casi absoluto al principio de “integridad territorial” que, a mi juicio, y en todo caso con arreglo al derecho internacional consuetudinario en vigor en el momento en cuestión, es altamente cuestionable.

La cuestión se plantea en los siguientes términos. Sabemos que, en algunos casos, los límites de los territorios coloniales (fronteras administrativas que separan entidades bajo la misma soberanía) fueron definidos por las Potencias coloniales de una forma más o menos arbitraria, algunas veces por razones de conveniencia administrativa y otras por motivos de carácter estratégico u otras razones similares. En consecuencia, nada garantizaba que el pueblo de una determinada entidad colonial presentase la suficiente homogeneidad para estar movido por una clara voluntad común en lo que respecta a la elección de su futuro.

En el caso de Mauricio, por ejemplo, si bien es cierto que el archipiélago de Chagos siempre ha formado parte de dicha colonia desde la cesión de esta última al Reino Unido en 1814 hasta 1965, las fronteras geográficas de la entidad colonial formada por “la isla de Mauricio y sus dependencias” han variado a lo largo del

tiempo en función de las decisiones del Gobierno británico. Las islas Seychelles fueron separadas de Mauricio en 1903 para pasar a ser una colonia aparte y, en los años posteriores, se desvincularon otras islas de la colonia de Mauricio con el fin de incorporarlas a la nueva colonia de Seychelles. Existen muchos otros ejemplos extraídos de la historia colonial, y no solo de la del Reino Unido, del carácter más o menos cambiante de las fronteras coloniales.

Por tanto, podía darse el caso, como de hecho ha ocurrido en varias ocasiones, de que las poblaciones de diversos subconjuntos geográficos dentro de una única entidad colonial (desde la perspectiva de las fronteras fijadas por la Potencia administradora) manifestasen distintas preferencias a lo largo del proceso de descolonización. Dudo que, en ese supuesto, la Potencia colonial tuviese la obligación de atender las demandas divergentes de los distintos subconjuntos geográficos correspondientes. No obstante, también dudo, y en mayor medida, que, por atender dichas demandas, por aceptar, por ejemplo, la división de un territorio a raíz de que la población de un subconjunto de ese territorio hubiese expresado clara y libremente la voluntad de no seguir el mismo camino que el resto de ese territorio, pudiese considerarse que la Potencia colonial ha incumplido sus obligaciones con arreglo al derecho internacional consuetudinario por haber violado el principio de “integridad territorial” de los territorios bajo administración colonial. A mi juicio, eso sería conceder un alcance excesivo a ese principio. Como antes mencionaba, el objetivo de dicho principio consiste sin duda alguna en impedir el desmembramiento arbitrario (es decir, dictado únicamente por los intereses de la Potencia colonial) de un territorio. En mi opinión, no debe suponer un obstáculo para el reconocimiento, siempre que las circunstancias concretas lo justifiquen, de la voluntad libremente expresada de los distintos componentes de la población de ese territorio, incluso aunque dicho reconocimiento dé lugar a una solución de división. Por otra parte, resultaría paradójico que el principio del derecho de los pueblos a la libre determinación consagrado en la Carta, que constituye la base de todo el entramado jurídico construido a lo largo de los decenios en materia de descolonización, se volviese *in fine* contra el reconocimiento de la voluntad real y libremente expresada de las poblaciones afectadas. En ese caso, se produciría una especie de sacralización del territorio, cuya indivisibilidad prevalecería sobre la voluntad de los pueblos.

Un examen de la práctica de los Estados y de la *opinio iuris* de la época en cuestión confirma la conclusión anterior en el ámbito del derecho internacional consuetudinario (el único en el que la Corte puede fundar su opinión consultiva en el presente asunto). En varias ocasiones, los distintos subconjuntos que se encontraban dentro de una misma entidad colonial delimitada por la Potencia administradora en el período previo a la obtención de la independencia siguieron caminos diferentes en el proceso de descolonización, sin que ello plantease ninguna objeción, e incluso a veces (como en el caso de la colonia británica de las islas Gilbert y Ellice en 1974) con la colaboración de los órganos competentes de la Asamblea General. Por otra parte, tras la aprobación de la resolución 1514 (XV), de 14 de diciembre de 1960, que la Corte consideró, acertadamente, un “momento decisivo” en la evolución del derecho internacional consuetudinario en la esfera de la descolonización (párr. 150), la Asamblea General se ha referido de forma sistemática, en resoluciones sucesivas relativas a este tema aprobadas entre 1966 y 1974, a la “integridad territorial” de las entidades coloniales. Con todo, por lo general en esos casos ha vinculado la “integridad territorial” con la “unidad nacional” y, en muchas ocasiones, con la condena del establecimiento de bases militares en los territorios en cuestión por parte de las Potencias administradoras (véase, por ejemplo, la resolución 2232 (XXI), de 20 de diciembre de 1966, que se cita en el párr. 35 de la opinión consultiva). Por tanto, la aprobación de esas resoluciones no pone de manifiesto, en mi opinión, la adhesión de los Estados a una concepción absolutista del principio de integridad territorial que suponga un obstáculo para la división de un territorio colonial en el marco del proceso

de obtención de la independencia cuando dicha división permita reconocer la voluntad libremente expresada de las poblaciones pertinentes. Esto es así aunque la división no cuente con el respaldo de la mayoría de la población del territorio colonial en su conjunto. Sabemos que las autoridades británicas no consultaron ni previeron consultar en ningún momento, según parece, a los habitantes del archipiélago de Chagos. Si se hubiese celebrado dicha consulta y la población del archipiélago de Chagos hubiese manifestado su voluntad libre y fundamentada de no integrarse en el nuevo Estado independiente de Mauricio, los datos de la cuestión sometida al examen de la Corte habrían sido, en mi opinión, sustancialmente diferentes.

(Firmado) Ronny Abraham

OPINIÓN SEPARADA DEL MAGISTRADO CANÇADO TRINDADE

Índice

	<i>Párrafos</i>
I. Prolegómenos	1-5
II. Reconocimiento de larga tradición de las Naciones Unidas del derecho fundamental a la libre determinación de los pueblos, así como su compromiso con este	6-8
1. Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas a lo largo de la década de 1950	9-12
2. Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 1960: Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales	13-17
3. Resoluciones sucesivas de la Asamblea General de las Naciones Unidas (de 1961 a 1966) en apoyo de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales	18-20
4. Resolución 2066 (XX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 1965, relativa a la cuestión de la Isla Mauricio	21-22
5. Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1966 y 1967) en apoyo del derecho de los pueblos a la libre determinación.	23-24
6. Resolución 2621 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 1970, sobre el programa de actividades para la plena aplicación de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales	25-26
7. Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 1970: Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas	27-28
III. Eliminación del colonialismo: proyección en el tiempo de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales de 1960 y de resoluciones sucesivas de la Asamblea General de las Naciones Unidas.	29-37
IV. El derecho internacional en materia de descolonización como manifestación de la humanización del derecho internacional contemporáneo	38-55
V. El derecho a la libre determinación en los dos Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de 1966	
1. Artículo 1 de los dos Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de 1966.	56-59
2. Comité de Derechos Humanos: observación general núm. 12 (1984) sobre el artículo 1 del (de los) Pacto(s) (derecho a la libre determinación de los pueblos)	60-62
3. Comité de Derechos Humanos: observaciones sobre los informes presentados por los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos centradas en las personas naturales de las islas Chagos	63-64

4.	Comité de Derechos Humanos: consideraciones adicionales	65-68
VI.	El reconocimiento del derecho a la libre determinación en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia	69-76
VII.	El reconocimiento del derecho a la libre determinación en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Viena, 1993)	77-86
VIII.	Una cuestión desde el estrado a todas las delegaciones de participantes en la fase oral del procedimiento consultivo	87
IX.	Las respuestas de las delegaciones de participantes en la fase oral del procedimiento consultivo	
1.	Respuestas de las delegaciones	88-104
2.	Observaciones sobre las respuestas	105-111
3.	Examen general	112-119
X.	El derecho fundamental a la libre determinación en el ámbito del <i>ius cogens</i>	
1.	Primeros actos de reconocimiento del <i>ius cogens</i>	120-128
2.	Reafirmaciones del <i>ius cogens</i> en el presente procedimiento consultivo	129-150
XI.	Críticas a las carencias en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en materia de <i>ius cogens</i>	151-169
XII.	La <i>opinio iuris communis</i> y el <i>ius cogens</i> : conciencia por encima de “voluntad”	170
1.	<i>Ius cogens</i> : la existencia de <i>opinio iuris communis</i>	171-174
2.	<i>Recta ratio</i> : el <i>ius cogens</i> y la primacía de la conciencia sobre la “voluntad”	175-201
XIII.	Derechos de los pueblos, más allá de la perspectiva interestatal estricta	202-218
XIV.	Condiciones de vida: la antigua tragedia del sufrimiento humano impuesto	219-231
XV.	La <i>opinio iuris communis</i> en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas	232-241
XVI.	La obligación de conceder reparaciones por las violaciones del derecho de los pueblos a la libre determinación	
1.	Perspectiva temporal	242-244
2.	Reafirmaciones de la obligación de conceder reparaciones en el presente procedimiento consultivo	245-256
3.	El todo indisoluble de las violaciones del derecho y el deber de conceder una reparación adecuada	257-263
XVII.	La reivindicación de los derechos de los pueblos, con las reparaciones pertinentes, y la misión de los tribunales internacionales	264-287
XVIII.	La reivindicación de los derechos de las personas y de los pueblos y la importante función de los principios generales del derecho en la realización de la justicia	288-305
XIX.	Epílogo: recapitulación	306-335

I. Prolegómenos

1. Voto a favor de la aprobación en el día de hoy, 25 de febrero de 2019, de la presente opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, pues coincido con las conclusiones a las que ha llegado la Corte, expuestas en la parte dispositiva. Como he llegado a tales conclusiones basándome en un razonamiento que a veces es claramente distinto del empleado por la Corte y habida cuenta de que hay algunos aspectos que, a mi juicio, la CIJ no ha tratado de forma suficiente o que merecen una mayor atención (e incluso algunos aspectos importantes que la Corte no ha examinado en absoluto), me siento obligado, en la presente opinión separada, a profundizar sobre ellos y dejar constancia de los fundamentos de mi posición personal al respecto.

2. Para ello, comenzaré abordando el reconocimiento de larga tradición de las Naciones Unidas del derecho fundamental a la libre determinación de los pueblos, así como su compromiso con este, de 1950 en adelante, los cuales se reflejan en las sucesivas resoluciones de la Asamblea General. Después, examinaré el asunto de la eliminación del colonialismo, con la proyección en el tiempo de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales de las Naciones Unidas, de 1960, y de resoluciones sucesivas de la Asamblea General de las Naciones Unidas. A continuación, para seguir un orden lógico, profundizaré en el tema de la formación del derecho internacional en materia de descolonización como manifestación de la humanización del derecho internacional contemporáneo.

3. A seguir, me centraré en el derecho a la libre determinación en los dos Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de 1966, así como en la contribución del Comité de Derechos Humanos al respecto, para después continuar con el examen del reconocimiento de ese derecho en la jurisprudencia de la CIJ, así como en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Viena, 1993). Luego, me referiré a la cuestión que planteé a todas las delegaciones participantes en la fase oral del procedimiento consultivo de la CIJ, a sus respuestas escritas y a las observaciones sobre estas, y después procederé a realizar mi propia evaluación al respecto.

4. Posteriormente, profundizaré en el derecho fundamental a la libre determinación en el ámbito del *ius cogens*, desde los primeros actos de reconocimiento de este hasta las reafirmaciones del *ius cogens* en el presente procedimiento consultivo. A continuación, procederé a exponer mis críticas a las carencias en la jurisprudencia de la CIJ en materia de *ius cogens*. En consecuencia, mis siguientes reflexiones se centrarán en el *ius cogens* y la existencia de una *opinio iuris communis*, en la *recta ratio* en relación con el *ius cogens* y la primacía de la conciencia sobre la “voluntad”, así como en los derechos de los pueblos más allá de la perspectiva interestatal estricta. Esto me llevará a examinar las condiciones de vida y la antigua tragedia del sufrimiento humano impuesto.

5. A seguir, tras examinar la *opinio iuris communis* en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, analizaré la obligación de conceder reparaciones por las violaciones del derecho de los pueblos a la libre determinación, reafirmada por las delegaciones participantes en el presente procedimiento consultivo de la CIJ. Tras abordar el todo indisoluble de las violaciones del derecho y el deber de conceder una reparación adecuada, pasaré a examinar la reivindicación de los derechos de los pueblos, con las reparaciones pertinentes, en relación con la misión de los tribunales internacionales. Todo ello me llevará a tratar la reivindicación de los derechos de las personas y de los pueblos, así como la importante función de los principios generales del derecho en la realización de la justicia. Por último, pero no

por ello menos importante, recapitularé en un epílogo los argumentos que sostengo en mi presente opinión separada.

II. Reconocimiento de larga tradición de las Naciones Unidas del derecho fundamental a la libre determinación de los pueblos, así como su compromiso con este

6. A mi juicio, la presente opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, solicitada a la CIJ por la Asamblea General de las Naciones Unidas, puede examinarse debidamente en el marco de las actividades que la propia Asamblea General lleva a cabo desde hace tiempo en pleno apoyo del derecho de los pueblos y las naciones a la libre determinación. Ha habido momentos de importancia histórica para la transformación y la evolución del derecho internacional contemporáneo, el nuevo *ius gentium* de nuestros tiempos, que se reflejan, por ejemplo, en su emblemática Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales de 1960, seguida, un decenio después, de su célebre Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, de 1970.

7. Tal como analizaré en la presente opinión separada, a lo largo de los años se han aprobado otras resoluciones de la Asamblea General en el mismo sentido que es importante tener en cuenta. Las dos cuestiones que la Asamblea General planteó a la CIJ están claramente formuladas en los siguientes términos:

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

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

8. Esas dos cuestiones presentadas ante la CIJ en el marco de la presente solicitud de una opinión consultiva por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas se examinarán en el marco antes mencionado de las actividades de las Naciones Unidas. A este respecto, quisiera empezar señalando que el derecho fundamental a la libre determinación cuenta con una larga historia, la cual se remonta a los primeros años de la Asamblea General de las Naciones Unidas, antes de la célebre Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales de 1960.

1. Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas a lo largo de la década de 1950

9. Así, ya en su resolución 421 (V), de 4 de diciembre de 1950, la Asamblea General pidió al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y a la entonces Comisión de Derechos Humanos que estudiaran “métodos y procedimientos para

garantizar a los pueblos y naciones el derecho de libre determinación”, en relación con el trabajo preparatorio del Proyecto de Pacto(s) de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos (medidas de aplicación) (párr. D-6). Esta disposición se reiteró en resoluciones posteriores.

10. A este respecto, en la resolución 545 (VI) de la Asamblea General, de 5 de febrero de 1952, después de hacerse referencia a dicha disposición, se destacó en primer lugar la importancia de garantizar dicho derecho humano fundamental, pues su violación había “originado en el pasado derramamientos de sangre y guerras, y [...] es considerada como una amenaza permanente a la paz” (preámbulo). En la parte dispositiva de esa resolución de febrero de 1952, la Asamblea General declaró lo siguiente:

“*Resuelve* incluir en el Pacto Internacional o en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos un artículo sobre el derecho de los pueblos y de las naciones a la libre determinación, reafirmando así el principio enunciado en la Carta de las Naciones Unidas” (párr. 1).

11. Unos meses después, la Asamblea General, en su resolución 637 (VII), de 16 de diciembre de 1952, afirmó (parte A) que “el derecho de los pueblos y de las naciones a la libre determinación es condición indispensable para el goce de todos los derechos humanos fundamentales” (preámbulo); de ahí la importancia de tomar “medidas prácticas” para que se haga efectivo (párr. 3), prestando especial atención (parte B) al ejercicio del derecho de libre determinación por parte de los pueblos de los territorios no autónomos (párr. 1). En la resolución 637 (VII), de 1952, se destacó (parte C) la importancia de garantizar el “respeto internacional al derecho de libre determinación de los pueblos” (preámbulo y párrs. 1 y 2).

12. Posteriormente, en la resolución 738 (VIII) de la Asamblea General, de 28 de noviembre de 1953, en la cual se hace referencia a resoluciones anteriores, se reiteró “la importancia que tienen la observancia y el respeto del derecho de libre determinación para fomentar la paz mundial y las relaciones amistosas entre pueblos y naciones” (preámbulo). La Asamblea General insistió en este aspecto en su posterior resolución 833 (IX), de 4 de diciembre de 1954 (párr. 1 c)), así como en su resolución 1188 (XII), de 11 de diciembre de 1957 (preámbulo y párr. 1); asimismo, en esta última advirtió que “el desconocimiento del derecho de libre determinación no solo menoscaba las relaciones de amistad entre las naciones, tal como se definen en la Carta de las Naciones Unidas, sino que, además, crea condiciones que pueden impedir el ejercicio ulterior de ese derecho”, en una situación que “es contraria a los propósitos y principios de las Naciones Unidas” (preámbulo). Así pues, la Asamblea General de las Naciones Unidas ya expresó a lo largo de la década de 1950, en las resoluciones mencionadas, su firme compromiso con el *derecho* fundamental de los pueblos a la libre determinación.

2. Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 1960: Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales

13. Al terminar la década de 1950, había llegado el momento de dar otro paso importante (e histórico). En efecto, en su resolución 1514 (XV), de 14 de diciembre de 1960, en la que figura la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, la Asamblea General destacó en primer lugar, en el preámbulo, la necesidad de garantizar el respeto universal de “los derechos fundamentales del hombre” y “la libre determinación de todos los pueblos”; a continuación, pidió “el fin del colonialismo en todas sus manifestaciones” y de “todas las prácticas de segregación y discriminación que lo acompañan”, para luego afirmar que “todos los pueblos tienen un derecho inalienable a la libertad absoluta, al ejercicio

de su soberanía y a la integridad de su territorio nacional”. Con ese propósito, después declaró lo siguiente:

“1. 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.

2. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

3. La falta de preparación en el orden político, económico, social o educativo no deberá servir nunca de pretexto para retrasar la independencia.

4. A fin de que los pueblos dependientes puedan ejercer pacífica y libremente su derecho a la independencia completa, deberá cesar toda acción armada o toda medida represiva de cualquier índole dirigida contra ellos, y deberá respetarse la integridad de su territorio nacional.

5. En los territorios en fideicomiso y no autónomos y en todos los demás territorios que no han logrado aún su independencia deberán tomarse inmediatamente medidas para traspasar todos los poderes a los pueblos de esos territorios, sin condiciones ni reservas, en conformidad con su voluntad y sus deseos libremente expresados, y sin distinción de raza, credo ni color, para permitirles gozar de una libertad y una independencia absolutas.

6. Todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas.

7. Todos los Estados deberán observar fiel y estrictamente las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la presente Declaración sobre la base de la igualdad, de la no intervención en los asuntos internos de los demás Estados y del respeto de los derechos soberanos de todos los pueblos y de su integridad territorial”.

14. La resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960, que contiene la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, contribuyó en gran medida a la consolidación del derecho a la libre determinación de los pueblos. Al reconocer que “la sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras” es una “denegación de los derechos humanos fundamentales [...] contraria a la Carta de las Naciones Unidas” (párr. 1), la Asamblea General expresó en particular que todos los pueblos “tienen el derecho de libre determinación” (párr. 2).

15. En la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 1960, se estableció que el derecho a la libre determinación abarca el derecho de los pueblos a determinar “libremente su condición política” y a perseguir “libremente su desarrollo económico, social y cultural” (párr. 2). Asimismo, se afirmó que “[t]odo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas” (párr. 6).

16. La emblemática Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales (1960) sirvió para reforzar el estatuto internacional de los territorios no autónomos y bajo administración fiduciaria (párr. 5), así como para reafirmar de manera categórica el derecho a la libre determinación de los pueblos. De este modo, como señalé hace algunos años, la Declaración de 1960 trascendió la dimensión estrictamente interestatal, al centrarse en los pueblos y la salvaguardia de

sus derechos¹. Las obligaciones correspondientes pasaron a considerarse obligaciones oponibles *erga omnes*, respecto tanto del Estado que administra el territorio en cuestión como de todos los demás Estados, es decir, obligaciones exigibles a la comunidad internacional en su conjunto.

17. El derecho a la libre determinación de los pueblos (que viven en territorios no autónomos o en otras circunstancias) quedó firmemente fundamentado en el derecho de gentes contemporáneo. En el derecho de las Naciones Unidas se aprecia una preocupación por rechazar las antiguas objeciones derivadas del supuesto erróneo de que en esos territorios existe una falta de preparación política o una inviabilidad económica (párr. 3). En la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales (1960) mencionada, se añadió que el sometimiento de los pueblos a la dominación extranjera constituía “una denegación de los derechos humanos fundamentales [...] contraria a la Carta de las Naciones Unidas” (párr. 1).

3. Resoluciones sucesivas de la Asamblea General de las Naciones Unidas (de 1961 a 1966) en apoyo de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales

18. Tras aprobar su resolución 1514 (XV), de 1960, que contiene la emblemática Declaración, y ya a lo largo de la primera mitad de la década de 1960, la Asamblea General vigiló, mediante la aprobación de resoluciones sucesivas, la aplicación de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, reiterando en todo momento la importancia de dicha Declaración y los principios incluidos en ella (resoluciones 1654 (XVI), de 27 de noviembre de 1961; 1810 (XVII), 17 de diciembre de 1962; 1956 (XVIII), de 11 de diciembre de 1963; 2105 (XX), de 20 de diciembre de 1965; 2189 (XXI), de 13 de diciembre de 1966) para el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación.

19. Ya en 1961 se creó, en virtud de la resolución 1654 (XVI) de la Asamblea General, el Comité Especial encargado de Examinar la Situación con respecto a la Aplicación de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales (también conocido como el Comité Especial de Descolonización o el Comité Especial de los Veinticuatro), con la misión de vigilar la aplicación de la Declaración de 1960. Para ello, el Comité Especial debía formular sugerencias y recomendaciones acerca de los avances y el alcance de la aplicación de la Declaración de 1960, así como informar de sus conclusiones a la Asamblea General, algo que ha seguido haciendo a lo largo de los años².

20. En la resolución 1654 (XVI) de la Asamblea General, de 1961, se exhortaba a los Estados interesados a que tomaran “sin demora medidas” (párr. 2) con el fin de aplicar de inmediato la Declaración de 1960 que figura en la anterior resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 1960. Cabe recordar que en esta última se exhortaba a todos los Estados a observar de manera “fiel” las disposiciones y los principios contenidos en ella (párr. 7). Por lo tanto, el carácter *normativo* de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales de 1960 fue debidamente reconocido poco después de su aprobación, a principios de la década de 1960. Asimismo, la Declaración se vio reforzada gracias a la aprobación

¹ A. A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Río de Janeiro, ed. Renovar, 2002, págs. 730, 731 y 734 a 739; véase también A. A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo* (1981), 2ª ed. rev., Brasília, FUNAG, 2017, págs. 157 a 161.

² Mediante el examen anual que sigue realizando de la lista de Territorios a los que se aplica la Declaración de 1960 y la formulación de recomendaciones respecto de su aplicación, una cuestión que sigue teniendo un valor fundamental para la misión de las Naciones Unidas.

de resoluciones sucesivas de la Asamblea General a lo largo de la primera mitad de dicha década³ y más adelante.

4. Resolución 2066 (XX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 1965, relativa a la cuestión de la Isla Mauricio

21. Cuando el Reino Unido estaba planificando la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio, antes de la independencia de este último, la Asamblea General aprobó su resolución 2066 (XX), de 16 de diciembre de 1965, relativa a la cuestión de la Isla Mauricio. En ella, advirtió que “toda medida adoptada por la Potencia administradora para separar ciertas islas del Territorio de la Isla Mauricio a fin de establecer en ellas una base militar constituiría una violación de la Declaración” sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, la cual figura en su anterior resolución 1514 (XV), de 1960, y en particular de su párrafo 6 (véase *supra*).

22. En esta nueva resolución 2066 (XX), de 1965, la Asamblea General también invitó al Reino Unido “a adoptar medidas eficaces para dar cumplimiento inmediato y completo a la resolución 1514 (XV)”; además, tras recordar su anterior resolución 1514 (XV), de 1960, en la que figura la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, la Asamblea General reafirmó el “derecho inalienable” del pueblo de Mauricio a la independencia de conformidad con lo dispuesto en dicha resolución (párr. 2), e invitó al Reino Unido a cumplir con ella (párr. 3) y a “no adoptar ninguna medida que pudiera desmembrar el Territorio de la Isla Mauricio y violar su integridad territorial” (párr. 4).

5. Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1966 y 1967) en apoyo del derecho de los pueblos a la libre determinación

23. Poco después de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó varias resoluciones, en particular las resoluciones 2232 (XXI), de 20 de diciembre de 1966, y 2357 (XXII), de 19 de diciembre de 1967, en relación con los informes del Comité Especial encargado de Examinar la Situación con respecto a la Aplicación de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales. En ambas resoluciones, la Asamblea General, después de referirse en sus preámbulos a las resoluciones antes mencionadas, las cuales debían ser aplicadas por las Potencias administradoras, reafirmó el “derecho inalienable de los pueblos” (de los Territorios en cuestión, entre ellos Mauricio) a la libre determinación.

24. Además, en las resoluciones de la Asamblea General 2232 (XXI), de 1966, y 2357 (XXII), de 1967, se reiteró que “todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de los territorios coloniales y a establecer bases e instalaciones militares en esos territorios” resulta “incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas” y con su propia resolución 1514 (XV), de 14 de diciembre de 1960 (párrs. 2 y 4).

³ A tales efectos, para consultar un estudio de la época, véase S. A. Bleicher, “The Legal Significance of Re-Citation of General Assembly Resolutions”, *American Journal of International Law* (1969), vol. 63, págs. 444 a 478. Para obtener información sobre los debates celebrados durante la redacción de la resolución 1514 (XV), de 1960, concebidos como una interpretación de la Carta de las Naciones Unidas que revela la *opinio iuris* y contribuye al desarrollo progresivo del derecho internacional, véase O. Y. Asamoah, *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*, La Haya, Nijhoff, 1966, págs. 163 a 185 y 243 a 245.

6. Resolución 2621 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 1970, sobre el programa de actividades para la plena aplicación de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales

25. Con motivo del décimo aniversario de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, la Asamblea General aprobó la resolución 2621 (XXV), de 12 de octubre de 1970, sobre el programa de actividades para la plena aplicación de dicha Declaración. En su parte dispositiva, se tipifica como *crimen* la continuación del colonialismo. Ya en el párrafo 1, la Asamblea General manifestó lo siguiente:

“*Declara* que la continuación del colonialismo en todas sus formas y manifestaciones es un crimen que viola la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales y los principios del derecho internacional”.

26. Al aprobar el programa de actividades, exhortó a los Estados Miembros de las Naciones Unidas a prestar a los pueblos de los territorios coloniales “la más amplia asistencia moral y material necesaria [...] en su lucha para alcanzar la libertad y la independencia” (párr. 3 2)) y lograr “la pronta eliminación del colonialismo” (párr. 3 3) b) iii)). Además, la Asamblea General exhortó al cumplimiento de todas sus resoluciones pertinentes sobre la cuestión de la descolonización, con el objetivo de “liquidar definitivamente el colonialismo” (párr. 9 a)).

7. Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 1970: Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas

27. Unos días después, se dio otro paso importante en la labor pertinente de la Asamblea General en esta esfera, con la aprobación de su célebre resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, en la que figura la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, reconocida por la CIJ como reflejo del derecho internacional consuetudinario⁴. En esta resolución, la Asamblea General reiteró el principio de que los Estados deben abstenerse, “en sus relaciones internacionales, de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas” (preámbulo).

28. En esta resolución, que contiene la Declaración sobre los Principios referentes a las Relaciones de Amistad antes mencionada, se reiteró que todos los Estados tienen el deber de promover el cumplimiento del principio de la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos, en particular con el objeto de “poner fin rápidamente al colonialismo” (párr. 5 2) b)). Asimismo, se añade que “[t]odo Estado se abstendrá de cualquier acción dirigida al quebrantamiento parcial o total de la unidad nacional e integridad territorial de cualquier otro Estado o país” (párr. 5 8)).

⁴ CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (fondo), fallo de 27 de junio de 1986, párrs. 191 a 193 (en relación con el principio de prohibición del uso de la fuerza en el derecho internacional consuetudinario).

III. Eliminación del colonialismo: proyección en el tiempo de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales de 1960 y de resoluciones sucesivas de la Asamblea General de las Naciones Unidas

29. La propia CIJ abordó la resolución [2625 \(XXV\)](#) de la Asamblea General, de 1970, en la que figura la Declaración sobre los Principios referentes a las Relaciones de Amistad, en la causa relativa a *Nicaragua c. Estados Unidos de América* (fondo, fallo de 27 de junio de 1986): después de referirse al “carácter de *ius cogens*” de la prohibición del uso de la fuerza establecida en el Artículo 2 4) de la Carta de las Naciones Unidas, señaló que la aprobación por parte de los Estados Miembros de la Declaración de 1970 antes mencionada constituye “una expresión de su *opinio iuris* en relación con el derecho internacional consuetudinario” al respecto (párr. 191).

30. Por su parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció en otras resoluciones sucesivas la eliminación del colonialismo como una de las prioridades de las Naciones Unidas. Así pues, en ellas realizó, con arreglo a sus anteriores resoluciones relativas a la descolonización, un nuevo llamamiento para lograr el pleno ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación. La Asamblea General dedicó sus resoluciones [43/47](#), de 22 de noviembre de 1988, [55/146](#), de 8 de diciembre de 2000, y [65/119](#), de 10 de diciembre de 2010, a la declaración de tres decenios internacionales sucesivos (en los períodos comprendidos entre 1990 y 2000, 2001 y 2010, y 2011 y 2020, respectivamente) para la eliminación del colonialismo. Asimismo, más adelante (entre 2015 y 2017) reafirmó la incompatibilidad del colonialismo en cualquiera de sus formas con la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales de las Naciones Unidas⁵.

31. A este respecto, con motivo del cincuentenario de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales de 1960, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó su resolución [65/118](#), de 10 de diciembre de 2010, en la cual volvió a reiterar “el derecho inalienable de todos los pueblos de los territorios no autónomos a la libre determinación” (párr. 1), tras expresar su profunda preocupación por el hecho de que “todavía no se ha erradicado totalmente el colonialismo” (preámbulo). Asimismo, declaró lo siguiente:

“[L]a continuación del colonialismo en cualquiera de sus formas y manifestaciones es incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración [de 1960] y los principios del derecho internacional” (párr. 2).

32. En la resolución [65/118](#) de la Asamblea General, de 2010, se solicitó a las Potencias administradoras que preservasen “la identidad cultural” y la unidad nacional de los pueblos interesados, a fin de facilitar el “ejercicio pleno” de su derecho a la libre determinación y la independencia (párr. 8). A continuación, se instó “a los Estados Miembros a asegurar la plena y pronta aplicación de la Declaración [de 1960] y de otras resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas” (párr. 10). Por último, se pidió al Comité Especial encargado de Examinar la Situación con respecto a la Aplicación de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales que examinase “las formas más convenientes de lograr una aplicación pronta y total de la Declaración” de 1960 y que propusiese medidas “para

⁵ Véanse, por ejemplo, las resoluciones de la Asamblea General [70/231](#), de 23 de diciembre de 2015, [71/122](#), de 6 de diciembre de 2016, y [72/111](#), de 7 de diciembre de 2017.

la plena aplicación de la Declaración [de 1960] en los territorios no autónomos que quedan” (párr. 12).

33. Cinco años después, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó su resolución [70/231](#), de 23 de diciembre de 2015, en la cual comenzó nuevamente pidiendo la inmediata “eliminación del colonialismo”, aspecto que seguía siendo una de las prioridades de las Naciones Unidas (preámbulo), y reiteró que la persistencia del colonialismo era

“incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales y la Declaración Universal de Derechos Humanos” (párr. 2).

34. Instó a lograr la rápida eliminación del colonialismo, a fin de que los pueblos puedan ejercer su derecho a la libre determinación y a la independencia (párrs. 3, 4 y 8 a) c)). También añadió que, para ello, debe procederse de conformidad con las resoluciones pertinentes de la Asamblea General en materia de descolonización, con un enfoque centrado en la aplicación por parte de los Estados Miembros de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 1960, y otras resoluciones pertinentes y sucesivas de la Asamblea General al respecto (párr. 8 b) c)).

35. El año siguiente, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó su resolución [71/122](#), de 6 de diciembre de 2016, en la cual advirtió en primer lugar que todavía no se ha logrado la rápida eliminación del colonialismo, que sigue siendo “una de [sus] prioridades” (preámbulo). A continuación, reiteró las consideraciones mencionadas en la anterior resolución [70/231](#), de 2015 (párrs. 2 y 3). Además, instó a seguir impulsando “el programa de descolonización” (párr. 17), así como la prestación de “asistencia moral y material, en función de las necesidades, a los pueblos de los territorios no autónomos” (párr. 15).

36. El año siguiente, en su resolución [72/111](#), de 7 de diciembre de 2017, la Asamblea General de las Naciones Unidas reiteró una vez más esos aspectos (párrs. 2, 3, 18 y 16) y añadió un importante llamamiento a las Potencias administradoras pertinentes para que estas

“pongan fin a las actividades militares y eliminen las bases militares en los territorios no autónomos bajo su administración, de conformidad con las resoluciones pertinentes de la Asamblea General” (párr. 14).

37. En consecuencia, se puede observar que la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 1960, marcó el comienzo de una nueva época de referencia en el desarrollo progresivo del derecho internacional contemporáneo, con la condena del colonialismo como una denegación y una violación de los derechos humanos fundamentales que son contrarias a la propia Carta de las Naciones Unidas. La resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 1960, proporcionó el marco jurídico para este desarrollo. El derecho a la libre determinación surgió como un auténtico derecho humano por sí mismo, un derecho de los pueblos, algo que se plasmó de inmediato en la doctrina especializada, a partir de la aprobación de las resoluciones de la Asamblea General de principios de la década de 1960⁶.

⁶ Véanse A. Rigo Sureda, *The Evolution of the Right to Self-Determination - A Study of United Nations Practice*, Leiden, Sijthoff, 1973, págs. 221, 222, 263, 264 y 353; J. A. Carrillo Salcedo, *El derecho internacional en perspectiva histórica*, Madrid, Tecnos, 1991, págs. 101 y 102; y J. A. de Obieta Chalbaut, *El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos*, Madrid, Tecnos, 1993 (reimpr.), págs. 88, 91, 92, 232 y 238.

IV. El derecho internacional en materia de descolonización como manifestación de la humanización del derecho internacional contemporáneo

38. Cada vez se fue prestando una mayor atención y cuidado a los derechos de los pueblos, en particular al derecho a la libre determinación como derecho inherente a todos los pueblos, como derecho humano *fundamental* (véase la parte V *infra*). En consecuencia, se dio un paso decisivo hacia la *universalización* de las Naciones Unidas, con el incremento gradual y considerable del número de Miembros⁷ y el aumento de la atención a lo que constituye un motivo de preocupación para toda la comunidad internacional.

39. Este paso se dio en plena consonancia con la Carta de las Naciones Unidas; en este punto, quisiera recordar que, ya en su propio preámbulo, se presenta la determinación de “los pueblos de las Naciones Unidas” a “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana [y] en la igualdad de derechos [...] de las naciones grandes y pequeñas” (párr. 2). Se adoptó un enfoque centrado en los pueblos (como puede observarse en varias de sus disposiciones) y en la salvaguardia de aquellos valores que son comunes a toda la humanidad.

40. De conformidad con sus disposiciones, los derechos humanos debían hacerse efectivos sin distinciones (Artículos 1 3) y 13 1) b)). En la Carta se incluyeron referencias expresas a la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos (Artículos 1 2) y 55), así como a las obligaciones conexas de los Estados para con los pueblos (“encargo sagrado”, Artículo 73). Se exigió el debido respeto a los pueblos y a sus derechos y culturas. Por tanto, la Carta de las Naciones Unidas generó una nueva visión dirigida “a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles” (preámbulo, párr. 1).

41. Además, debían tenerse en cuenta las referencias a los *principios* y los *propósitos* de las Naciones Unidas, ya que impusieron a los Miembros de las Naciones Unidas la “obligación jurídica” de actuar con arreglo a ellos. Respetar los derechos humanos fundamentales pasó a ser su “deber jurídico”. Esas disposiciones se aprobaron, tras un prolongado examen llevado a cabo antes y durante la Conferencia de San Francisco de 1945,

“como parte de la filosofía del nuevo sistema internacional y como una contundente lección de la experiencia sobre las insuficiencias y los peligros del antiguo sistema”⁸.

42. Se rescató la perspectiva humanista del derecho de gentes. La *civitas maxima gentium* resurgió en un nuevo contexto, a saber, el del nacimiento, a mediados del siglo XX, de un “derecho internacional en materia de descolonización” que avanza hacia un “bien común universal”, sobre la base de la igualdad jurídica de todos los Estados (entre ellos, los que surgieron a raíz de la descolonización)⁹. Las Naciones Unidas, que prestan una gran atención a los pueblos, con su enfoque universalista,

⁷ A tales efectos, véanse J. A. Carrillo Salcedo, *El derecho internacional en perspectiva histórica*, *op. cit. supra* en nota 6, pág. 104; y A. Truyol y Serra, *Histoire du droit international public (Historia del derecho internacional público)*, París, ed. Economica, 1995, págs. 156 y 157.

⁸ H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, Londres, Stevens & Sons Ltd., 1950, pág. 147.

⁹ Véase A. Truyol y Serra, *La sociedad internacional* (1974), 2ª ed. (reimpr.), Madrid, ed. Alianza, 1998, págs. 83, 85, 97, 98 y 110 a 112; véanse también las págs. 88, 167 y 169.

contribuyeron en gran medida a fomentar esta perspectiva humanista propia de los conceptos clásicos del *totus orbis* o de la *civitas maxima gentium*.

43. En este punto, quisiera recordar que, en sus memorias, René Cassin reflexionó sobre el hecho de que la propia Carta de las Naciones Unidas podría considerarse una consecuencia de la “conciencia humana” frente a las atrocidades cometidas en la Segunda Guerra Mundial en violación del principio de humanidad¹⁰. Asimismo, añadió que las Naciones Unidas, empezando por la Asamblea General, contaron ya en sus primeros años (a partir de la Conferencia de Bandung de 1955 (*infra*)) con el importante papel desempeñado por los nuevos Estados que surgieron a raíz de la descolonización, en particular en la aprobación de los dos Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de 1966¹¹, en los cuales se contempló, en el artículo 1, común a ambos, el derecho a la libre determinación (véase la parte V *infra*). Así, quedó clara la importancia de la universalidad para las Naciones Unidas.

44. Esta nueva era en el desarrollo progresivo del derecho internacional y del reconocimiento del derecho de los pueblos y las naciones a la libre determinación se debió al despertar de la conciencia jurídica universal respecto de las necesidades y las aspiraciones de la humanidad en su conjunto, la cual es fiel al eterno legado del pensamiento iusnaturalista de los “padres fundadores” del derecho de gentes. En mi propia opinión, esta evolución es otra importante manifestación del proceso histórico de *humanización* del derecho internacional contemporáneo¹².

45. En efecto, a mediados de la década de 1950, el derecho de los pueblos a la libre determinación ya estaba siendo objeto de un firme reconocimiento a nivel multilateral. De este modo, en la Conferencia Asia-África, celebrada en Bandung del 18 al 24 de abril de 1955, con la participación de 29 países, se condenó el colonialismo y la discriminación como una denegación de los derechos fundamentales en la esfera de la educación y la cultura, y se declaró el pleno apoyo a los derechos humanos fundamentales consagrados en la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos, entre los que se encuentra el derecho de los pueblos a la libre determinación contemplado en las resoluciones de las Naciones Unidas como “condición indispensable para el goce de todos los derechos humanos fundamentales”¹³.

46. En la Conferencia Asia-África celebrada en Bandung en 1955, se condenó “el colonialismo en todas sus manifestaciones” como “un mal al que debe ponerse fin rápidamente”, por ser “una denegación de los derechos humanos fundamentales” en violación de la Carta de las Naciones Unidas y por comprometer “la causa de la paz” mundial¹⁴. Además, en la Conferencia de Bandung de 1955 se apoyó la composición universal de las Naciones Unidas¹⁵. Finalmente, en la Conferencia de 1955 se pidió que se respetasen los derechos humanos fundamentales, los principios y propósitos de las Naciones Unidas, y la justicia y las obligaciones internacionales¹⁶; además, se solicitó un desarme completo, así como la prohibición y la eliminación de las armas nucleares¹⁷.

¹⁰ R. Cassin, *La pensée et l'action*, París, ed. F. Lalou, 1972, pág. 115.

¹¹ *Ibid.*, págs. 130 y 172.

¹² Véase A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, 2ª ed. rev., Leiden/La Haya, Nijhoff/Academia de Derecho Internacional de La Haya, 2013, págs. 1 a 726.

¹³ “Final Communiqué of the Asian-African Conference” (Bandung, 18 a 24 de abril de 1955), reproducido en: *Interventions - International Journal of Postcolonial Studies* (2009), vol. 11, núm. 1, pág. 97, núm. 2, y pág. 98, núm. 1.

¹⁴ *Ibid.*, pág. 99, núm. 1.

¹⁵ *Ibid.*, pág. 96, núm. 11, y pág. 100, núm. 1.

¹⁶ *Ibid.*, pág. 102, núms. 1 y 10.

¹⁷ *Ibid.*, pág. 101.

47. Después de la Conferencia de Bandung de 1955, enseguida se organizaron otras conferencias similares (como la celebrada en El Cairo en diciembre de 1957 y enero de 1958; la de Accra, en abril de 1958; y la de Addis Abeba, en junio de 1960), a través de las cuales se dio continuidad a sus objetivos. Entonces, los países asiático-africanos pasaron a contar con el apoyo de los países árabes y de América Latina, lo cual contribuyó a fomentar el proceso de descolonización¹⁸. Los principios adoptados inicialmente en la Conferencia de Bandung de 1955 pasaron a ser el antecedente más inmediato y los objetivos del Movimiento de los Países No Alineados, fundado seis años después en una conferencia celebrada en Belgrado la primera semana de septiembre de 1961.

48. La contribución de América Latina a este proceso se benefició del sólido arraigamiento de su doctrina en materia de derecho internacional¹⁹. En efecto, también respecto de la labor del Comité Especial encargado de Examinar la Situación con respecto a la Aplicación de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales antes mencionado (*supra*), desde sus comienzos (e incluso antes), las delegaciones de los países de América Latina y el Caribe dejaron notar su presencia y contribuyeron a los debates en sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas (de 1960 y 1961 en adelante) en apoyo de la descolonización y el derecho a la libre determinación de los pueblos²⁰.

49. Lo mismo ocurrió en debates incluso anteriores de la Cuarta Comisión de la Asamblea General (de 1949 en adelante) sobre las perspectivas de los territorios no autónomos y el régimen internacional de administración fiduciaria de las Naciones Unidas, los cuales también contaron con la contribución de las delegaciones de los países de América Latina y el Caribe²¹. El nuevo Movimiento de los Países No

¹⁸ Véanse, por ejemplo, varios autores, *Bandung, Global History, and International Law - Critical Past and Pending Futures* (eds. L. Eslava, M. Fakhri y V. Nesiah), Cambridge, Cambridge University Press, 2017, págs. 13, 14, 20, 21 y 243; R. Burke, *Decolonization and the Evolution of International Human Rights*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2010, págs. 8, 38, 53 y 54; y S. L. B. Jensen, *The Making of International Human Rights - The 1960s, Decolonization and the Reconstruction of Global Values*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, págs. 43, 51 a 56, 60, 62, 64 y 65.

¹⁹ Para consultar un estudio reciente sobre el asunto, véase A. A. Cançado Trindade, "The Contribution of Latin American Legal Doctrine to the Progressive Development of International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (2014), vol. 376, págs. 19 a 92.

²⁰ Véanse, por ejemplo, en los documentos oficiales (actas literales) de las sesiones plenarias de la Asamblea General, las intervenciones de las delegaciones de: Argentina (927ª sesión, de 29 de noviembre de 1960, págs. 1047 a 1050, y 1174ª sesión, de 23 de noviembre de 1962, págs. 848 y 849, y, posteriormente, 1631ª sesión, de 14 de diciembre de 1967, págs. 9 y 10); Colombia (929ª y 1054ª sesiones, de 30 de noviembre de 1960 y de 14 de noviembre de 1961, págs. 1083 a 1086 y 677 a 682, respectivamente, y 1175ª sesión, de 26 de noviembre de 1962, págs. 882 a 885); Guatemala (1057ª sesión, de 17 de noviembre de 1961, págs. 742 a 744); México (1058ª sesión, de 20 de noviembre de 1961, págs. 751 a 753, 1066ª sesión, de 27 de noviembre de 1961, págs. 925 y 926, y 1270ª sesión, de 3 de diciembre de 1963, págs. 10 a 13); Venezuela (República Bolivariana de) (1059ª sesión, de 21 de noviembre de 1961, págs. 798 y 799, y 1180ª sesión, de 29 de noviembre de 1962, págs. 971 a 973); Cuba (1060ª sesión, de 21 de noviembre de 1961, págs. 809 a 812); Chile (1631ª sesión, de 14 de diciembre de 1967, págs. 12 a 14); Brasil (1173ª sesión, de 21 de noviembre de 1962, págs. 839 a 842); Costa Rica (1176ª sesión, de 26 de noviembre de 1962, págs. 887 a 889); Uruguay (1176ª sesión, de 26 de noviembre de 1962, págs. 889 a 892); Haití (1192ª sesión, de 14 de diciembre de 1962, págs. 1169 a 1172); y Perú (1192ª sesión, de 14 de diciembre de 1962, págs. 1174 y 1175). Véanse también, en los documentos oficiales de las sesiones plenarias de la Asamblea General anteriores, las intervenciones de las delegaciones de: Guatemala (64ª sesión, de 14 de diciembre de 1946, págs. 312 y 313); Cuba (64ª sesión, de 14 de diciembre de 1946, págs. 314 a 316); y República Dominicana (262ª sesión, de 1 de diciembre de 1949, pág. 471).

²¹ Véanse, por ejemplo, en los documentos oficiales (actas literales) de las sesiones de la Cuarta Comisión de la Asamblea General, las intervenciones, entre otras, de las delegaciones de:

Alineados creado en 1961, de carácter mundial, introdujo un cambio de paradigma en las Naciones Unidas²², en consonancia con su perspectiva universalista.

50. Así, el *corpus iuris gentium* se enriqueció con la reivindicación del derecho de los pueblos a la libre determinación. A este respecto, la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 1960, en la que figura la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, y la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 1970, en la que figura la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (véase *supra*), acabaron considerándose “auténticas interpretaciones” de la Carta de las Naciones Unidas²³ que convirtieron el “postulado de la libre determinación” de los pueblos en un precepto “directamente vinculante para los Estados”²⁴ y que demostraron el enriquecimiento del *corpus iuris gentium*.

51. El derecho internacional en materia de descolonización se conformó con el apoyo de organizaciones internacionales, en consonancia con la contribución de las Naciones Unidas antes mencionada. Así pues, en el continente africano, por ejemplo, la Unión Africana (UA), precedida cronológicamente por la Organización de la Unidad Africana (OUA), ha procurado a lo largo de los años garantizar el ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos, también en relación con el archipiélago de Chagos.

República Dominicana (109ª sesión, de 27 de octubre de 1949, págs. 101 y 102, y 125ª sesión, de 16 de noviembre de 1949, págs. 188 y 189); Brasil (113ª sesión, de 2 de noviembre de 1949, págs. 121 a 123, y 331ª sesión, de 12 de octubre de 1953, pág. 97); Guatemala (114ª sesión, de 3 de noviembre de 1949, págs. 125 y 126, y 125ª sesión, de 16 de noviembre de 1949, págs. 184, 185, 187 y 188); Cuba (115ª sesión, de 3 de noviembre de 1949, págs. 130 a 132, 124ª sesión, de 14 de noviembre de 1949, págs. 182 y 183, y 125ª sesión, de 16 de noviembre de 1949, pág. 187); Venezuela (República Bolivariana de) (124ª sesión, de 14 de noviembre de 1949, págs. 179 y 180); Uruguay (125ª sesión, de 16 de noviembre de 1949, pág. 187); México (125ª sesión, de 16 de noviembre de 1949, pág. 188); Panamá (1039ª sesión, de 7 de noviembre de 1960, págs. 236 y 237); y Haití (1040ª sesión, de 8 de noviembre de 1960, págs. 241 y 242). El apoyo de los países de América Latina y el Caribe fue reconocido de inmediato por Asia y África, así como por las delegaciones árabes en las Naciones Unidas. Por su parte, la Organización de los Estados Americanos (OEA) prestó atención, desde que se creó en 1948 en virtud de la Carta de Bogotá, a lo que estaba ocurriendo en las Naciones Unidas en apoyo del derecho de los pueblos a la libre determinación; asimismo, en 1992, el Comité Jurídico Interamericano (CJI) estudió con perspectiva histórica la relación entre la libre determinación y la protección de los derechos humanos; véase Comité Jurídico Interamericano, *La democracia en los trabajos del Comité Jurídico Interamericano (1946-2010)*, Washington D. C., Secretaría General de la OEA, 2011, págs. 85 a 91. En efecto, a comienzos de su existencia, el CJI ya se consideraba un órgano que expresaba la “conciencia jurídica continental” (mucho más *latinoamericana* que *interamericana*), que se mantenía atento a los principios de no intervención (y no uso de la fuerza) y de igualdad jurídica de las personas nacionales y extranjeras, entre otros, y que trataba de contribuir al desarrollo progresivo del derecho internacional; A. A. Cançado Trindade, “The Inter-American Juridical Committee: An Overview”, *The World Today*, Chatham House, Londres (1982), vol. 38, núm. 11, págs. 438, 439 y 442.

²² Para obtener información sobre el Movimiento de los Países No Alineados, véase, entre otros, P. Willetts, *The Non-Aligned Movement - The Origins of a Third World Alliance*, Londres/Nueva York, Frances Pinter/Nichols Publ., 1978, págs. 1 a 239.

²³ J. A. Carrillo Salcedo, *El derecho internacional en un mundo en cambio*, Madrid, Tecnos, 1984, pág. 198. Sobre el enriquecimiento del *corpus iuris gentium*, véase J. A. de Obieta Chalbaut, *El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos*, *op. cit. supra* en nota 6, págs. 106 y 107; véanse también las págs. 52, 83, 85, 95, 96 y 175. Respecto de la universalidad reconocida de la libre determinación, así como de sus efectos en el derecho de gentes contemporáneo, véase J. Summers, *Peoples and International Law - How Nationalism and Self-Determination Shape a Contemporary Law of Nations*, Leiden, Nijhoff, 2007, págs. 163, 164, 244, 245, 258 y 259.

²⁴ A. Cassese, *Self-Determination of Peoples - A Legal Reappraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998 (reimpresión), pág. 43.

52. La antigua Organización de la Unidad Africana y su sucesora, la UA, han condenado con contundencia la base militar establecida en la isla Diego García (en Chagos). De este modo, en su resolución AHG/Res. 99 (XVII) de 4 de julio de 1980, la OUA afirmó que la isla Diego García “siempre ha formado parte de Mauricio” (párr. 3) y que “no fue cedida al Reino Unido con fines militares” (párr. 4). Además, añadió que “la militarización de Diego García supone una amenaza para África y el océano Índico como zona de paz” (párr. 5). En este contexto, exigió “la devolución de Diego García a Mauricio sin condiciones y el mantenimiento de su carácter pacífico” (párr. 6).

53. Posteriormente, la UA, en su decisión CM/Dec. 26 (LXXIV), de 8 de julio de 2001, reiteró

“su apoyo inquebrantable al Gobierno de Mauricio en su empeño y sus esfuerzos por recuperar la soberanía sobre el archipiélago de Chagos, que forma parte del territorio de Mauricio, y [exhortó] al Reino Unido a poner fin a la persistente ocupación ilegal del archipiélago de Chagos y a restituirlo a Mauricio, completando con ello el proceso de descolonización” (párr. 1).

A seguir, la UA pidió “el apoyo de la comunidad internacional a la reivindicación legítima de Mauricio”, a fin de “garantizar la devolución del archipiélago de Chagos a su jurisdicción” (párr. 3).

54. Más recientemente, la UA, en su resolución 1 (XXV), de 15 de junio de 2015, comenzó reafirmando, en el preámbulo, que el “archipiélago de Chagos, incluido Diego García, forma parte del territorio” de Mauricio (párr. 2); a continuación, lamentó

“la persistente ocupación ilegal del archipiélago de Chagos por parte del Reino Unido, que impide a la República de Mauricio el ejercicio de su soberanía sobre el archipiélago, así como la conclusión del proceso de descolonización de África” (párr. 3).

55. Tras recordar sus propias resoluciones y declaraciones anteriores (correspondientes al período comprendido entre 2011 y 2013) sobre distintos asuntos jurídicos²⁵ (párr. 4), apoyó, también en su preámbulo, los esfuerzos de Mauricio por ejercer de manera efectiva “su soberanía sobre el archipiélago de Chagos, incluido Diego García, en consonancia con los principios del derecho internacional” (párr. 8). A seguir, en la parte dispositiva de la resolución 1 (XXV) de la UA, de 15 de junio de 2015, se reiteró el apoyo a Mauricio “en su legítimo afán por ejercer de manera efectiva su soberanía sobre el archipiélago de Chagos, incluido Diego García” (párr. 3), así como el pleno apoyo a “la devolución inmediata y sin condiciones del archipiélago de Chagos, incluido Diego García, al control efectivo” de Mauricio (párr. 6). A tal efecto, la UA reiteró su

“llamamiento al Reino Unido para que ponga fin sin demora a su ocupación ilegal del archipiélago de Chagos con miras a que la República de Mauricio pueda ejercer de manera efectiva su soberanía sobre el archipiélago” (párr. 4).

²⁵ A saber, UA, resolución 1 (XVI), de enero de 2011; declaración de febrero de 2013; declaración de la Asamblea de la Unión Africana celebrada en Addis Abeba (Etiopía), de mayo de 2013; y declaración solemne sobre el cincuentenario de la OUA/UA, también de mayo de 2013.

V. El derecho a la libre determinación en los dos Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de 1966

1. Artículo 1 de los dos Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de 1966

56. En el marco de las Naciones Unidas, una importante iniciativa aparte de la aprobación de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas antes mencionadas fue la introducción, con influencia histórica, del derecho de todos los pueblos a la libre determinación en los dos Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de 1966 (el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Así, ese derecho podría ser reivindicado tanto por personas individuales como por grupos de personas.

57. El derecho a la libre determinación, plasmado en el artículo 1 de los dos Pactos de las Naciones Unidas, se formula en los mismos términos, a saber:

“1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

[...]

3. Los Estados partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas”.

58. De este modo, esta formulación, aplicable por igual a los derechos civiles y políticos, así como a los derechos económicos, sociales y culturales, refuerza la indivisibilidad de todos los derechos humanos. Dicha indivisibilidad fue promovida por los dos Pactos de las Naciones Unidas dos años antes de la celebración de la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Teherán, 1968), que contribuyó en gran medida a fomentarla. Así pues, la formulación del célebre artículo 1 común a los dos Pactos de las Naciones Unidas reconoce al comienzo de dichos instrumentos que el derecho a la libre determinación es, además, indispensable para el disfrute de otros derechos humanos.

59. De esta manera, a mediados de la década de 1960, el derecho fundamental a la libre determinación ya estaba consolidado en el *corpus iuris gentium* y su importancia era objeto de un reconocimiento universal, en un proceso histórico que se vio fomentado en gran medida por la emblemática resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 1960. Ese reconocimiento quedó reflejado, por ejemplo, en la labor del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y en la jurisprudencia de la CIJ, a la cual me referiré ahora.

2. Comité de Derechos Humanos: observación general núm. 12 (1984) sobre el artículo 1 del (de los) Pacto(s) (derecho a la libre determinación de los pueblos)

60. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH) dedicó su observación general núm. 12, aprobada el 13 de marzo de 1984, al artículo 1 de los dos Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, relativo al derecho a la libre determinación de los pueblos. El CDH inició su observación afirmando que, de conformidad con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, el

artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (y también del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)

“reconoce que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. Este derecho reviste especial importancia, ya que su ejercicio es una condición esencial para la eficaz garantía y observancia de los derechos humanos individuales y para la promoción y fortalecimiento de esos derechos. Por esta razón, los Estados [lo] han [...] incluido en dicha disposición como artículo 1, separado de todos los demás derechos reconocidos en dichos instrumentos y anterior a los mismos” (párr. 1).

61. A seguir, en la observación general se indica que dicho artículo 1 de ambos Pactos “consagra un derecho inalienable de todos los pueblos” e “impone a todos los Estados partes las obligaciones correspondientes” (párr. 2), lo cual resulta de vital importancia en última instancia para el conjunto de la “comunidad internacional” (párr. 5). En la observación general núm. 12, se añade que las obligaciones impuestas a los Estados partes no solo guardan relación “con sus propios pueblos sino con todos los pueblos que no han podido ejercer su derecho a la libre determinación o se han visto privados de la posibilidad de ejercer tal derecho” (párr. 6).

62. Por consiguiente, todos los Estados partes en ambos Pactos deben adoptar “medidas positivas para facilitar el ejercicio [...] del derecho de los pueblos a la libre determinación”, en consonancia con sus obligaciones en virtud de la Carta de las Naciones Unidas y del derecho internacional (párr. 6). A continuación, el CDH, en su observación, relacionó en especial el artículo 1 de ambos Pactos con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, que figura en la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970 (párr. 7).

3. Comité de Derechos Humanos: observaciones sobre los informes presentados por los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos centradas en las personas naturales de las islas Chagos

63. El CDH también abordó esta cuestión en las observaciones finales sobre el examen de los informes presentados por los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de conformidad con su artículo 40²⁶. Abordó el asunto en relación con los informes del Reino Unido, con un enfoque centrado, entre otras cosas, en las personas naturales de las islas Chagos. Así pues, en sus observaciones finales, de 6 de diciembre de 2001, el CDH declaró que el Reino Unido debía hacer “viable” el derecho de la población chagosiana a “regresar a su territorio”; además, añadió que debe “estudiar la posibilidad de indemnizar por la denegación de ese derecho por un período prolongado”²⁷.

64. Más adelante, ante la persistencia del problema, el CDH, en sus observaciones finales de 30 de julio de 2008, deploró que, “a pesar de su recomendación anterior”, el Reino Unido no ha incluido el “Territorio Británico del Océano Índico” en su informe periódico, alegando que, “al no estar poblado, el Pacto no es aplicable a ese Territorio”; el CDH reiteró con firmeza que el Reino Unido

“debe velar por que los naturales de las islas Chagos puedan ejercer el derecho de regresar a su territorio e indicar qué medidas se han tomado al respecto. Debe considerar la posibilidad de indemnizarles por haber denegado ese derecho

²⁶ Respecto de este análisis del CDH, véase, por ejemplo, T. Opsahl, *Law and Equality - Selected Articles on Human Rights*, Oslo, Ad Notam Gyldendal, 1996, págs. 465 a 569.

²⁷ Naciones Unidas, documento [CCPR/CO/73/UK](#), de 6 de diciembre de 2001, pág. 9, párr. 38.

durante un período prolongado. El Estado parte debe además incluir al Territorio en su siguiente informe periódico”²⁸.

4. Comité de Derechos Humanos: consideraciones adicionales

65. Así pues, el CDH reivindicó el derecho a recibir reparaciones (una cuestión relevante en la que profundizaré más adelante en la presente opinión separada; véanse las partes XVI y XVII *infra*) de las personas naturales de las islas Chagos, víctimas del Reino Unido durante un período de tiempo prolongado. En la presente opinión consultiva, la CIJ ha tenido en cuenta (párrs. 123 y 126) las observaciones del CDH de 2001 y 2008 sobre los informes del Reino Unido (*supra*); sin embargo, en lugar de desarrollar su contenido y sus implicaciones, la CIJ las asoció con hechos enmarcados en el derecho interno del Reino Unido (párrs. 121 a 127).

66. La contribución del CDH al tratamiento del asunto en cuestión debe evaluarse de forma adecuada, teniendo en cuenta la labor de este órgano en su conjunto, dentro de la cual se engloban sus dictámenes sobre las comunicaciones, sus observaciones sobre los informes presentados por los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y sus observaciones generales²⁹. La observación general núm. 12 de 1984 antes mencionada no es la única que reviste importancia; a mi juicio, el CDH señaló en otras observaciones generales algunos aspectos que también han de tenerse en cuenta en la presente causa.

67. Así, por ejemplo, el CDH puso de relieve el *principio de humanidad* en sus observaciones generales núm. 9, de 1982 (párr. 3), y núm. 21, de 1992 (párr. 4); asimismo, el CDH destacó la *continuidad* de las obligaciones adquiridas en virtud del Pacto en su observación general núm. 26, de 1997 (párrs. 3 a 5)³⁰. Su observación general núm. 31, de 29 de marzo de 2004, reviste especial importancia, pues en ella el CDH, tras advertir acerca de la vulnerabilidad de determinados grupos de personas, como los niños (párr. 15), reafirmó la obligación de los Estados partes de reparar a las víctimas, cuyos derechos en virtud del Pacto fueron violados, también de manera constante (párrs. 15 y 19).

68. En esa misma observación general núm. 31, de 2004, el CDH insistió en que “[l]a cesación de la violación constituye un elemento indispensable del derecho a obtener un recurso efectivo” (párr. 15). A continuación, añadió que en el artículo 2 3) del Pacto se dispone que

“los Estados parte han de dar reparación a las personas cuyos derechos reconocidos en el Pacto hayan sido infringidos. Si no se da reparación a las personas cuyos derechos reconocidos en el Pacto hayan sido infringidos, queda sin cumplir la obligación de facilitar recursos efectivos, que es el elemento central para cumplir las disposiciones del párrafo 3 del artículo 2. Además de las reparaciones explícitas indicadas en el párrafo 5 del artículo 9 y en el párrafo 6 del artículo 14, el Comité considera que en el Pacto se dispone por lo general la concesión de una indemnización apropiada. El Comité toma nota de que, en los casos en que proceda, la reparación puede consistir en la restitución, la rehabilitación y la adopción de medidas tendientes a dar una satisfacción, entre ellas la presentación de disculpas públicas y testimonios oficiales, el ofrecimiento de garantías de evitar la reincidencia y la reforma de las leyes y

²⁸ Naciones Unidas, documento [CCPR/C/GBR/CO/6](#), de 30 de julio de 2008, pág. 7, párr. 22.

²⁹ Véase A. A. Cançado Trindade, “Address to the U.N. Human Rights Committee on the Occasion of the Commemoration of Its 100th Session”, *Netherlands Quarterly of Human Rights* (2011), vol. 29, págs. 131 a 137.

³⁰ *Ibid.*, págs. 133 a 135.

prácticas aplicables, y el enjuiciamiento de los autores de violaciones de derechos humanos” (párr. 16).

VI. El reconocimiento del derecho a la libre determinación en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia

69. Las bases de la consolidación del derecho a la libre determinación no solo se encontraban en los planos normativo y doctrinal, sino que también abarcaban la jurisprudencia internacional. De este modo, la CIJ, a partir de 1971, fue pasando poco a poco del *principio* al *derecho* de libre determinación, al cual otorgó un claro reconocimiento y apoyo, contribuyendo así en gran medida a promover la aceptación de su importancia.

70. En su opinión consultiva relativa a *Namibia* (de 21 de junio de 1971), la CIJ reconoció que “la evolución ulterior del derecho internacional respecto de los territorios no autónomos”, de acuerdo con lo consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, “extendía la aplicación del principio de la libre determinación a todos esos territorios”. Asimismo, afirmó que la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales de las Naciones Unidas (contenida en la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960), que engloba a todos los pueblos y territorios que todavía no han logrado la independencia, fue otro “paso importante para esta evolución” (párr. 52).

71. Por lo tanto, se produjo una ampliación del *corpus iuris gentium* en esta esfera. Además, en esa misma opinión consultiva, la CIJ observó que debía tener en cuenta “los acontecimientos del medio siglo pasado” y que su interpretación no podía “permanecer inalterable ante el desarrollo posterior del derecho, a través de la Carta de las Naciones Unidas y del derecho consuetudinario”, y añadió que

“un instrumento internacional debe interpretarse y aplicarse dentro del marco de todo el sistema jurídico vigente en el momento de la interpretación. Tal como se indica con anterioridad, en los últimos cincuenta años se han producido importantes acontecimientos en la esfera a la que se refiere el presente procedimiento. Estos acontecimientos no permiten dudar de que el objetivo final de esa misión sagrada era la libre determinación y la independencia de los pueblos en cuestión” (párr. 53).

72. Cuatro años después, en su opinión consultiva sobre el *Sáhara Occidental* (16 de octubre de 1975), la CIJ reiteró su declaración relativa al desarrollo del derecho a la libre determinación de los pueblos y la importancia de la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales de 1960, y añadió que en las disposiciones de dicha Declaración se destacó que

“para la aplicación del derecho a la libre determinación es necesaria la expresión libre y auténtica de la voluntad de las poblaciones en cuestión” (párrs. 54 a 56).

73. Dos decenios después, en su fallo sobre la causa relativa a *Timor Oriental* (1995), la CIJ reconoció el carácter *erga omnes* del “derecho de los pueblos a la libre determinación, tal como se ha desarrollado a partir de la Carta y de la práctica de las Naciones Unidas”, que es “uno de los principios esenciales del derecho internacional contemporáneo” (párr. 29). En el siguiente decenio, en su opinión consultiva sobre la *Construcción de un muro* (2004), la CIJ tuvo la oportunidad de reiterar que la evolución del derecho internacional extendía la aplicación del principio de libre determinación a todos los territorios no autónomos y que este derecho es “ahora un derecho *erga omnes*” (párr. 88).

74. En esa misma opinión consultiva, la CIJ recordó también el texto de la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 1970, en el cual se establecía lo siguiente:

“Todo Estado tiene el deber de promover, mediante acción conjunta o individual, la aplicación del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, de conformidad con las disposiciones de la Carta, y de prestar asistencia a las Naciones Unidas en el cumplimiento de las obligaciones que se le encomiendan por la Carta respecto de la aplicación de dicho principio” (párr. 156).

75. Más adelante, en su opinión consultiva sobre la *Declaración de independencia de Kosovo* (de 22 de julio de 2010), la CIJ afirmó lo siguiente:

“En la segunda mitad del siglo XX, el derecho internacional en materia de libre determinación evolucionó hasta dar lugar a un derecho a la independencia de los pueblos de los territorios no autónomos y de los pueblos sometidos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras” (párr. 79)³¹.

76. En mi opinión separada anexa a dicha opinión consultiva de la CIJ sobre la *Declaración de independencia de Kosovo* (de 22 de julio de 2010), abordé la perspectiva centrada en el pueblo del derecho internacional contemporáneo (párrs. 169 a 172), así como la preocupación que en él se refleja por las condiciones de vida de las personas (párrs. 65 y 66). Todo ello era una manifestación de la superación del paradigma interestatal en el derecho internacional (párrs. 182 a 188). Después, añadí lo siguiente:

“El derecho internacional contemporáneo ya no es indiferente al destino de la población, el más precioso elemento constitutivo de la calidad de Estado. El advenimiento de las organizaciones internacionales, trascendiendo la vieja dimensión interestatal, ha ayudado a poner fin a la inversión de los fines del Estado. Esta distorsión llevó a los Estados a considerarse depositarios finales de la libertad humana y tratar a los individuos como medios y no como fines en sí mismos, con todas las desastrosas consecuencias que de ello derivaron. La expansión de la personalidad jurídica internacional acarrió la expansión de la responsabilidad internacional” (párr. 239).

VII. El reconocimiento del derecho a la libre determinación en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Viena, 1993)

77. Además, en esa misma opinión separada anexa a la opinión consultiva de la CIJ sobre la *Declaración de independencia de Kosovo* (2010), recordé que, en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, el documento final aprobado como resultado de la histórica Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos (elaborado en el Comité de Redacción en el que trabajé y del cual guardo intensos recuerdos)³², se reafirmó el derecho de todos los pueblos a la libre determinación. A

³¹ La CIJ también recordó la importancia del principio de la integridad territorial en el ordenamiento jurídico internacional y el hecho de que dicho principio está consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, en particular en el Artículo 2 4) (párr. 80). Sin embargo, la Corte decidió no abordar “el alcance del derecho a la libre determinación [ni] la existencia de un eventual derecho a la ‘secesión como remedio’”, puesto que consideró que ello excedía el marco de la cuestión que le había planteado la Asamblea General (párr. 83).

³² Para consultar mi detallada reseña histórica sobre la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, véase A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, 2ª ed., Porto Alegre (Brasil), S.A. Fabris Ed., 2003, capítulos I a VII,

continuación, “[h]abida cuenta de la situación particular de los pueblos sometidos a dominación colonial o a otras formas de dominación u ocupación extranjeras”, se declaró (párr. 2), entre otras cosas, lo siguiente:

“La Conferencia considera que la denegación del derecho a la libre determinación constituye una violación de los derechos humanos y subraya la importancia de la realización efectiva de este derecho.

Con arreglo a la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas [de 1970], nada de lo anterior se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente *a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción alguna*” (sin cursiva en el original)³³.

78. Luego añadí, en esa misma opinión separada anexa a la opinión consultiva de la CIJ sobre la *Declaración de independencia de Kosovo* (2010), que el documento final de la memorable Conferencia Mundial de las Naciones Unidas de 1993 “fue más allá que la Declaración de Principios de 1970, al proscribir la discriminación ‘*de todo tipo*’”, ampliando así el alcance del “derecho a la libre determinación” (párr. 181). Esta ampliación del marco no debe pasar desapercibida. A seguir, añadí lo siguiente:

“Si puede hacerse un resumen del legado de la Segunda Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos (1993) convocada por las Naciones Unidas, seguramente radica en el *reconocimiento de la legitimidad de la preocupación de la comunidad internacional en su conjunto por las condiciones de vida de la población en todas partes y en todo momento*³⁴, con especial atención a quienes están en situación de mayor vulnerabilidad y consiguientemente tienen mayor necesidad de protección. Más que eso, este es el denominador común del reciente ciclo de conferencias mundiales de las Naciones Unidas a lo largo del decenio de 1990, que procuró armonizar el programa de las Naciones Unidas para los albores del siglo XXI” (párr. 185).

79. En el cambio de siglo, en la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas, que figura en la resolución 55/2 de la Asamblea General, de 8 de septiembre de 2000, se reivindicó “el derecho de libre determinación de los pueblos que siguen sometidos a la dominación colonial y la ocupación extranjera” (párr. 4) y se reafirmó el compromiso con “hacer realidad para todos ellos el derecho al desarrollo y [...] poner a toda la especie humana al abrigo de la necesidad” (párr. 11). En la Declaración del año 2000 se prestó especial atención a la protección de las personas vulnerables (párrs. 2, 17 y 26).

80. Cinco años después, en el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, que figura en la resolución 60/1 de la Asamblea General, de 16 de septiembre de 2005, se reafirmó el derecho a la libre determinación de los pueblos (párr. 5) y la necesidad de respetarlo (párr. 77), de nuevo con un enfoque especialmente centrado en las

págs. 33 a 338; asimismo, respecto de la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Teherán en 1968, en cuyo legado encontramos la firme reivindicación de la indivisibilidad de todos los derechos humanos, véase *ibid.*, págs. 77 a 80 y 83 a 84.

³³ Pasaje citado en el párr. 180 de mi opinión separada antes mencionada.

³⁴ A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2ª ed., vol. I, Porto Alegre (Brasil), S.A. Fabris Ed., 2003, págs. 241 y 242; *ibid.*, 1ª ed., vol. II, 1999, págs. 263 a 276; *ibid.*, 2ª ed., vol. III, 2003, págs. 509 y 510.

personas vulnerables (párrs. 55 c), d) y 143). Se recordó que “todos los derechos humanos son universales e indivisibles, están relacionados entre sí, son interdependientes y se refuerzan mutuamente” (párr. 121). Asimismo, se afirmó que “todos los Estados deben actuar con arreglo a la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas” de 1970 (párr. 73).

81. Un decenio y medio después de la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1993), en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, consagrada en la resolución [61/295](#) de la Asamblea General, de 13 de septiembre de 2007, se reconoció que la Carta de las Naciones Unidas, los dos Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, y la Declaración y Programa de Acción de Viena (instrumento aprobado en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos) afirmaban

“la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual estos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural” (párr. 16 del preámbulo).

82. Se añadió que “nada de lo contenido en la [...] Declaración podrá utilizarse para negar a ningún pueblo su derecho a la libre determinación, ejercido de conformidad con el derecho internacional” (párr. 17 del preámbulo). En la parte dispositiva de la Declaración de 2007 se estableció el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación (artículo 3) y a la autonomía en su ejercicio (artículo 4). En caso de violación de dicho derecho, en la Declaración se destacó que los pueblos indígenas tienen derecho a una reparación y un recurso efectivos³⁵.

83. Veinticinco años han pasado desde la aprobación de la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, el mismo tiempo que transcurrió entre la Primera y la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Teherán, 1968, y Viena, 1993). Sin embargo, resulta lamentable que hasta la fecha no se haya desarrollado ninguna iniciativa para convocar una tercera conferencia mundial de este tipo, a pesar de que el mundo, actualmente desgarrado por la violencia extrema, la necesita con urgencia. Simplemente, no se han aprendido las lecciones del pasado. A pesar de esta aparente indiferencia, al menos no deben olvidarse la Declaración y el Programa de Acción de la Segunda Conferencia Mundial.

84. Como ya se ha señalado, ese documento final confirmó la consolidación y la ampliación del alcance del derecho a la libre determinación y, además, subrayó la importancia del derecho al desarrollo como un derecho humano “universal e inalienable” que debe “ser realidad y llevarse a la práctica”, tomando a la persona humana como “sujeto central del desarrollo” (párrs. 10 y 72). La Declaración y Programa de Acción de Viena prestaba una gran atención a las personas pertenecientes a grupos *vulnerables* (párr. 24), con una dimensión temporal orientada a satisfacer las “necesidades [...] de las generaciones actuales y futuras” (párr. 11).

85. Hace cinco años, cuando se cumplieron dos decenios de la celebración de la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos, llevé a cabo una reevaluación de esta³⁶, de los avances logrados y de los nuevos desafíos que fueron

³⁵ Artículos 20 2), 28 1) y 2), 32 3) y 40.

³⁶ Véanse A. A. Cançado Trindade, *A Proteção dos Vulneráveis como Legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993-2013)*, Fortaleza (Brasil), Instituto Brasileño de Derechos Humanos (IBDH)/Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)/Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional (SLADI), 2014, págs. 13 a 356, en particular las págs. 13 a 107; y A. A. Cançado Trindade, “The International Law of Human Rights Two Decades After the II World Conference on Human Rights in Vienna in 1993”, en *The*

apareciendo. En ese proceso, reflexioné acerca del hecho de que la protección del ser humano, en cualquier circunstancia y frente a cualquier manifestación de poder arbitrario, se ajusta al nuevo *ethos* de nuestro tiempo, el cual se refleja en el nuevo *ius gentium* de nuestro tiempo, en el que las personas humanas y los pueblos ocupan una posición central. El *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos pasó a interpretarse y aplicarse teniendo siempre presentes las apremiantes necesidades de protección de las víctimas (en particular de aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad o incluso de indefensión), lo cual favoreció el proceso histórico de *humanización* del derecho internacional (véase *supra*).

86. Este *corpus iuris* constituye un auténtico *derecho de protección* de los derechos de los seres humanos y los pueblos, no de los Estados, una evolución que difícilmente podría haberse previsto hace algunos decenios. Para ello, ha desarrollado sus propios cánones, como el de la realización de valores superiores comunes, la transformación de las personas humanas y los pueblos en los sujetos de los derechos que les son inherentes, el carácter objetivo de las obligaciones de protección y la garantía colectiva de la salvaguarda de los derechos que es necesario proteger. De ahí la importancia capital del derecho al acceso a la justicia *lato sensu*, con la nueva primacía de la razón de humanidad sobre la antigua razón de Estado, en el marco del nuevo *ius gentium* de nuestro tiempo.

VIII. Una cuestión desde el estrado a todas las delegaciones de participantes en la fase oral del procedimiento consultivo

87. Durante la fase oral del procedimiento relativo a la presente cuestión planteada ante la CIJ sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, he considerado oportuno formular la siguiente pregunta a todas las delegaciones de participantes que se encontraban en la audiencia pública de la Corte celebrada el 5 de septiembre de 2018:

“Dirijo mi pregunta a todas las delegaciones de participantes en la fase oral del procedimiento consultivo.

En el párrafo a) de la solicitud de una opinión consultiva realizada por la Asamblea General de las Naciones Unidas a la Corte Internacional de Justicia, la cual se recoge en la resolución 71/292 de la Asamblea General, de 22 de junio de 2017, la Asamblea General menciona las obligaciones consagradas en sus propias resoluciones pertinentes sucesivas, aprobadas a partir de 1960, a saber, las resoluciones de la Asamblea General 1514 (XV), de 14 de diciembre de 1960, 2066 (XX), de 16 de diciembre de 1965, 2232 (XXI), de 20 de diciembre de 1966, y 2357 (XXII), de 19 de diciembre de 1967.

Durante la presente fase oral del procedimiento consultivo, varias delegaciones de participantes se refirieron en numerosas ocasiones a esas resoluciones.

En su opinión, ¿cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de la formación del derecho internacional consuetudinario, con la significativa presencia de la *opinio iuris communis*, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en esas resoluciones de la Asamblea General?”³⁷.

Realisation of Human Rights: When Theory Meets Practice - Studies in Honour of L. Zwaak (eds. Y. Haeck y otros), Cambridge/Amberes/Portland, Intersentia, 2013, págs. 15 a 39.

³⁷ CIJ, documento CR 2018/25, de 5 de septiembre de 2018, pág. 58, párr. 26.

IX. Las respuestas de las delegaciones de participantes en la fase oral del procedimiento consultivo

1. Respuestas de las delegaciones

88. Las delegaciones de participantes que respondieron por escrito a mi pregunta³⁸ fueron las de la Argentina, Botswana, los Estados Unidos de América, Guatemala, Mauricio, Nicaragua, el Reino Unido, la Unión Africana y Vanuatu. La gran mayoría de las delegaciones de participantes (todas ellas de África, Asia y América Latina) pusieron de relieve la *opinio iuris communis* en relación con la considerable importancia del derecho fundamental a la libre determinación (a partir de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 1960) para el desarrollo progresivo del derecho internacional (convencional y consuetudinario), así como para su universalización y humanización. Solo una pequeña minoría de las delegaciones de participantes (a saber, el Reino Unido y los Estados Unidos de América) intentaron, en vano, poner en duda esa evolución y cuestionar la *opinio iuris communis*. A continuación, quisiera pasar a examinar sus respuestas escritas a mi pregunta.

89. Para empezar, *Mauricio* consideró que las obligaciones recogidas en las resoluciones de la Asamblea General constituyen derecho internacional consuetudinario, “con la significativa presencia de la *opinio iuris communis*, en 1960 y, por tanto, en 1965”. En particular, Mauricio observó que la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 1960, “cristalizó el derecho internacional consuetudinario en materia de descolonización y estableció obligaciones para ‘[t]odos los Estados’, entre ellos los Miembros de las Naciones Unidas y las Potencias administradoras”. En particular, Mauricio declaró que el texto de la resolución mencionada está redactado en términos de obligatoriedad y que “es un hecho reconocido que las obligaciones reflejan aquellas establecidas en virtud del derecho consuetudinario y poseen un carácter imperativo y *erga omnes*”. Además, recordó que dichas obligaciones se reafirman en las resoluciones posteriores de la Asamblea General.

90. Según Mauricio, las consecuencias jurídicas que se derivan del incumplimiento de las obligaciones establecidas en las resoluciones de la Asamblea General son las siguientes: a) la obligación del Reino Unido de poner fin de inmediato a su comportamiento internacionalmente ilícito (es decir, su administración colonial ilegal del archipiélago de Chagos) y de devolver el Territorio a Mauricio; b) la obligación del Reino Unido de dejar de menoscabar u obstaculizar el ejercicio de la soberanía de Mauricio sobre el archipiélago de Chagos y facilitar el reasentamiento de las personas de origen chagosiano; y c) la obligación de todos los demás Estados de no reconocer la legitimidad de la administración colonial existente, directa o indirectamente, y de no ayudar ni asistir al Reino Unido en su comportamiento internacionalmente ilícito.

91. La *Unión Africana* reiteró la postura que adoptó en su declaración oral: tras examinar la evolución del principio de libre determinación desde 1945 hasta la aprobación de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 1960, sostuvo que el derecho a la libre determinación pasó a existir en el marco del derecho internacional general en el momento de la aprobación de esa resolución sin precedentes. A su juicio,

³⁸ CIJ, respuestas escritas a la cuestión planteada por el Magistrado Cançado Trindade, en los documentos CHAG 2018/129 (de Mauricio), de 10 de septiembre de 2018, págs. 1 a 5; 2018/130 (de Guatemala), de 10 de septiembre de 2018, págs. 1 y 2; 2018/132 (de la Argentina), págs. 1 a 5; 2018/127 (de Nicaragua), de 10 de septiembre de 2018, págs. 1 a 3; 2018/126 (de Botswana y Vanuatu), de 10 de septiembre de 2018, págs. 1 a 4; 2018/131 (de los Estados Unidos de América), de 10 de septiembre de 2018, págs. 1 a 3; y 2018/128 (del Reino Unido), de 10 de septiembre de 2018, págs. 1 a 5.

la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 1960, cristalizó el derecho internacional consuetudinario en materia de descolonización y libre determinación.

92. La Unión Africana continuó explicando que las siguientes resoluciones aprobadas por la Asamblea General confirmaron la *opinio iuris communis* de los Estados. En concreto, en la resolución 2066 (XX) de la Asamblea General, de 1965, se reflejaron y confirmaron las prescripciones consagradas en la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 1960, y se subrayó que todo intento de perturbar parcialmente la unidad territorial de Mauricio sería contrario al derecho internacional.

93. La Unión Africana determinó cuatro consecuencias jurídicas derivadas de la formación del derecho internacional consuetudinario, a saber: a) la Potencia administradora está obligada a poner fin a su comportamiento ilícito y a toda acción u omisión contraria al principio de libre determinación y a la integridad territorial de Mauricio; b) todos los Estados deben abstenerse de reconocer la administración ilegal del archipiélago de Chagos y cualquier otra omisión relacionada con dicha administración ilegal; y c) todas las organizaciones internacionales deben velar por que sus miembros actúen de conformidad con las prescripciones consuetudinarias de las resoluciones antes mencionadas, encaminadas a poner fin al colonialismo y, de igual modo, garantizar la promoción de una integración regional pacífica. A continuación, señaló que las Naciones Unidas, por consiguiente, también tienen la obligación, en virtud del derecho internacional, de seguir avanzando en su mandato de descolonización de conformidad con las resoluciones de la Asamblea General.

94. En su respuesta conjunta, *Botswana* y *Vanuatu* señalaron que las resoluciones de la Asamblea General demuestran que el derecho a la libre determinación y la correspondiente obligación de respetarlo ya formaban parte del derecho internacional consuetudinario durante el período de aprobación de las resoluciones de la Asamblea General, entre 1960 y 1967. Sostuvieron que, habida cuenta de que el contenido de esas resoluciones de la Asamblea General tiene la condición de derecho consuetudinario, se imponen a la Potencia administradora las siguientes obligaciones: a) adoptar medidas inmediatas para transferir todos los poderes (sin condiciones) a los pueblos de los territorios que aún no han logrado la independencia, a fin de que puedan gozar de plena independencia y libertad; y b) no tomar ninguna medida que pudiese dividir el territorio administrado y violar su integridad territorial. Además, añadieron que todos los Estados tienen la obligación: a) de no reconocer una situación ilegal resultante de una violación del derecho a la libre determinación; b) de no prestar ayuda ni asistencia para el mantenimiento de la situación generada a raíz de dicha violación; y c) de velar por que se ponga fin a los obstáculos al ejercicio del derecho a la libre determinación.

95. Por su parte, la *Argentina* mantuvo la postura de que las obligaciones establecidas en las resoluciones de la Asamblea General 1514 (XV), de 1960, 2066 (XX), de 1965, 2232 (XXI), de 1966, y 2357 (XXII), de 1967, constituyen una expresión de la *opinio iuris communis* y son interpretaciones de las obligaciones derivadas del derecho internacional convencional y consuetudinario. La Argentina corroboró su posición poniendo de relieve las obligaciones jurídicas derivadas de cada una de las resoluciones de la Asamblea General. En cuanto a las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las resoluciones de la Asamblea General, observó que dichas consecuencias se derivaban de: a) el derecho internacional consuetudinario en materia de responsabilidad del Estado; b) la obligación de resolver las controversias internacionales por medios pacíficos; c) la práctica de las Naciones Unidas en la esfera de la descolonización; y d) las obligaciones correspondientes a las propias Naciones Unidas.

96. La Argentina continuó explicando que, en virtud del derecho en materia de responsabilidad del Estado, las obligaciones jurídicas correspondientes a las

Potencias administradoras eran las siguientes: a) poner fin a todo comportamiento ilícito y restablecer la integridad territorial de los pueblos afectados; b) permitir que los pueblos con derecho a la libre determinación ejerzan sus derechos; y c) conceder reparaciones adecuadas por su comportamiento ilícito. Todos los Estados tienen la obligación de no reconocer ninguna ayuda ni asistencia que pueda dar lugar al mantenimiento de la situación colonial.

97. Continuó señalando que la obligación de resolver las controversias internacionales por medios pacíficos exigía a la Potencia administradora negociar con el sujeto en cuestión (en este caso, Mauricio) el fin de la descolonización sin condiciones. La Argentina destacó que el deber de “poner fin rápidamente al colonialismo” (establecido en las resoluciones de la Asamblea General) refuerza la obligación de resolver las controversias de manera pacífica. A continuación, la Argentina pasó a abordar el contenido de las obligaciones relativas a la descolonización.

98. En su opinión, las facultades de las Naciones Unidas en la esfera de la descolonización abarcan las siguientes obligaciones: a) no adoptar medidas unilaterales que puedan afectar al proceso de descolonización; b) respetar las competencias de las Naciones Unidas en materia de descolonización; y c) velar por que su comportamiento se ajuste a las resoluciones aprobadas por la Asamblea General (y su Comisión Política Especial y de Descolonización) respecto de la manera de poner fin a la situación colonial, sin condiciones y sin demora. Por último, la Argentina declaró que las propias Naciones Unidas deben examinar qué medidas adicionales son necesarias para acabar con las situaciones ilegales resultantes del incumplimiento de los distintos deberes consagrados en la obligación general de poner fin, sin condiciones y sin demora, al colonialismo en todas sus formas y manifestaciones.

99. Por su parte, *Guatemala* observó que, en el momento de su aprobación, esas resoluciones de la Asamblea General constituían una “declaración de lo que estaba ocurriendo en la práctica a través del proceso de descolonización impulsado por la libre determinación que el mundo presenció a partir de la década de 1950”. De esta manera, Guatemala consideró que la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 1960, constituía una “resolución de codificación” y que las demás resoluciones de la Asamblea General (2066 (XX), 2232 (XXI) y 2357 (XXII)) eran suficientemente claras en cuanto a las obligaciones de los Estados en materia de descolonización, así como en relación con las posibles “infracciones” y el “nivel de cumplimiento” de las obligaciones relacionadas con la descolonización.

100. Por su parte, *Nicaragua*, refiriéndose también a esas resoluciones de la Asamblea General, sostuvo que los principios consagrados en ellas se enmarcan en el derecho internacional consuetudinario. Señaló, en particular, que el derecho a la libre determinación es una norma imperativa del derecho internacional que no admite acuerdo en contrario. A su juicio, las resoluciones de la Asamblea General reflejan la *opinio iuris* de los Estados, así como “la *opinio iuris* y la práctica de la Organización en materia de descolonización”.

101. El *Reino Unido* sostuvo que, por lo general, las resoluciones de la Asamblea General “no son vinculantes en virtud del derecho internacional y solo tienen carácter de recomendación”, y añadió que las actas de negociación y las explicaciones de voto para la aprobación de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 1960, revelaban la existencia de “opiniones divididas” en relación con el contenido de la resolución. Las preocupaciones que el propio Reino Unido expresó durante esas negociaciones y la abstención de las Potencias coloniales en el momento de la aprobación de esa resolución demostraron que, si bien la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 1960, “supuso una importante ‘etapa’ en el desarrollo del

derecho internacional en materia de libre determinación, [...] no reflejó la aceptación de los Estados de ninguna obligación consuetudinaria en ese momento”.

102. Además, el Reino Unido señaló que en la resolución 2066 (XX) de la Asamblea General, de 1965, que utilizaba un lenguaje no vinculante, no se le condenó ni se declaró que el Reino Unido actuase en violación del derecho internacional. En su opinión, las resoluciones de la Asamblea General 2232 (XXI), de 1966, y 2357 (XXII), de 1967, fueron “resoluciones generales” en las que la Asamblea General se mostró “profundamente preocupada”, si bien no crearon ninguna obligación jurídica vinculante para los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Luego, añadió que esas resoluciones de la Asamblea General reflejaban la evolución del derecho internacional consuetudinario, no el derecho internacional consuetudinario de la época.

103. Además, el Reino Unido observó que, aunque las resoluciones de la Asamblea General reflejasen determinadas obligaciones en virtud del derecho internacional consuetudinario entre 1960 y 1967, de ellas no se desprendería ninguna consecuencia jurídica, puesto que Mauricio había otorgado su consentimiento a la separación del archipiélago de Chagos. Por último, si las resoluciones de la Asamblea General fuesen efectivamente vinculantes, cualquier consecuencia jurídica derivada de ellas tendría que basarse, en su opinión, en el Acuerdo de 1965, tal como fue interpretado por el tribunal arbitral pertinente en su laudo de 18 de marzo de 2015³⁹.

104. Por su parte, los *Estados Unidos de América* sostuvieron que corresponde a la CIJ determinar si las resoluciones de la Asamblea General reflejaban obligaciones jurídicas internacionales. Añadió que, en su opinión, no existía ninguna *opinio iuris* en el momento de la aprobación de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 1960, ni tampoco hasta finales de la década de 1960, de manera que de las resoluciones de la Asamblea General no se derivaba ninguna obligación jurídica. En opinión de los Estados Unidos de América, durante el período pertinente no existía ninguna práctica amplia ni prácticamente uniforme de los Estados.

2. Observaciones sobre las respuestas

105. Tras presentar las respuestas escritas a mi cuestión (*supra*), Mauricio, la Unión Africana y los Estados Unidos de América realizaron observaciones escritas sobre las respuestas facilitadas a la Corte⁴⁰. En sus observaciones, *Mauricio* recordó que las obligaciones establecidas en las resoluciones de la Asamblea General 1514 (XV), de 1960, 2066 (XX), de 1965, 2232 (XXI), de 1966, y 2357 (XXII), de 1967, constituían derecho internacional consuetudinario. Mauricio comentó que el Reino Unido y los Estados Unidos de América se limitaban a repetir en sus respuestas los argumentos de que las resoluciones de la Asamblea General no reflejaban el derecho internacional consuetudinario vigente en el momento en que el archipiélago de Chagos se separó de Mauricio y que, por lo tanto, no eran jurídicamente vinculantes para la Potencia administradora ni para otros Estados, por lo que no podían dar lugar a consecuencias jurídicas. Además, Mauricio señaló que ni la Potencia administradora ni los Estados Unidos de América habían tratado de responder a las presentaciones de las delegaciones participantes de los distintos Estados y la Unión Africana⁴¹.

³⁹ Véase Corte Permanente de Arbitraje (CPA), *The Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius versus United Kingdom)*, laudo de 2015, La Haya, *PCA Award Series*, 2017, págs. 1 a 311.

⁴⁰ Véase CIJ, observaciones escritas sobre las respuestas de los participantes en la fase oral del procedimiento a la cuestión planteada por el Magistrado Cançado Trindade, documento CHAG 2018/149, de 14 de septiembre de 2018, págs. 1 a 13.

⁴¹ Véase *ibid.*, pág. 3.

106. Asimismo, Mauricio afirmó que la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 1960, reflejaba una norma del derecho internacional consuetudinario de 1960 por la cual se regía el proceso de descolonización en cualquier circunstancia y se confería a los pueblos de los territorios coloniales el derecho a la libre determinación, así como el derecho conexo a la integridad territorial. A continuación, observó que los Estados Unidos de América y el Reino Unido, en el momento de la aprobación de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 1960, y con posterioridad, formularon declaraciones en las que reconocieron la existencia del derecho a la libre determinación. En 2009, por ejemplo, el Reino Unido declaró ante la CIJ (en el marco de sus presentaciones en el procedimiento consultivo sobre la *Declaración de independencia de Kosovo*) que “[l]a resolución 1514 (XV) de la Asamblea General articulaba el principio de libre determinación como un derecho de todos los países y pueblos coloniales”⁴².

107. A continuación, Mauricio observó que las obligaciones jurídicas establecidas en la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 1960, se dirigen a “[t]odos los Estados” y se reafirmaron en resoluciones posteriores, en las que, en líneas generales, se condenó la división de los territorios no autónomos (entre ellos, Mauricio) por contravenir esas resoluciones y se dejó claro que el cumplimiento de esas resoluciones de la Asamblea General es obligatorio en virtud del derecho internacional. Mauricio destacó que el incumplimiento por parte del Reino Unido de las obligaciones establecidas en la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 1960, da lugar a consecuencias jurídicas para el Reino Unido y para todos los Estados⁴³; dichas consecuencias se han expuesto en las presentaciones escritas y orales, así como en la respuesta de Mauricio a la cuestión que planteé a las delegaciones participantes en la audiencia pública de la CIJ celebrada el 5 de septiembre de 2018 (*supra*).

108. Por su parte, la *Unión Africana* reafirmó su posición de que en el derecho internacional general ya existía el derecho a la libre determinación en el momento de la aprobación de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 1960, la cual “cristalizó el derecho internacional consuetudinario” al respecto⁴⁴. Posteriormente, la *opinio iuris communis* quedó confirmada con las resoluciones de la Asamblea General 2066 (XX), de 1965, 2232 (XXI), de 1966, y 2357 (XXII), de 1967, entre otras; además, añadió que en la resolución 2066 (XX) de la Asamblea General, de 1965, se recordaba que “todo intento de perturbar parcialmente la unidad territorial de Mauricio sería contrario al derecho internacional”⁴⁵.

109. A seguir, la *Unión Africana* expresó la opinión de que “la Potencia administradora tiene la obligación de poner fin a su comportamiento ilícito y a toda acción u omisión contraria al principio de libre determinación y a la integridad territorial de Mauricio”⁴⁶. La *Unión Africana* concluyó que la obligación de garantizar el cumplimiento del derecho internacional consuetudinario respecto del derecho a la libre determinación corresponde a todos los Estados, así como a todas las organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas y la *Unión Africana*, a fin de poner fin a la “administración ilegal del archipiélago de Chagos” y al colonialismo⁴⁷.

⁴² Referencia a la CIJ, declaración escrita del Reino Unido, de 17 de abril de 2009, párr. 5.21, pasaje citado en *ibid.*, págs. 4 y 5.

⁴³ Véase *ibid.*, págs. 5 y 6.

⁴⁴ Véase *ibid.*, pág. 8.

⁴⁵ Véase *ibid.*, pág. 8.

⁴⁶ Véase *ibid.*, pág. 9.

⁴⁷ Véase *ibid.*, pág. 9.

110. Por último, pero no por ello menos importante, los *Estados Unidos de América* comentaron que, en su opinión, no se habían presentado pruebas sobre la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario: en el momento en que se aprobó la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 1960, no existía una práctica uniforme de los Estados y, a pesar de las numerosas expresiones de apoyo a la descolonización (también por parte de los Estados Unidos de América y de otras Potencias administradoras), tampoco, a su juicio, había una *opinio iuris* uniforme. Añadieron que la supuesta inexistencia de una *opinio iuris* en relación con los aspectos clave de la libre determinación perduró durante la negociación acerca de la Declaración sobre los Principios referentes a las Relaciones de Amistad, que figura en la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 1970, en la que hubo abstenciones, lo cual refleja, a su juicio, la falta de consenso entre todos los Estados⁴⁸.

111. A continuación, los Estados Unidos de América expresaron la opinión de que las resoluciones de la Asamblea General no son jurídicamente vinculantes de por sí (salvo en algunas ocasiones concretas que no son aplicables en este caso), aunque se enuncien en términos imperativos. De esta manera, añadieron que las resoluciones de la Asamblea General no reflejaban el derecho internacional consuetudinario que supuestamente prohibía la creación del Territorio Británico del Océano Índico y también indicaron que, en su opinión, de dichas resoluciones no se derivaba ninguna consecuencia jurídica, de modo que no era necesario abordar las consecuencias jurídicas de ninguna violación de las obligaciones jurídicas⁴⁹.

3. Examen general

112. A mi juicio, las opiniones expresadas por las delegaciones participantes en sus respuestas a la cuestión que les planteé en la audiencia pública de la CIJ celebrada el 5 de septiembre de 2018 (y en sus observaciones al respecto) son necesarias y de suma importancia para comprender la cuestión y elaborar de manera adecuada la presente opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*. Dado que la CIJ no profundizó en dichas opiniones a tales efectos, me siento obligado a hacerlo y a evaluarlas en la presente opinión separada.

113. La CIJ ha preferido examinar, en la presente opinión consultiva (párrs. 48, 50 y 67), el laudo emitido el 19 de marzo de 2015 por un tribunal arbitral sobre el caso relativo a la *Zona marina protegida de Chagos (Mauricio c. Reino Unido)*⁵⁰, que fue mencionado por el Reino Unido en sus respuestas a mi pregunta (véase *supra*) y que, a mi juicio, reviste mucha menos relevancia en el marco de esta opinión consultiva que las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el derecho fundamental de los pueblos a la libre determinación, las cuales merecían mucha más atención por parte de la CIJ. En este sentido, hay que tener en cuenta que el caso que tenía ante sí el tribunal arbitral en cuestión se refería a la creación unilateral por parte del Reino Unido de una zona marina protegida alrededor de las islas Chagos, una cuestión que (y esto es algo que considero procedente mencionar) fue debidamente examinada por los Magistrados J. Kateka y R. Wolfrum en su opinión disidente y concurrente conjunta anexa al laudo del tribunal⁵¹.

⁴⁸ Véase *ibid.*, págs. 11 y 12.

⁴⁹ Véase *ibid.*, págs. 12 y 13.

⁵⁰ La Corte Permanente de Arbitraje (CPA) se constituyó en virtud del anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982. Para consultar el texto de su laudo de 19 de marzo de 2015 y la opinión disidente y concurrente conjunta de los Magistrados J. Kateka y R. Wolfrum, véase Corte Permanente de Arbitraje (*Award Series*), *The Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius versus United Kingdom)*, La Haya, CPA, 2015, págs. 24 a 311.

⁵¹ Los Magistrados no coincidieron con la conclusión del tribunal arbitral relativa a las dos primeras pretensiones de Mauricio y concordaron con las conclusiones del tribunal arbitral

114. Para esos dos Magistrados, la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio era una “cuestión fundamental” que debería haber examinado el tribunal arbitral sobre el fondo a fin de determinar si dicha separación era “contraria a los principios jurídicos de descolonización a los que se hace referencia en la resolución 1514 de la Asamblea General de las Naciones Unidas o contraria al principio de libre determinación” (párr. 70 y véase el párr. 67), tal como evolucionó entre 1945 y 1965, un período en el que más de 50 Estados obtuvieron la independencia en el marco del proceso de descolonización (párr. 71).

115. Tras recordar que en la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 1960, “se afirmaba con claridad” que la separación de una parte de una colonia (en el *cas d’espèce*, el archipiélago de Chagos) era “contraria al derecho internacional” (párr. 72), los Magistrados J. Kateka y R. Wolfrum llegaron a la conclusión de que el Reino Unido, al establecer la zona marina protegida en contravención de sus compromisos previos con Mauricio, estaba violando la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, lo cual “invalidaba jurídicamente” la zona marina protegida (párrs. 86 y 89). Además, los dos Magistrados señalaron las “inquietantes similitudes entre la creación del Territorio Británico del Océano Índico en 1965 y la proclamación de la zona marina protegida en 2010”, hechos que revelaron “una completa desconsideración” por los derechos de Mauricio y su integridad territorial, al poner el Reino Unido, como Potencia colonial, los “intereses de defensa británicos y norteamericanos” por encima de los “derechos de Mauricio, entre otras cosas mediante la prohibición total de pescar en la zona marina protegida” (párr. 91).

116. Para la presente opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, resulta mucho más importante la conclusión de que, en la gran mayoría de las respuestas a mi cuestión (y observaciones al respecto) presentadas por las delegaciones participantes, tal como se ha visto en el análisis anterior, la opinión prevalente era sin lugar a dudas la expresión de un firme apoyo al derecho fundamental a la libre determinación. Este también fue reconocido como parte del derecho internacional general o consuetudinario (sobre la responsabilidad del Estado).

117. Aquellas delegaciones participantes que, además de sus respuestas, presentaron observaciones sobre estas, desarrollaron en mayor medida sus respectivas posiciones prevalentes (*supra*), en pleno apoyo del derecho fundamental a la libre determinación. Además, en las posiciones adoptadas por las delegaciones de participantes, tanto en la fase escrita como en la oral del presente procedimiento consultivo, también prevaleció la opinión de que el derecho fundamental de los pueblos y las naciones a la libre determinación pertenece a la esfera del *ius cogens*, lo cual es un aspecto de gran importancia.

118. Asimismo, según esta opinión dominante, dicho derecho fundamental está consagrado en una norma imperativa (véanse, sobre el *ius cogens*, las partes X, XI y XII *infra*); las resoluciones pertinentes de la Asamblea General que la respaldan revelan la existencia de una *opinio iuris communis*, con deberes *erga omnes* (respecto del cumplimiento del derecho fundamental a la libre determinación). En mi opinión, no hay razón ni justificación para que la CIJ, en su presente opinión consultiva, no haya manifestado de manera expresa que el derecho fundamental de los pueblos a la libre determinación pertenece al ámbito del *ius cogens*.

119. Este es un aspecto que han planteado varias delegaciones participantes a lo largo del presente procedimiento consultivo y que la CIJ no ha tenido en cuenta en su propio razonamiento. Se trata de una cuestión que merece un examen detenido y

sobre sus pretensiones tercera y cuarta, aunque con ciertas discrepancias respecto del razonamiento de la mayoría.

que analizaré a continuación. Nunca debería haberse excluido del razonamiento de la presente opinión consultiva de la CIJ; no hay nada que justifique no haberla abordado. El derecho fundamental de los pueblos a la libre determinación pertenece efectivamente a la esfera del *ius cogens* y conlleva obligaciones *erga omnes*, con todas las consecuencias jurídicas que de ello se derivan.

X. El derecho fundamental a la libre determinación en el ámbito del *ius cogens*

1. Primeros actos de reconocimiento del *ius cogens*

120. La evolución que he analizado en las partes anteriores de la presente opinión separada anexa a esta opinión consultiva de la CIJ sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965* demuestra que el respeto del derecho a la libre determinación de los pueblos se ha cristalizado como un imperativo para las Naciones Unidas, de conformidad con el derecho internacional contemporáneo. La consolidación de las normas imperativas del *ius cogens*, con las correspondientes obligaciones *erga omnes* de protección, allanará necesariamente el camino para la creación de un verdadero orden público internacional basado en el respeto y la observancia de los derechos humanos.

121. En mi anterior opinión separada anexa a la opinión consultiva de la CIJ sobre la *Declaración de independencia de Kosovo* (de 22 de julio de 2010), tras tratar la tragedia humanitaria de la población local, dediqué una parte (XIV) al camino hacia “una concepción integral de la incidencia del *ius cogens*” (párrs. 212 a 217). En el presente procedimiento consultivo llevado a cabo ante la CIJ sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, nos encontramos una vez más ante una tragedia humanitaria, en esta ocasión una de larga data que afecta a los chagosianos, desplazados por la fuerza de su patria y abandonados a un intento de supervivencia en la pobreza intergeneracional, con todas sus consecuencias.

122. Así pues, en mi presente opinión separada, vuelvo a dedicar esta parte (X) al *ius cogens*, incluido el derecho fundamental a la libre determinación. Desde una perspectiva histórica, no debería pasar inadvertido que el derecho a la libre determinación, formulado en el artículo 1 de los dos Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de 1966 (parte III *supra*), pronto pasó a considerarse, en el mismo año de su aprobación⁵², “una norma imperativa de derecho internacional”, perteneciente al ámbito del *ius cogens*⁵³.

123. En relación con la creación jurisprudencial al respecto (véase *infra*), la Comisión de Derecho Internacional (CDI) también aportó su contribución sobre el asunto. En este sentido, a lo largo de los seis años anteriores a la aprobación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, la conceptualización del *ius cogens* fue analizada detenidamente y respaldada por los miembros de la CDI en el marco del derecho de los tratados⁵⁴. En varias ocasiones, desde principios de los

⁵² Véase I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 1ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1966, págs. 417 y 418; las violaciones del *ius cogens* constituirían *delicta iuris gentium* (*ibid.*, págs. 415 y 416).

⁵³ A. Rigo Sureda, *The Evolution of the Right to Self-Determination - A Study of United Nations Practice*, *op. cit. supra* en nota 6, pág. 353.

⁵⁴ Véanse Naciones Unidas, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* (1963), vol. I, págs. 62 a 84, 163, 201, 202, 264 a 270 y 308; Naciones Unidas, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* (1964), vol. II, págs. 179, 180, 185 y 186; Naciones Unidas, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* (1966), vol. II, págs. 238, 262, 263, 270 a 273, 285 a 292, 371, 372, 389 y 390; Naciones Unidas, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*

años sesenta, el *ius cogens* se vinculó directamente con el derecho a la libre determinación.

124. Por ejemplo, en los debates de la CDI de 1963, se sostuvo, entre otras cosas, que un tratado “impuesto a una antigua colonia que luego haya llegado a ser Estado independiente será ciertamente nulo por ilicitud”, porque infringe la norma de *ius cogens* de la autodeterminación⁵⁵. En el trabajo de la CDI de 1966 relativo al *ius cogens*, algunos de sus miembros subrayaron la importancia de los principios de la igualdad jurídica de los Estados y de la libre determinación de los pueblos en relación con los “tratados que violen los derechos humanos”⁵⁶; el *ius cogens* tiene efectos sobre los tratados que son incompatibles con él⁵⁷. En el trabajo de la CDI de 1968 relativo al *ius cogens*, algunos de sus miembros reiteraron que el derecho de los pueblos a la libre determinación “debía ser respetado”⁵⁸.

125. El hecho es que, incluso mucho antes de eso, ya en sus primeros años (poco después de su creación), las Naciones Unidas se habían comprometido con el logro de la libre determinación de los pueblos; pronto presentaron pruebas del carácter imperativo del derecho a la libre determinación⁵⁹, en las sucesivas resoluciones de la Asamblea General ya analizadas (véanse las partes II y III *supra*), así como en diferentes conferencias internacionales. Por lo tanto, ya un decenio y medio antes de la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 1993 (véase la parte VI *supra*), la Conferencia Mundial para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial de las Naciones Unidas, de 1978, se refirió a “los principios de no discriminación y libre determinación como normas imperativas de derecho internacional”⁶⁰.

126. En ese momento, en un estudio preparado en 1979-1980 por el Relator Especial de la antigua Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas (H. Gros Espiell), titulado *El derecho a la libre determinación. Aplicación de las resoluciones de las Naciones Unidas*, se destacó, desde el principio, “la excepcional importancia” de “la libre determinación de los pueblos en el mundo actual”, lo que llevó a su reconocimiento como una norma de *ius cogens*⁶¹. El Relator Especial recordó, a este respecto, las partes pertinentes de la labor de la CDI que dieron lugar a la redacción de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969⁶².

127. El orador señaló que el *ius cogens* encontró su lugar en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969; no se incluyeron de manera expresa ejemplos en ellos, a fin de dejar la cuestión del contenido del *ius cogens* abierta a la evolución. Por tanto, Gros Espiell añadió que “[h]oy nadie puede poner en duda que, frente a la realidad internacional actual”, la libre determinación posee “el carácter de *ius*

(1967), vol. II, págs. 394, 395, 408 y 414 a 416; y Naciones Unidas, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* (1968), vol. II, págs. 214, 215 y 225 a 227.

⁵⁵ Naciones Unidas, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* (1963), vol. I, pág. 163, párr. 56; y véase la pág. 269, párr. 37.

⁵⁶ Naciones Unidas, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* (1966), vol. II, pág. 271, núm. 3.

⁵⁷ *Ibid.*, pág. 372, y véase también la pág. 390.

⁵⁸ Naciones Unidas, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* (1968), vol. II, pág. 215.

⁵⁹ L. Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, 1988, págs. 191, 357, 358, 304, 381, 382 y 717.

⁶⁰ Resolución 33/99 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1978, parte III, párr. 9.

⁶¹ H. Gros Espiell (Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías), *El derecho a la libre determinación. Aplicación de las resoluciones de las Naciones Unidas*, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1 (1980), Nueva York, Naciones Unidas, 1980, pág. 11, párr. 70.

⁶² *Ibid.*, pág. 11, párr. 71.

*cogens*⁶³. Además, a juicio del Relator Especial, los principios fundamentales de la Carta de las Naciones Unidas, enunciados por la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 1970, incluido el de la libre determinación de los pueblos, constituyen manifestaciones de *ius cogens* “en el derecho internacional de hoy”⁶⁴.

128. Añadió que la mayor parte de la doctrina jurídica internacional apoya la idea de que el derecho a la libre determinación tiene carácter de *ius cogens*, como “una condición o requisito previo del ejercicio y efectividad de los derechos humanos”⁶⁵. El Relator Especial H. Gros Espiell concluyó que la existencia del *ius cogens* está basada *per se* en el derecho natural y que el derecho de los pueblos a la libre determinación es actualmente una de las manifestaciones del *ius cogens*⁶⁶.

2. Reafirmaciones del *ius cogens* en el presente procedimiento consultivo

129. A este respecto, en el transcurso del presente procedimiento consultivo sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, se ha señalado la cuestión a la atención de la CIJ en varias presentaciones escritas y orales de las delegaciones participantes, en apoyo del *ius cogens* (a saber, las de la Argentina⁶⁷, Belice⁶⁸, el Brasil⁶⁹, Chile⁷⁰, Chipre⁷¹, Cuba⁷², Djibouti⁷³, Kenya⁷⁴, Mauricio⁷⁵, Namibia⁷⁶, Nicaragua⁷⁷, Nigeria⁷⁸, Países Bajos⁷⁹, Serbia⁸⁰, Seychelles⁸¹, Sudáfrica⁸², la Unión Africana⁸³ y Zambia⁸⁴), o bien para señalar sus efectos *erga omnes* (a saber, las de Botswana⁸⁵, China⁸⁶, Guatemala⁸⁷, la

⁶³ *Ibid.*, págs. 11 y 12, párrs. 73 y 74.

⁶⁴ *Ibid.*, pág. 12, párr. 75.

⁶⁵ *Ibid.*, pág. 12, párr. 78.

⁶⁶ *Ibid.*, pág. 13, párrs. 84 y 85.

⁶⁷ Declaración escrita, párr. 48; observaciones, párrs. 19 a 30 y 50 a 54; alegaciones orales, CIJ, documento CR 2018/22, págs. 44 a 46, párrs. 21 a 28.

⁶⁸ Declaración escrita, párrs. 1.4, 2.1 a 2.22 y 3.1 a 3.13; alegaciones orales, CIJ, documento CR 2018/23, págs. 9 a 18, párrs. 7 a 48.

⁶⁹ Declaración escrita, párrs. 15 a 19 y 28 b); alegaciones orales, CIJ, documento CR 2018/23, págs. 42 a 45, párrs. 10 a 19.

⁷⁰ Declaración escrita, párrs. 6 y 7.

⁷¹ Observaciones, párrs. 1 c), 10 a 14 y 17 a 19; alegaciones orales, CIJ, documento CR 2018/23, págs. 47 y 48, párrs. 9 y 10).

⁷² Declaración escrita, pág. 1.

⁷³ Declaración escrita, párrs. 3, 22 y 27 a 33.

⁷⁴ Alegaciones orales, CIJ, documento CR 2018/25, pág. 25, párr. 11; págs. 26 a 30, párrs. 17 a 34; pág. 32, párr. 43; y pág. 33, párr. 46.

⁷⁵ Declaración escrita, párrs. 1.3 a 1.5, 1.41 ii), 5.31, 6.3 a 6.61 y 6.109; observaciones, párrs. 3.7 a 3.41 y 3.67; alegaciones orales, CIJ, documento CR 2018/20, págs. 45 a 47, párrs. 5 a 12, y pág. 82, párr. 27.

⁷⁶ Declaración escrita, pág. 3.

⁷⁷ Declaración, párrs. 6 a 9; observaciones, párrs. 4 a 9; alegaciones orales, CIJ, documento CR 2018/25, págs. 42 a 44, párrs. 38 a 47.

⁷⁸ Alegaciones orales, CIJ, documento CR 2018/25, pág. 53, párr. 11.

⁷⁹ Declaración escrita, párrs. 2.1 a 4.5.

⁸⁰ Declaración escrita, párrs. 29 a 31; alegaciones orales, CIJ, documento CR 2018/26, págs. 12 y 13, párrs. 33 a 40.

⁸¹ Observaciones, párr. 9.

⁸² Declaración escrita, párrs. 6, 18 y 60 a 64; alegaciones orales, CIJ, documento CR 2018/22, págs. 14 a 18, párrs. 23 a 39.

⁸³ Declaración escrita, párrs. 67 a 128; observaciones, párrs. 164 a 179; alegaciones orales, CIJ, documento CR 2018/27, págs. 24 a 26, párrs. 7 a 15.

⁸⁴ Alegaciones orales, CIJ, documento CR 2018/27, págs. 10 a 12, párrs. 4 y 7 a 12.

⁸⁵ Alegaciones orales, CIJ, documento CR 2018/23, págs. 31 a 34, párrs. 3 a 21.

⁸⁶ Declaración escrita, párrs. 5 a 13.

⁸⁷ Observaciones, párr. 9; alegaciones orales, CIJ, documento CR 2018/24, págs. 34 y 35, párrs. 23 a 27.

India⁸⁸ y Vanuatu⁸⁹). Quisiera proceder a examinar los argumentos que presentaron ante la Corte, en lo tocante al apoyo a la naturaleza de *ius cogens* del derecho fundamental a la libre determinación y a las obligaciones *erga omnes* conexas.

130. En su declaración escrita, *Mauricio* sostuvo que es bien sabido que el derecho fundamental a la libre determinación se enmarca en la categoría de las normas imperativas; a su entender, esto descarta el argumento del Reino Unido, ya que la naturaleza del derecho en cuestión es tal que ningún Estado puede pretender ser un supuesto “objeto persistente” a ella, con evidente desprecio por el compromiso con el estado de derecho internacional⁹⁰. Además, en su respuesta escrita a la pregunta que planteé a las delegaciones participantes (partes VIII y IX *supra*), *Mauricio* recordó los términos de obligatoriedad establecidos en las resoluciones de la Asamblea General sobre el tema, reconociendo el carácter imperativo del derecho fundamental en cuestión, con las consiguientes obligaciones en virtud del derecho consuetudinario dotado de carácter *erga omnes*⁹¹.

131. Por su parte, la *Unión Africana* también declaró que es indiscutible que el derecho de los pueblos a la libre determinación se considera como *ius cogens*. Añadió que el carácter *erga omnes* de las obligaciones dimanantes “entraña la correspondiente obligación por parte de todos los Estados y organizaciones internacionales de aplicar” el derecho fundamental a la libre determinación⁹². La pertinencia de este derecho en el ámbito del *ius cogens* también se señaló en las declaraciones escritas y las alegaciones orales de los Estados de América Latina.

132. Así, *Nicaragua* sostuvo, en sus alegaciones orales, que la obligación *erga omnes* de respetar el derecho a la libre determinación es tan imperiosa que no admite acuerdo en contrario. Añadió que el derecho en cuestión es tan fundamental que no puede limitarse mediante ningún tipo de “acuerdo” y que “ninguna Potencia colonial puede omitirlo”, en absoluto⁹³. Además, en su respuesta escrita a la pregunta que planteé a las delegaciones participantes (partes VIII y IX *supra*), *Nicaragua* destacó la importancia de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 1960, para la consolidación del derecho a la libre determinación de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el respeto conexo de la integridad territorial de los territorios coloniales, que también forman parte del derecho internacional consuetudinario. Reiteró que el derecho a la libre determinación es “una norma imperativa que no admite acuerdo en contrario”⁹⁴.

133. En su declaración escrita, *Cuba* expresó su preocupación por la violación del *ius cogens* respecto de la integridad territorial de *Mauricio*, “su derecho a ejercer su soberanía sobre el archipiélago de Chagos” y “el derecho al retorno al archipiélago de los ciudadanos mauricianos desplazados por la fuerza por el Reino Unido”⁹⁵. Por su parte, la *Argentina* destacó las obligaciones *erga omnes* relativas a “los derechos

⁸⁸ Declaración escrita, párrs. 28 a 35.

⁸⁹ Declaraciones orales, CIJ, documento CR 2018/26, págs. 39 y 40, párr. 16.

⁹⁰ CIJ, declaración escrita de *Mauricio*, pág. 92, párr. 3.44.

⁹¹ CIJ, documento CHAG 2018/129 (*Mauricio*), de 10 de septiembre de 2018, párr. 3.

⁹² CIJ, declaración escrita de la *Unión Africana*, párr. 69.

⁹³ Véanse las alegaciones orales de *Nicaragua*, en CIJ, documento CR 2018/25, de 5 de septiembre de 2018, pág. 44, párr. 47.

⁹⁴ CIJ, documento CHAG 2018/127, de 10 de septiembre de 2018, pág. 1.

⁹⁵ CIJ, declaración escrita de *Cuba*, págs. 1 y 2.

de los pueblos a la libre determinación”⁹⁶. *China*⁹⁷, *Guatemala*⁹⁸, *la India*⁹⁹, *Botswana*¹⁰⁰ y *Vanuatu*¹⁰¹ formularon la misma observación (efectos *erga omnes*).

134. En su declaración escrita, el *Brasil* destacó la importancia del cumplimiento de las obligaciones *erga omnes* en el contexto de la descolonización, a fin de garantizar el derecho de los pueblos a la libre determinación; esas obligaciones “se contraen para con todos los países y para con la comunidad internacional en conjunto”¹⁰². Añadió que el derecho a la libre determinación fue reconocido en sucesivas resoluciones de las Naciones Unidas, en declaraciones multilaterales y en las propias decisiones de la CIJ, lo que deja claro que la solicitud de la Asamblea General relativa a la presente opinión consultiva “trasciende el ámbito de cualquier relación bilateral”, ya que trata cuestiones que “atañen directamente a las Naciones Unidas” en su conjunto¹⁰³.

135. En su declaración escrita, *Belice* sostuvo que el derecho a la libre determinación en virtud del derecho internacional consuetudinario está reflejado en la Carta de las Naciones Unidas, en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la práctica de los Estados y en la jurisprudencia de la CIJ. Es una norma imperativa del derecho internacional, un derecho con efectos *erga omnes*, que no admite acuerdo en contrario. Belice recordó que la libre determinación empezó a expresarse como un derecho reconocido por la ley en los años cincuenta y que posteriormente se reafirmó en numerosas resoluciones de la Asamblea General concordantes; estaba enmarcada, por tanto, en el derecho internacional consuetudinario de 1965, cuando el Reino Unido separó el archipiélago de Chagos de Mauricio¹⁰⁴.

136. Belice añadió que se atribuyó sin demora una gran importancia a la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 1960, y, a principios de los años sesenta, el derecho a la libre determinación ya se reconoció como norma imperativa de derecho internacional. A este respecto, Belice recordó a continuación que, en los debates de 1963, algunos miembros de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas se refirieron al derecho a la libre determinación como una norma establecida de *ius cogens*¹⁰⁵.

137. En sus alegaciones orales, *Chipre* refutó el argumento de una supuesta controversia bilateral entre Mauricio y el Reino Unido, sosteniendo que las cuestiones relativas a la libre determinación en general, así como a la culminación legítima de un proceso de descolonización en particular, no se pueden definir correctamente en ningún caso como cuestiones puramente bilaterales entre una antigua Potencia colonial y una excolonia. Añadió que esto queda confirmado por “el carácter de *ius cogens* del derecho a la libre determinación” y “el carácter *erga omnes* de las obligaciones que genera”; se contraen las obligaciones correspondientes para con la

⁹⁶ CIJ, declaración escrita de la Argentina, párr. 49.

⁹⁷ CIJ, declaración escrita de China, párrs. 5 a 13.

⁹⁸ CIJ, comentarios de Guatemala, párr. 9; alegaciones orales de Guatemala, en CIJ, documento CR 2018/24, págs. 34 y 35, párrs. 23 a 27.

⁹⁹ CIJ, declaración escrita de la India, párrs. 28 a 35.

¹⁰⁰ Alegaciones orales de Botswana, en CIJ, documento CR 2018/23, págs. 31 a 34, párrs. 3 a 21.

¹⁰¹ Alegaciones orales de Vanuatu, en CIJ, documento CR 2018/26, pág. 20, párr. 10.

¹⁰² CIJ, declaración escrita del Brasil, pág. 5, párr. 12.

¹⁰³ *Ibid.*, pág. 5, párr. 12.

¹⁰⁴ CIJ, declaración escrita de Belice, pág. 5, párrs. 2.1 y 2.2.

¹⁰⁵ Belice hizo referencia además a la primera edición de *Principles of Public International Law* (1966), de I. Brownlie, donde se afirma que “ciertas partes del *ius cogens* son objeto de un acuerdo general, como [...] la libre determinación”; véase *ibid.*, pág. 11, párr. 2.15.

comunidad internacional en su conjunto, y todos los Estados tienen un interés jurídico en su correcta aplicación¹⁰⁶.

138. Según Chipre, el carácter de *ius cogens* del derecho a la libre determinación y el carácter *erga omnes* de las obligaciones que genera ponen de relieve dos aspectos, a saber: en primer lugar, precisamente porque la obligación de no participar en el colonialismo es una obligación para con la comunidad internacional en su conjunto, el consentimiento de uno o más Estados para la perpetuación del colonialismo por otro Estado no exime a este último de esa obligación; y, en segundo lugar, precisamente porque el colonialismo constituye una violación del derecho a la libre determinación, que es “una norma de *ius cogens*, todos los Estados tienen la obligación positiva de *no* reconocer como lícita ninguna situación que perpetúe el colonialismo”¹⁰⁷.

139. En sus alegaciones orales, Zambia también rechazó el argumento del Reino Unido acerca de la existencia en este caso de una supuesta controversia bilateral entre el Reino Unido y Mauricio con respecto a la soberanía sobre el Territorio, lo que hace que la emisión de una decisión no requiera el consentimiento del Reino Unido. En el texto de la primera pregunta que planteó la Asamblea General a la CIJ, se abordaron, de una forma bastante inequívoca, las obligaciones del derecho internacional en materia de descolonización. Según sostuvo Zambia, es un asunto que se enmarca de lleno en el ámbito de la competencia de la Asamblea General y, por lo tanto, no es, en absoluto, un mero asunto bilateral: en particular, la cuestión trata sobre la aplicación del derecho a la libre determinación, que, según ha afirmado la propia CIJ, da lugar a obligaciones *erga omnes*¹⁰⁸.

140. Al expresar su especial atención a la cuestión planteada ante la CIJ, Djibouti, en su declaración escrita, sostuvo que el derecho a la libre determinación es una norma *erga omnes* de interés para la comunidad internacional en su conjunto¹⁰⁹. El derecho de los pueblos a la libre determinación “tiene carácter *erga omnes*”, como reconoció la propia CIJ (por ejemplo, en la causa relativa a *Timor Oriental* (1995)), y, en consecuencia, no puede “considerarse únicamente como una cuestión bilateral”: se trata en realidad de una preocupación de la comunidad internacional en su conjunto, ya que expresa uno de los “principios esenciales del derecho internacional contemporáneo”¹¹⁰.

141. Djibouti añadió que la CIJ también reconoció este derecho en su opinión consultiva sobre la *Construcción de un muro* (2004), donde defendió (en el párr. 159) el “ejercicio por el pueblo palestino de su derecho a la libre determinación”. En resumen, ese derecho a la libre determinación “da lugar a una obligación para con la comunidad internacional en su conjunto de permitir y respetar su ejercicio”; por consiguiente, corresponde a todos los Estados y organizaciones internacionales actuar de conformidad con esa obligación¹¹¹.

142. Kenya entiende que el derecho de los pueblos a la libre determinación se encuentra en el ámbito del *ius cogens* y conlleva la correspondiente obligación *erga omnes*, para con la comunidad internacional en su conjunto por parte de todos los Estados, de aplicar ese derecho. De esta forma queda descartado el alegato de que se trataría en este caso de una controversia bilateral. La falta de respeto del derecho a la

¹⁰⁶ Alegaciones orales de Chipre, en: CIJ, documento CR 2018/23, de 4 de septiembre de 2018, págs. 49 y 50, párr. 4.

¹⁰⁷ *Ibid.*, pág. 53, párr. 9.

¹⁰⁸ Alegaciones orales de Zambia, en: CIJ, documento CR 2018/27, de 6 de septiembre de 2018, págs. 9 y 10, párr. 4.

¹⁰⁹ CIJ, declaración escrita de Djibouti, pág. 5, párr. 3.

¹¹⁰ *Ibid.*, págs. 11 y 12, párr. 22.

¹¹¹ *Ibid.*, pág. 23, párrs. 52 y 53.

libre determinación constituye una violación de la obligación debida a la comunidad internacional en su conjunto¹¹².

143. Por su parte, *Namibia* y *Seychelles*, pese a que no mencionaron expresamente el *ius cogens* o los efectos *erga omnes* con relación al derecho a la libre determinación, enunciaron, en su declaración escrita¹¹³ y sus observaciones escritas¹¹⁴, respectivamente, que, en el momento pertinente de mediados de los años sesenta (el momento de la escisión del archipiélago de Chagos), “el derecho a la libre determinación estaba firmemente establecido”. *Chile* defendió, en su declaración escrita, el carácter “normativo” del derecho de los pueblos a la libre determinación “firmemente establecido” desde la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales de las Naciones Unidas, que figura en la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 1960, seguida de la subsiguiente codificación del derecho a la libre determinación en los dos Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de 1966, lo que demuestra la medida en que se había consolidado dicho derecho¹¹⁵.

144. En su declaración escrita, los *Países Bajos* sostuvieron que la obligación de respetar y promover el derecho de los pueblos a la libre determinación en un contexto colonial, así como la obligación de abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive a esos pueblos de este derecho, es una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional¹¹⁶. Añadieron que en el proceso de descolonización se había hecho hincapié en el carácter fundamental del derecho a la libre determinación, que había sido reconocido de manera explícita por los Estados como una norma imperativa de derecho internacional¹¹⁷.

145. En sus alegaciones orales ante la CIJ, *Nigeria* afirmó que la libre determinación adquirió la condición de *erga omnes*. El ejercicio del derecho a la libre determinación por los chagosianos, a su entender, debe hacerse en el contexto del ejercicio del derecho en forma de libre determinación interna dentro de la soberanía de Mauricio, y claramente no en forma de ejercicio de libre determinación externa, lo que daría lugar a la desintegración de la integridad territorial y la soberanía de Mauricio¹¹⁸.

146. Por su parte, *Serbia* recordó que “las normas y los principios de descolonización” están consolidados en el derecho de las Naciones Unidas desde la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, de 1960, que figura en la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960. Serbia pidió encarecidamente la plena aplicación de la norma imperativa del derecho internacional consistente en que todo intento

¹¹² Alegaciones orales de Kenya, en: CIJ, documento CR 2018/25, pág. 25, párr. 11.

¹¹³ CIJ, declaración escrita de Namibia, pág. 3.

¹¹⁴ CIJ, observaciones escritas de Seychelles, párr. 9.

¹¹⁵ CIJ, declaración escrita de Chile, párrs. 6 y 7.

¹¹⁶ Los Países Bajos recordaron que, durante los debates que precedieron a la aprobación de la resolución 2625 de la Asamblea General, de 1970, los Estados describieron el derecho a la libre determinación como “fundamental” y “vinculante para todos los Estados” (documento A/AC.125/SR.41, Polonia), “una de las normas fundamentales del derecho internacional contemporáneo” (documento A/AC.125/SR.40, Yugoslavia), “uno de los principios más importantes” consagrados en la Carta de las Naciones Unidas (documento A/AC.125/SR.69, Japón), “un principio universalmente reconocido del derecho internacional contemporáneo” (documento A/AC.125/SR.70, Camerún) e “indispensable para la existencia de una comunidad de naciones” (documento A/AC.125/SR.68, Estados Unidos).

¹¹⁷ A saber: España, *Western Sahara case, ICJ Pleadings*, vol. I, págs. 206 a 208; Argelia, *Western Sahara case, ICJ Pleadings*, vol. IV, págs. 497 a 500; Marruecos, *Western Sahara case, ICJ Pleadings*, vol. V, 179 y 180; y Guinea-Bissau, *Case concerning the Arbitral Award of 31.07.1989*. Véase CIJ, declaración escrita de los Países Bajos, págs. 8 y 9, párr. 3.9.

¹¹⁸ Alegaciones orales de Nigeria, CIJ, documento CR 2018/25, pág. 53, párr. 11.

encaminado a “quebrantar total o parcialmente” la “integridad territorial de un país” es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas¹¹⁹.

147. En sus alegaciones orales, *Sudáfrica*, prestando atención a la jurisprudencia de la CIJ, hizo hincapié en el carácter más fundamental del derecho a la libre determinación, perteneciente al *ius cogens*, y las consiguientes obligaciones *erga omnes*¹²⁰, lo cual prohíbe toda violación de ese derecho; añadió que, por consiguiente, es necesario defender el estado de derecho y fortalecer un ordenamiento jurídico internacional basado en normas¹²¹. A continuación, Sudáfrica recordó las actuaciones del Reino Unido frente a Seychelles y frente a Mauricio y los chagosianos.

148. Señaló que, en el momento en que se creó el Territorio Británico del Océano Índico, las islas Aldabra, Desroches y Farquhar se separaron de manera similar de Seychelles y se colonizaron como parte del Territorio Británico del Océano Índico; no obstante, esas islas fueron legítimamente devueltas a Seychelles tras su independencia en 1976. Esto contrasta significativamente con lo que ocurrió en el caso de Mauricio y los chagosianos, con el alegato británico de la ubicación estratégica y el valor defensivo del archipiélago de Chagos¹²².

149. En opinión de Sudáfrica, esto dio lugar “al proceso continuado de la descolonización ilícita e incompleta de Mauricio, a la violación del derecho a la libre determinación del *ius cogens* y a las constantes violaciones de los derechos humanos”¹²³. Concluyó que el “derecho a la libre determinación del *ius cogens*” y la integridad territorial de una nación “no pueden pasarse por alto con el único objetivo de proteger los intereses defensivos y las ambiciones militares de otro país”¹²⁴.

150. Desde la perspectiva de Sudáfrica, la “violación de los derechos humanos con relación a la imposibilidad de concluir el proceso de descolonización de Mauricio” es de “carácter permanente”, y es esencial que las Naciones Unidas puedan “proteger a los pueblos vulnerables por causa del colonialismo”¹²⁵. Por último, a su entender, el archipiélago de Chagos debe ser devuelto sin demora a Mauricio¹²⁶. Según mi percepción, todas las reafirmaciones anteriores del *ius cogens* enunciadas en el transcurso del presente procedimiento consultivo son significativas, pero la Corte lamentablemente no ha abordado este importante aspecto en la presente opinión consultiva (véase *infra*).

XI. Críticas a las carencias en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en materia de *ius cogens*

151. Como se acaba de ver, las delegaciones participantes han prestado especial atención, en el transcurso del presente procedimiento consultivo, al *ius cogens*, junto con su incidencia en el derecho fundamental a la libre determinación (véase la parte X *supra*). Además, ya he señalado que la Carta de las Naciones Unidas, desde el principio, formula referencias expresas a la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos (Artículos 1 2) y 55) (parte IV *supra*), y que las Naciones Unidas se comprometieron rápidamente con la realización del derecho

¹¹⁹ CIJ, declaración escrita de Serbia, párrs. 29 a 39.

¹²⁰ Alegaciones orales de Sudáfrica, en: CIJ, documento CR 2018/22, de 4 de septiembre de 2018, págs. 14 y 15, párr. 25.

¹²¹ *Ibid.*, pág. 15, párr. 27.

¹²² *Ibid.*, pág. 16, párrs. 31 y 32.

¹²³ *Ibid.*, pág. 16, párr. 32.

¹²⁴ *Ibid.*, pág. 16, párr. 32.

¹²⁵ *Ibid.*, pág. 17, párr. 38.

¹²⁶ *Ibid.*, pág. 18, párr. 39.

fundamental a la libre determinación de los pueblos y contribuyeron a ella (parte II *supra*).

152. La evolución de la cuestión en el marco de la Carta de las Naciones Unidas dio lugar al reconocimiento del carácter de *ius cogens* de ese derecho: pronto “se consideró casi de manera unánime como parte de las normas imperativas de derecho internacional”, generando así “efectos *erga omnes*”¹²⁷. Habida cuenta de esto, me gustaría proceder ahora a un examen de la presencia del *ius cogens* en la jurisprudencia de la CIJ. En efecto, hubo ocasiones en que la CIJ reconoció expresamente, en términos bastante breves, el concepto del *ius cogens* (que abarca normas dotadas de un carácter imperativo), tal como se planteó en el transcurso del procedimiento, pero sin dar explicaciones ni ahondar en él.

153. Se pueden encontrar, por ejemplo, referencias breves al *ius cogens* en sus fallos en las causas relativas a la *Plataforma continental del mar del Norte* (de 20 de febrero de 1969, párr. 72), a *Nicaragua c. Estados Unidos de América* (de 27 de junio de 1986, párr. 190), a la *Orden de detención* (de 14 de febrero de 2002, párrs. 56 y 58) y a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* (de 3 de febrero de 2012, párrs. 92, 93 y 95 a 97), así como en sus opiniones consultivas sobre la *Amenaza o el empleo de armas nucleares* (de 8 de julio de 1996, párr. 83) y *Kosovo* (de 22 de julio de 2010, párr. 81). La CIJ fue más allá en la causa relativa a la *Obligación de juzgar o extraditar*, al afirmar, en su fallo (de 20 de julio de 2012), que “la prohibición de la tortura es parte del derecho internacional consuetudinario y ha pasado a ser una norma imperativa (*ius cogens*)” (párr. 99).

154. En la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo (nueva demanda: 2002) (República Democrática del Congo c. Rwanda)* (competencia y admisibilidad, fallo de 3 de febrero de 2006), la CIJ, al abordar la relación entre las normas imperativas (de *ius cogens*) y el establecimiento de su propia competencia, observa que el hecho de que una controversia se refiera al cumplimiento de una norma que tenga el carácter de *ius cogens*, “como es indudablemente el caso con respecto a la prohibición del genocidio, no puede por sí mismo constituir una base para la competencia de la Corte para conocer de dicha controversia. Con arreglo al Estatuto de la Corte, esa competencia se funda siempre en el consentimiento de las Partes” (párr. 64).

155. La CIJ reiteró su posición en sus fallos siguientes en las dos causas relativas a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (en relación con Bosnia, de 26 de febrero de 2007, párr. 161; y en relación con Croacia, de 3 de febrero de 2015, párr. 87). A mi juicio, la determinación del *ius cogens* tiene consecuencias jurídicas ineludibles que la CIJ ha pasado por alto en gran medida¹²⁸ en su jurisprudencia hasta la fecha. A mi entender, la CIJ no pueden seguir haciendo caso omiso de las consecuencias jurídicas del *ius cogens*, obsesionada con el consentimiento de los distintos Estados para el ejercicio de su propia competencia (véase la parte XVIII *infra*, párrs. 298 a 301).

156. De hecho, he venido dedicando especial atención a la incidencia del *ius cogens* junto con sus consecuencias jurídicas, por ejemplo en mi extensa opinión disidente (párrs. 318 a 320 y 536) en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)* (fallo de

¹²⁷ K. Doehring, “Self-Determination as *Jus Cogens*”, en: varios autores, *The Charter of the United Nations - A Commentary* (eds. B. Simma y otros), Oxford, Oxford University Press, 1994, págs. 70 y 71.

¹²⁸ Con la excepción del fallo de la Corte en la causa relativa a la *Obligación de juzgar o extraditar* (fondo, 2012).

3 de febrero de 2015)¹²⁹, donde advertí que la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, se centra en la protección de los grupos de personas en situación de vulnerabilidad, y no de los Estados, y, por tanto, debe interpretarse y aplicarse teniendo en cuenta las necesidades apremiantes en materia de protección de los miembros de esos grupos, y no las vulnerabilidades de los Estados (párrs. 517 a 524 y 542)¹³⁰.

157. Es posible remitirse a otros ejemplos, como mis tres extensas opiniones disidentes sobre los tres fallos de la CIJ (de 5 de octubre de 2016) que desestiman las causas relativas a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear (Islas Marshall c. Reino Unido, Islas Marshall c. India e Islas Marshall c. Pakistán)*, donde sostuve que las prohibiciones absolutas del *ius cogens* han llegado actualmente a abarcar la amenaza o el empleo de armas nucleares, “por todo el sufrimiento humano que conllevan: en el caso de su utilización, un sufrimiento sin limitaciones espaciales ni temporales que se extiende a sucesivas generaciones” (párrs. 186 y 187).

158. Por consiguiente, el *ius cogens* va más allá del derecho de los tratados, añadí, “y se extiende al derecho de la responsabilidad internacional del Estado y a todo el *corpus iuris* del derecho internacional contemporáneo, de modo que llega, en última instancia, a todo acto jurídico” (párr. 188). En este ámbito, a mi juicio, se necesita un enfoque centrado en las personas, con la prevalencia de la razón de humanidad sobre la razón de Estado, y es preciso seguir centrando la atención en “las consecuencias devastadoras y catastróficas del empleo de armas nucleares” (párr. 321). Continué afirmando que la *recta ratio* (según el pensamiento iusnaturalista), la conciencia jurídica universal, está por encima de la “voluntad” y las estrategias de cada Estado, lo que apunta hacia una

“concepción universalista del derecho de gentes (la *lex praeceptiva* para el *totus orbis*), aplicable a todos (tanto Estados como pueblos y personas), dada la unidad de la humanidad. El positivismo jurídico, centrado en el poder estatal y la ‘voluntad’, nunca ha sido capaz de desarrollar esa perspectiva universalista, tan esencial y necesaria para abordar las cuestiones que preocupan a la humanidad en su conjunto, como la obligación de desarme nuclear” (párr. 224).

159. Proseguí advirtiendo que, en el marco del proceso conducente al desarme nuclear, “el destino de los pueblos del mundo no puede quedar supeditado al consentimiento individual de los Estados” (párr. 321). Nos encontramos ante las prohibiciones absolutas de *ius cogens* “de la privación arbitraria de la vida humana, de la imposición de tratos crueles, inhumanos o degradantes y de la imposición de sufrimientos innecesarios”, lo que promueve el actual proceso histórico de humanización del derecho internacional (párr. 321).

160. La perspectiva positivista ignora indebidamente la *opinio iuris communis* relativa a la ilegalidad de todas las armas de destrucción en masa, incluidas las armas nucleares, así como la obligación de desarme nuclear, aspectos contemplados en el derecho internacional contemporáneo. A continuación, concluí que la existencia de armas nucleares es la “tragedia contemporánea de la era nuclear; hoy, más que nunca, los seres humanos necesitan protegerse de sí mismos. Las armas nucleares carecen de

¹²⁹ En: Magistrado A. A. Cançado Trindade. *The Construction of a Humanized International Law - A Collection of Individual Opinions*, vol. III (CIJ), Leiden, Brill/Nijhoff, 2017, págs. 158 y 231; y en: *Vers un nouveau jus gentium humanisé - Recueil des Opinions Individuelles du Juge A.A. Cançado Trindade*, Paris, L’Harmattan, 2018, págs. 744, 745 y 817.

¹³⁰ Para consultar un estudio, véase A. A. Cançado Trindade, *A Responsabilidade do Estado sob a Convenção contra o Genocídio: Em Defesa da Dignidade Humana*, Fortaleza (Brasil), IBDH/IIDH, 2015, págs. 9 a 265.

ética y esta no puede desvincularse del derecho, como nos enseñó el pensamiento iusnaturalista” (párr. 322)¹³¹.

161. He analizado considerablemente la cuestión del *ius cogens*, además, en mi opinión separada (párrs. 212 a 217) anexa a la opinión consultiva sobre la *Declaración de independencia de Kosovo* (de 2010); en mis dos opiniones disidentes (párrs. 124, 125 y 140 a 153; y párrs. 117 a 129, 214 a 220, 225, 288 a 299 y 316, respectivamente) en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* (providencia de 2010; y fallo de 2012); en mi opinión disidente (párrs. 180 y 195) en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (fallo de 2011); en mi opinión separada (párrs. 44 a 51, 82 a 94, 175 y 181) en la causa relativa a la *Obligación de juzgar o extraditar* (fallo de 2012); y en mis dos opiniones separadas (párr. 165; y párr. 95) en la causa *A. S. Diallo* (fallos de 2010 y 2012)¹³².

162. En mis dos opiniones separadas en la causa *A. S. Diallo*, abordé, en el examen del fondo (2010), la relación del *ius cogens* con la asistencia consular y los derechos humanos (párr. 165) y, en la etapa de reparaciones (2012), la relación entre el *ius cogens* y la realización de la justicia misma (párr. 95). No tengo la intención de reiterar aquí, en la presente opinión separada de la opinión consultiva de la CIJ sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, todo lo que he desarrollado sobre esta cuestión en mis anteriores opiniones individuales en la jurisprudencia de la CIJ. Considero que basta con hacer referencia a ellas en este caso. A lo largo de un decenio aquí, en la CIJ, he venido prestando una atención considerable a la importancia y la ampliación del contenido material del *ius cogens* en el derecho de gentes contemporáneo, según se recoge en mis sucesivas opiniones individuales, mencionadas anteriormente.

163. Así pues, me siento obligado a expresar en esta ocasión mi opinión crítica acerca de que la jurisprudencia de la CIJ respecto al asunto ha resultado renuente y demasiado lenta; la CIJ podía y debía haber desarrollado mucho más sus consideraciones sobre las consecuencias jurídicas de una violación del *ius cogens*, en particular cuando se enfrenta, como ahora en la presente opinión consultiva, y en sucesivos casos en los últimos años, a situaciones de violaciones graves de los derechos de los seres humanos y los pueblos.

164. Se trata de una cuestión de suma importancia que se ha venido señalando a la atención de la Corte desde hace mucho tiempo. Por ejemplo, a principios de los años setenta, en el transcurso de los procedimientos consultivos ante la CIJ respecto a *Namibia* (1970-1971), un par de delegaciones participantes abordaron debidamente el *ius cogens*. En esa ocasión, mientras que Hungría destacó los derechos relativos a

¹³¹ Véanse también los párrs. 168, 189 y 223 a 225. La numeración de estos párrafos es la que figura en mi opinión disidente en la causa *Islas Marshall c. Reino Unido*; en mis otras dos opiniones disidentes en las causas *Islas Marshall c. India* e *Islas Marshall c. Pakistán*, figuran los mismos párrafos con una numeración diferente. Mis tres opiniones disidentes figuran en: Magistrado A. A. Cançado Trindade, *The Construction of a Humanized International Law - A Collection of Individual Opinions*, vol. III (CIJ), Leiden, Brill/Nijhoff, 2017, págs. 364 a 489, 236 a 363 y 490 a 612, respectivamente; y en *Vers un nouveau jus gentium humanisé - Recueil des Opinions Individuelles du Juge A.A. Cançado Trindade*, París, L'Harmattan, 2018, págs. 906 a 1030.

¹³² En: Magistrado A. A. Cançado Trindade, *The Construction of a Humanized International Law - A Collection of Individual Opinions*, vol. II (CIJ), Leiden, Brill/Nijhoff, 2014, págs. 1121 a 1123; págs. 1253, 1258 y 1259; págs. 1347, 1348 y 1354 a 1361; págs. 1446 a 1448, 1483 a 1485, 1487, 1513 a 1517 y 1522; págs. 1542 a 1546, 1556 a 1562, 1597 y 1599; págs. 1710 y 1783, respectivamente; y en: *Vers un nouveau jus gentium humanisé - Recueil des Opinions Individuelles du Juge A.A. Cançado Trindade*, París, L'Harmattan, 2018, págs. 393 y 394; págs. 279, 280 y 286 a 292; págs. 500 a 505, 536 a 538, 540, 566 a 570 y 574; págs. 128, 129 y 134; y pág. 613, respectivamente.

las obligaciones *erga omnes*¹³³, el Pakistán hizo referencia a la resolución 2145 (XXI) de la Asamblea General, de 1966, como “la expresión de la comunidad mundial respecto al más fundamental de todos los derechos de un pueblo, es decir, el derecho a la libre determinación”, reconocido ampliamente como un derecho de *ius cogens*, como demostró su incorporación al artículo 1 1) de los dos Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos¹³⁴.

165. Posteriormente, en el procedimiento consultivo antes la CIJ en relación con el *Sáhara Occidental* (1975), de la misma manera, España hizo referencia al derecho de los pueblos a la libre determinación como una norma de *ius cogens*, en el sentido de una norma imperativa de derecho internacional general reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto; España también calificó la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 1960, como la “Carta Magna de la Descolonización”¹³⁵.

166. Por su parte, Argelia afirmó también el carácter de *ius cogens* del derecho de los pueblos a la libre determinación; añadió que el *ius cogens* se convirtió en una “norma originaria” del derecho internacional contemporáneo, “de donde deriva la construcción de toda la estructura de la comunidad internacional actual”, y que, sobre la base del derecho de los pueblos a la libre determinación, la comunidad internacional “ciertamente se ha ampliado y enriquecido considerablemente”¹³⁶. Además, Argelia subrayó que el derecho a la libre determinación, “denominador común que engloba, por tanto, la descolonización, constituye la norma superior relevante del *ius cogens*”¹³⁷.

167. Como se puede observar, se ha venido llamando la atención de la CIJ sobre esta cuestión durante mucho tiempo, casi medio siglo, y la Corte podía y debía haber desarrollado mucho más su creación jurisprudencial al respecto. Por otra parte, se han definido violaciones del *ius cogens* en la doctrina especializada en distintos contextos, por ejemplo, el reconocimiento de que las violaciones graves del derecho a la libre determinación “constituyen un crimen internacional”¹³⁸.

168. En cuanto a la presente opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, lo que me resulta más lamentable es que la CIJ ni siquiera haya mencionado la cuestión, sumamente importante, del carácter de *ius cogens* del derecho fundamental a la libre determinación y sus consecuencias jurídicas, ampliamente abordada por las delegaciones participantes, en varias de sus presentaciones orales y escritas (en apoyo

¹³³ CIJ, declaración escrita de Hungría, de 16 de noviembre de 1970, en: *ICJ Pleadings, Oral Arguments, Documents*, opinión consultiva sobre *Namibia*, vol. I, págs. 359 y 360.

¹³⁴ CIJ, declaración escrita del Pakistán, de 15 de febrero de 1971, en: *ICJ Pleadings, Oral Arguments, Documents*, opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia*, vol. II, págs. 141 y 142; el Pakistán también hizo referencia a la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 1970, donde figura la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

¹³⁵ CIJ, declaración oral de España, de 26 de marzo de 1975, en: *ICJ Pleadings, Oral Arguments, Documents*, opinión consultiva sobre el *Sáhara Occidental*, vol. I, págs. 206 y 207.

¹³⁶ CIJ, declaración oral de Argelia, de 15 de julio de 1975, en: *ICJ Pleadings, Oral Arguments, Documents*, opinión consultiva sobre el *Sáhara Occidental*, vol. IV, pág. 493.

¹³⁷ CIJ, declaración oral de Argelia, de 29 de julio de 1975, en: *ICJ Pleadings, Oral Arguments, Documents*, opinión consultiva del *Sáhara Occidental*, vol. V, pág. 320; y véase la pág. 319.

¹³⁸ A. Cassese, “Remarks on the Present Legal Regulation of Crimes of States”, en: *International Crimes of States* (eds. J. H. H. Weiler, A. Cassese y M. Spinedi), Berlín, W. de Gruyter, 1989, pág. 203; y véanse las págs. 201 y 202; el *apartheid*, por ejemplo, “se consideró un crimen de Estado” (*ibid.*, pág. 202).

del *ius cogens*) en el transcurso del presente procedimiento consultivo, como ya he señalado (véase la parte X *supra*).

169. La Corte, por razones que escapan a mi comprensión, ante una cuestión tan importante como es la presente solicitud de su opinión consultiva formulada por la Asamblea General, ni siquiera ha mencionado el *ius cogens*, limitándose a referirse *in passim* (párr. 180) al “respeto del derecho a la libre determinación” como “una obligación *erga omnes*”. En mi opinión, esta referencia no tiene mucho sentido, ya que resulta totalmente incompleta. Parece como si la Corte siguiese (en 2019) obsesionada con la causa relativa a *Barcelona Traction* de 1970 (donde se contemplaron únicamente obligaciones *erga omnes*, sin *ius cogens*), así como por la injusticia de la causa relativa a *Timor Oriental* (a su pueblo) de 1995, como consecuencia de su perspectiva estrictamente interestatal.

XII. La opinio *iuris communis* y el *ius cogens*: conciencia por encima de “voluntad”

170. Hoy en día, el *ius cogens* está definitivamente ligado a la realización de la justicia misma. Es posible referirse a otros contextos fácticos analizados, por ejemplo en mis últimos estudios sobre la resolución internacional de causas relativas a masacres¹³⁹. En este difícil contexto, abordé, por ejemplo en mi opinión disidente en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* (fallo de la CIJ de 2012), la violación del *ius cogens* en relación con la configuración de los crímenes de Estado, por ejemplo en casos de una política de Estado criminal (párrs. 207 a 213), de violaciones a gran escala de los derechos humanos (párrs. 214 a 217 y 231) y de impunidad (párrs. 294, 305 y 306)¹⁴⁰.

1. *Ius cogens*: la existencia de opinio *iuris communis*

171. Existe una *opinio iuris communis* sobre el derecho fundamental a la libre determinación en el ámbito del *ius cogens* por parte de los propios Estados que han participado en el presente procedimiento consultivo, como he tratado de demostrar en la presente opinión separada (parte X *supra*). Así pues, en mi opinión, ha llegado el momento, con más razón, de que la CIJ inicie una creación jurisprudencial más integral en materia de *ius cogens*, sin deficiencias, que englobe las consecuencias jurídicas de su incumplimiento. A mi entender, la invocación del “consentimiento” de los distintos Estados no puede privar al *ius cogens* de todos sus efectos jurídicos, ni de las consecuencias jurídicas de su violación. Esto se aplica con respecto a distintas situaciones, incluido el derecho de los pueblos a la libre determinación.

172. He venido señalando esta cuestión en mi labor durante muchos años. Hace tres decenios, por ejemplo, en mi intervención en la Conferencia de las Naciones Unidas (en los debates celebrados en Viena el 12 de marzo de 1986 acerca del concepto de *ius cogens*), que culminó con la adopción de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o

¹³⁹ Véanse, por ejemplo, A. A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice*, Utrecht, Universiteit Utrecht, 2011, págs. 1 a 71; A.A. Cançado Trindade, *La reponsabilidad del Estado en casos de masacres - Dificultades y avances contemporáneos en la justicia internacional*, México, edit. Porrúa/Escuela Libre de Derecho, 2018, págs. 1 a 104.

¹⁴⁰ En: Magistrado A. A. Cançado Trindade. *The Construction of a Humanized International Law - A Collection of Individual Opinions*, vol. II (CIJ), *op. cit. supra* en nota 132, págs. 1481 a 1484, 1489, 1515 y 1519; y en: *Vers un nouveau jus gentium humanisé - Recueil des Opinions Individuelles du Juge A.A. Cançado Trindade*, París, L’Harmattan, 2018, págs. 534 a 537, 542, 568 y 572.

entre Organizaciones Internacionales (1986), consideré conveniente advertir de la manifiesta incompatibilidad con el concepto de *ius cogens* de la concepción voluntarista del derecho internacional¹⁴¹, que resultó incapaz de explicar ni siquiera la formación de las normas del derecho internacional general y la incidencia en el proceso de formación y evolución del derecho internacional contemporáneo de elementos independientes de la “libre voluntad” de los Estados¹⁴². Con la ratificación del *ius cogens* en las dos Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969 y 1986), el paso siguiente consistió en determinar su incidencia más allá del derecho de los tratados¹⁴³.

173. En el período comprendido entre 1994 y 2008, como Magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, me dediqué enteramente a la ampliación jurisprudencial del contenido material del *ius cogens*¹⁴⁴. Por aquel entonces, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, seguida del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, pasó a ser el tribunal internacional contemporáneo que más contribuyó a la evolución del concepto de *ius cogens*, en el fiel ejercicio de sus funciones de protección de los seres humanos, tan necesarias en situaciones donde prevalece la adversidad o vulnerabilidad más absolutas.

174. Como señalé hace un decenio, la evolución del derecho internacional contemporáneo no procede de la inescrutable “voluntad” de los Estados, sino de la conciencia humana. El derecho internacional general o consuetudinario dimana no tanto de la práctica de los Estados (que no está desprovista de ambigüedades ni contradicciones), sino más bien de la *opinio iuris communis* de todos los sujetos de derecho internacional (los Estados, las organizaciones internacionales, los seres humanos, los pueblos y la humanidad en su conjunto)¹⁴⁵.

2. **Recta ratio: el *ius cogens* y la primacía de la conciencia sobre la “voluntad”**

175. Por encima de la “voluntad” se encuentra la conciencia humana, la conciencia jurídica universal. El hecho de que, a pesar de todo el sufrimiento de las generaciones pasadas, persistan en nuestros días nuevas formas de sufrimiento impuestas a los seres humanos, las cuales se reflejan en nuevas situaciones crónicas y cada vez mayores de pobreza, desplazamientos forzados, desarraigo, exclusión social o marginación (por ejemplo, entre otros, los chagosianos desplazados por la fuerza, véase *infra*), no significa que no exista un derecho destinado a impedirlos o evitarlos (y proporcionar reparación): más bien, significa que se sigue violando dicho derecho de un modo flagrante en detrimento de millones de seres humanos¹⁴⁶ en todo el mundo.

176. El actual proceso histórico de *humanización* del derecho internacional constituye una reacción a esa injusticia. Tiene presente la universalidad y la unidad de la humanidad, que inspiraron, hace más de cuatro siglos y medio, el proceso

¹⁴¹ Véase Naciones Unidas, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales* (Viena, 1986), *Documentos Oficiales*, vol. I, Nueva York, Naciones Unidas, 1995, págs. 196 y 197 (intervención del Jefe Adjunto de la Delegación de Brasil, A. A. Cançado Trindade).

¹⁴² A. A. Cançado Trindade, “The Voluntarist Conception of International Law: A Re-Assessment”, *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, Ginebra (1981), vol. 59, págs. 201 a 240.

¹⁴³ A. A. Cançado Trindade, “*Jus Cogens*: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case-Law”, en XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano, 2008, Washington D. C., Secretaría General de la OEA, 2009, pág. 9.

¹⁴⁴ Véase *ibid.*, págs. 14 a 26 y véanse las págs. 11 a 13.

¹⁴⁵ *Ibid.*, pág. 6.

¹⁴⁶ *Ibid.*, pág. 6.

histórico de formación del derecho de gentes. De hecho, ya en el siglo XVI, los “padres fundadores” del derecho internacional llamaron la atención sobre el principio de igualdad y no discriminación: con relación a la *igualdad de los seres humanos*, Francisco de Vitoria y Bartolomé de las Casas fueron pioneros en la lucha contra la opresión¹⁴⁷, y sus sabias lecciones siguieron calando en la conciencia de los seres humanos a lo largo de los siglos hasta el día de hoy.

177. Según su visión, el cumplimiento de las normas del derecho de gentes emergente, en su universalidad, estaba por encima de la soberanía del Estado. Tuvieron en cuenta a los Estados, los pueblos y las personas (para quienes el principio de igualdad era fundamental) como sujetos del derecho de gentes¹⁴⁸. La visión del ser humano como sujeto de derecho internacional continuó a lo largo de los siglos siguientes¹⁴⁹. Como señalé en una reciente evaluación del legado de las lecciones de F. Vitoria,

“[e]l derecho de gentes se aplica por tanto a todas las personas, independientemente de si lo aceptan o no; está por *encima* de la voluntad. Existe una obligación de *reparar* sus violaciones, establecida por el derecho para cubrir una necesidad de la propia comunidad internacional, con la aplicación de los mismos principios de justicia tanto para los Estados como para los pueblos y las personas que forman parte de ellos”¹⁵⁰.

178. Para F. Vitoria, en la universalidad del derecho de gentes, en la línea de pensamiento del derecho natural, la *solidaridad* humana tuvo una marcada presencia. En la obra principal de su legado, *Relecciones - De Indis* (1538-1539), F. Vitoria, preocupado por el deber de conciencia, por la razón de humanidad (en lugar de la razón de Estado), hizo referencia al bien común¹⁵¹ y a la reparación de los daños (*restitutio*)¹⁵². El renovado *ius gentium* no podía derivar de la “voluntad” de los Estados, ya que era una *lex praeceptiva* (propia del derecho natural) con una *recta ratio* inherente a la humanidad. Según la visión de F. Vitoria, el *ius gentium* se aplicaba a todos los Estados, los pueblos y los seres humanos (incluso sin su consentimiento) y la *societas gentium* era una manifestación de la unidad de la humanidad. Por consiguiente, se allanó el camino para la concepción de un verdadero *ius necessarium* más allá de las limitaciones del *ius voluntarium*¹⁵³.

179. En la búsqueda del bien común y en consonancia con el pensamiento iusnaturalista, F. Vitoria sostuvo que el *corpus iuris* es consecuencia de la *recta ratio*¹⁵⁴, y no de la “voluntad” de los Estados. De ahí la importancia que se atribuye a

¹⁴⁷ Como señalé, por ejemplo, en mis opiniones separadas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “Niños de la calle” (*Villagrán Morales y otros*, sentencia, 1999) y *Comunidad indígena Sawhoyamaya* (2006).

¹⁴⁸ Véase J. Brown-Scott, *The Spanish Origin of International Law - Francisco de Vitoria and His Law of Nations*, Oxford/Londres, Clarendon Press/H. Milford, 1934, págs. 140, 163, 282 y 283.

¹⁴⁹ Véase A. A. Cançado Trindade, *Évolution du droit international au droit des gens - L'accès des individus à la justice internationale: Le regard d'un juge*, París, Pédone, 2008, págs. 7 a 184; A. A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, págs. 1 a 212.

¹⁵⁰ A. A. Cançado Trindade, “Prefácio: A Visão Universalista e Humanista do Direito das Gentes: Sentido e Atualidade da Obra de Francisco de Vitoria”, en: *Francisco de Vitoria, Relecciones - Sobre os Índios e sobre o Poder Civil*, Brasilia, edit. Universidad de Brasilia y FUNAG, 2016, págs. 39 y 40, y véanse las págs. 37, 43 y 44.

¹⁵¹ F. Vitoria, *Relección segunda - De los indios* (1538-1539), en *Obras de Francisco de Vitoria - Relecciones teológicas* (ed. T. Urdanoz), Madrid, BAC, 1955, págs. 824, 825 y 827.

¹⁵² *Ibid.*, págs. 845, 854 y 855.

¹⁵³ P. Guggenheim, “Contribution à l'histoire des sources du droit des gens”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1958), vol. 94, págs. 21 a 23, 25, 140 y 170.

¹⁵⁴ F. de Vitoria, *La ley (De Lege - Commentarium in Primam Secundae)*, Madrid, Tecnos, 1995, págs. 5, 23 y 77; y véanse J. Moreau-Reibel, “Le droit de société interhumaine et le jus

los principios generales fundamentales del derecho y a los derechos y deberes de todos *inter se*¹⁵⁵, muy por encima de la soberanía de los Estados¹⁵⁶. El apoyo de los “padres fundadores” del derecho internacional a la citada obligación de reparación de los daños causados a las víctimas estaba relacionado también con su denuncia de la violencia extrema y despiadada de la colonización.

180. Por su parte, Bartolomé de las Casas formuló la crítica más enérgica del colonialismo, ya que lo descartó como algo totalmente ilegítimo, hizo un llamamiento a la obligación de reparación a los pueblos indígenas e insistió en dicho llamamiento. Denunció de un modo especialmente conmovedor, tanto en su *Brevísima relación de la destrucción de las Indias* (1542) como en los debates subsiguientes de la “Junta de Valladolid” (1550-1551)¹⁵⁷, el tema de los daños graves infligidos a las poblaciones nativas; en su opinión, los bárbaros no eran dichos nativos, sino los colonizadores que les causaban tales daños¹⁵⁸.

181. B. de las Casas denunció la situación de extrema adversidad impuesta por los colonizadores a los habitantes nativos, que los privaron de sus derechos¹⁵⁹. Añadió que este era un grave incumplimiento del derecho de gentes dimanante de la *recta ratio* en el *ius naturale*, común a todas las naciones¹⁶⁰. Prosiguió diciendo que el *ius gentium* se denominaba así porque era común a todas las naciones y todas estas debían cumplirlo en la búsqueda del bien común¹⁶¹. Insistió en que el *ius naturale* no podía de ninguna manera pasarse por alto y en que debían respetarse los derechos humanos de los pueblos, evitando así toda forma de violencia, incluidos los desplazamientos forzados¹⁶².

gentium - Essai sur les origines et le développement des notions jusqu'à Grotius”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (1950), vol. 77, págs. 489 a 492, 495, 496, 503, 514, 515, 566, 572 y 582; A. A. Cançado Trindade, *A Recta Ratio nos Fundamentos do Jus Gentium como Direito Internacional da Humanidade*, Río de Janeiro/Belo Horizonte, Academia Brasileira de Letras Jurídicas/edit. Del Rey, 2005, págs. 21 a 61.

¹⁵⁵ J. Brown Scott, *The Spanish Origin of International Law - Francisco de Vitoria and His Law of Nations*, Oxford/Londres, Clarendon Press/H. Milford - Carnegie Endowment for International Peace, 1934, págs. 282, 283, 140, 150, 163 a 165, 170 y 172; J. Brown Scott, *The Spanish Origin of International Law - Lectures on Francisco de Vitoria (1480-1546) and Francisco Suárez (1548-1617)*, Washington D. C., Universidad de Georgetown, 1928, págs. 15, 20 y 21.

¹⁵⁶ A. M. Palamidessi, *Alle Origini del Diritto Internazionale - Il Contributo di Vitoria e Suárez alla Moderna Dottrina Internazionalistica*, Roma, edit. Aracne, 2010, págs. 52, 53, 66, 69, 83, 169 y 176.

¹⁵⁷ Durante esos debates, B. de las Casas criticó la contradictoria disculpa realizada por su oponente (J. G. Sepúlveda) del colonialismo (religioso), y, posicionándose en contra de esto, promovió la verdadera y auténtica postura humanista de la igualdad y la preservación de todas las culturas (incluidos los pueblos indígenas remotos); véase A. Bidar, *Histoire de l'humanisme en Occident*, París, A. Colin, 2014, págs. 202 y 203.

¹⁵⁸ Véase B. de las Casas, *Brevísima relación de la destrucción de las Indias* (1542), Alicante, publ. Universidad de Alicante, 2009, págs. 91, 92, 116 y 117; B. de las Casas, *Brevísima relación de la destrucción de las Indias* (1552), Barcelona, Ediciones 29, 2004 (reed.), págs. 14, 17, 23, 27, 31, 45, 50, 72, 73, 87, 89 y 90; B. de las Casas, *Brevísima relación de la destrucción de las Indias* (1552), Barcelona, ed. Galaxia Gutenberg/Universidad de Alicante, 2009, págs. 91, 92, 116 y 117; L. Mora-Rodríguez, *Bartolomé de Las Casas - Conquête, domination, souveraineté*, París, Presses Universitaires de France (PUF), 2012, págs. 19, 25, 114, 149, 156, 160, 228, 229, 231 a 235 y 239 a 241; B. Lavallé, *Bartolomé de Las Casas - Entre la espada y la cruz*, Barcelona, edit. Ariel, 2009, págs. 63, 65 y 220.

¹⁵⁹ Véase *Tratados de Fray Bartolomé de las Casas*, vol. II, México, Fondo de Cultura Económica (FCE), 1997 (2ª reimpr.), págs. 761 y 1047.

¹⁶⁰ Véase *ibid.*, págs. 1067 a 1073, 1239 y 1255.

¹⁶¹ Véase *ibid.*, págs. 1247, 1249 y 1263.

¹⁶² Véase *Tratados de Fray Bartolomé de las Casas*, vol. I, México, FCE, 1997 (2ª reimpr.), págs. 319, 371, 419 y 551.

182. F. Vitoria y B. de las Casas, entre otros (*infra*), promovieron la visión humanista del incipiente derecho de gentes al poner de manifiesto la conciencia de la dignidad inherente a todos los seres humanos (*dignitas hominis*)¹⁶³ y la existencia de una justicia objetiva internacional, fiel al iusnaturalismo¹⁶⁴. La obligación de reparación, derivada del principio *neminem laedere*, con sus profundas raíces históricas, tiene por objeto el cumplimiento de una necesidad de la comunidad internacional en su conjunto¹⁶⁵.

183. Todavía en la época de F. Vitoria, en el siglo XVI, el pensamiento de su coetáneo Domingo de Soto estuvo ligado al suyo propio, ambos con el mismo ideal; esto puede observarse en el libro *De Iustitia et Jure* (1557) de Domingo de Soto, que presenta su razonamiento orientado por la *recta ratio* y la perspectiva humanista en busca del bien común¹⁶⁶. En mi declaración anexa a la providencia de la CIJ (de 11 de abril de 2016) en la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*, al tratar la necesidad urgente de proporcionar reparaciones colectivas, consideré conveniente recordar la obligación de reparación, “firmemente arraigada en la historia del derecho de gentes” (párrs. 11, 12, 15 y 16) desde las mencionadas obras clásicas del siglo XVI, además de las de Juan de la Peña (*De Bello contra Insulanos*, 1545); Bartolomé de las Casas (*De Regia Potestate*, 1571); Juan Roa Dávila (*De Regnorum Iustitia*, 1591); y Alberico Gentili (*De Jure Belli*, 1598).

184. Añadí que, en el siglo XVII, les siguieron los escritos de Juan Zapata y Sandoval (*De Iustitia Distributiva et Acceptione Personarum ei Opposita Disceptatio*, 1609); Francisco Suárez (*De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612); Hugo Grotius (*De Jure Belli ac Pacis*, 1625, libro II, cap. 17); Samuel Pufendorf (*Elementorum Jurisprudentiae Universalis - Libri Duo*, 1672, y *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law*, 1673). Proseguí comentando que entonces llegaron, en el siglo XVIII, los escritos de Cornelius van Bynkershoek (*De Foro Legatorum*, 1721; *Questiones Juris Publici - Libri Duo*, 1737); y Christian Wolff (*Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, 1764, y *Principes du droit de la nature et des gens*, 1758).

185. En esa misma declaración, reflexioné acerca de que “[c]uanto más analizamos las obras clásicas del derecho internacional (olvidadas en gran parte en el frenesí actual), más reflexiones encontramos sobre el derecho de las víctimas a reparaciones por los perjuicios” (párr. 17), en los escritos de los “padres fundadores” del derecho de gentes, con arreglo al principio *neminem laedere*. La obligación de reparar los perjuicios se consideró de manera clara y lúcida como

“una respuesta a una *necesidad internacional*¹⁶⁷, de conformidad con la *recta ratio*, independientemente de si los beneficiarios eran (nuevos) Estados, pueblos, grupos o personas” (párr. 19).

¹⁶³ Véase A. Pele, *El discurso de la dignitas hominis en el humanismo del renacimiento*, Madrid, Univ. Carlos III de Madrid/edit. Dykinson, 2010, págs. 17, 19 a 21, 29, 30, 37, 41, 42, 45, 47, 55, 58, 62 a 68, 92, 101, 108 y 119.

¹⁶⁴ C. Barcía Trelles, “Francisco de Vitoria et l’École moderne du Droit international”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1927), vol. 17, págs. 143, 196, 198, 200, 212, 228, 231, 248, 256, 279, 292, 315, 328 y 331; y véanse las págs. 204, 205 y 332.

¹⁶⁵ Véase Association Internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez: Contribution des théologiens au Droit international moderne*, París, Pédone, 1939, págs. 73 y 74, y véanse las págs. 169 y 170.

¹⁶⁶ Véase J. Brufau Prats, *La Escuela de Salamanca ante el descubrimiento del Nuevo Mundo*, Salamanca, edit. San Estéban, 1989, págs. 60, 61, 66 y 67, y véase la pág. 71.

¹⁶⁷ J. Brown Scott, *The Spanish Origin of International Law - Francisco de Vitoria and His Law of Nations*, *op. cit. supra* en nota 155, págs. 140, 150, 163, 165, 172, 210, 211, 282 y 283; y véase A. A. Cançado Trindade, “Prefacio”, en *Escuela Ibérica de la Paz (1511-1694) - La conciencia*

186. Poco después, anexé a la nueva providencia de la CIJ (de 6 de diciembre de 2016) en la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo* una opinión separada en la que analicé en profundidad el contenido de las lecciones sobre la obligación de reparación en los escritos de F. Vitoria, B. de las Casas, J. Roa Dávila, A. Gentili, H., F. Suárez, S. Pufendorf y C. Wolff¹⁶⁸ (párrs. 11 a 15). En su perspectiva humanista, los “padres fundadores” del derecho de gentes contemplaron la reparación por daños para atender una necesidad internacional de conformidad con la *recta ratio*. También se inspiraron en las obras de Tomás de Aquino, mucho más antiguas (del siglo VIII). Después añadí lo siguiente:

“El nuevo *ius naturae et gentium* era universalista, dirigido a todos los pueblos; el derecho y la ética iban juntos en la búsqueda de la justicia. Recordando el ideal de la *societas hominum* de Cicerón¹⁶⁹, los ‘padres fundadores’ del derecho internacional concibieron una ‘sociedad universal de la humanidad’ (*commune humani generis societas*) que englobaba todos los sujetos mencionados del derecho de gentes (párr. 16).

187. Por otra parte, en la época de C. Wolff, a mediados del siglo XVIII, se propuso el reduccionismo de Vattel (en E. de Vattel, *Le Droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 1758). Proseguí comentando que, a medida que pasó el tiempo, esa perspectiva reduccionista del ordenamiento jurídico internacional finalmente fue la que prevaleció en el siglo XIX y a principios del siglo XX, bajo la lamentable influencia del positivismo jurídico, que contemplaba únicamente las soberanías absolutas de los Estados y subordinaba a los seres humanos a estas (párr. 17), por lo que no podía alcanzar ni comprender siquiera la universalidad.

188. Como es bien sabido, esto tuvo consecuencias desastrosas para los seres humanos y los pueblos, las cuales marcaron la trágica y abominable historia del siglo XX. Además, añadí lo siguiente:

crítica de la conquista y colonización de América (eds. P. Calafate y R. E. Mandado Gutiérrez), Santander/España, ed. Universidad de Cantabria, 2014, págs. 40 a 109.

¹⁶⁸ F. Vitoria, *Second Relectio - On the Indians (De Indis) (Relección segunda - De los indios)* (1538-1539), Oxford/Londres, Clarendon Press/H. Milford, 1934 (reed.), pág. LV; F. Vitoria, *Sobre el poder civil (Relectio de Potestate Civili, 1528)* (ed. J. Cordero Pando), Salamanca, edit. San Estéban, 2009 (reed.), págs. 22 y 44; B. de las Casas, *De Regia Potestate o Derecho de autodeterminación* (1571) (eds. L. Pereña, J. M. Pérez-Prendes, V. Abril y J. Azcárraga), Centro Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), Madrid, 1969, pág. 72; J. Roa Dávila, *De Regnorum Iusticia o El Control Democrático* (1591) (eds. L. Pereña, J. M. Pérez-Prendes y V. Abril), Madrid, CSIC/Instituto Francisco de Vitoria, 1970, págs. 59 y 63; varios autores, *Alberico Gentili - Giustizia, Guerra, Imperio* (Atti del Convegno di San Ginesio, sept. 2010), Milán, edit. Giuffrè, 2014, págs. 275 y 320, y véanse las págs. 299, 300 y 327; Hugonis Grotii, *De Iure Belli Ac Pacis* (1625), libro II, cap. XVII, La Haya, M. Nijhoff, 1948, págs. 79 a 82, párrs. I, VIII y IX; y véanse H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix* (1625) (eds. D. Alland y S. Goyard-Fabre), París, PUF, 2005 (reed.), págs. 415, 416 y 418, párrs. I, VIII y IX; Association Internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez: Contribution des théologiens au Droit international moderne*, París, Pédone, 1939, págs. 73 y 74, y véanse las págs. 169 y 170. S. Pufendorf, *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law* (1673) (eds. J. Tully y M. Silverthorne), Cambridge, Cambridge University Press, 2003 (reimpresión), págs. 57 y 58, y véanse las págs. 59 y 60; C. Wolff, *Principes du droit de la nature et des gens* (1758), vol. III, Caen, ed. Universidad de Caen, 2011 (reed.), cap. VI, págs. 293, 294, 296, 297 y 306.

¹⁶⁹ Véanse por ejemplo, entre otros, M. Luque Frías, *Vigencia del pensamiento ciceroniano en las elecciones jurídico-teológicas del maestro Francisco de Vitoria*, Granada, edit. Comares, 2012, págs. 70, 95, 164, 272, 273, 275, 278, 279, 284, 398, 399, 418 y 419; A. A. Caçado Trindade y V. F. D. Caçado Trindade, “A Pré-História do Princípio de Humanidade Consagrado no Direito das Gentes: O Legado Perene do Pensamento Estóico”, en *O Princípio de Humanidade e a Salvaguarda da Pessoa Humana* (eds. A. A. Caçado Trindade y C. Barros Leal), Fortaleza (Brasil), IBDH/IIDH, 2016, págs. 49 a 84.

“El legado de los ‘padres fundadores’ del derecho internacional se ha preservado en la doctrina jurídica internacional más lúcida, desde los siglos XVI y XVII hasta la fecha. Está presente en la universalidad del derecho de gentes, en el reconocimiento de la importancia de los principios generales del derecho y en la importancia atribuida a la *recta ratio*. También se refleja en el reconocimiento del todo indisoluble que conforman la violación y la pronta reparación” (párr. 18).

189. La verdad es que nunca desapareció la conciencia de que era importante rescatar y preservar la perspectiva humanista y universalista, tan esencial en el actual proceso de *humanización* del derecho internacional y de construcción del nuevo *ius gentium* del siglo XXI¹⁷⁰. Por tanto, el eterno legado de los “padres fundadores” del derecho de gentes sigue siendo pertinente hoy en día y sigue desarrollándose¹⁷¹, a fin de hacer frente a los nuevos desafíos a los que se enfrentan los tribunales internacionales contemporáneos “desde un enfoque esencialmente humanista” (párr. 30).

190. En mi opinión, se debe ir más allá de la insatisfactoria perspectiva interestatal (como hicieron los “padres fundadores” del derecho internacional) si se quiere fomentar el desarrollo progresivo del derecho internacional, en particular en el ámbito de las reparaciones colectivas por daños (párr. 31). Concluí lo siguiente:

“En el pensamiento iusnaturalista, a partir del siglo XVI, se persiguió adecuadamente el objetivo de la pronta reparación. El pensamiento jurídico positivista, desde finales del siglo XIX, situó de manera indebida la “voluntad” de los Estados por encima de la *recta ratio*. Es en el pensamiento iusnaturalista, con la reactivación de la que goza hoy en día¹⁷², donde la noción de *justicia* ocupó siempre una posición central, orientando el *derecho* en su conjunto; todo derecho parte, en resumen, de la *justicia*, siendo esta incluso su fin último” (párr. 32).

192. Según mi percepción, a la hora de rescatar la visión universalista que marcó los orígenes de la doctrina más lúcida del derecho internacional, el mencionado proceso histórico de *humanización* del derecho internacional contribuye a la construcción del nuevo *ius gentium* del siglo XXI, regido por los principios generales del derecho¹⁷³. Este proceso histórico se ve reforzado por sus propios logros conceptuales, tales como, en primer lugar, entre otros, el reconocimiento del *ius cogens* y las correspondientes obligaciones *erga omnes* de protección, lo que revela igualmente la perspectiva universalista del derecho de gentes¹⁷⁴.

¹⁷⁰ A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. infra* en nota 178, págs. 1 a 726.

¹⁷¹ En cuanto a ese legado, véase, recientemente, A. A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2ª ed. rev., Belo Horizonte (Brasil), edit. Del Rey, 2015, cap. XXIX “A Perenidade dos Ensinamentos dos ‘Pais Fundadores’ do Direito Internacional”, 2015, págs. 647 a 676.

¹⁷² Véanse por ejemplo, en los últimos decenios, A. A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, *op. cit. supra* en nota 1, págs. 1028, 1029, 1051, 1052 y 1075 a 1094 (valores universales subyacentes del nuevo *ius gentium*, comunes a toda la humanidad, todos los seres humanos: *civitas maxima gentium*); J. Maritain, *Los derechos del hombre y la ley natural*, Buenos Aires, ed. Leviatán, 1982 (reimpr.), págs. 79 y 80, y véase la pág. 104 (el ser humano trasciende el Estado y tiene un destino por encima del tiempo). Véase asimismo, por ejemplo, varios autores, *Droit naturel et droits de l’homme - Actes des Journées internationales de la Société d’Histoire du Droit* (Grenoble-Vizille, mayo de 2009, ed. M. Mathieu), Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2011, pág. 40 a 43, 52, 53, 336, 337 y 342.

¹⁷³ Véase A. A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, 2ª ed. rev., *op. cit. supra* en nota 1, págs. 121 a 209 y 447 a 454.

¹⁷⁴ A. A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2ª ed. rev., *op. cit. supra* en nota 171, págs. 6 a 20, 666 a 676 y 761 a 767.

193. La existencia de normas *imperativas* de derecho internacional inevitablemente va más allá de las normas convencionales y se extiende a todos los actos jurídicos¹⁷⁵. El ámbito del *ius cogens*, aparte del derecho de los tratados, abarca también el derecho internacional general¹⁷⁶. Hace un decenio y medio sostuve, en mi voto concurrente anexo a la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos núm. 18 (de 17 de septiembre de 2003), relativa a la *Condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados*, que, a mi entender, el *ius cogens* no es una categoría jurídica cerrada, sino en evolución y expansión (párrs. 65 a 73). En resumen, el *ius cogens* es:

“[...] es una categoría abierta, que se expande en la medida en que se despierta la conciencia jurídica universal (fuente material de todo el derecho) para la necesidad de proteger los derechos inherentes a todo ser humano en toda y cualquier situación. [...]

El concepto de *ius cogens* efectivamente no se limita al derecho de los tratados, y es igualmente propio del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados. [...] En mi entendimiento, es en este capítulo central del derecho internacional, el de la responsabilidad internacional (quizás más que en el capítulo del derecho de los tratados), que el *ius cogens* revela su real, amplia y profunda dimensión, alcanzando todos los actos jurídicos (inclusive los unilaterales), e incidiendo (inclusive más allá del dominio de la responsabilidad estatal) en los propios *fundamentos* de un derecho internacional verdaderamente universal” (párrs. 68 a 70).

194. Por su parte, la CIJ, en mi opinión, debe poner fin a su obsesión con el consentimiento del Estado (hasta el punto de calificarlo de “principio”), a fin de proceder a su propia creación jurisprudencial en materia de *ius cogens*. Hace ocho años, en mi opinión disidente en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia)* (excepciones preliminares, fallo de 1 de abril de 2011), tras un prolongado examen del problema en cuestión, advertí lo siguiente:

“En el presente fallo la Corte pasó totalmente por alto el siguiente punto: antes bien, se embarcó en la habitual exaltación del consentimiento del Estado, rotulada (párr. 110) como ‘el principio fundamental del consentimiento’. Controvierto esa opinión, pues, a mi juicio, el consentimiento no es ‘fundamental’, y ni siquiera es un ‘principio’. Lo que es ‘fundamental’, es decir, lo que está en los *fundamentos* de la Corte, desde su creación, es el imperativo de la *realización de la justicia*, por medio de la competencia obligatoria. El consentimiento del Estado no es más que una regla que debe observarse en el ejercicio de la competencia obligatoria para la realización de la justicia. Es un medio, no un fin; es un requisito procesal, no un elemento de interpretación de los tratados; indudablemente no pertenece a la esfera de los *prima principia*” (párr. 211).

195. En mi opinión, los principios generales del derecho rigen todas las normas jurídicas, situándose por encima de la “voluntad” de los Estados. Proviene, al igual que el *ius cogens*, de la conciencia humana, de modo que salvan el derecho internacional de la trampa del voluntarismo y el unilateralismo de los Estados, incompatible con los fundamentos de un verdadero ordenamiento jurídico

¹⁷⁵ Véase A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre (Brasil), ed. S.A. Fabris, 1999, págs. 415 y 416.

¹⁷⁶ Con relación a la extensión del *ius cogens* a todos los actos jurídicos posibles, véase, por ejemplo, E. Suy, “The Concept of *Jus Cogens* in Public International Law”, en *Papers and Proceedings of the Conference on International Law* (Langonissi (Grecia), 3 a 8 de abril de 1966), Ginebra, Carnegie Endowment for International Peace (CEIP), 1967, págs. 17 a 77.

internacional. Como he venido señalando desde hace años, reflejan la idea de una justicia objetiva y expresan los valores superiores comunes que pueden satisfacer las aspiraciones de la humanidad en su conjunto¹⁷⁷.

196. Su importancia resulta evidente en la creación, en nuestros días, de un nuevo *ius gentium* universal, el derecho internacional de la humanidad¹⁷⁸. El *ius cogens*, muy por encima del *ius dispositivum*, existe y se ha ampliado en beneficio de los seres humanos y los pueblos y, en última instancia, de la humanidad¹⁷⁹. Podemos reconocer aquí la prevalencia del *ius necessarium* sobre el *ius voluntarium*, al tiempo que el *ius cogens* ocupa una posición central y se presenta como la expresión jurídica de la comunidad internacional en su conjunto¹⁸⁰.

197. Aunque la gran mayoría de las personas que se dedican a la profesión jurídica en nuestros tiempos no comparten esta perspectiva porque han asimilado el positivismo jurídico, existen algunos juristas que se ajustan a la doctrina jurídica internacional más lúcida, los cuales se han comprometido con una comprensión adecuada de los propios fundamentos del derecho de gentes. Esta minoría de juristas ha valorado debidamente la idea de una justicia *objetiva*, la primacía del *ius cogens* sobre el consentimiento de los Estados, la primacía de la conciencia sobre la “voluntad”. Han hecho suya esa causa, que es también la mía, en distintos entornos culturales de todo el mundo.

198. Con el fin de recordar solo un par de ejemplos, en el Lejano Oriente, por ejemplo, el jurista chino Li Haopei criticó a los positivistas por haber tratado de basar el derecho internacional simplemente en el consentimiento de los Estados, que no era sino una “capa de arena suelta” por la que, si realmente fuese así, el derecho internacional dejaría de tener efecto siempre que los Estados retirasen su consentimiento. También criticó la actitud de los positivistas al ignorar o menospreciar de manera intencionada el valor de los principios generales del derecho, y sostuvo que las normas imperativas de derecho internacional surgieron para conferir una dimensión ética y universal al derecho internacional, así como para servir a los intereses comunes de la comunidad internacional en su conjunto y, en última instancia, de toda la humanidad¹⁸¹.

199. En el Caribe, por ejemplo, para el jurista cubano M. A. D’Estéfano Pisani, el concepto de *ius cogens*, arraigado en el derecho natural, refleja los logros jurídicos de la humanidad; además, advierte a los Estados acerca de la necesidad de respetar los principios fundamentales y las normas imperativas, los cuales privan de legitimidad a cualquier acto o situación (con arreglo al derecho de los tratados o el derecho consuetudinario) que sea incompatible con ellos¹⁸². A mi entender, las opiniones de ambos son correctas: el derecho y la ética van de la mano, y es en la línea del iusnaturalismo donde podemos seguir creando un derecho internacional verdaderamente universal.

¹⁷⁷ Véase A. A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, 2ª ed. rev., *op. cit. supra* en nota 1, págs. 447 a 454.

¹⁷⁸ A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, 2ª ed. rev., Leiden/La Haya, Nijhoff/Academia de Derecho Internacional de La Haya, 2013, págs. 1 a 726.

¹⁷⁹ A. A. Cançado Trindade, “*Jus Cogens: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case-Law*”, *op. cit. supra* en nota 143, págs. 28 y 29.

¹⁸⁰ *Ibid.*, págs. 14, 27 y 28.

¹⁸¹ Li Haopei, “*Jus Cogens and International Law*”, en *Selected Articles from Chinese Yearbook of International Law*, Beijing (China), Sociedad China de Derecho Internacional, 1983, págs. 47, 48, 57, 59, 61 a 64 y 74.

¹⁸² M. A. D’Estéfano Pisani, *Derecho de tratados*, 2ª ed., La Habana (Cuba), edit. Pueblo y Educación, 1986 (reimpresión), págs. 97, 165 y 166.

200. En cuanto a la jurisprudencia internacional, la CIJ perdió una oportunidad histórica y valiosa de promover su propia jurisprudencia con relación al *ius cogens* en la presente opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*. Con independencia de la reticente postura de la CIJ, mis propios esfuerzos y contribuciones en apoyo de esta creación jurisprudencial han sido debidamente reconocidos en la doctrina especializada, por llamar la atención sobre el hecho de que el “*ius cogens* atribuye un contenido ético al nuevo *ius gentium*, el derecho internacional de la humanidad”¹⁸³ y, por tanto, por dar a conocer el paradigma universalista y humanista para orientar el desarrollo progresivo del derecho internacional en beneficio, en última instancia, de la comunidad internacional en su conjunto¹⁸⁴.

201. Actualmente, existe la necesidad acuciante de que la CIJ desarrolle su razonamiento sobre el *ius cogens* (no solo las obligaciones *erga omnes*) y sus consecuencias jurídicas, habida cuenta del desarrollo progresivo del derecho internacional. No puede seguir refiriéndose únicamente a las obligaciones *erga omnes* sin centrarse en el *ius cogens* del que derivan y desarrollarlo. Además, a mi juicio, se debe tener muy en cuenta la situación de los chagosianos desplazados por la fuerza, desde una perspectiva intergeneracional, con arreglo a las sucesivas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas analizadas en la presente opinión separada.

XIII. Derechos de los pueblos, más allá de la perspectiva interestatal estricta

202. En el transcurso de la presente opinión separada, he recordado, desde el principio (véase la parte II *supra*), que el rápido reconocimiento de larga tradición de las Naciones Unidas del derecho fundamental a la libre determinación, así como su compromiso con este, tuvieron lugar en el marco de los derechos de los pueblos, de acuerdo con la propia Carta de las Naciones Unidas, donde se les presta atención. De conformidad con su propia Carta, las Naciones Unidas, desde sus primeros años, siempre han apoyado y promovido los derechos de los pueblos, actuando más allá de la perspectiva interestatal tradicional.

203. Existen antecedentes históricos que se deben tener en cuenta, como los sistemas de minorías y mandatos en la época de la Sociedad de las Naciones¹⁸⁵, seguidos, más tarde, de los territorios no autónomos y del régimen internacional de administración fiduciaria en virtud de la Carta de las Naciones Unidas. Únicamente

¹⁸³ M. Saul, “Identifying *Jus Cogens* Norms: The Interaction of Scholars and International Judges”, *Asian Journal of International Law* (2015), vol. 5, págs. 32 y 33, y véase la pág. 38; y, con relación a mi conceptualización del derecho internacional de la humanidad, compárese A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, 2ª ed. rev., Leiden/La Haya, Nijhoff/Academia de Derecho Internacional de La Haya, 2013, págs. 1 a 726.

¹⁸⁴ A. von Bogdandy e I. Venzke, *¿En nombre de quién? - Una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, págs. 80, 81, 98, 99 y 207; A. von Bogdandy e I. Venzke, *In Whose Name? - A Public Law Theory of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2016 (reimpresión), págs. 48, 49, 62 y 142.

¹⁸⁵ Véase por ejemplo, entre otros, A. A. Cançado Trindade, “Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals in the First Half of the Twentieth Century”, *Netherlands International Law Review* (1977), vol. 24, págs. 373 a 392; A. M. de Zayas, “The International Judicial Protection of Peoples and Minorities”, en *Peoples and Minorities in International Law* (eds. C. Brölmann, R. Lefeber y M. Zieck), Dordrecht, Nijhoff, 1993, págs. 253 a 274, 286 y 287; A. C. Zoller, “International Representation of Peoples and Minorities”, en *ibid.*, págs. 303 a 307, 309 y 310.

me refiero a ellos aquí de manera breve, ya que es un tema situado fuera del marco y el alcance de la presente opinión separada.

204. Quisiera añadir que, incluso antes de la era actual de la CIJ, su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), emitió opiniones consultivas sobre asuntos relativos a “comunidades” (por ejemplo en su opinión consultiva sobre las “Comunidades” greco-búlgaras, 1930) así como a “minorías” (por ejemplo sus opiniones consultivas sobre el *Acceso a las escuelas de minorías alemanas en la Alta Silesia*, 1931; el *Trato dispensado a los nacionales polacos en Danzig*, 1932; o las *Escuelas de minorías en Albania*, 1935)¹⁸⁶.

205. Si nos remontamos atrás en el tiempo, constatamos que la salvaguardia de los derechos de los pueblos tiene, por tanto, sus raíces históricas antes de las Naciones Unidas. Hoy en día, en la época actual de la CIJ, cabe destacar, en mi opinión, que, en el transcurso del presente procedimiento consultivo de la CIJ sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, ha habido sucesivas referencias a los derechos de los pueblos en las presentaciones de las delegaciones participantes, sobre los que se han basado dichas presentaciones.

206 Dada la importancia de la cuestión, quisiera retomarla aquí a fin de seguir analizándola. En un discurso inaugural que pronuncié en una ceremonia celebrada en las Naciones Unidas en Ginebra, el 16 de diciembre de 2009¹⁸⁷, con motivo de la recuperación por parte de las Naciones Unidas (gracias a una iniciativa de Cuba) del tema del derecho de los pueblos a la paz, insistí en la cuestión y señalé, entre otras cosas, las referencias a los derechos de los pueblos en los procedimientos de la CIJ, basados además en esos derechos. A principios de los años setenta, por ejemplo en las primeras causas relativas a los *Ensayos nucleares* (ensayos atmosféricos, *Australia c. Francia* y *Nueva Zelandia c. Francia*, 1973 y 1974), se reconoció y se afirmó el derecho de los pueblos a vivir en paz ante la CIJ.

207. Las comunicaciones de las partes, en las fases escrita y oral de los procedimientos, fueron especialmente significativas, incluso más que el resultado final de las causas. En su demanda (de 9 de mayo de 1973), Australia sostuvo por ejemplo que trataba de proteger a su pueblo y los pueblos de otras naciones, así como a sus descendientes, de la amenaza a la vida, la salud y el bienestar derivada de la radiación potencialmente peligrosa generada por precipitaciones radiactivas como consecuencia de explosiones nucleares¹⁸⁸. Por su parte, Nueva Zelandia fue aún más

¹⁸⁶ Véase A. A. Cançado Trindade, “A Century of International Justice and Prospects for the Future”, en: *A Century of International Justice and Prospects for the Future/Rétrospective d’un siècle de justice internationale et perspectives d’avenir* (eds. A. A. Cançado Trindade y D. Spielmann), Oisterwijk, Wolf Publs., 2013, págs. 3 a 6, 12 y 13, en especial pág. 4; C. Brölmann, “The PCIJ and International Rights of Groups and Individuals”, en *Legacies of the Permanent Court of International Justice* (eds. C.J. Tams, M. Fitzmaurice y P. Merkouris), Leiden, Nijhoff, 2013, págs. 123 a 143.

¹⁸⁷ A. A. Cançado Trindade (Discurso inaugural: “Some Reflections on the Justiciability of the Peoples’ Right to Peace - Summary”), en Naciones Unidas, *Informe de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre el resultado del taller de expertos sobre el derecho de los pueblos a la paz* (2009), documento [A/HRC/14/38](#), de 17 de marzo de 2010, págs. 10 a 12 (versión resumida); A. A. Cançado Trindade, “Some Reflections on the Justiciability of the Peoples’ Right to Peace, on the Occasion of the Retaking of the Subject by the United Nations”, *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* (2011), núm. 11, págs. 15 a 29 (texto completo).

¹⁸⁸ Se refirió además a las poblaciones sometidas al estrés psicológico y la ansiedad generados por el miedo; CIJ, *Nuclear Tests cases (Australia versus France, vol. I) - Pleadings, Oral Arguments, Documents*, págs. 11 y 14.

lejos en su propia demanda (también de 9 de mayo de 1973)¹⁸⁹, donde aclaró que estaba defendiendo no solo a su propio pueblo, sino también a los pueblos de las Islas Cook, Niue y Tokelau¹⁹⁰.

208. En su memoria sobre competencia y admisibilidad (de 29 de octubre de 1973), Nueva Zelandia sostuvo además que “los ensayos atmosféricos de armas nucleares suscitan inevitablemente el mayor grado de alarma y antagonismo entre los pueblos y los Gobiernos de la región en que se efectúan las pruebas”¹⁹¹. Por otra parte, en su solicitud (de 14 de mayo de 1973) de medidas provisionales de protección, Nueva Zelandia recordó dos precedentes (de 1954 y 1961) de amenazas al derecho de los pueblos a vivir en paz¹⁹². Por lo tanto, fuera de los límites exactos de las causas contenciosas estrictamente interestatales ante la CIJ, Nueva Zelandia y Australia, con razón, fueron más allá y reivindicaron los derechos de los pueblos a la salud, al bienestar, a no sufrir ansiedad ni miedo y, en resumen, a vivir en paz.

209. Dos decenios más tarde, se puso de relieve la cuestión una vez más, a mediados de los años noventa, en la segunda causa relativa a los *Ensayos nucleares* (ensayos subterráneos, *Nueva Zelandia c. Francia*, 1995). Aunque en ese momento Nueva Zelandia era el único Estado demandante (desde su solicitud de 21 de agosto de 1995), otros cinco Estados presentaron ante la CIJ solicitudes para intervenir¹⁹³: Australia, las Islas Salomón, Micronesia, Samoa y las Islas Marshall. Australia alegó (el 23 de agosto de 1995) que la controversia entre Nueva Zelandia y Francia planteaba el problema de la observancia de las obligaciones *erga omnes* (párrs. 18 a 20, 24, 25, 33 y 34).

210. Por su parte, las Islas Salomón, Micronesia, Samoa y las Islas Marshall, subrayando también la necesidad de cumplir las obligaciones *erga omnes* (párrs. 20 y 25), sostuvieron (el 24 de agosto de 1995) que, como Estados miembros del Foro del Pacífico Sur, se oponían sistemáticamente a las actividades “relacionadas con las armas nucleares y la eliminación de desechos nucleares en su región, por ejemplo, tratando de establecer y garantizar el estatuto de la región como una zona desnuclearizada” (párr. 5). Después añadieron lo siguiente:

“Las culturas, las tradiciones y el bienestar de los pueblos de los Estados del Pacífico Sur se verían afectados negativamente por la reanudación de los ensayos nucleares de Francia en la región de manera incompatible con las normas de derecho vigentes” (párr. 25).

211. Se podrían recordar brevemente en esta ocasión otros ejemplos pertinentes del recurso a los derechos de los pueblos ante la CIJ. En su fallo de 22 de diciembre de 1986 en la causa relativa a la *Controversia fronteriza (Burkina Faso/República de Mali)*, la Sala de la CIJ, al trazar la línea fronteriza como solicitaron las partes (párr. 148), tomó nota de sus argumentos, entre otras cosas, en relación con el *modus vivendi* de las personas que vivían en cuatro localidades de la región (agricultura, cultivo de la tierra, pastos y pesquerías)¹⁹⁴.

212. Poco después, en el transcurso del procedimiento (de 1988 y 1990) en la causa relativa a las *Tierras fosfáticas en Nauru (Nauru c. Australia)*, la CIJ tuvo conocimiento por ejemplo de sucesivos argumentos donde se invocaron los derechos de

¹⁸⁹ CIJ, *Nuclear Tests cases (New Zealand versus France*, vol. II) - *Pleadings, Oral Arguments, Documents*, pág. 7.

¹⁹⁰ *Ibid.*, págs. 4 y 8.

¹⁹¹ *Ibid.*, pág. 211.

¹⁹² *Ibid.*, pág. 54.

¹⁹³ Con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 62 del Estatuto de la CIJ.

¹⁹⁴ Párrs. 114 a 116, 124 y 125.

los pueblos¹⁹⁵ (por ejemplo, sobre sus recursos naturales)¹⁹⁶ y su *modus vivendi*¹⁹⁷. Además, anteriormente, en su opinión consultiva sobre el *Sáhara Occidental*, de 16 de octubre de 1975, la propia CIJ utilizó la expresión “derecho de los pueblos” (párr. 55) en el marco de la aplicación del “principio de la libre determinación” (párrs. 55 y 59).

213. Dos decenios más tarde, en la causa relativa a *Timor Oriental (Portugal c. Australia)* (fallo de 30 de junio de 1995), aunque la CIJ consideró que no tenía competencia para fallar respecto de la controversia (una decisión muy debatida en la doctrina especializada), reconoció el derecho de los pueblos a la libre determinación (párr. 29) y a la soberanía permanente sobre sus recursos naturales (párr. 33), y añadió que “el principio de la libre determinación de los pueblos” fue reconocido en la Carta de las Naciones Unidas y en su propia jurisprudencia como “uno de los principios esenciales del derecho internacional contemporáneo” (párr. 29).

214. En la causa relativa a *Timor Oriental*, sin embargo, la CIJ no extrajo las consecuencias jurídicas conexas. La CIJ, preocupada por el sistema interestatal de las causas contenciosas presentadas ante ella, tuvo en cuenta los supuestos intereses de un tercer Estado (que ni siquiera había aceptado su competencia propia), dándolos por sentado de forma incoherente (por medio de la aplicación del llamado “principio” del *Oro amonedado*), en detrimento del pueblo de Timor Oriental. La lección que se puede extraer al respecto es, a mi juicio, que el anticuado mecanismo estrictamente interestatal de las causas contenciosas resueltas ante la CIJ no puede restringir ni restringe el *razonamiento* de la Corte.

215. Cuando la cuestión presentada ante ella atañe a los *derechos de los pueblos*, como en los ejemplos antes mencionados, el razonamiento de la CIJ debe trascender inevitablemente la perspectiva estrictamente interestatal. De lo contrario, no se puede hacer justicia. La naturaleza de las cuestiones presentadas ante la CIJ determinará su razonamiento adecuado. He tenido la ocasión de ahondar en la cuestión en mis sucesivas opiniones disidentes en la causa sobre la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (2015), así como en las tres causas relativas a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear* (2016).

216. Por consiguiente, en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)* (fallo de 3 de febrero de 2015), advertí además lo siguiente:

“Contrariamente a lo que los discípulos contemporáneos de Jean Bodin y Thomas Hobbes probablemente deseen seguir creyendo, el Palacio de la Paz de La Haya no se creó y se inauguró hace un siglo para seguir siendo un santuario de la soberanía de los Estados. El objetivo era que se convirtiese en un santuario de la justicia internacional, no de la soberanía de los Estados. Aunque el mecanismo de solución de las causas contenciosas por parte de la CPJI/CIJ ha mantenido un carácter estrictamente interestatal, a fuerza de inercia mental, la naturaleza y los temas de determinadas causas incoadas ante la Corte de La Haya en los nueve últimos decenios le han exigido trascender la perspectiva estrictamente interestatal. Por tanto, a menudo ha quedado patente, y cada vez resulta más evidente, la artificialidad de la perspectiva exclusivamente interestatal, basada en un antiguo dogma del pasado.

Recientemente, las causas contenciosas en que las preocupaciones de la Corte tuvieron que ir más allá de la estricta perspectiva interestatal empezaron

¹⁹⁵ CIJ, case concerning *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru versus Australia*, vol. I) - *Pleadings, Oral Arguments, Documents*, págs. 14, 16, 21, 87, 113 y 185.

¹⁹⁶ *Ibid.*, págs. 183 y 196.

¹⁹⁷ *Ibid.*, págs. 113 y 117.

a ser cada vez más frecuentes¹⁹⁸. Lo mismo ocurrió en las dos últimas opiniones consultivas de la Corte¹⁹⁹. Hace cinco años, por ejemplo, en mi opinión separada en la opinión consultiva de la CIJ relativa a la *Declaración de independencia de Kosovo* (de 22 de julio de 2010), consideré conveniente advertir acerca de las deficiencias de la perspectiva interestatal estricta (párr. 191) e hice hincapié en la necesidad, frente a la crisis humanitaria de los Balcanes, de centrar la atención en *las personas o la población de que se trate* (párrs. 53, 65, 66, 185 y 205 a 207), de conformidad con una perspectiva humanista (párrs. 75 a 77 y 190), con arreglo al principio de humanidad (párr. 211).

La presente causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)* constituye otro ejemplo, todavía más contundente, de la necesidad apremiante de superar y dejar atrás la dogmática perspectiva estrictamente interestatal. De hecho, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, aprobada en la víspera de la Declaración Universal de Derechos Humanos, no está orientada hacia los Estados, sino que está *centrada en las personas*. La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio no se puede interpretar ni aplicar debidamente con una perspectiva centrada estrictamente en los Estados y en las susceptibilidades interestatales. Es necesario dirigir la atención a los justiciables, a las víctimas (reales y potenciales), con el objeto de impartir justicia en virtud de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio” (párrs. 494 a 496).

217. Del mismo modo, en mis tres opiniones disidentes recientes anexas a los tres fallos de la CIJ (de 5 de octubre de 2016) en las causas relativas a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear*, consideré conveniente advertir, entre otras cosas, que las presentaciones y los elementos planteados por las partes en litigio en el transcurso del procedimiento ante la CIJ “trascendieron la perspectiva interestatal. En mi opinión, existe una gran necesidad, en este ámbito, de seguir mirando más allá de los Estados y atender a la lucha por la supervivencia de los pueblos y la humanidad en nuestros tiempos” (párr. 295).

218. La presente opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, que acaba de aprobar hoy la CIJ, brinda una nueva oportunidad de llamar la atención sobre los derechos de los pueblos y, en particular, el derecho de los pueblos a la libre determinación. En esta ocasión, a diferencia de lo sucedido en ocasiones anteriores, la CIJ ha tenido esto debidamente en cuenta, aunque se hubieran podido formular otras observaciones, como he señalado en la presente opinión separada. A continuación, abordaré otra de esas observaciones.

¹⁹⁸ Por ejemplo, en la causa relativa a las *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar* (2009-2013), con relación al principio de la jurisdicción universal en virtud de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la causa *A. S. Diallo* (2010), sobre la detención y la expulsión de un extranjero; la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* (2010-2012); la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (2011); o la causa relativa al *Templo de Preah Vihear* (2011-2013).

¹⁹⁹ En la *Declaración de independencia de Kosovo* (2010) y en el *Fallo núm. 2867 dictado por el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo con motivo de la demanda presentada contra el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola* (2012), respectivamente.

XIV. Condiciones de vida: la antigua tragedia del sufrimiento humano impuesto

219. A mi juicio, el derecho a la vida (de los chagosianos desplazados por la fuerza y sus descendientes) comprende el derecho a unas condiciones de vida dignas. En el transcurso del presente procedimiento consultivo llevado a cabo ante la CIJ, la representante de la comunidad chagosiana (la Sra. M. Liseby Elysé) formuló la siguiente declaración en la audiencia pública del 3 de septiembre de 2018:

“Me llamo Liseby Elysé. [...] Formo parte de la delegación de Mauricio. Me gustaría contar el sufrimiento que he padecido desde que me arrancaron de mi isla paradisíaca. Me complace que la Corte Internacional nos esté escuchando en el día de hoy y confío en que volveré a la isla donde nací. En Chagos, todo el mundo tenía un empleo, una familia y una cultura. [...] No nos faltaba de nada. Todo el mundo tenía una vida feliz en Chagos.

Sin embargo, un día, el administrador nos dijo que teníamos que salir de nuestra isla, abandonar nuestras casas y marcharnos. Todos estábamos tristes. Estábamos furiosos porque nos ordenaban irnos, pero no teníamos otra opción. No nos dieron ningún motivo. [...] [U]n día, llegó un barco llamado Nordvaer. El administrador nos ordenó que subiéramos al barco, que dejáramos todo atrás, todas nuestras pertenencias personales, salvo algunas prendas de vestir, y que nos marchásemos. La población estaba muy enfadada al respecto y la marcha se llevó a cabo en la oscuridad. Subimos a bordo del barco en la oscuridad, de manera que no pudimos ver nuestra isla. [...] Éramos como animales y esclavos en aquel barco. La gente se moría de pena en el barco.

En mi caso, estaba embarazada de cuatro meses en aquel momento. El barco tardó cuatro días en llegar a Mauricio. Tras nuestra llegada, di a luz y mi hijo falleció. ¿Por qué murió mi hijo? Para mí, fue porque aquel barco me traumatizó [...]. Sostengo que no debemos perder la esperanza. Tenemos que pensar que llegará un día en que regresaremos a la tierra donde nacimos. Mi corazón está sufriendo y todavía pertenece a la isla donde nací.

[...] A nadie le gustaría que le arrancasen de su isla natal como a un animal. Es desgarrador. Considero que se debe hacer justicia y que debo volver a la isla donde nací. [...]

Estoy muy triste y todavía no sé cómo abandoné mi Chagos. Nos expulsaron por la fuerza y estoy muy triste. Sigo derramando lágrimas todos los días. Sigo pensando que debo volver a mi isla. Creo que debo regresar a la isla donde nací y debo morir allí, donde están enterrados mis abuelos. En el lugar en que nací, en mi isla natal”²⁰⁰.

220. Teniendo en cuenta este testimonio, las lecciones de F. Vitoria y B. de las Casas (*supra*), después de cinco siglos, siguen estando de actualidad en nuestros tiempos; ambos abordaron las fuentes de la violencia contra las personas, que se remontan mucho tiempo atrás en el tiempo. Hay varios ejemplos al respecto de hace muchos siglos, en las tragedias de la Antigua Grecia de Esquilo, Sófocles y Eurípides. Para mencionar uno de ellos, me gustaría referirme a la tristeza expresada por la protagonista de *Hécuba*, de Eurípides (*circa* 423 a. C.):

“Preciso es que los que mandan no manden lo que no se debe,
y que cuando son afortunados, no crean que siempre lo han de pasar bien.

²⁰⁰ Transcripción de la declaración en: CIJ, documento CR 2018/20, de 3 de septiembre de 2018, págs. 73 a 75.

Pues también yo lo fui antaño, pero ahora ya no existo:
un día me quitó toda la felicidad”²⁰¹.

221. Asimismo, en *Las suplicantes* de Eurípides (también *circa* 423 a. C.), hay expresiones de la necesidad de conocer “las miserias humanas”²⁰²; después de todo, los que generan el sufrimiento humano no reconocen su obligación para con los demás²⁰³. Y es necesario poner fin a esto, detener la guerra y vivir en paz con los demás (951), ya que, después de todo,

“Poca cosa es la vida y es preciso recorrerla hasta el final
con la mayor tranquilidad posible y lejos de la desgracia”²⁰⁴.

222. A pesar de la conciencia presente en esa advertencia, las tragedias humanas persistieron. En *Las troyanas* de Eurípides, (415 a. C.), las lamentaciones de distintos personajes, hace unos 25 siglos, parecen recordar a las que pronuncian los chagosianos sobre la presente cuestión planteada ante la CIJ; uno de ellos pregunta lo siguiente:

“¿Están poniendo fuego a las tiendas
a fin de abrasar sus propios cuerpos, con el deseo de morir,
ahora que están a punto de llevarlas a Argos?”²⁰⁵.

Otro personaje afirma lo siguiente: “No ascenderá a la misma nave que yo. [...] Y cuando llegue a Argos morirá de mala manera, como merece”²⁰⁶. El coro se lamenta:

“El nombre de esta tierra marcha a la oscuridad.
Cada cosa se ha ido por un lado
y ya no existe más la infortunada Troya”²⁰⁷.

223. El sufrimiento humano impuesto es permanente, al igual que la presencia del bien y del mal, en todo el mundo. Por tanto, se ha seguido estudiando la tragedia a lo largo de muchos siglos; se determinó que ponía de manifiesto, como paradigma, además de su inexorabilidad, la inseguridad y la ceguera humanas, y la necesidad de afrontar la verdad; la atención debía centrarse en el sino de las personas, habida cuenta de la imperfección de la justicia humana²⁰⁸. Eurípides mostró una sensibilidad especial al sufrimiento y a la culpabilidad humanas, en vista del trato inhumano que muchas personas dan a otras, y a la necesidad de que todos trabajemos juntos en pro del bien común.

224. A lo largo de los siglos, afortunadamente hubo, en determinadas ocasiones, algunos pensadores lúcidos que se preocuparon por esa necesidad. Por ejemplo, a mediados del siglo XX, el historiador Marc Bloch, asesinado durante la Segunda Guerra Mundial (en 1944) por los nazis, dejó para la posteridad su libro *Apología para la historia o el oficio de historiador*, publicado a título póstumo (en 1949), donde figura una reflexión que cabe recordar aquí de manera breve.

225. M. Bloch, por ejemplo, se mostró crítico con el enfoque positivista ante la historia e hizo hincapié en la necesidad de ir más allá de la simple observación de hechos, en búsqueda de la verdad y de los valores y las enseñanzas del pasado, habida

²⁰¹ Versos 281 a 285.

²⁰² Verso 549.

²⁰³ Versos 307 a 309.

²⁰⁴ Versos 952 y 953. Después de todo, “el pueblo es soberano” (versos 405 y 406).

²⁰⁵ Versos 300 a 302.

²⁰⁶ Versos 1053, 1055 y 1056.

²⁰⁷ Versos 1322 a 1324.

²⁰⁸ Véase por ejemplo, entre otros, W. Kaufmann, *Tragedia y filosofía* (1968), Barcelona, Seix Barral, 1978, págs. 186, 187, 189, 190, 194, 195, 199, 200, 202, 203, 208 a 212, 461, 462 y 465 a 468.

cuenta de la persistencia de la crueldad humana²⁰⁹. Esto también se aplica a la historia del derecho²¹⁰. Tras haber padecido y tenido en cuenta los profundos sufrimientos de las dos Guerras Mundiales del siglo XX, en su *Apología para la historia o el oficio de historiador*, también destacó la necesidad de encontrar la verdad y la justicia, de forma que hizo una breve referencia a la contemporaneidad de la *Orestíada* de Esquilo en su conjunto²¹¹.

226. A este respecto, quisiera agregar que, en la *Orestíada* de Esquilo, compuesta por la trilogía de las tragedias *Agamenón*, *Las coéforas* y *Las euménides*, que se representó por primera vez en el 458 a. C. (dos años antes del fallecimiento de Esquilo), se muestra el contraste entre la venganza y la justicia ante la crueldad humana. La esperanza se manifiesta en la transición de la venganza personal al litigio y el juicio institucionalizados; hacia el final de *Las euménides*, se deja claro que, en lugar de venganza o represalias, será necesario recurrir al juicio con jurado para hacer justicia, y el coro dice lo siguiente:

“De aquí alejaré la mala fortuna
que destruye el hombre antes del momento que le corresponde. [...] Deidades que [...] asignáis el destino con rectitud [...]. Vuestro trato se ajusta a justicia. [...] Que unos a otros se ofrezcan ocasiones para la alegría, mediante una forma de pensar impregnada de mutuo amor y que, si odian, lo hagan también con espíritu de unidad, pues, entre los mortales, tal proceder es el remedio de muchas desgracias”²¹².

227. A lo largo de los siglos, los sufrimientos causados por la crueldad humana han persistido, pero se ha despertado la conciencia humana respecto a la necesidad de hacer justicia a las víctimas. Los sufrimientos impuestos por el colonialismo a lo largo de los últimos siglos siguen estudiándose en la actualidad²¹³, con una mayor atención, en aras de la preservación de la memoria en la búsqueda de la justicia. En su testimonio sobre la descolonización, Frantz Fanon señaló, en 1958, que, desde la Conferencia de Bandung, celebrada tres años antes (véase *supra*), los países afroasiáticos emancipados, impulsados por la solidaridad, estaban tratando de mejorar la “liberación” de los seres humanos, lo que daba lugar a “un nuevo humanismo”²¹⁴ y contribuía, por tanto, al “proceso de humanización del mundo”²¹⁵.

228. La declaración que he reproducido *supra* (párr. 219), formulada por la representante de la comunidad chagosiana (la Sra. M. Liseby Elysé) durante el presente procedimiento consultivo de la CIJ relativo a las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, pone de relieve, a mi

²⁰⁹ M. Bloch, *Apología para la historia o el oficio de historiador* (1949), Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2001 (2ª ed.), págs. 93, 94, 117, 118 y 136 a 138.

²¹⁰ *Ibid.*, págs. 146, 147 y 173.

²¹¹ *Ibid.*, págs. 136 y 138.

²¹² Versos 956, 957, 960, 963, 966 y 984 a 987.

²¹³ Véase por ejemplo, entre otros, varios autores, *Le livre noir du colonialisme XVIe.-XXIe. siècle: de l'extermination à la repentance (El libro negro del colonialismo. Siglos XVI al XXI: del exterminio al arrepentimiento)* (ed. M. Ferro), París, Fayard/Pluriel, 2018 (reed.), págs. 9 a 1056.

²¹⁴ F. Fanon, *Oeuvres* (1952-1964), París, ed. La Découverte, 2017 (reed.), págs. 809, 810, 826, 827 y 835.

²¹⁵ *Ibid.*, pág. 828. Tres años más tarde, en 1961, F. Fanon reflexionó sobre lo siguiente:

“El combate victorioso de un pueblo no solo reconoce el triunfo de sus derechos, sino que proporciona a dicho pueblo densidad, coherencia y homogeneidad, ya que el colonialismo únicamente despersonaliza a las personas colonizadas. Esta despersonalización se percibe también en el plano colectivo, en el nivel de las estructuras sociales. El pueblo colonizado se ve reducido así a un conjunto de personas que dependen exclusivamente de la presencia del colonizador (*ibid.*, pág. 660).

juicio, la preocupación de las tragedias de la Antigua Grecia por la dolorosa condición humana, agravada por la violencia y la imposición de sufrimientos humanos, en detrimento de las víctimas vulnerables.

229. Ya en su tiempo, se reconocieron los vínculos existentes entre las personas vivas y sus muertos (por ejemplo, en la *Antígona* de Sófocles, *circa* 442 a. C.), el derecho de todos a ser enterrados juntos en el mismo lugar, como reclaman aquí los chagosianos desplazados por la fuerza. Para los autores trágicos de la Antigua Grecia, dado que la muerte es inevitable, es importante tener en cuenta la condición humana, especialmente frente a la adversidad. Estas lecciones permanentes persisten, con el imperativo del respeto por la igual dignidad de todos los seres humanos.

230. A lo largo de los años, en mis opiniones individuales, tanto en la CIJ como anteriormente en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no han sido pocas las veces que me he remitido a las tragedias de la Antigua Grecia, como he hecho una vez más en la presente opinión separada, ante la necesidad urgente de poner fin definitivamente al colonialismo prolongado de forma indebida e injusta en el tiempo. Las Naciones Unidas, como he señalado (véanse las partes II y III, *supra*), apoyaron, desde sus primeros años, en la década de los cincuenta, la prevalencia del derecho fundamental de los pueblos a la libre determinación, conscientes de la necesidad de poner fin a la crueldad y la maldad del colonialismo, cuya persistencia constituye en la actualidad, a mi entender, una violación continua del *ius cogens* (véase *supra*).

231. En nuestros tiempos, en cuanto a la cuestión aquí presentada ante la CIJ por la solicitud de la Asamblea General de las Naciones Unidas de la presente opinión consultiva, los chagosianos expulsados de su patria fueron abandonados en otras islas en situación de extrema pobreza, en barrios marginales y cárceles vacías, en unas condiciones de pobreza crónica y marginación o exclusión social que los llevaron incluso a suicidarse²¹⁶. En mi citada opinión disidente en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (2011), tras defender que el principio fundamental de igualdad y no discriminación pertenece al ámbito del *ius cogens*²¹⁷, sostuve lo siguiente:

“En el *ius gentium* actual, las condiciones de vida de la población se han convertido en un motivo de preocupación legítimo de la comunidad internacional en su conjunto, y el *ius gentium* actual no es indiferente a los sufrimientos de la población” (párr. 195).

XV. La *opinio iuris communis* en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas

232. Este es un aspecto clave que probablemente la Asamblea General de las Naciones Unidas siga tomando en consideración, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas, a partir de la emisión de hoy por parte de la CIJ de su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*. Después de todo, como ya se analizó en la presente opinión separada, sucesivas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas han venido contribuyendo de forma

²¹⁶ Véanse también: *Stealing a Nation - A Special Report* (de J. Pilger), ITV, 2004, págs. 8 y 9 (y documental); J. Trinidad, *Self-Determination in Disputed Colonial Territories*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, pág. 84.

²¹⁷ Para consultar un estudio, véase A. A. Cañado Trindade, *El principio básico de igualdad y no discriminación: construcción jurisprudencial*, Santiago de Chile, ed. Librotecnia, 2013, págs. 39 a 748.

notable al reconocimiento y la consolidación universales del derecho de los pueblos a la libre determinación (véase *supra*).

233. Desde una perspectiva histórica, se ha considerado esa contribución como la más significativa en la historia de las Naciones Unidas, al hacer justicia a los pueblos con arreglo a los principios y en cumplimiento del universalismo²¹⁸. Las dos Declaraciones respectivas que figuran en las resoluciones de la Asamblea General 1514 (XV), de 1960, y 2625 (XXV), de 1970, son de suma importancia²¹⁹, por su contribución al desarrollo progresivo del derecho internacional.

234. Existen otras resoluciones que también son significativas: por ejemplo, no ha pasado desapercibido que la resolución 2621 (XXV) de la Asamblea General, también de 1970, definió el colonialismo actual como un *delito* (en contravención de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, y de los principios del derecho internacional); y la subsiguiente Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de las Naciones Unidas, de 1974, determinó que la persistencia del colonialismo exigía una obligación de restitución y resarcimiento íntegro, y la obligación de liberar al territorio ocupado por la fuerza (artículo 16)²²⁰ (véase la parte XVI *infra*).

235. En el transcurso del presente procedimiento consultivo de la CIJ, varias delegaciones participantes han destacado la incompatibilidad con las sucesivas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1514 (XV), 2066 (XX), 2232 (XXI) y 2357 (XXII)) de la separación de Chagos de Mauricio y del desplazamiento forzado de los chagosianos en el período comprendido entre 1967 y 1973. La *India* subrayó este hecho en su declaración escrita (párrs. 36 a 43 y 53), donde pidió la rectificación por parte del Reino Unido de esa situación permanente que contraviene al derecho internacional (párrs. 62 y 65).

236. De la misma forma, *Cuba* afirmó, en su declaración escrita, que esa situación constituía una violación de las mencionadas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, e invocó el *ius cogens* en apoyo del cumplimiento de estas últimas (págs. 1 y 2). En la declaración escrita del *Brasil*, se recordó la pertinencia de la advertencia de la resolución 2066 (XX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas contra la separación de Chagos de Mauricio (párr. 22). En la misma línea de razonamiento, *Guatemala*, en su declaración escrita, sostuvo que la situación actual del archipiélago de Chagos seguía siendo un hecho ilícito continuado al que el Reino Unido debía poner fin para completar el proceso de descolonización de Mauricio (párr. 36).

237. *China*, por su parte, puso de relieve, en su declaración escrita, la importancia de la función de la Asamblea General de las Naciones Unidas, demostrada en sus diversas resoluciones sobre la descolonización de Mauricio; si las circunstancias así lo exigen, añadió, la Asamblea General puede solicitar la orientación de la CIJ en lo que a cuestiones de descolonización se refiere (párrs. 5, 6, 9 a 11, 16 y 17). Tras reiterar la importancia de la libre determinación de los pueblos, tal como se afirma en la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General y en otras

²¹⁸ Véase, por ejemplo, D. Uribe Vargas, *La paz es una tregua - Solución pacífica de conflictos internacionales*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1999, pág. 120, y véase también la pág. 112.

²¹⁹ Se analizaron sin tardanza con respecto a su carácter declaratorio y legislativo, con arreglo a una perspectiva universalista de la "comunidad internacional organizada"; véase, por ejemplo, G. Arangio-Ruiz, *The United Nations Declaration on Friendly Relations and the System of the Sources of International Law*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979, págs. 1 a 301, espec. págs. 131 a 142 (sobre la libre determinación).

²²⁰ A. Remiro Brotons, *Derecho internacional público I. Principios fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1983 (reed.), págs. 130 y 134.

resoluciones posteriores (como la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970 (párrs. 7, 8 y 13)), también señaló su apoyo al proceso histórico de descolonización promovido por un gran número de países de Asia, África y América Latina (párrs. 6, 12, 13, 18 y 19).

238. La *Unión Africana* señaló, en sus observaciones en la presente solicitud de la Asamblea General de una opinión consultiva de la CIJ, la violación constatada de la integridad territorial por la autoridad administradora, lo que afecta al ejercicio del derecho a la libre determinación (párr. 51). Además, en su declaración, la Unión Africana se refirió, en primer lugar, a diferentes resoluciones de la Asamblea General, como la resolución 2066 (XX), que consideran la separación del archipiélago de Chagos como una violación del derecho internacional (párrs. 158, 160 y 161); y, en segundo lugar, a las resoluciones de la antigua Organización de la Unidad Africana (OUA)²²¹, donde se expresa preocupación por la separación unilateral del archipiélago de Chagos de Mauricio y por la situación de la isla Diego García (párrs. 176 y 177).

239. Del mismo modo, *Mauricio* invocó, en su declaración, las resoluciones pertinentes de la Asamblea General (2066 (XX), 2232 (XXI) y 2357 (XXII)) y las resoluciones y decisiones de la antigua OUA y la Unión Africana (UA) con el objeto de poner fin a la ocupación ilegal del archipiélago de Chagos, con su devolución a Mauricio, y completar el proceso de descolonización conexo (párrs. 2.41, 4.23 a 4.44 y 7.3). En este contexto, en la declaración por escrito de *Liechtenstein*, se hizo hincapié en la función de la Asamblea General de las Naciones Unidas a la hora de supervisar la descolonización (párrs. 16 y 17).

240. En su declaración escrita, *Sudáfrica* abordó los efectos que tiene la violación de la integridad territorial en cuestión en los derechos humanos. Sudáfrica sostuvo que tomó en consideración, como en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (de 10 de mayo de 2001) en el asunto de *Chipre c. Turquía*, que el desplazamiento forzado de personas constituye una violación constante del derecho internacional de los derechos humanos (párrs. 80 a 84). Ha habido otras declaraciones en el mismo sentido.

241. Por ejemplo, *Chipre*, por su parte, en su declaración escrita, abordó el interés directo y la función de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el proceso de descolonización en cuestión, el carácter de *ius cogens* del derecho a la libre determinación y la naturaleza *erga omnes* de las obligaciones relativas a la libre determinación (párrs. 26 y 27). *Namibia* añadió, en su declaración escrita, que el derecho a la libre determinación, “firmemente establecido” (incluido en la labor de las Naciones Unidas en materia de descolonización) requiere el “consentimiento libre y auténtico” de la población en cuestión, expresado a través de referendos o plebiscitos, con el fin de determinar el futuro del país (pág. 3).

XVI. La obligación de conceder reparaciones por las violaciones del derecho de los pueblos a la libre determinación

1. Perspectiva temporal

242. Ha habido otra cuestión clave que abordaré ahora y que ha sido debidamente tratada por algunas delegaciones participantes en el transcurso del presente procedimiento consultivo, a saber, la obligación de proporcionar reparación a los pueblos que han sido privados de sus medios de subsistencia, la libre determinación y el desarrollo, y que, por tanto, tienen derecho a una compensación justa y equitativa. En primer lugar, me gustaría puntualizar que la cuestión se puede

²²¹ OUA, resoluciones AHG/Res. 99 (1980) y AHG/Res. 159(2000).

abordar adecuadamente desde una perspectiva histórica. Cabe recordar que los sucesivos abusos y atrocidades que, a lo largo del siglo XX y comienzos del siglo XXI, victimizaron a millones de personas nunca disiparon el pensamiento humanista, que continuó prosperando con la esperanza de lograr un futuro mejor.

243. Un ejemplo de esto es, entre otros, la aseveración, poco después de la Segunda Guerra Mundial, del “*personalismo*” jurídico (por ejemplo, en las obras de Emmanuel Mounier, 1949-1950), con el fin de hacer justicia a la *individualidad del ser humano*, a su vida interior, y de destacar la necesidad de trascendencia (sobre la base de la propia experiencia vital)²²². En un mundo de violencia entre los usos inadecuados del lenguaje, hubo, por tanto, también algunos esfuerzos por conservar la lucidez. Según mis anteriores reflexiones al respecto:

“Esta y otraspreciadas tendencias del pensamiento humanista, casi olvidadas (seguramente por la profesión jurídica) en el frenesí actual, todavía pueden, en mi opinión, arrojar mucha luz a la hora de seguir desarrollando reparaciones para los daños morales causados a los seres humanos”²²³.

244. A este respecto, me gustaría recordar aquí que la citada Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que figura en la resolución 61/295 de la Asamblea General, de 13 de septiembre de 2007 (véase la parte VII *supra*), contiene algunas disposiciones sobre el deber de compensación o reparación por daños con relación al derecho de los pueblos a la libre determinación (artículos 8, 10, 11, 20, 28 y 32). Según dichas disposiciones, se debe proporcionar una reparación o compensación justa y equitativa cuando: a) las personas se ven despojadas de sus tierras, territorios o recursos²²⁴; b) la población se ve privada de sus valores culturales²²⁵; c) las personas son objeto de traslados forzados de población en violación de sus derechos²²⁶; d) la población se ve privada de sus medios de subsistencia o desarrollo²²⁷, o se ve afectada por consecuencias nocivas²²⁸. La Declaración se refiere expresamente a distintas formas de reparación, tales como la restitución²²⁹ o, cuando esto no sea posible, una indemnización justa y equitativa²³⁰ u otra compensación adecuada²³¹.

2. Reafirmaciones de la obligación de conceder reparaciones en el presente procedimiento consultivo

245. Es alentador que, en el transcurso del presente procedimiento consultivo de la CIJ sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, varias delegaciones participantes abordaron expresamente el derecho a reparación, haciendo hincapié en la necesidad de proporcionar una compensación adecuada. Se han reivindicado distintas formas de reparación, como la *restitutio in integrum*, la indemnización y la satisfacción.

²²² Véase E. Mounier, *O Personalismo* (1949-1950), 17ª ed. trad., Lisboa, ed. Texto & Grafia, 2010, págs. 29, 50, 104, 130 y 131.

²²³ A. A. Cançado Trindade, “Genesis and Evolution of the State’s Duty to Provide Reparation for Damages to Rights Inherent to the Human Person”, en *L’homme et le droit - En hommage au Professeur J.-F. Flauss* (eds. E. Lambert Abdelgawad y otros), París, Pédone, 2014, pág. 176.

²²⁴ Artículo 8 2 b).

²²⁵ Artículo 8 2 a).

²²⁶ Artículo 8 2 c) y artículo 28 1) y 2).

²²⁷ Artículo 20.

²²⁸ Artículo 32 (consecuencias nocivas de cualquier tipo, como “consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual”).

²²⁹ Artículo 11 y artículo 28 1).

²³⁰ Artículo 10 y artículo 28 1) y 2).

²³¹ Artículos 8 2), 11 2), 20 2), 28 2) y 32 3).

246. En su declaración escrita, la *Unión Africana* defendió que, en su opinión, existe la obligación de proporcionar *restitutio in integrum*, lo que conlleva “el retorno íntegro del archipiélago de Chagos a Mauricio”, como se refleja en sus propias resoluciones y decisiones y, anteriormente, en las de la OUA; añadió que el Reino Unido debe “*poner fin rápidamente a su ocupación ilegal del archipiélago de Chagos*” y facilitar “*su devolución pronta e incondicional, incluida la isla Diego García*”, a Mauricio²³².

247. Según la Unión Africana, es posible que la *restitutio* deba ir acompañada de una indemnización, como señaló expresamente la propia CIJ en su opinión consultiva (párr. 153) sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado* (de 9 de julio 2004)²³³. La Unión Africana también afirmó que “la violación del derecho de la soberanía permanente sobre los recursos naturales”, en calidad de “principio de derecho internacional consuetudinario” consagrado en la resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, probablemente “haya causado daños reparables”²³⁴, por los que Mauricio y su pueblo deben recibir una indemnización que repare los daños causados por la descolonización incompleta de Mauricio y la administración ilegal del archipiélago de Chagos²³⁵.

248. A continuación, la Unión Africana comentó que el simple reasentamiento “no sería suficiente para reparar los daños causados a los chagosianos y sus propiedades” como resultado de su expulsión del archipiélago, seguida de la prohibición de regresar a él. De ahí la necesidad de proporcionar a los chagosianos “una medida adicional de indemnización que abarque los daños materiales y morales sufridos”, de conformidad con un principio reconocido por la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en una sentencia relativa a las reparaciones de 5 de junio de 2015)²³⁶.

249. La Unión Africana también recordó que, en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de las Naciones Unidas, de 1974, que figura en la resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 1974, se afirmó que los Estados que practican políticas coercitivas, como el colonialismo, son “responsables de la restitución y la plena compensación” ante los países y pueblos afectados (artículo 16). Además, señaló que, en caso de que los chagosianos no recibieran por tanto una reparación plena, podría ser necesario proporcionar una satisfacción apropiada²³⁷.

250. Además, en sus alegaciones orales, la *Unión Africana* señaló que se deben tomar en consideración todas las consecuencias jurídicas (comenzando por las consecuencias para el Reino Unido) derivadas del proceso de descolonización ilegal, en particular la reparación a que tienen derecho los chagosianos²³⁸, en vista de la “la presencia constante e ilícita del Reino Unido en el archipiélago de Chagos”, de forma que sus “preocupaciones militares”, junto con los Estados Unidos, afectan al derecho al desarrollo del pueblo mauriciano²³⁹.

²³² CIJ, declaración escrita de la Unión Africana, párr. 238.

²³³ *Ibid.*, párrs. 239 y 241. La Unión Africana también se refirió al fallo de la CIJ (fondo, de 30 de noviembre de 2010) en la causa *A. S. Diallo*; *ibid.*, párr. 240.

²³⁴ *Ibid.*, párr. 242; en este párrafo, la Unión Africana hizo referencia además a la resolución 3175 (XXVIII) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1973, relativa a la “soberanía permanente sobre los recursos” naturales.

²³⁵ *Ibid.*, párr. 243.

²³⁶ *Ibid.*, párr. 244.

²³⁷ *Ibid.*, párr. 246.

²³⁸ Alegaciones orales de la Unión Africana, en: CIJ, documento CR 2018/27, págs. 27 y 28, párrs. 22 y 23.

²³⁹ *Ibid.*, pág. 28, párr. 25.

251. Por su parte, *Mauricio*, en sus observaciones escritas (sobre otras declaraciones escritas), sostuvo que el Reino Unido tiene la obligación de poner “fin de inmediato” a la actual “situación ilícita” e “insostenible”, y de proporcionar una “reparación plena a Mauricio por los perjuicios causados”²⁴⁰. Mauricio añadió que el Reino Unido está obligado, en virtud del derecho internacional general, a “aplicar la *restitutio in integrum* mediante la devolución del archipiélago de Chagos a Mauricio” y a proporcionar una indemnización por los daños materiales y morales sufridos por los chagosianos²⁴¹, además de una satisfacción, al haber reconocido la CIJ el incumplimiento por parte del Reino Unido de sus obligaciones internacionales con respecto a Mauricio y su pueblo, en particular, los chagosianos²⁴².

252. En sus alegaciones orales, *Nicaragua* sostuvo que, dado que el Reino Unido no culminó el proceso de descolonización de Mauricio, ahora tiene la obligación de “completar el proceso de descolonización de Mauricio al devolverle el archipiélago de Chagos y ofrecer reparación por los perjuicios causados por la prolongada ocupación”²⁴³. La reparación debida a Mauricio debe incluir los medios destinados a “aplicar un programa para reasentar en el archipiélago de Chagos a sus nacionales, en particular los originarios del archipiélago de Chagos”; Después, Nicaragua añadió que el Reino Unido, tras más de 50 años de esta ocupación de Chagos, debe “proceder a poner fin a esta prolongada ocupación colonial lo antes posible”²⁴⁴.

253. Por su parte, *Belice*, en sus alegaciones orales, también defendió que, como el Reino Unido, el Estado administrador, perpetuó la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio, estaba obligado a “detener de inmediato su comportamiento internacionalmente ilícito y ofrecer reparación por esta violación”, a fin de restablecer su integridad territorial²⁴⁵. A su entender, el Estado administrador seguía siendo responsable por este “hecho internacionalmente ilícito” y estaba en la obligación de “restablecer la integridad territorial de Mauricio, en las condiciones en que se encontraba justo antes del comienzo de la violación del derecho internacional en 1965”²⁴⁶.

254. *Sudáfrica* afirmó en su declaración escrita que, como consecuencia de “la falta de culminación de la descolonización de Mauricio”, esa violación de una obligación internacional entraña el deber para el Estado responsable de ofrecer las “reparaciones adecuadas” por los daños causados a “Mauricio y al pueblo chagosiano” a causa de las violaciones del derecho internacional²⁴⁷. Sudáfrica añadió que, en los casos en que los daños entrañan una “violación grave de una norma imperativa de derecho internacional (*ius cogens*), como la perpetuación del colonialismo por la fuerza en violación del derecho a la libre determinación del *ius cogens*”, cabe considerar tales daños como “sumamente nocivos”²⁴⁸.

255. En su declaración escrita, Seychelles, por su parte, denunció que, en “el proceso por el que fueron expulsados de sus hogares y se reasentaron en otros lugares, los chagosianos de Seychelles se enfrentaron a numerosas indignidades y violaciones de sus derechos humanos fundamentales”; a su juicio, es “esencial señalar que, en Seychelles, nunca se entregó ninguna indemnización a la comunidad, a diferencia de

²⁴⁰ CIJ, comentarios escritos de Mauricio, párr. 237.

²⁴¹ *Ibid.*, párr. 238 e) iii y iv).

²⁴² *Ibid.*, párr. 251.

²⁴³ Alegaciones orales de Nicaragua, en: CIJ, documento CR 2018/25, pág. 47, párr. 65.

²⁴⁴ *Ibid.*, págs. 47 y 48, párr. 65.

²⁴⁵ Alegaciones orales de Belice, en: CIJ, documento CR 2018/25, págs. 22 y 23, párr. 62 e).

²⁴⁶ *Ibid.*, págs. 22 y 23, párr. 62 a), b) y e).

²⁴⁷ CIJ, declaración escrita de Sudáfrica, párr. 92, y véase el párr. 87.

²⁴⁸ *Ibid.*, párr. 88.

lo sucedido con las comunidades chagosianas situadas en otras jurisdicciones”²⁴⁹. Seychelles pidió entonces que se “tuvieran debidamente en cuenta” las “preocupaciones legítimas de la comunidad chagosiana de Seychelles”²⁵⁰.

256. Quisiera añadir que otras delegaciones participantes (por ejemplo, las de Namibia, la Argentina, el Brasil, Kenya y Serbia) afirmaron también que el Reino Unido debe adoptar sin demora las medidas necesarias para el reasentamiento de los chagosianos en el archipiélago de Chagos, sin calificarlas expresamente de medidas de reparación²⁵¹. Aun así, es preciso tener en cuenta que el reasentamiento de los chagosianos en el archipiélago de Chagos está directamente vinculado a la *restitutio in integrum* como forma de reparación.

3. El todo indisoluble de las violaciones del derecho y el deber de conceder una reparación adecuada

257. En mi opinión, proporcionar una reparación adecuada a las víctimas es claramente necesario e ineludible en estas circunstancias. Como se acaba de ver, este tema ha suscitado mucha atención y algunas delegaciones participantes lo han estudiado detenidamente en el presente procedimiento consultivo de la CIJ. A mi entender, no existe ninguna justificación para que la CIJ no haya abordado en la presente opinión consultiva el derecho a la reparación, en sus distintas formas, de las personas expulsadas por la fuerza de Chagos y de sus descendientes.

258. Además, en la presente opinión consultiva la CIJ ha reafirmado correctamente la existencia de violaciones perpetradas por la “Potencia administradora”, el Reino Unido, en la separación del archipiélago de Chagos sin consultar a la población local, y en la vulneración de la integridad territorial de Mauricio (párrs. 172 y 173), como se señala en las sucesivas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

259. Esto ha llevado a la CIJ a corroborar, también con razón, que “el hecho de que el Reino Unido siga administrando el archipiélago de Chagos constituye un hecho ilícito que entraña la responsabilidad internacional de ese Estado” (párr. 177). A continuación, añadió lo siguiente:

“En consecuencia, el Reino Unido tiene la obligación de poner fin a su administración del archipiélago de Chagos con la mayor rapidez posible, lo que permitirá a Mauricio completar el proceso de descolonización de su territorio de manera compatible con el derecho de los pueblos a la libre determinación” (párr. 178).

Como conclusión respecto a este asunto, la CIJ reiteró que “el Reino Unido tiene la obligación de poner fin a su administración del archipiélago de Chagos con la mayor rapidez posible”, y añadió que “todos los Estados Miembros deben cooperar con las Naciones Unidas a fin de completar el proceso de descolonización de Mauricio” (párr. 182).

260. Por consiguiente, la CIJ respondió aquí a las dos preguntas que figuran en la solicitud de su opinión consultiva, formulada por la Asamblea General (véase *supra*). Sin embargo, sus respuestas son incompletas, ya que no abordó la violación del *ius cogens*, así como tampoco la debida reparación (en sus diversas formas) para las víctimas. Una y otra vez he venido sosteniendo, en esta Corte, que la violación de

²⁴⁹ Declaración escrita de Seychelles, párr. 5.

²⁵⁰ *Ibid.*, párr. 6.

²⁵¹ Véanse la declaración escrita de Namibia, pág. 4; la declaración escrita de la Argentina, párr. 68; las alegaciones orales del Brasil, en: CIJ, documento CR 2018/23, pág. 45, párr. 18; las alegaciones orales de Kenya, en: CIJ, documento CR 2018/25, pág. 33, párr. 49; y las observaciones escritas de Serbia, párr. 50.

un derecho y la obligación de pronta reparación forman un todo indisoluble; la obligación de reparación no se puede pasar por alto.

261. Por ejemplo, en mi opinión separada en la providencia de la CIJ (de 6 de diciembre de 2016) en la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*, tras apuntar que la violación y la reparación constituyen un todo indisoluble (párrs. 10 a 19), comenté lo siguiente:

“A mi juicio, la violación y la reparación no se pueden separar temporalmente, ya que la segunda cesará de inmediato todos los efectos de la primera. No se puede permitir que los efectos perjudiciales de los incumplimientos se prolonguen indefinidamente en el tiempo, sin ofrecer reparación a las víctimas. [...] El deber de reparación, una obligación fundamental, surge inmediatamente después de la violación y se debe cumplir sin demora, a fin de evitar el agravamiento de los daños ya causados y de restablecer la integridad del ordenamiento jurídico.

De ahí su importancia fundamental, especialmente si lo abordamos desde la perspectiva del carácter central de las víctimas, perspectiva que yo suscribo. No se puede quebrantar el todo indisoluble formado por la violación y su reparación por medio de una prolongación indebida e indefinida en el tiempo” (párrs. 21 y 22).

262. Recientemente, hace un año, en la causa relativa a *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza* (indemnización debida por Nicaragua a Costa Rica), anapé al fallo de la CIJ (de 2 de febrero de 2018) una extensa opinión separada, en la que, entre otras cosas, señalé lo siguiente:

“La reparación va de la mano de la violación, con el objeto de poner fin a todos los efectos de esta última y garantizar el respeto del ordenamiento jurídico. La violación original está inevitablemente vinculada al pronto cumplimiento de la obligación de reparación. Ya defendí esta postura en ocasiones anteriores en esta Corte (como, por ejemplo, en mi opinión disidente en la causa relativa a las *Inmunities jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*, fallo de 3 de febrero de 2012).

Posteriormente, en mi declaración anexa a la providencia de la Corte en la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*, de 1 de julio de 2015, reiteré que la violación y la pronta reparación no están separadas en el tiempo, ya que forman un todo indisoluble. Toda violación debe ir seguida, sin dilación, de la correspondiente reparación, a fin de asegurar la integridad del propio ordenamiento jurídico internacional. No se puede retrasar ni posponer la reparación.

Tal como queda reflejado en las causas relativas a daños ambientales, el todo indisoluble formado por la violación y la reparación presenta una dimensión temporal que no se puede pasar por alto. A mi entender, exige analizar el pasado, el presente y el futuro en conjunto. La búsqueda de *restitutio in integrum*, por ejemplo, requiere observar el presente y el pasado tanto como exige mirar el presente y el futuro. En cuanto al pasado y el presente, si la violación no se ha acompañado de la reparación correspondiente, entonces existe una *situación continua* de violación del derecho internacional.

En lo que al presente y el futuro se refiere, la reparación tiene por objeto poner fin a todos los efectos de los daños ambientales, de manera acumulativa en el tiempo. Es posible que el daño sea irreparable, lo que imposibilita la *restitutio in integrum*, y entonces se aplica la indemnización. En cualquier caso, la responsabilidad por los daños ambientales y la reparación no puede, en mi

opinión, hacer caso omiso de la dimensión intertemporal [...]. Después de todo, los daños ambientales tienen una dimensión de larga duración. [...]

Como la violación y el pronto cumplimiento de la obligación de reparación constituyen un todo indisoluble, a mi juicio, esta obligación es, por tanto, verdaderamente *fundamental*, en lugar de simplemente “secundaria”, como se suele dar por supuesto de manera superficial. Ya en la anterior causa relativa a las reparaciones sobre la que se pronunció esta Corte, *A. S. Diallo (Guinea c. República Democrática del Congo)* (indemnización, fallo de 19 de junio de 2012), señalé esta cuestión en mi opinión separada (párrs. 97 y 98): la obligación de reparación es verdaderamente *fundamental*, de suma importancia, ya que es un ‘imperativo de la justicia’” (párrs. 12 a 16).

263. Otra cuestión que abordé en esa opinión separada fue que para que un examen de las reparaciones sea adecuado no puede limitarse solo a las indemnizaciones; también debe tomar en consideración las reparaciones en todas sus formas (párrs. 30 a 36 y 59 a 65). El análisis del objeto de la presente opinión consultiva y la conclusión de la CIJ acerca de la existencia de violaciones con relación a la descolonización (*supra*) ponen de relieve la pronta reparación correspondiente que se debe proporcionar, en todas sus formas, a saber: la *restitutio in integrum*, la indemnización adecuada, la satisfacción (incluida la disculpa pública), la rehabilitación de las víctimas y la garantía de no repetición de los hechos u omisiones nocivos.

XVII. La reivindicación de los derechos de los pueblos, con las reparaciones pertinentes, y la misión de los tribunales internacionales

264. Otro aspecto que no debería pasar inadvertido aquí es que, hoy en día, se reivindican, además de los derechos de las personas y los grupos, los derechos de los pueblos, incluidas las reparaciones. Esto pone de manifiesto la misión de los tribunales internacionales contemporáneos a este respecto. En el transcurso del presente procedimiento consultivo sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, algunas de las delegaciones participantes han hecho referencia a título ilustrativo a diferentes decisiones de tribunales internacionales.

265. En este sentido, quisiera recordar que la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 se centra expresamente en los derechos de los pueblos. Desde el preámbulo, hace referencia a la conciencia del deber de comprometerse a “eliminar” el colonialismo y el neocolonialismo, y “hacer desaparecer las bases militares extranjeras agresivas” (párr. 9). Tras defender la igualdad de los pueblos (artículo 19), afirma que todos los pueblos “[t]endrán el incuestionable e inalienable derecho a la autodeterminación” (artículo 20 1)). Además, en la Carta se añade que todos los pueblos tienen derecho a disponer libremente de sus recursos naturales (artículo 21 1)), y, “[e]n caso de expoliación, el pueblo desposeído” tiene derecho a la recuperación de su propiedad y a “una compensación adecuada” (artículo 21 2))²⁵². En la Carta, se afirma también el derecho al desarrollo de los Estados (artículo 22 2)).

²⁵² Además, se establece que los Estados partes “se comprometerán a eliminar toda forma de explotación económica extranjera, especialmente la practicada por los monopolios internacionales, con el fin de posibilitar que sus pueblos se beneficien plenamente de las ventajas derivadas de sus recursos naturales” (artículo 21 5)).

266. De esta manera, resulta comprensible, y tranquilizador, que el tema empezase a tratarse en la Carta Africana incluso antes de la época de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos²⁵³, también por su predecesora, la antigua Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (creada en 1987). Actualmente, la cuestión ha sido tomada en consideración tanto por la Comisión como por la Corte, en las dos causas pertinentes relativas a las comunidades *Endorois* y *Ogiek* (ambas con relación a Kenya).

267. La emblemática causa *Endorois*, presentada originalmente ante la Comisión Africana en 2003, fue resuelta por esta el 25 de noviembre de 2009²⁵⁴. La Comisión declaró que la expulsión de la comunidad indígena de los endorois de sus tierras en Kenya fue ilegal, ya que violó algunos derechos protegidos en virtud de la Carta Africana²⁵⁵. Por consiguiente, en sus recomendaciones, la Comisión concedió reparaciones al pueblo endorois por el desalojo forzoso de sus tierras ancestrales y por todas las pérdidas sufridas (párr. 298 y parte dispositiva núm. 1).

268. Habiendo examinado la situación de *vulnerabilidad* de las víctimas, las reparaciones previstas por la Comisión incluyeron la *restitución* de las tierras tradicionales al pueblo endorois y la *indemnización* por el daño que sufrieron durante su desplazamiento forzado. Además, en la decisión de la Comisión, se hizo referencia a la interrelación, con arreglo a la Carta Africana, entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, que no pueden dissociarse (párr. 242). También fue la primera vez que una decisión de la Comisión abordó el derecho al desarrollo (párr. 277).

269. Por otra parte, en su decisión en la causa *Endorois* (fondo), la Comisión Africana, para llegar a sus recomendaciones, analizó detenidamente la jurisprudencia internacional relevante sobre la cuestión, en particular y en gran parte las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (párrs. 159 a 162, 190, 197, 198, 205, 258 a 266, 284, 285, 287 y 289)²⁵⁶. Sus medidas de reparación en la causa *Endorois* fueron recibidas con atención y buena voluntad, y sus repercusiones fueron reconocidas rápidamente en la doctrina especializada²⁵⁷.

²⁵³ A partir de la entrada en vigor, el 25 de enero de 2005, del Protocolo de la Carta de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo al Establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1998, que empezó a funcionar en 2006.

²⁵⁴ Decisión emitida por la Comisión en febrero de 2010, cuando fue inmediatamente respaldada por la Unión Africana.

²⁵⁵ A saber, la libertad de religión (artículo 8); el derecho a la propiedad (artículo 14); el derecho a la cultura (artículo 17); el derecho a los recursos naturales (artículo 21); y el derecho al desarrollo (artículo 22).

²⁵⁶ Por ejemplo, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (de 31 de agosto de 2001), *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (de 17 de junio de 2005), *Comunidad Moiwana vs. Surinam* (de 15 de junio de 2005), *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* (de 29 de marzo de 2006) y *Pueblo Saramaka vs. Surinam* (de 26 de noviembre de 2007). La importancia de esta jurisprudencia se estudia en mi libro de memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: A. A. Cañado Trindade, *El ejercicio de la función judicial internacional - Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 5ª ed. rev., op. cit. infra en nota 261, págs. 95 a 97, 163 a 169, 220, 221, 224 a 226, 371 y 377 a 379.

²⁵⁷ Véanse por ejemplo, entre otros, E. Ashamu, "Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on Behalf of Endorois Welfare Council versus Kenya: A Landmark Decision from the African Commission", *Journal of African Law* (2011), vol. 55., págs. 301, 302, 307 y 309 a 313; S. Smis, D. Cambou y G. Ngende, "The Question of Land Grab in Africa and the Indigenous Peoples' Right to Traditional Lands, Territories and Resources", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* (2013), núm. 35, págs. 508, 518, 526 a 531, 534 y 535; G. Lynch, "Becoming Indigenous in the Pursuit of Justice: The African Commission on Human and Peoples' Rights and the Endorois", *African Affairs* (2012), vol. 111, págs. 39 y 40; D. M. K. Inman, "The Cross-Fertilization of Human Rights Norms and

270. Posteriormente, en 2012, la Comisión Africana remitió la otra causa relativa a la comunidad *Ogiek* a la Corte Africana, que pronunció su sentencia el 26 de mayo de 2017. La Corte también concluyó que el desalojo forzoso del pueblo ogiek de sus tierras ancestrales en Kenya supuso una violación de sus derechos a la tierra (párr. 131), además de algunos otros derechos protegidos en virtud de la Carta Africana²⁵⁸. Entonces, la Corte ordenó que se adoptasen todas las medidas apropiadas, dentro de un plazo razonable, a fin de proporcionar diversas formas de reparación al pueblo ogiek desplazado por la fuerza: se previó, por tanto, una sentencia separada para tal efecto (párrs. 222, 223 y 227)²⁵⁹. El asunto sigue abierto en la Corte Africana y se espera que esta se pronuncie pronto sobre la cuestión de las reparaciones en la causa *Ogiek*. La sentencia de 2017 de la Corte Africana ya tuvo sus primeras repercusiones²⁶⁰.

271. También puede hacerse referencia aquí a otros sistemas regionales (europeo e interamericano) de protección internacional de los derechos humanos. En cuanto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya he indicado (parte XV *supra*) por ejemplo que en el transcurso del presente procedimiento consultivo de la CIJ sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965, Sudáfrica* se refirió, en su declaración escrita, a la sentencia (de 10 de mayo de 2001) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Chipre c. Turquía*, en relación con el desplazamiento forzado de los nacionales greco-chipriotas (párr. 82); Sudáfrica añadió que la continuación del desplazamiento forzado de los chagosianos por el Reino Unido en el asunto de la presente opinión consultiva de la CIJ constituía un “perjuicio constante” que exigía reparaciones (párr. 84).

272. De hecho, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concedió reparaciones en el citado asunto *Chipre c. Turquía*, en su subsiguiente sentencia de 12 de mayo de 2014, una decisión que demuestra la pertinencia del *cas d'espèce*, invocado por Sudáfrica ante la CIJ. Sin embargo, no puede decirse lo mismo con relación a otra decisión (de 11 de diciembre de 2012) de una Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a saber, la que emitió su decisión en el asunto *Naturales de las islas Chagos c. Reino Unido*, a la que la CIJ hizo una breve mención en la presente opinión consultiva (párr. 128). Esa decisión, que desestimó la reclamación de los chagosianos al considerarla inadmisibile, fue desacertada, ya que, a excepción de 471 de ellos, la mayoría de los chagosianos no había recibido reparación alguna.

273. Además, al exigir de manera indebida que la gran mayoría de los chagosianos agotase los recursos internos, los dejó sin protección. Por otra parte, al sostener que las nuevas generaciones de chagosianos no nacidos allí (en Chagos) no podían pretender ser “víctimas” de las expulsiones, la Sala Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también limitó su capacidad de obtener una reparación en el futuro, de forma incompatible con el Convenio Europeo de Derechos

Indigenous Peoples in Africa: From Endorois and Beyond”, *International Indigenous Policy Journal* (2014), vol. 5, núm. 4, págs. 8, 10 a 17, 20 y 21.

²⁵⁸ A saber, el derecho a la no discriminación (artículo 2); el derecho a la cultura (artículos 17 2) y 3); el derecho a la religión (artículo 8); el derecho a la propiedad (artículo 14); el derecho a los recursos naturales (artículo 21); y el derecho al desarrollo (artículo 22).

²⁵⁹ Como la restitución a los ogiek de sus tierras ancestrales; las indemnizaciones por los daños sufridos; la publicación de una disculpa pública a los ogiek; o la construcción de un monumento público en reconocimiento de los derechos de los ogiek.

²⁶⁰ Véanse, por ejemplo, L. Claridge, “Victory for Kenya’s Ogiek as African Court Sets Major Precedent for Indigenous Peoples’ Land Rights”, en *Briefing – Minority Rights Group International* (2017), págs. 3 y 6 a 8; E. Tramontana, “The Contribution of the African Court on Human and Peoples’ Rights to the Protection of Indigenous Peoples’ Rights”, *Federalismi - Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo* (2018), núm. 6, págs. 3, 7 y 19.

Humanos y con los principios generales del derecho internacional. Una “renuncia” desconocida de esta índole perjudica de nuevo a los chagosianos expulsados por la fuerza, así como a las víctimas de sus descendientes.

274. En mi opinión, el daño sufrido por los chagosianos expulsados originalmente se extiende a sus descendientes, a las nuevas generaciones (incluso aunque se consideren víctimas “indirectas”). Me gustaría añadir que la Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptó una posición muy distinta a la de la Sala Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Naturales de las islas Chagos*, y mucho más avanzada. En mi libro de memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dediqué todo un capítulo (XIX) a la proyección del sufrimiento humano de las víctimas en el tiempo²⁶¹.

275. Como cabía esperar, a los chagosianos les molestó la decisión de la Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Naturales de las islas Chagos*, que, en su percepción, apoyó la “mentalidad colonial”, al afirmar que el hecho de que solo una parte de las personas expulsadas por la fuerza recibiese algún tipo de indemnización a nivel del derecho interno, a su juicio, impedía indebidamente a los chagosianos, en su gran mayoría, presentar sus reclamaciones ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁶². Además, quisiera añadir que la decisión de la Sala Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 11 de diciembre de 2012, en el asunto *Naturales de las islas Chagos*, a la que la CIJ hizo una breve referencia en la presente opinión consultiva (párr. 128), no es compatible con la jurisprudencia consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos propiamente dicho sobre la cuestión.

276. Además, la Sala Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al desestimar las reivindicaciones de los peticionarios, afirmó que ya se habían “resuelto” en los tribunales nacionales “con carácter definitivo” (párr. 83). Mientras que decidió no hacer nada por los peticionarios, al menos reconoció lo siguiente:

“La esencia de las reclamaciones de la parte demandante con arreglo al Convenio es el trato cruel y vergonzoso que sufrieron ellos o sus antepasados entre 1967 y 1973, cuando se les expulsó de sus hogares en las islas o se les impidió volver a ellos, y las adversidades inmediatamente dimanantes de ello” (párr. 83).

²⁶¹ Véase A. A. Cançado Trindade, *El ejercicio de la función judicial internacional - Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 5ª ed. rev., Belo Horizonte (Brasil), edit. Del Rey, 2018, cap. XIX, págs. 163 a 169; y, para consultar un ejemplo significativo, véase A. A. Cançado Trindade, “The Right to Cultural Identity in the Evolving Jurisprudential Construction of the Inter-American Court of Human Rights”, en *Multiculturalism and International Law - Essays in Honour of E. McWhinney* (eds. Sienho Yee y J.-Y. Morin), Leiden, Nijhoff, 2009, págs. 477 a 499.

²⁶² Por otra parte, expresaron su esperanza de cambio en la decisión de la Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 11 de diciembre de 2012, en el asunto *Naturales de las islas Chagos*, a fin de allanar el camino para hacer justicia a todas las víctimas, un cambio que, hasta la fecha, no se ha producido. Con relación a su reacción negativa a la injusticia cometida contra ellos por la citada decisión de la Sala Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus críticas al respecto, véanse: O. Bancoult, “The Historic Legal Battle of the Chagossians to Return to Their Homeland, the Chagos Islands, and to Be Compensated for Their Deportation: A Narrative”, *South African Yearbook of International Law* (2014), vol. 39, págs. 21 a 31, esp. págs. 28 a 30; C. Grandison, S. Niki Kadaba y A. Woo, “Stealing the Islands of Chagos: Another Forgotten Story of Colonial Injustice”, *Human Rights Brief* (2012), vol. 20, págs. 38 a 42; C. Alexandre y K. Koutouki, “Les déplacés de Chagos: Retour sur la lutte de ces habitants pour récupérer leur terre ancestrale”, *Revue québécoise de droit international* (2014), vol. 27, págs. 21 y 23; M. Tong, “The Concept of ‘Peoples’ in the African Human Rights System: The Matter of the People of the Chagos Islands”, *South African Yearbook of International Law* (2014), vol. 39, págs. 33, 34, 46 y 47.

277. Por consiguiente, los peticionarios merecían haber sido tratados por la Sala Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de plena conformidad con el Convenio Europeo, ya que sus reclamaciones no se habían resuelto ante los tribunales nacionales y la gran mayoría de ellos no había recibido ninguna indemnización; además, a lo largo de todo ese intervalo prolongado, ellos y sus descendientes trataron de buscar justicia. Esta es una situación que debe tenerse en cuenta en la búsqueda de las Naciones Unidas de la realización de la justicia, que se refleja, entre otras cosas, en el trabajo ya analizado del CDH (véase la parte V *supra*).

278. En cuanto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en otro sistema regional de protección de los derechos humanos, su contribución ha sido considerable a la hora de conceder reparaciones por la violación de los derechos de los pueblos, por ejemplo, en sus sentencias en los casos, entre otros, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (de 31 de agosto de 2001), *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (de 17 de junio de 2005), *Comunidad Moiwana vs. Surinam* (de 15 de junio de 2005) o *Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay* (de 29 de marzo de 2006).

279. Como ya he analizado esta cuestión en otros lugares²⁶³, en la presente opinión separada basta con destacar de manera breve algunos de esos casos, donde se abordó realmente el derecho fundamental a la vida de los pueblos *lato sensu*, incluida su identidad cultural. A todas las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en esos casos, anexé votos razonados centrados en esos aspectos. Esas sentencias tuvieron una influencia directa en la salvaguardia de los derechos de los pueblos, su identidad cultural y su propia supervivencia.

280. Así, poco después de la referida sentencia de 2005 (fondo y reparaciones) en el caso *Comunidad indígena Yakye Axa*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió su interpretación de la sentencia de 6 de febrero de 2006; anexé asimismo mi voto razonado a esta, donde advertí lo siguiente:

“Uno no puede vivir en un constante desarraigo y abandono. El ser humano tiene necesidad espiritual de raíces. Los miembros de comunidades tradicionales valoran particularmente sus tierras, que consideran que a ellos pertenece, así como, al revés, ellos ‘pertenecen’ a sus tierras. En el presente caso, la entrega definitiva de las tierras a los miembros de la comunidad Yakye Axa es una forma necesaria de reparación, que además protege y preserva su propia identidad cultural y, en última instancia, su derecho fundamental a la vida *lato sensu*” (párr. 14).

281. En el caso *Comunidad indígena Yakye Axa* (2005-2006), al igual que en el caso *Comunidad indígena Sawhoyamaxa* (2006), se hizo referencia tanto al desplazamiento forzado de los miembros de las dos comunidades locales fuera de sus tierras (debido a una comercialización promovida por el Estado de tales tierras) como a su supervivencia junto a una carretera, en condiciones de pobreza extrema. En este último caso, *Comunidad indígena Sawhoyamaxa* (2006), consideré apropiado reflexionar en mi voto razonado sobre lo siguiente:

“El concepto de *cultura*, —originado del ‘*colere*’ romano, significando cultivar, tomar en cuenta, cuidar y preservar—, se manifestó, originalmente, en la agricultura (el cuidado con la tierra). Con Cícero, el concepto pasó a ser usado para cuestiones del espíritu y del alma (*cultura animi*). Con el *pasar del tiempo*, pasó a ser asociado al humanismo, a la actitud de preservar y cuidar de las cosas del mundo, inclusive las del pasado. Los pueblos —los seres humanos en su entorno social— desarrollan y preservan sus culturas para entender y relacionarse con el mundo exterior, ante el misterio de la vida. De ahí la

²⁶³ Véase la nota 261 *supra*.

importancia de la identidad cultural, como componente o agregado del propio derecho fundamental a la vida” (párr. 4).

282. Además, en el mismo voto razonado en el caso *Comunidad Sawhoyamaya*, destacué también la “vinculación estrecha e ineludible” entre el derecho a la vida *lato sensu* y la identidad cultural (como uno de sus componentes). En lo que concierne a los miembros de comunidades indígenas, añadí, “la identidad cultural se encuentra estrechamente vinculada a sus tierras ancestrales. Si se les priva de estas últimas, mediante su desplazamiento forzado, se afecta seriamente su identidad cultural y, en última instancia, su propio derecho a la vida *lato sensu*, o sea, el derecho a la vida de cada uno y de todos los miembros de cada comunidad” (párr. 28). Cuando esto ocurre, se ven empujados hacia una situación de “grave vulnerabilidad”, de marginación social y de abandono, como en el *cas d’espèce* (párr. 29).

283. En otra ocasión, en el caso antes mencionada de la *Comunidad Moiwana* (2005), la Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó la masacre de los n’djukas en la aldea de Moiwana, en Suriname, y el drama del desplazamiento forzado de los supervivientes. La Corte valoró debidamente la relación de los n’djukas de Moiwana con sus tierras tradicionales, habiendo advertido que los “derechos territoriales más amplios están depositados en todo el pueblo, según la costumbre n’djuka; los miembros de la comunidad consideran que dichos derechos son perpetuos e inalienables” (párr. 86 6)). La sentencia de la Corte ordenó una serie de medidas de reparación²⁶⁴, en particular, medidas para fomentar el retorno voluntario de las personas desplazadas a sus tierras y comunidades originales en Suriname, respectivamente²⁶⁵.

284. En mi extenso voto razonado (párrs. 1 a 93), recordé que los miembros supervivientes de la comunidad Moiwana habían denunciado, en el transcurso del procedimiento (audiencia pública llevada a cabo el 9 de septiembre de 2004) ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la destrucción (en 1986) de su “tradición cultural” (párr. 80)²⁶⁶. Añadí que existió, por tanto, en el *cas d’espèce*, más allá del daño moral, la configuración de un verdadero *daño espiritual* (párrs. 71 a 81). Además, incluso más allá del *derecho a un proyecto de vida*, me atreví a identificar y tratar de conceptualizar lo que denominé el *derecho a un proyecto de posvida* (párrs. 67 a 70)²⁶⁷. De hecho, la prueba pericial presentada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refiere expresamente a “enfermedades de origen espiritual”²⁶⁸. Sobre este aspecto en concreto, también sostuve, en mi voto razonado, lo siguiente:

²⁶⁴ Entre las que se incluyeron tanto indemnizaciones como reparaciones no pecuniarias de distintos tipos.

²⁶⁵ La delimitación, la demarcación y la expedición de títulos de propiedad de las tierras comunales de los n’djukas en la comunidad Moiwana, como una forma de reparación no pecuniaria, tiene repercusiones mucho más amplias de lo que puede parecer *prima facie*.

²⁶⁶ Desde entonces, esto los ha atormentado; añadí que no pudieron dar un entierro adecuado a los restos mortales de sus seres queridos y se vieron sometidos a las presiones del desarraigo, un problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal en nuestros tiempos (párrs. 13 a 22). Su sufrimiento se prolongó en el tiempo durante casi dos decenios (párrs. 24 a 33). En su cultura, la mortalidad estaba dotada de una inevitable relevancia para los vivos, las personas supervivientes (párrs. 41 a 46), que asumieron obligaciones respecto a sus muertos (párrs. 47 a 59).

²⁶⁷ Observé además, en mi voto razonado, que la evidencia testimonial presentada ante la Corte en el *cas d’espèce* indicó que, conforme a la cosmovisión de los n’djukas, en circunstancias similares a las del presente caso, “los vivos y los muertos sufren juntos y eso tiene una proyección intergeneracional”, así como consecuencias para las clases de reparaciones debidas, también en forma de *satisfacción* (por ejemplo, honrando a los muertos en las personas de los vivos) (párr. 77).

²⁶⁸ Párrafos 77 e) y 83 9) de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“El *daño espiritual*, como el que sufren los miembros de la comunidad de Moiwana, es un daño grave y corresponde resarcirlo, del modo (inmaterial) como ya he indicado. [...]

Se violó y se siguió violando, continuamente [...], el derecho de los n’djukas a un proyecto de vida y *de posvida*. [...] Algunas de las medidas de reparaciones ordenadas por la Corte en la presente sentencia se oponen al olvido, para que este tipo de atrocidad nunca más vuelva a suceder. [...]

En resumen, la amplia gama de medidas de reparación ordenadas por la Corte en la presente sentencia del caso *Comunidad Moiwana* [...] se ha concentrado en la posición de las víctimas [...]. En el *cas d’espèce*, la memoria colectiva de los n’djukas maroon queda, por el presente documento, debidamente preservada, contra el olvido, en honor a sus muertos, protegiendo su derecho de vida *lato sensu*, incluyendo el derecho a una identidad cultural, que se manifiesta en sus reconocidos lazos de solidaridad con los muertos” (párrs. 81, 91 y 92)²⁶⁹.

285. Existen, por consiguiente, como se puede observar, elementos en la jurisprudencia internacional que respaldan la reivindicación de los derechos de los pueblos, junto con la provisión de las debidas reparaciones. A mi entender, no hubo ninguna razón para que la CIJ, en la presente opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, no haya tenido debidamente en cuenta esta cuestión significativa de la reivindicación de los derechos de los pueblos con la debida reparación, en cumplimiento de la misión de los tribunales internacionales contemporáneos.

286. Después de todo, como ya he señalado en la presente opinión separada (véase la parte XVI *supra*), algunas de las delegaciones participantes abordaron la obligación de ofrecer reparación por las violaciones del derecho de los pueblos a la libre determinación en el transcurso del presente procedimiento consultivo. La Corte debería haber tomado esto en consideración de manera expresa en la presente opinión consultiva, de conformidad con los principios generales del derecho internacional.

287. En cualquier caso, como también he indicado ya (párr. 259 *supra*), la propia CIJ concluyó correctamente (párr. 177) que el hecho de que el Reino Unido “siga administrando el archipiélago de Chagos constituye un hecho ilícito que entraña la responsabilidad internacional de ese Estado”. La CIJ también concluyó acertadamente (párr. 181), con relación al “reasantamiento en el archipiélago de Chagos de los nacionales de Mauricio, en particular los originarios del archipiélago de Chagos”, que se trataba “de una cuestión relativa a la protección de los derechos humanos de los afectados que la Asamblea General debería abordar durante la conclusión del proceso de descolonización de Mauricio”.

XVIII. La reivindicación de los derechos de las personas y de los pueblos y la importante función de los principios generales del derecho en la realización de la justicia

288. Esto me lleva a mi última serie de reflexiones. Los principios fundamentales son, en realidad, los fundamentos de la realización de la justicia misma, y el pensamiento iusnaturalista siempre ha hecho hincapié en su importancia.

²⁶⁹ Para consultar un estudio de caso, véase A. A. Cançado Trindade, “The Right to Cultural Identity in the Evolving Jurisprudential Construction of the Inter-American Court of Human Rights”, en *Multiculturalism and International Law - Essays in Honour of E. McWhinney*, op. cit. *supra* en nota 261, págs. 477 a 499.

Por tanto, el *ius necessarium* se compone de leyes que son justas, derivadas de la *recta ratio*. Los principios generales del derecho, asimilados por la conciencia humana a lo largo de los siglos, son, por consiguiente, de suma importancia en la interpretación, la aplicación y el desarrollo progresivo del derecho internacional.²⁷⁰

289. El reconocimiento de los “principios generales del derecho” y su introducción en la indicación de las fuentes “formales” de derecho internacional que figuran en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte de La Haya (CPJI/CIJ) son de suma importancia, y el pensamiento jurídico contemporáneo debe prestarles una mayor atención. Después de todo, sientan las bases del derecho internacional y conforman las normas de este. Dichos principios generales del derecho siempre han estado presentes en la búsqueda de la realización de la justicia, donde los aspectos fundamentales de la humanidad desempeñan un papel de suma importancia.

290. La postura básica de un tribunal internacional solo puede ser principista, sin hacer concesiones indebidas al voluntarismo de los Estados. El positivismo jurídico siempre ha tratado, en vano, de minimizar el papel de los principios generales del derecho, pero la verdad es que, sin esos principios, no existe ningún sistema jurídico en absoluto. Esos principios dan expresión a la idea de una *justicia objetiva*, allanando el camino para la aplicación del derecho internacional *universal*, el nuevo *ius gentium* de nuestros tiempos.

291. Dichos principios revisten una gran importancia, en vista de la creciente tragedia contemporánea de las personas desplazadas por la fuerza o los migrantes indocumentados, que se encuentran en situaciones de extrema vulnerabilidad en distintas partes del mundo²⁷¹. Esta continua y creciente tragedia humana demuestra que las lecciones del pasado parecen haber sido olvidadas en gran medida. Esto refuerza la relevancia de los principios y valores fundamentales, que ya rigen las actividades de las Naciones Unidas, en particular de su Asamblea General, como se indica en la presente opinión separada, así como la jurisprudencia internacional (principalmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) sobre la cuestión²⁷².

292. En efecto, tuve la oportunidad de reflexionar, por ejemplo en mi voto concurrente en la revolucionaria opinión consultiva núm. 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de 17 de septiembre de 2003) sobre la *Condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados*, sobre lo siguiente:

²⁷⁰ Véase A. A. Cançado Trindade, “Foundations of International Law: The Role and Importance of Its Basic Principles”, XXX Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - OEA (2003), págs. 359 a 415.

²⁷¹ Para consultar las últimas evaluaciones, desde una perspectiva histórica, de esas situaciones actuales y preocupantes, véanse A. A. Cançado Trindade, L. Ortiz Ahlf y J. Ruiz de Santiago, *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana*, 2ª ed. rev., México, ed. Porrúa/Escuela Libre de Derecho, 2017, págs. 1 a 225; A. A. Cançado Trindade, “Les tribunaux internationaux et leur mission commune de réalisation de la justice: Développements, état actuel et perspectives”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (2017), vol. 391, págs. 19 a 101; J. Ruiz de Santiago, “Aspects juridiques des mouvements forcés de personnes”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (2018), vol. 393, págs. 348 a 462; y véase C. Swinarski, “Effets pour l'individu des régimes de protection de droit international”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (2017), vol. 391, págs. 306 a 310 y 334 a 339.

²⁷² Para consultar un estudio, véanse A. A. Cançado Trindade, “Le déracinement et la protection des migrants dans le Droit international des droits de l'homme”, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Bruselas (2008), vol. 19, núm. 74, págs. 289 a 328; A. A. Cançado Trindade, “El desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal”, *op. cit. infra* en nota 274, págs. 65 a 120.

“Todo sistema jurídico tiene principios fundamentales, que inspiran, informan y conforman sus normas. Son los principios (derivados etimológicamente del latín *principium*) que, evocando las causas primeras, fuentes u orígenes de las normas y reglas, confieren cohesión, coherencia y legitimidad a las normas jurídicas y al sistema jurídico como un todo. Son los principios generales del derecho (*prima principia*) que confieren al ordenamiento jurídico [...] su ineluctable dimensión axiológica; son ellos que revelan los valores que inspiran todo el ordenamiento jurídico y que, en última instancia, proveen sus propios fundamentos. Es así como concibo la presencia y la posición de los principios en cualquier ordenamiento jurídico, y su rol en el universo conceptual del derecho. [...]

De los *prima principia* emanan las normas y reglas, que en ellos encuentran su sentido. Los principios encuéntrase así presentes en los orígenes del propio derecho. Los principios nos muestran los fines legítimos que buscar: el bien común [...], la realización de la justicia [...], el necesario primado del derecho sobre la fuerza [...]. [...] [S]i no hay principios, tampoco hay verdaderamente un sistema jurídico. Sin los principios, el ‘orden jurídico’ simplemente no se realiza, y deja de existir como tal” (párrs. 44 y 46).

293. En la CIJ también he mantenido la misma posición. Por ejemplo, en mi extensa opinión separada en la opinión consultiva anterior de la CIJ (de 22 de julio de 2010) sobre la *Declaración de independencia de Kosovo*, señalé, entre otras cosas, la pertinencia de los principios del derecho internacional en el marco del derecho de las Naciones Unidas, y en relación con los *finés humanos* del Estado (párrs. 177 a 211), lo que también permite superar el paradigma estrictamente interestatal en el derecho internacional contemporáneo. Lo hago de nuevo en la presente opinión separada en la nueva opinión consultiva de la CIJ de hoy, 25 de febrero de 2019, sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*.

294. La incorporación a los principios generales de derecho, en el Artículo 38 1) C) del Estatuto de la CPJI/CIJ, de la calificación “reconocidos por las naciones civilizadas” fue, a mi juicio, distraída y se llevó a cabo sin reflexionar y sin un mínimo de espíritu crítico, habida cuenta de que, en 1920, en 1945 y en la actualidad, era y sigue siendo imposible determinar cuáles son las “naciones civilizadas”. Ningún país debe considerarse esencialmente “civilizado”; solo podemos identificar aquellos países que se comportan de una manera “civilizada” durante un tiempo determinado, y en tanto se comporten de ese modo.

295. En mi opinión, esa calificación se añadió a los “principios generales de derecho” en el Artículo 38 del Estatuto de la CPJI en 1920 por letargo mental y se mantuvo en el Estatuto de la CIJ en 1945, donde permanece hasta ahora (principios de 2019), por inercia mental, y sin ningún espíritu crítico. Debemos tener más valentía y humildad, algo tan necesario, en cuanto a nuestra condición humana, dada la notable propensión de las personas hacia una crueldad ilimitada. Desde las tragedias de la Antigua Grecia hasta las contemporáneas: la existencia humana siempre ha estado rodeada de tragedia. En definitiva, no hay naciones ni países “civilizados” *per se*, sino únicamente países que se comportan de manera civilizada durante un tiempo determinado, y en tanto se comporten de ese modo²⁷³.

²⁷³ Los países “civilizados” se pueden definir como aquellos que respetan y garantizan por completo, en sus jurisdicciones respectivas, el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas y de los pueblos, en la medida en que los respeten y los garanticen y en tanto así lo hagan, siendo, en última instancia, la mejor medida del grado de “civilización alcanzado”; A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, *op. cit. supra* en nota 175, pág. 344.

296. Es importante tener esto en cuenta, especialmente en una época como la actual, donde cada vez se destina menos tiempo a la lectura y el pensamiento, así como a la extracción de enseñanzas del pasado. En resumen, debe mantenerse siempre presente que, en efecto, no existen naciones que sean, por su propia naturaleza, civilizadas. Existen precisamente naciones que, durante algún tiempo, se comportan de manera civilizada, en tanto actúen de conformidad con el derecho internacional y en la medida en que se ajusten a este, y con el debido respeto de los derechos de los seres humanos y de los pueblos. La fuente material de derecho internacional en última instancia, y de todo derecho, es, como he venido sosteniendo desde hace años²⁷⁴, la conciencia humana, la conciencia jurídica universal.

297. La CIJ no puede seguir aplicando una perspectiva estrictamente interestatal, como suele hacer: en la presente solicitud de la Asamblea General de su opinión consultiva, estamos frente a los correspondientes *derechos de los pueblos*, a los que la Asamblea General de las Naciones Unidas siempre ha dirigido su atención y sensibilidad, sobre la base de la propia Carta de las Naciones Unidas. El enfoque en este caso se centra en la importancia de los derechos de los pueblos, como su derecho a la libre determinación, que cuenta con el firme apoyo de la gran mayoría de las delegaciones participantes.

298. En la presente opinión consultiva, la CIJ presta atención, como de costumbre, al “consentimiento” de los distintos Estados, tanto en referencia a los argumentos de las delegaciones participantes (párrs. 67, 83, 95 y 106) como en la presentación de su propio razonamiento (párrs. 85, 90 y 172); la CIJ incluso se refiere al “consentimiento” como un “principio” (párr. 90). Durante años, en esta Corte, he venido sosteniendo que el “consentimiento” no es ni puede ser un “principio”.

299. Así, en mi amplia opinión disidente en el fallo de la CIJ (de 1 de abril de 2011) en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia)*, donde la Corte determinó que no tenía competencia para estudiar la demanda, señalé que la “obsoleta concepción voluntarista” junto con la actitud de “una parte considerable de la profesión jurídica” seguían poniendo de relieve la “importancia general del *consentimiento* individual de los Estados, lo que lo sitúa, lamentablemente, muy por encima de los imperativos de la realización de la justicia a nivel internacional” (párr. 44, y véase el párr. 127).

300. Después de referirme a la insatisfacción de la doctrina jurídica internacional más lúcida con la dependencia de los Estados de sus propios términos de consentimiento y a sus empeños por “superar las vicisitudes de la ‘voluntad’ de los Estados” (párrs. 188 y 189), hice hincapié en la importancia de los principios generales del derecho y los valores fundamentales, que se sitúan muy por encima del consentimiento del Estado (párr. 194), tales como el principio fundamental de igualdad y no discriminación, dentro del ámbito del *ius cogens* (párr. 195). Para concluir mi opinión disidente, añadí lo siguiente:

“[...] La CIJ no puede permanecer indiferente ante tal injusticia del ‘sino de las personas’ ni ante el sufrimiento humano. No puede seguir haciendo caso omiso de la tragedia. Dado que esta persiste, siendo aparentemente propia de la

²⁷⁴ Véanse, entre otros, A. A. Cançado Trindade, “El desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal”, en Forum Deusto, *Movimientos de personas e ideas y multiculturalidad* (ed. J. Elzo), Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, págs. 65 a 120; A. A. Cançado Trindade, “La Recta Ratio dans les Fondements du Jus Gentium comme Droit International de l’Humanité”, *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* (2010), núm. 10, págs. 11 a 26; A. A. Cançado Trindade, *Le Droit international pour la personne humaine*, París, Pédone, 2012, págs. 45 a 368; A. A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2ª ed. rev., op. cit. supra en nota 171, págs. 3 a 789.

condición humana, también persiste la necesidad de *aliviar* el sufrimiento humano por medio de la *realización de la justicia*. [...] Este objetivo (la realización de la justicia) difícilmente puede alcanzarse partiendo de una estricta perspectiva voluntarista centrada en el Estado y una recurrente búsqueda del consentimiento del Estado. La Corte no puede, en mi percepción, seguir haciendo un homenaje verbal a lo que supone que representa las ‘intenciones’ o la ‘voluntad’ del Estado. [...]

[A] mi juicio, el consentimiento no es ‘fundamental’, y ni siquiera es un ‘principio’. Lo que es ‘fundamental’, es decir, lo que está en los *fundamentos* de la Corte, desde su creación, es el imperativo de la *realización de la justicia* [...]. El consentimiento del Estado no es más que una regla que debe observarse [...]. Es un medio, no un fin; es un requisito procesal [...]; indudablemente no pertenece a la esfera de los *prima principia*. [...]

Principios fundamentales son los de *pacta sunt servanda*, de igualdad y no discriminación (en el plano del derecho sustantivo), de igualdad de armas (*égalité des armes* — en el plano del derecho procesal). Principio fundamental es, además, el de humanidad (que permea todo el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los refugiados). Principio fundamental es, además, el de la dignidad de la persona humana (que establece un fundamento del derecho internacional de los derechos humanos). Principios fundamentales del derecho internacional son, además, los enunciados en el Artículo 2 en la Carta de las Naciones Unidas²⁷⁵.

Esos son algunos de los verdaderos *prima principia*, que confieren al ordenamiento jurídico internacional su ineluctable dimensión axiológica. Esos son algunos de los verdaderos *prima principia*, que revelan los valores que inspiran el *corpus iuris* del ordenamiento jurídico internacional, y que, en definitiva, constituyen sus fundamentos mismos. Los *prima principia* conforman el *substratum* del ordenamiento jurídico internacional, transmitiendo la idea de una justicia objetiva (propia del derecho natural). Por su parte, el consentimiento del Estado no pertenece a la esfera de los *prima principia*; el recurso al consentimiento es una concesión del *ius gentium* a los Estados [...].

Esa regla o requisito procesal se reducirá a su debida dimensión el día en que se comprenda que la *conciencia está por encima de la voluntad*. Esto resume un antiguo dilema (al que se enfrentan tanto la Corte como los Estados que comparecen ante ella), que se ha vuelto a considerar en esta opinión disidente, en el marco del *ius gentium* contemporáneo. Para esta Corte, concebida como una Corte Internacional de Justicia, la *realización de la justicia* sigue siendo un ideal [...]. Después de todo, no hay nada más invencible que un ideal, como el de la realización de la justicia, que aún no se ha logrado: sigue golpeando la conciencia humana hasta crecer y ver la luz” (párrs. 209 y 211 a 214).

301. Los argumentos de una pequeña minoría de delegaciones participantes que ignoraron o minimizaron los derechos de los seres humanos y de los pueblos (como su derecho a la libre determinación) podrían incluso haber sido desestimados por la Corte, que, sin embargo, los acogió en su propio razonamiento (véanse, por ejemplo, los párrs. 133 y 134). A este respecto, la narración realizada por la CIJ de los

²⁷⁵ Y reformulados en la resolución 2625(XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, donde figura la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

argumentos presentados por las delegaciones participantes requiere una precisión, sino una corrección.

302. Por ejemplo, entre otros, en los párrafos 133 y 159, cuando la Corte se refiere a los argumentos de “algunos participantes”, eran solo dos (Reino Unido y Estados Unidos); cuando, en el párrafo 145, se refiere a “otros”, eran esos dos mismos participantes; cuando, en el párrafo 176, se refiere a “algunos participantes”, nuevamente solo eran esos dos participantes; cuando, en el párrafo 145, hace referencia otra vez a “algunos participantes”, aunque la redacción es la misma, esta vez son muchos, una mayoría de veinte participantes (a saber, la Argentina, Belice, Botswana, el Brasil, Chile, Chipre, Djibouti, Guatemala, las Islas Marshall, Kenya, Mauricio, Namibia, Nicaragua, los Países Bajos, Serbia, Seychelles, Sudáfrica, la Unión Africana, Vanuatu y Zambia).

303. La narración de la Corte es imprecisa, ya que utiliza la misma expresión (por ejemplo, “algunos participantes”) para referirse tanto a los alegatos de una mayoría de 20 de las delegaciones participantes como a los de solo 2 de ellas. Las inexactitudes de ese tipo hablan por sí mismas. Además, la CIJ no aborda la *opinio iuris communis* en un sentido más amplio (teniendo en cuenta todos los sujetos del derecho de gentes, en concreto las personas y los pueblos), se refiere únicamente al elemento de la *opinio iuris* en el sentido tradicional. La Corte no abordó, y ni siquiera mencionó, algunos de los argumentos de varias delegaciones participantes (por ejemplo sobre el *ius cogens* y sobre la obligación de reparación por daños), a diferencia de otros aspectos (que tomó en consideración) planteados por una pequeña minoría de delegaciones participantes (el Reino Unido y los Estados Unidos).

304. Después de todo, en el examen de esta importante cuestión que figura en la solicitud de la Asamblea General de una opinión consultiva de la CIJ sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, quisiera reiterar que no se puede tratar de adoptar una perspectiva estrictamente interestatal. Se trata de un motivo de preocupación para las Naciones Unidas en su conjunto, cuya Carta presta especial atención a los derechos de los pueblos.

305. En cualquier caso, las conclusiones de la CIJ que figuran en la parte dispositiva son constructivas y merecedoras de atención, así como sus conclusiones —como también he indicado ya (párrs. 259 y 287 *supra*)— relativas a la existencia de un “hecho ilícito” continuado que entraña la responsabilidad internacional del Estado en cuestión y a la calificación de la cuestión del “reasantamiento en el archipiélago de Chagos de los nacionales de Mauricio, en particular los originarios del archipiélago de Chagos”, como “una cuestión relativa a la protección de los derechos humanos de los afectados” que la Asamblea General debería abordar debidamente “durante la conclusión del proceso de descolonización de Mauricio”. Así pues, confío en que esta opinión consultiva de la CIJ, a pesar de sus deficiencias, pueda ayudar, con sus conclusiones de la parte dispositiva, a la Asamblea General de las Naciones Unidas en la búsqueda de la realización de la justicia para las víctimas del archipiélago de Chagos, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios generales del derecho internacional.

XIX. Epílogo: recapitulación

306. Con la conclusión y la presentación de mi presente opinión separada, siento que tengo la conciencia tranquila: a partir de todas las consideraciones anteriores, espero haber dejado perfectamente claro que mi propio razonamiento respecto de algunas de las cuestiones tratadas en la presente opinión consultiva es claramente distinto del de la propia Corte, así como con respecto a algunos aspectos que no se tratan en ella. Mi postura se basa no solo en la evaluación de los alegatos

formulados ante la CIJ por las delegaciones participantes, sino, sobre todo, en cuestiones de principio y en valores fundamentales que considero aún más importantes.

307. En este sentido, me sentí obligado, por tanto, en el fiel ejercicio de la función judicial internacional, a hacer constar, en la presente opinión separada, los fundamentos de mi razonamiento, que abarcan cuestiones de principio y relativas a las bases del derecho internacional contemporáneo. Considero que es apropiado, en esta etapa final, recapitular todas las observaciones que he formulado, fiel a mi propia concepción del derecho de gentes, expresada aquí, en aras de la claridad, destacando también su carácter interrelacionado.

308. Primero: Las Naciones Unidas, desde sus primeros años en adelante, dejaron claro su reconocimiento de larga tradición del derecho fundamental de los pueblos a la libre determinación, así como su compromiso con este. Segundo: Existen ejemplos al respecto en sucesivas resoluciones de la Asamblea General, a partir de 1950, lo que destaca la importancia del respeto por ese derecho de los pueblos para mantener relaciones de amistad entre las naciones, de conformidad con los principios y propósitos de las Naciones Unidas.

309. Tercero: La resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960, que contiene la emblemática Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, contribuyó en gran medida a la consolidación del derecho a la libre determinación de los pueblos. Al centrarse en los derechos de los pueblos, fue más allá de la dimensión estrictamente interestatal. Cuarto: Ya en 1961, la Asamblea General creó el Comité Especial de Descolonización, a fin de garantizar la aplicación de la Declaración de 1960, dotada de un carácter normativo.

310. Quinto: El derecho a la libre determinación de los pueblos quedó firmemente fundamentado en el derecho de gentes contemporáneo, como se reconoció en sucesivas resoluciones de la Asamblea General a lo largo de los años sesenta. Sexto: En su resolución 2066 (XX), de 16 de diciembre de 1965, la Asamblea General advirtió que la separación de ciertas islas del Territorio de Mauricio “a fin de establecer en ellas una base militar” constituiría una violación de la Declaración de 1960.

311. Séptimo: Con motivo del décimo aniversario de la Declaración de 1970, la Asamblea General aprobó la resolución 2621 (XXV), de 12 de octubre de 1970, donde tipificó la continuación del colonialismo como un crimen. Octavo: Ese mismo año, en la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, que contiene la nueva Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, pidió la realización de la libre determinación de los pueblos, a fin de poner fin rápidamente al colonialismo.

312. Noveno: Más recientemente, a lo largo del último decenio, en las nuevas resoluciones de la Asamblea General, se insistió en la necesidad urgente de eliminar sin demora el colonialismo como una de las prioridades de las Naciones Unidas, con el objeto de aplicar debidamente el derecho inalienable de todos los pueblos a la libre determinación. Décimo: Esto engloba la eliminación de las bases y las actividades militares en los territorios no autónomos.

313. Undécimo: Surgió la nueva época del derecho internacional en materia de descolonización, impulsado por diferentes países asiático-africanos a partir de la Conferencia de Bandung, de 1955 y también con el apoyo de distintos países latinoamericanos y árabes. Duodécimo: Dicho derecho internacional en materia de descolonización se convirtió en una manifestación de la *humanización* del derecho

internacional contemporáneo. Décimo tercero: Así, el *corpus iuris gentium* se enriqueció, lo que destacó al mismo tiempo el derecho fundamental de los pueblos a la libre determinación.

314. Décimo cuarto: En otras resoluciones aprobadas sucesivamente por la Organización de la Unidad Africana y, posteriormente, por la Unión Africana, se condenó la militarización de Diego García y se pidió la devolución del archipiélago de Chagos (incluida la isla Diego García) a Mauricio, a fin de completar el proceso de descolonización. Décimo quinto: Además, en el ámbito de las Naciones Unidas, se introdujo de forma significativa el derecho de todos los pueblos a la libre determinación, con influencia histórica, en los dos Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de 1966 (el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

315. Décimo sexto: El derecho a la libre determinación, de conformidad con el artículo 1 de los dos Pactos de las Naciones Unidas, se formula en los mismos términos, mejorando así la indivisibilidad de todos los derechos humanos. Décimo séptimo: El Comité de Derechos Humanos (CDH), en su observación general núm. 12 (de 1984), relacionó el derecho a la libre determinación de los pueblos en virtud del artículo 1 de los dos Pactos de las Naciones Unidas con la Declaración sobre los Principios referentes a las Relaciones de Amistad, de 1970.

316. Décimo octavo: Además, el CDH, en sus observaciones sobre un informe del Reino Unido, exigió el cumplimiento del derecho al retorno de las personas naturales del archipiélago de Chagos, así como la indemnización por la denegación prolongada de ese derecho. Décimo noveno: En otras observaciones generales, el CDH hizo hincapié en el principio de humanidad; la vulnerabilidad de determinados grupos de personas; y el derecho de compensación (reparaciones).

317. Vigésimo: Las bases del derecho a la libre determinación pasaron a encontrarse en los planos normativo, doctrinal y jurisprudencial, incluida, con relación a este último, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Vigésimo primero: Además, quedó reconocido en un marco más amplio por la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1993). Vigésimo segundo: Esos avances, con sus repercusiones, fomentaron el mencionado proceso histórico de *humanización* del derecho internacional contemporáneo.

318. Vigésimo tercero: Quedó claro que el *corpus iuris* en este ámbito se convirtió en un verdadero derecho de protección de los derechos de los seres humanos y de los pueblos, y no de los Estados. Vigésimo cuarto: La primacía de la razón de humanidad pasó a prevalecer sobre la antigua razón de Estado, en el marco del nuevo *ius gentium* de nuestra época. Vigésimo quinto: Las delegaciones participantes, en sus respuestas escritas (y sus observaciones al respecto) a una pregunta que les planteé al final del presente procedimiento consultivo, destacaron la *opinio iuris communis* relativa a la gran importancia del derecho fundamental a la libre determinación para el desarrollo progresivo del derecho internacional.

319. Vigésimo sexto: Ese derecho fundamental se convirtió en un imperativo para las Naciones Unidas, perteneciente al ámbito del *ius cogens*. Vigésimo séptimo: Ya en su labor a mediados de los años sesenta, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) también aportó su contribución al tema (*ius cogens*). Vigésimo octavo: Un relator de la antigua Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas, en lo que se refiere a la aplicación de las resoluciones de las Naciones Unidas sobre el derecho a la libre determinación, hizo lo mismo al defender el carácter de *ius cogens* de dicho derecho fundamental a la libre determinación.

320. Vigésimo noveno: Asimismo, en el transcurso del presente procedimiento consultivo, se señaló esta cuestión a la atención de la CIJ en varias presentaciones escritas y orales de las delegaciones participantes, en apoyo de la naturaleza de *ius cogens* del derecho fundamental a la libre determinación y las obligaciones *erga omnes* conexas. Trigésimo: No hay justificación para que la CIJ no haya abordado el *ius cogens* en la presente opinión consultiva.

321. Trigésimo primero: Las propias Naciones Unidas se mostraron, desde sus inicios, firmemente comprometidas con la realización del derecho fundamental a la libre determinación de los pueblos, dotado de un carácter de *ius cogens*, y participaron en ella. Trigésimo segundo: En la jurisprudencia de la CIJ, existen breves referencias al *ius cogens*, el cual, sin embargo, merece una mayor atención. Trigésimo tercero: La CIJ debería haber desarrollado mucho más su jurisprudencia en materia de *ius cogens*.

322. Trigésimo cuarto: Existe una relación entre el *ius cogens* y la realización de la justicia misma. Trigésimo quinto: Es necesario en estas circunstancias aplicar un enfoque centrado en las personas: la razón de humanidad prevalece sobre la razón de Estado, en consonancia con lo propugnado por el pensamiento iusnaturalista. Trigésimo sexto: Existe una *opinio iuris communis* relativa al derecho fundamental a la libre determinación en el ámbito del *ius cogens*, como demuestra la gran mayoría de las delegaciones participantes en el presente procedimiento consultivo.

323. Trigésimo séptimo: El “consentimiento” de los distintos Estados no puede privar al *ius cogens* de todos sus efectos jurídicos, ni de las consecuencias jurídicas de su violación. Trigésimo octavo: Esto se aplica con respecto a distintas situaciones, incluido el derecho de los pueblos a la libre determinación. Trigésimo noveno: La conciencia (la conciencia jurídica universal) está por encima de la “voluntad”. Cuadragésimo: Existe una incompatibilidad evidente de la concepción voluntarista positivista del derecho internacional con el *ius cogens* (y las correspondientes obligaciones *erga omnes*).

324. Cuadragésimo primero: El actual proceso histórico de *humanización* del derecho internacional (inspirado en el legado del pensamiento de los “padres fundadores” del derecho de gentes) constituye una reacción a las injusticias cometidas contra todas aquellas personas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad y represión. Cuadragésimo segundo: Existe, en el pensamiento humanista, una conciencia de la dignidad inherente a todos los seres humanos. Cuadragésimo tercero: El nuevo *ius gentium* de nuestra época persigue una perspectiva universalista, valora la justicia objetiva y se rige por los principios generales del derecho.

325. Cuadragésimo cuarto: Cuando el asunto presentado ante la Corte atañe a los *derechos de los pueblos*, como en el presente procedimiento consultivo, el razonamiento de la CIJ debe trascender inevitablemente la perspectiva estrictamente interestatal; de lo contrario, no se puede hacer justicia. Cuadragésimo quinto: La naturaleza de las cuestiones presentadas ante la CIJ determinará su razonamiento adecuado. Cuadragésimo sexto: A lo largo de los siglos, los sufrimientos causados por la crueldad humana han persistido (por ejemplo, los provocados por el colonialismo), pero se ha despertado la conciencia humana respecto a la necesidad de hacer justicia a las víctimas.

326. Cuadragésimo séptimo: El principio fundamental de igualdad y no discriminación pertenece al ámbito del *ius cogens*. Cuadragésimo octavo: En el *ius gentium* contemporáneo, las condiciones de vida de la población se han convertido en un asunto de legítima preocupación para la comunidad internacional en su conjunto. Cuadragésimo noveno: En el transcurso del presente procedimiento consultivo, varias delegaciones participantes reconocieron la *opinio iuris communis* expresada claramente en sucesivas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas

en cuanto al deber de todos de respetar el derecho fundamental de los pueblos a la libre determinación.

327. Quincuagésimo: Otra cuestión clave abordada por algunas delegaciones participantes en el transcurso del presente procedimiento consultivo ha sido la de la obligación de conceder reparaciones a los pueblos por la violación de su derecho fundamental a la libre determinación. Quincuagésimo primero: Esas delegaciones sostuvieron que los pueblos que sufrieron daños tienen derecho a una reparación justa y equitativa. Quincuagésimo segundo: Las violaciones de ese derecho correctamente probadas en la presente opinión consultiva exigen la obligación ineludible de reparación, en todas sus formas.

328. Quincuagésimo tercero: La violación de un derecho y la obligación de pronta reparación forman un todo indisoluble; la obligación de reparación no se puede pasar por alto. Quincuagésimo cuarto: Proporcionar una reparación adecuada a las víctimas es claramente necesario e ineludible en estas circunstancias. Quincuagésimo quinto: No hay justificación para que la CIJ no haya abordado su derecho a la reparación, en sus distintas formas, en la presente opinión consultiva.

329. Quincuagésimo sexto: Esta cuestión pone de manifiesto la misión de los tribunales internacionales contemporáneos a este respecto, en lo que a los derechos de los pueblos se refiere, como apuntaron también algunas de las delegaciones participantes. Quincuagésimo séptimo: Existen decisiones relevantes en la jurisprudencia de los tribunales internacionales (africano, interamericano y europeo) de derechos humanos, en apoyo de la reivindicación de los derechos de los pueblos, con reparaciones (en sus distintas formas) por el desplazamiento forzado.

330. Quincuagésimo octavo: Los principios generales del derecho siempre han estado presentes en la búsqueda de la realización de la justicia, donde los aspectos fundamentales de la humanidad desempeñan un papel de suma importancia. Quincuagésimo noveno: El positivismo jurídico siempre ha tratado, en vano, de minimizar el papel de los principios generales del derecho, pero, sin esos principios, no existe ningún sistema jurídico en absoluto; constituyen los cimientos sobre los que se asientan todos los sistemas jurídicos.

331. Sexagésimo: Son los principios generales del derecho (*prima principia*) los que confieren al ordenamiento jurídico su ineluctable dimensión axiológica; Sexagésimo primero: Los principios generales del derecho dan expresión a la idea de una justicia objetiva, allanando el camino para la aplicación del derecho internacional *universal*, el nuevo *ius gentium* de nuestros tiempos. Sexagésimo segundo: La postura básica de un tribunal internacional solo puede ser principista, sin hacer concesiones indebidas al voluntarismo de los Estados.

332. Sexagésimo tercero: Los principios generales del derecho no necesitan la distraída calificación que figura en el Artículo 38 1 c) del Estatuto de la CPJI/CIJ. Después de todo, es imposible determinar cuáles son las “naciones civilizadas”; solo podemos identificar aquellos países que se comportan de una manera “civilizada” durante un tiempo determinado, y en tanto se comporten de ese modo. Sexagésimo cuarto: En la presente opinión consultiva, la CIJ presta atención al “consentimiento” del Estado, que, sin embargo, no es un “principio”.

333. Sexagésimo quinto: Los principios generales del derecho y los valores fundamentales están muy por encima del consentimiento del Estado. Sexagésimo sexto: Al abordar el derecho de los pueblos a la libre determinación del *ius cogens*, hay que tener en cuenta la *opinio iuris communis* y la obligación de reparación por daños; no pueden pasarse por alto, como se hizo en la presente opinión consultiva. Sexagésimo séptimo: Al abordar una cuestión de la importancia del derecho de los pueblos a la libre determinación del *ius cogens*, no se puede adoptar una perspectiva

estrictamente interestatal: se trata de una cuestión que preocupa a las Naciones Unidas en su conjunto, cuya Carta presta especial atención a los derechos de los pueblos.

334. Sexagésimo octavo: En cualquier caso, en la presente opinión consultiva, la CIJ determinó correctamente la existencia de un “hecho ilícito” continuado que entraña la responsabilidad internacional del Estado en cuestión. Sexagésimo noveno: La Corte lo relacionó además con la protección de los derechos humanos, es decir, exigió que la Asamblea General abordase el “reasantamiento en el archipiélago de Chagos de los nacionales de Mauricio, en particular los originarios del archipiélago de Chagos”, debidamente “durante la conclusión del proceso de descolonización de Mauricio”.

335. Septuagésimo: La presente opinión consultiva, por tanto, a pesar de sus deficiencias, puede ayudar a la Asamblea General, con sus conclusiones de la parte dispositiva, en la búsqueda de la realización de la justicia para las víctimas del archipiélago de Chagos, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios generales del derecho internacional. Septuagésimo primero: Los principios fundamentales son, en efecto, los fundamentos de la realización de la justicia, que dan expresión a la idea de una justicia objetiva para la aplicación del derecho internacional *universal*, el nuevo *ius gentium* humanizado de nuestros días.

(Firmado) Antônio Augusto Cançado Trindade

[Original: inglés]

DECLARACIÓN CONJUNTA DE LOS MAGISTRADOS CAÑADO TRINDADE Y ROBINSON

1. Además de nuestras respectivas opiniones separadas, consideramos apropiado presentar esta declaración conjunta, dada la importancia que otorgamos al contenido normativo de las resoluciones pertinentes de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el tema tratado en la presente opinión consultiva. La Corte debería haber prestado más atención al valor de las resoluciones clave de la Asamblea General, como las resoluciones 1188 (XII), de 11 de diciembre de 1957, 1514 (XV), de 14 de diciembre de 1960, 2621 (XXV), de 12 de octubre de 1970, y 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970. Al no hacerlo, en nuestra opinión la Corte ha reducido el valor de esas resoluciones para el desarrollo del derecho fundamental a la libre determinación en el derecho internacional general.

2. Las resoluciones aprobadas por la Asamblea General antes de 1960¹ reflejan un firme compromiso con los derechos humanos fundamentales, al afirmar la dignidad y el valor de la persona humana, y el respeto del principio de la igualdad de derechos. Esas resoluciones proporcionaron una base esencial para el derecho a la libre determinación, que se desarrolló de manera definitiva en la histórica resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960 (en adelante, la “Declaración de 1960”). La Declaración de 1960 supuso un paso importante para la humanidad en la evolución del derecho internacional en cuanto al derecho de los pueblos a la libre determinación. Dado que, en 1960, un tercio o más de la población mundial vivía bajo dominación colonial, la Declaración debe considerarse un gran salto hacia la liberación y la justicia. Junto con la creación del Comité Especial encargado de supervisar su aplicación el 27 de noviembre de 1961², la Declaración de 1960 demuestra la clara intención de la Asamblea General de hacer efectivo el derecho de los pueblos a la libre determinación en el derecho internacional. En efecto, la Declaración de 1960 fue una afirmación del derecho a la libre determinación como norma de aplicación universal que, por lo tanto, no admite acuerdo en contrario.

3. La Asamblea General tuvo un efecto muy importante en la conclusión del proceso de descolonización en todo el mundo, en particular mediante la aprobación de varias resoluciones con las que reafirmó la Declaración de 1960 y supervisó su aplicación a lo largo de los años³.

¹ Véanse, por ejemplo, las resoluciones de la Asamblea General 9 (I), de 9 de febrero de 1946, relativa a los territorios no autónomos; 566 (VI), de 18 de enero de 1952, relativa a la participación de los territorios no autónomos en los trabajos de la Comisión para la Información sobre Territorios no Autónomos; 545 (VI) D, de 5 de febrero de 1952, relativa a la inclusión en el pacto o los pactos internacionales de derechos humanos de un artículo sobre el derecho de libre determinación de los pueblos, que hace referencia a la resolución 421(V), de 4 de diciembre de 1950; 637 (VII) A, de 16 de diciembre de 1952, relativa al derecho de los pueblos y de las naciones a la libre determinación; 738 (VIII), de 28 de noviembre de 1953, relativa al derecho de los pueblos y de las naciones a la libre determinación; 1188 (XII), de 11 de diciembre de 1957, relativa a las recomendaciones concernientes al respeto internacional del derecho de los pueblos y de las naciones a la libre determinación; y 1466 (XIV), de 12 de diciembre de 1959, relativa a la participación de los territorios no autónomos en los trabajos de las Naciones Unidas y de los organismos especializados.

² Resolución 1654 (XVI) de la Asamblea General, relativa a la situación respecto de la aplicación de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales.

³ Véanse, entre otras, las resoluciones de la Asamblea General 1654 (XVI), de 27 de noviembre de 1961, relativa a la situación respecto de la aplicación de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales; 1956 (XVIII), de 11 de diciembre de 1963,

4. La Declaración de 1960 cristalizó el derecho de los pueblos a la libre determinación en el derecho internacional general. La Corte confirmó posteriormente su importancia capital en su opinión consultiva de 1975 sobre el *Sáhara Occidental*, en la que afirmó, en particular, que “sentó las bases del proceso de descolonización que, desde 1960, dio lugar a la creación de muchos Estados que hoy son Miembros de las Naciones Unidas”⁴.

5. La Declaración sobre los Principios referentes a las Relaciones de Amistad, aprobada en 1970 (en adelante, la “Declaración de 1970”), reafirmó los elementos fundamentales del derecho de los pueblos a la libre determinación, en especial la obligación de respetar la integridad territorial de los territorios no autónomos y el elemento definitorio de la libre voluntad de los pueblos en cuestión para completar la descolonización⁵. La Declaración de 1970 constituyó otro ejemplo del gran valor de las resoluciones de la Asamblea General en la afirmación del derecho de los pueblos a la libre determinación en el marco del derecho internacional general.

6. Al hacer hincapié a lo largo de los años en el derecho fundamental de los pueblos a alcanzar la libertad y la independencia como norma primordial del derecho internacional, la Asamblea General logró, mediante sus resoluciones y su aplicación, una descolonización prácticamente completa en todo el mundo. La presente opinión consultiva de la Corte debe tomarse en consideración en este marco histórico.

7. Después de todo, dada la importancia de las resoluciones de la Asamblea General para las cuestiones planteadas en el procedimiento ante la Corte, debería haberse hecho mayor hincapié en el *valor* de las resoluciones de la Asamblea General. Sin duda, las resoluciones de la Asamblea General sobre la cuestión tienen valor normativo en la medida en que demuestran el continuo desarrollo de la *opini3n iuris communis* en el derecho internacional consuetudinario.

8. En la presente opinión consultiva, la Corte debería haber dedicado una mayor parte de su razonamiento a destacar la importancia de las resoluciones de la Asamblea General en la consolidación del derecho de los pueblos a la libre determinación y, en vista de la importancia del *ius cogens* para las cuestiones planteadas en el procedimiento, debería haberse pronunciado sobre el carácter de *ius cogens* del derecho de los pueblos a la libre determinación.

(Firmado) Ant3nio Augusto Cançado Trindade

(Firmado) Patrick Robinson

relativa a la situaci3n respecto de la aplicaci3n de la Declaraci3n sobre la Concesi3n de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales; y 2189 (XXI), de 13 de diciembre de 1966, relativa a la aplicaci3n de la Declaraci3n sobre la Concesi3n de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales.

⁴ *Western Sahara*, opini3n consultiva, *I.C.J. Reports 1975*, pág. 12, párr. 57.

⁵ Resoluci3n 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, relativa a la Declaraci3n sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperaci3n entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

[Original: inglés]

OPINIÓN DISIDENTE DE LA MAGISTRADA DONOGHUE

Hay razones imperiosas para que la Corte ejerza su facultad discrecional de no emitir una opinión consultiva — La opinión consultiva tiene por efecto soslayar la falta de consentimiento del Reino Unido respecto al arreglo judicial de la controversia con Mauricio relativa a la soberanía sobre el archipiélago de Chagos.

1. Estoy de acuerdo con mis colegas en que la Corte tiene competencia para emitir la opinión consultiva solicitada. También concuerdo con el rechazo de la Corte a varios de los motivos por los que se alegó que la Corte debía ejercer su facultad discrecional de no emitir una opinión consultiva (a saber, las alegaciones de que los hechos son complejos y controvertidos, que la opinión consultiva no ayudará a la Asamblea General y que un tribunal arbitral ya ha resuelto ciertas cuestiones planteadas en la solicitud). Sin embargo, considero que la opinión consultiva soslaya la falta de consentimiento del Reino Unido respecto al arreglo judicial de la controversia bilateral entre el Reino Unido y Mauricio relativa a la soberanía sobre el archipiélago de Chagos y, por tanto, socava la integridad de la función judicial de la Corte. Por esta razón, creo que la Corte debería haber ejercido su facultad discrecional de negarse a emitir la opinión consultiva.

2. En sucesivas opiniones consultivas se ha afirmado que la Corte tiene la facultad discrecional de negarse a emitir una opinión consultiva. Esta facultad discrecional existe “para proteger la integridad de la función judicial de la Corte y su naturaleza como principal órgano judicial de las Naciones Unidas” (*Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2010 (II)*, págs. 415 y 416, párr. 29). Sin embargo, como recuerda hoy la Corte, solo la existencia de “razones imperiosas” hará que la Corte se niegue a dar su opinión en respuesta a una solicitud sobre la que tenga competencia (opinión consultiva, párr. 65). Existen “razones imperiosas” para negarse a emitir una opinión consultiva si el hecho de dar una respuesta tuviese “por efecto soslayar el principio de que un Estado no está obligado a someter una diferencia a arreglo judicial sin su consentimiento” (*Sáhara Occidental*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1975*, pág. 25, párr. 33).

3. Comprendo perfectamente el ímpetu para emitir la opinión consultiva de hoy. Tanto los acontecimientos que llevaron a la separación del archipiélago de Chagos como el tratamiento de los chagosianos reclaman un pronunciamiento judicial de autoridad. La Asamblea General, que formuló la solicitud, ha desempeñado un papel importante en la configuración del derecho relativo a la libre determinación. En sus resoluciones de los años sesenta abordó la cuestión de la descolonización, tanto en general como con referencias concretas a Mauricio. No estoy en desacuerdo con la declaración de hoy de la Corte de que “[l]as cuestiones planteadas por la solicitud se sitúan en el marco de referencia más amplio de la descolonización, incluido el papel que desempeña la Asamblea General a este respecto, del que esas cuestiones son inseparables” (opinión consultiva, párr. 88). Sin embargo, estas circunstancias no alteran mi conclusión de que la respuesta a la solicitud tiene por efecto soslayar la falta de consentimiento del Reino Unido para resolver su controversia bilateral con Mauricio y que, por lo tanto, existe una razón imperiosa para que la Corte se niegue a emitir una opinión consultiva.

4. La Corte ha decidido decir muy poco hoy sobre el fondo de la controversia bilateral, la persistente negativa del Reino Unido a dar su consentimiento para resolverla y la relación entre la controversia y las cuestiones planteadas en la solicitud. En los párrafos siguientes expongo mi interpretación de estos aspectos.

5. Existe una controversia bilateral entre el Reino Unido y Mauricio en relación con la soberanía sobre el archipiélago de Chagos. En 2001, Mauricio propuso que los dos Estados llevaran su controversia a la Corte Internacional de Justicia (declaración escrita del Reino Unido, anexo 62). El Reino Unido no estuvo de acuerdo (*ibid.*, párr. 5.12).

6. Dado que la declaración del Reino Unido de 1 de enero de 1969 relativa a la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria excluyó las controversias con los Estados del Commonwealth, esa declaración no podía servir de base para la jurisdicción de la Corte en una causa contenciosa. En 2004, después de que Mauricio indicase que se retiraría del Commonwealth para fundamentar la competencia de la Corte, el Reino Unido enmendó su declaración de cláusula facultativa para excluir las controversias con Estados que fueran o hubiesen sido miembros del Commonwealth (*ibid.*, párr. 5.19 b)). Ese mismo año, el Ministro de Relaciones Exteriores de Mauricio, al dirigirse a la Asamblea General de las Naciones Unidas, afirmó que “Mauricio siempre ha estado a favor de un enfoque bilateral en nuestra decisión de recuperar nuestro ejercicio de la soberanía en el archipiélago de Chagos” y declaró que “utilizaremos todos los medios posibles para poder ejercer nuestros plenos derechos soberanos en el archipiélago de Chagos” (Asamblea General de las Naciones Unidas, *Documentos Oficiales*, quincuagésimo noveno período de sesiones, 14ª sesión plenaria, martes 28 de septiembre de 2004, 15.00 horas (acta literal [A/59/PV.14](#)) (extracto), expediente núm. 300).

7. El 20 de octubre de 2011, Mauricio propuso al Reino Unido negociaciones en el sentido del artículo 22 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial sobre la base de que Mauricio “tiene soberanía sobre el archipiélago de Chagos” y que Mauricio “no reconoce el llamado ‘Territorio Británico del Océano Índico’ que el Reino Unido pretendió crear mediante la separación ilegal del archipiélago de Chagos antes de la independencia de Mauricio” (declaración escrita del Reino Unido, anexos 70 y 72). (Anteriormente, ese mismo año, la Corte había determinado que el artículo 22 exigía, como condición previa a la competencia de la Corte, la negociación o los procedimientos expresamente previstos en la Convención (*Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia)*) (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 2011 (I)*, pág. 130, párr. 148).) El Reino Unido rechazó la propuesta alegando que no existía ninguna controversia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (declaración escrita del Reino Unido, anexo 71).

8. En un arbitraje que se inició en 2011 de conformidad con el anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Mauricio pidió al tribunal arbitral que determinase que el Reino Unido no era el “Estado ribereño” con respecto al archipiélago de Chagos porque el “Reino Unido no tiene soberanía sobre el archipiélago de Chagos” (*Chagos Arbitration*, memoria de Mauricio, párr. 1.3 i), citada en la declaración escrita del Reino Unido, párr. 5.19 c), nota al pie 231). Como observó el Reino Unido durante el procedimiento oral de la presente opinión consultiva, Mauricio pidió al tribunal que aplicase “las normas de derecho internacional general aplicables en virtud de la Convención [sobre el Derecho del Mar], incluidos los principios del *ius cogens* relativos a la descolonización y al derecho a la libre determinación” (Reino Unido, CR [2018/21](#), pág. 28, párr. 8 a) (Wordsworth), citando el caso *Chagos Arbitration*, memoria de Mauricio, párr. 1.6).

El Reino Unido respondió que el tribunal no tenía competencia sobre la cuestión de la soberanía. El tribunal concluyó que “[l]a controversia de las partes respecto a la soberanía del archipiélago de Chagos” no estaba “ligada a la interpretación o la aplicación de la Convención” (*Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom)*), CPA núm. 2011-03, laudo de 18 de marzo de 2015, párr. 221) y que, por lo tanto, no tenía competencia sobre la disputa de soberanía.

9. Los hechos resumidos anteriormente demuestran que existe una controversia bilateral acerca de la soberanía sobre el archipiélago de Chagos, que Mauricio ha solicitado en repetidas ocasiones una solución judicial o arbitraje en esa controversia y que el Reino Unido ha negado sistemáticamente su consentimiento al respecto.

10. Para determinar si la solicitud soslayaría la falta de consentimiento para el arreglo judicial de la disputa de soberanía es necesario comparar el objeto de la controversia bilateral con las cuestiones planteadas en la solicitud.

11. No cabe duda de que no hay ninguna referencia a la “soberanía” en la solicitud. Sin embargo, las propias declaraciones de Mauricio dejan claro que la controversia sobre la soberanía es el núcleo de la solicitud. En su *aide-mémoire* de mayo de 2017 sobre el proyecto de solicitud, Mauricio declaró que la propuesta de solicitar una opinión consultiva se refería a “la culminación del proceso de descolonización de Mauricio, lo que permitirá a Mauricio ejercer su plena soberanía sobre el archipiélago de Chagos” (declaración escrita del Reino Unido, anexo 3: República de Mauricio, *aide-mémoire*, mayo de 2017).

12. En el presente procedimiento, Mauricio concluye su declaración escrita del siguiente modo:

“[E]l derecho internacional exige que [...] [el] proceso de descolonización de Mauricio concluya inmediatamente, en particular con el cese de la administración del archipiélago de Chagos por parte del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, para que Mauricio pueda ejercer su soberanía sobre la totalidad de su territorio” (declaración escrita de Mauricio, conclusiones, pág. 285).

13. Mauricio también declara lo siguiente en sus comentarios escritos:

“[L]a soberanía sobre el archipiélago de Chagos se basa en la determinación de la Corte acerca de la cuestión de la descolonización, y queda totalmente zanjada por dicha determinación. No existe base alguna para una consideración o determinación separada de ninguna cuestión de soberanía territorial” (comentarios escritos de Mauricio, párr. 2.47).

14. El carácter central de la controversia sobre la soberanía queda confirmado por las observaciones de otros Estados distintos de Mauricio, así como de la Asamblea de la Unión Africana, en relación con la solicitud. Cuando el Congo presentó la solicitud propuesta en nombre de los Estados africanos Miembros de las Naciones Unidas, declaró que la solicitud tenía el objetivo de

“proseguir los esfuerzos de todos los Estados de África, incluido Mauricio, por completar la descolonización de África y permitir que un Estado miembro de la Unión Africana y de las Naciones Unidas pueda ejercer su plena soberanía sobre el archipiélago de Chagos, de conformidad con el derecho internacional y el derecho a la libre determinación” (Naciones Unidas, Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, 88ª sesión plenaria, jueves 22 de junio de 2017, 10.00 horas, A/71/PV.88, expediente núm. 6, pág. 5 (Congo). Véase también la pág. 9 (Venezuela, que hace uso de la palabra en nombre del

Movimiento de Países No Alineados), la pág. 14 (India), la pág. 15 (Kenya), la pág. 18 (Uruguay), la pág. 19 (El Salvador) y la pág. 21 (Indonesia)).

15. En una resolución de la Asamblea de la Unión Africana de 2017 se indicó que la Asamblea:

“RESUELVE apoyar plenamente la acción iniciada por el Gobierno de la República de Mauricio en la Asamblea General de las Naciones Unidas con miras a garantizar la culminación de la descolonización de la República de Mauricio y permitir que la República de Mauricio ejerza de manera efectiva su soberanía sobre el archipiélago de Chagos, incluida la isla de Diego García” (Unión Africana, 28º período de sesiones, resolución sobre el archipiélago de Chagos, Assembly/AU/Res.1 (XXVIII) (30 y 31 de enero de 2017), documento EX.CL/994 (XXX), declaración escrita de Mauricio, anexo 190).

16. Estas declaraciones deben sentar las bases para comprender el significado y el propósito de la solicitud. Como la propia República de Mauricio comunicó a la Corte, “sencillamente, la continuación de cualquier colonización ilegal dará lugar a una disputa de soberanía entre el Estado cuyo territorio está colonizado y la Potencia administradora” (declaración escrita de Mauricio, párr. 1.38). Las cuestiones de la descolonización y la soberanía son indisociables.

17. La solicitud difiere en aspectos importantes de la solicitud presentada en el caso relativo al *Sáhara Occidental*, para la que la Corte no encontró ninguna razón imperiosa para negarse a responder. En el caso relativo al *Sáhara Occidental* había una “controversia jurídica” entre Marruecos y España (opinión consultiva, pág. 25, párr. 34). Sin embargo, la Corte observó en esa opinión consultiva que “[l]a cuestión entre Marruecos y España con respecto al Sáhara Occidental no se refiere a la condición jurídica actual del Territorio, sino a los derechos de Marruecos sobre él en el momento de la colonización”. Por consiguiente, la Corte llegó a la conclusión de que “la solución de esta cuestión no afectaría a los derechos de España hoy en día en su calidad de Potencia administradora” (*ibid.*, pág. 27, párr. 42). La Corte también determinó que “la solicitud de una opinión no requiere un pronunciamiento judicial respecto a la soberanía sobre el Territorio ni a los derechos territoriales existentes” (*ibid.*, págs. 27 y 28, párr. 43).

18. En cambio, en la presente solicitud se plantea ante la Corte la legalidad del comportamiento del Reino Unido en el pasado, las consecuencias actuales de dicho comportamiento para los derechos de ese Estado y un pronunciamiento judicial respecto a la soberanía sobre el Territorio. La Corte da una respuesta integral. Declara que “el proceso de descolonización de Mauricio no se completó con arreglo a derecho cuando dicho país accedió a la independencia en 1968, después de la separación del archipiélago de Chagos” (opinión consultiva, párr. 183, apartado 3)). También concluye que “el hecho de que el Reino Unido siga administrando el archipiélago de Chagos constituye un hecho ilícito que entraña la responsabilidad internacional de ese Estado” que tiene un “carácter continuo” (opinión consultiva, párr. 177) y que, por lo tanto, “el Reino Unido tiene la obligación de poner fin a su administración del archipiélago de Chagos con la mayor rapidez posible” (opinión consultiva, párr. 183, apartado 4)).

19. En la opinión consultiva, al igual que en la solicitud, se evitan las referencias a la soberanía. Sin embargo, de los pronunciamientos de la Corte solo puede desprenderse la conclusión de que el Reino Unido tiene la obligación de ceder la soberanía a Mauricio. La Corte se ha pronunciado sobre las cuestiones para las que Mauricio buscaba una solución judicial y respecto de las cuales el Reino Unido se había negado a dar su consentimiento.

20. La Corte ha ejercido su facultad discrecional de emitir la opinión consultiva basándose en que las cuestiones planteadas en la solicitud se sitúan “en un marco de referencia más amplio” (opinión consultiva, párr. 88). Sin duda, se podría considerar que cualquier controversia bilateral que recabe el suficiente apoyo en la Asamblea General como para llevar a ese órgano a solicitar una opinión consultiva se sitúa en un “marco de referencia más amplio”. De lo contrario, la Asamblea General no votaría a favor de presentar la cuestión ante la Corte.

21. Hoy, la Corte expone una vez más que habría “razones imperiosas” para negarse a emitir una opinión consultiva si el hecho de dar una respuesta tuviese “por efecto soslayar el principio de que un Estado no está obligado a someter una diferencia a arreglo judicial sin su consentimiento” (opinión consultiva, párr. 85, citando el caso relativo al *Sáhara Occidental*, opinión consultiva de 16 de octubre de 1975, *I.C.J. Reports 1975*, pág. 25, párr. 33). Sin embargo, la decisión de emitir la opinión consultiva de hoy demuestra que se trata de una fórmula vacía. Es difícil imaginar una controversia que sea más esencialmente bilateral que una controversia sobre la soberanía territorial. La falta de consentimiento del Reino Unido para resolver esa controversia bilateral ha sido firme y deliberada. Los esfuerzos de Mauricio se vieron frustrado por esa falta de consentimiento, por lo que el país tomó otro camino y decidió recurrir a la presente solicitud, cumpliendo así la afirmación de su Ministro de Relaciones Exteriores en 2004 (véase el párr. 6 *supra*) de que el Estado utilizaría “todos los medios posibles para poder ejercer nuestros plenos derechos soberanos en el archipiélago de Chagos”. Con la emisión de la presente opinión consultiva se soslaya la falta de consentimiento.

22. La Corte podía haber optado, en el ejercicio de su facultad discrecional, por dar una respuesta más limitada a la solicitud (posiblemente reformulando la solicitud para hacerlo). Por ejemplo, la falta de consentimiento del Reino Unido para la solución judicial de la controversia bilateral no obstaculizaría una opinión limitada a las cuestiones de derecho planteadas en la pregunta a), es decir, si existía, a partir de 1965-1968, un derecho consuetudinario internacional de libre determinación de los pueblos, así como el contenido de ese derecho y las obligaciones de los Estados coloniales dimanantes del derecho a la libre determinación. Una respuesta de ese tipo habría proporcionado orientación jurídica a la Asamblea General sin socavar la integridad de la función judicial de la Corte. Lamento que la Corte no haya adoptado ese enfoque.

23. La Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte confieren a la Corte las funciones de resolver controversias jurídicas en causas contenciosas y de responder a las solicitudes de opiniones consultivas. Para preservar la integridad de ambas funciones, deben respetarse las distinciones entre ellas. Considero que la opinión consultiva emitida no lo hace y que, en cambio, indica que el procedimiento consultivo está disponible como mecanismo alternativo para superar la falta de consentimiento respecto de la competencia en las causas contenciosas. Habrá quien considere que se trata de un avance positivo, pero yo considero que socava la integridad de la función judicial de la Corte. Por esta razón, disiento.

(Firmado) Joan E. Donoghue

OPINIÓN SEPARADA DEL MAGISTRADO GAJA

Descolonización de un territorio no autónomo — Principio de integridad territorial — Función de la Asamblea General a la hora de determinar cómo debe efectuarse la descolonización — Principio de la libre determinación.

1. Si bien estoy de acuerdo con la respuesta negativa dada por la Corte a la primera pregunta planteada por la Asamblea General sobre si el proceso de descolonización de Mauricio en 1968 “se completó con arreglo a derecho”, no me parece necesario basar esta conclusión en el estatus que tenía en aquel momento la norma relativa a la libre determinación de los territorios no autónomos. En el contexto de la descolonización, el principio de la integridad territorial formulado en el párrafo 6 de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General implica que es preciso tener en cuenta la totalidad del territorio colonial, aunque, contrariamente a lo expresado en el párrafo 160 de la opinión consultiva, no exige necesariamente que todo el territorio se atribuya al mismo Estado de reciente independencia. Dado que el archipiélago de Chagos estuvo administrado hasta noviembre de 1965 como dependencia de Mauricio, la descolonización del Territorio colonial mauriciano tenía que incluir el archipiélago. Con arreglo al Artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas, la Potencia administradora de un territorio no autónomo debía promover el bienestar y la autonomía de los habitantes. El establecimiento de una nueva colonia (el Territorio Británico del Océano Índico) con el fin de construir una base militar en el archipiélago y la expulsión de la población indígena no fueron pasos en esa dirección y no podían considerarse una forma de descolonización congruente con las obligaciones que se desprenden de la Carta.

2. La voluntad de los pueblos pertenecientes al Territorio No Autónomo careció de relevancia en el proceso que condujo a la separación del archipiélago de Mauricio. Nunca se consultó a los chagosianos, que ni siquiera tuvieron representación en ese proceso. La población de Mauricio nunca tuvo la ocasión de expresar su parecer sobre la separación del archipiélago ni sobre ninguna cuestión relacionada con su estatuto futuro. El Consejo de Ministros de Mauricio participó en varias negociaciones en otoño de 1965, unos dos años antes de que Mauricio obtuviese su independencia, pero tuvo poca capacidad de decisión en el asunto. Su postura apenas influyó en la decisión de la Potencia administradora de separar el archipiélago del resto del territorio de la colonia, que se hizo efectiva por un decreto de 8 de noviembre de 1965. Como se señaló posteriormente en un memorando de un funcionario del Ministerio de Relaciones Exteriores, el consentimiento de los representantes de Mauricio a la separación “se solicitó esencialmente por motivos políticos” (declaración escrita de Mauricio, anexo 124). El objetivo era mitigar las críticas por establecer una nueva colonia en una fecha tan tardía como 1965, máxime con el objetivo de construir una base militar. Sea como fuere, los representantes de Mauricio nunca aceptaron la separación definitiva del archipiélago, ya que, en septiembre de 1965, la Potencia administradora había convenido en la conferencia constitucional celebrada en Lancaster House en que, “si la necesidad de instalaciones en las islas desapareciera, las islas deberían devolverse a Mauricio”, y en que “el beneficio de cualquier mineral o petróleo descubierto en el archipiélago de Chagos o cerca de él debía revertir al Gobierno de Mauricio”. En dicha conferencia se mencionó asimismo que Mauricio poseía “derechos de pesca” (declaración escrita del Reino Unido, anexo 33).

3. La Asamblea General no solicitó específicamente a la Corte que declarara si la descolonización de Mauricio seguía sin completarse. No obstante, esta solicitud podría considerarse implícita en la segunda pregunta, que se refiere a las “consecuencias en virtud del derecho internacional [...] que se derivan de que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte siga administrando el archipiélago de Chagos”. Una vez que la Corte ha respondido de forma negativa a la primera pregunta planteada por la Asamblea General, debe inferirse que la descolonización de Mauricio sigue incompleta. No hay duda de que el archipiélago continúa estando separado, de que hay una gran base militar en Diego García y de que no se ha ejecutado ningún programa para el reasentamiento de la población indígena en el archipiélago. Todo esto sugiere que, desde el punto de vista de la descolonización, en los últimos 50 años no se ha producido ningún cambio significativo en la situación de hecho. Es más, el reconocimiento en el derecho internacional del derecho de los pueblos a la libre determinación ha acrecentado la obligación de la Potencia administradora de proceder a la descolonización.

4. En su respuesta a la segunda pregunta, la Corte indicó acertadamente que la Potencia administradora seguía teniendo la obligación de descolonizar el archipiélago de Chagos. El hecho de que Mauricio y el Reino Unido lleven tiempo disputándose el archipiélago no plantea ningún problema de oportunidad judicial para afirmar la existencia de dicha obligación. La descolonización es un principio del derecho internacional del que se derivan obligaciones *erga omnes*, como indicó la Corte en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado* en relación con “la obligación de respetar el derecho [...] a la libre determinación” (*I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 199, párr. 155). En la medida en que la opinión consultiva aborda cuestiones relacionadas con la conclusión del proceso de descolonización de Mauricio, las preguntas planteadas incumben también a terceros Estados y a la comunidad internacional. La Corte no debería negarse a ejercer su competencia con respecto a estos asuntos.

5. Sin embargo, la Asamblea General no ha solicitado a la Corte que indique cómo debe efectuarse la descolonización en relación con el archipiélago de Chagos a fin de completar el proceso de descolonización de Mauricio. Es posible que la Asamblea General haya querido asumir por completo esta tarea. Por consiguiente, en los párrafos 178 y 179, la Corte debería haber dejado que la Asamblea General se encargase de esta determinación en su totalidad, y no solo de las “modalidades necesarias para garantizar la conclusión del proceso de descolonización de Mauricio”.

6. En el derecho internacional contemporáneo, la descolonización lleva asociada la aplicación del principio de la libre determinación. Tal y como declaró la Corte en su opinión consultiva sobre el *Sáhara Occidental*, “[el] derecho de libre determinación deja a la Asamblea General cierto grado de discreción con respecto a la forma y los procedimientos que hay que adoptar” (*I.C.J. Reports 1975*, pág. 36, párr. 71). Al referirse, en sus dos preguntas, a tres resoluciones de entre 1965 y 1967 que hacen hincapié en la necesidad de preservar la integridad de lo que fue el Territorio colonial, la Asamblea General tal vez haya estimado que el archipiélago se convertiría en parte de Mauricio como consecuencia del proceso de descolonización. No obstante, la Asamblea General puede volver a examinar la cuestión y, en particular, tener en cuenta la voluntad de los chagosianos que fueron expulsados por la Potencia administradora y de sus descendientes. La indemnización que muchos de ellos recibieron por su desplazamiento no hace que su voluntad carezca de relevancia desde el punto de vista de la libre determinación. Lo que sí podría influir negativamente en la decisión de consultarlos o no es su escaso número y su actual dispersión.

7. Como ya se ha recordado, la segunda pregunta de la Asamblea General se refiere en términos más generales a las “consecuencias en virtud del derecho internacional [...] que se derivan de que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del

Norte siga administrando el archipiélago de Chagos”. Para poder especificar algunas de estas consecuencias, sería esencial que la Asamblea General determinase, antes que nada, cómo debería completarse el proceso de descolonización. Por otro lado, ciertas consecuencias dependerían de la actitud que adoptase la Potencia administradora si se considerase que está obligada a transferir el archipiélago a otro Estado (presumiblemente, Mauricio) con el objetivo de concluir el proceso de descolonización. En cualquier caso, la Corte ha preferido no especular sobre la conducta que adoptaría la Potencia administradora en tales circunstancias ni sobre las consiguientes consecuencias jurídicas que podrían surgir para dicha Potencia y para otros Estados. Si la Corte hubiese decidido expresar su opinión acerca de cuestiones bilaterales como la presunta obligación del Reino Unido de ofrecer reparación a Mauricio, habría surgido un problema de oportunidad judicial, pues ninguno de los dos Estados ha consentido en someter su controversia a la Corte.

(Firmado) Giorgio Gaja

[Original: inglés]

OPINIÓN SEPARADA DE LA MAGISTRADA SEBUTINDE

La opinión consultiva omite algunos hechos importantes en su relato, los cuales guardan una relación directa con la primera pregunta planteada por la Asamblea General —La Corte ha desaprovechado igualmente la oportunidad de reconocer que el derecho a la libre determinación en el contexto de la descolonización ha adquirido carácter imperativo (ius cogens), por lo que no admite acuerdo en contrario —La obligación erga omnes de respetar dicho derecho es un corolario directo de él —La falta de reconocimiento del carácter imperativo del citado derecho ha impedido que, al responder a la pregunta b), la Corte valore adecuada y plenamente las consecuencias de violarlo.

I. Introducción

1. Para comenzar, me gustaría señalar que coincido en que la Corte debería ejercer su competencia consultiva en los asuntos que le remite la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución [71/292](#), de 22 de junio de 2017. En mi opinión, no existen razones de peso para que la Corte no lo haga. En segundo lugar, la Corte no se equivoca al reconocer que en 1960 la obligación de respetar el derecho a la libre determinación de los países y los pueblos no autónomos había alcanzado la categoría de norma consuetudinaria oponible a todos los Estados (*erga omnes*), por lo que era aplicable entre 1965 y 1968 durante el proceso de descolonización de Mauricio (párr. 180). También es correcta la opinión de la Corte de que, durante el proceso de descolonización de Mauricio, el Reino Unido, en su calidad de Potencia administradora, tenía el deber de respetar la integridad territorial de todo Mauricio, incluido el archipiélago de Chagos (párr. 173). Al separar ilegalmente el archipiélago de Chagos en 1965 e incorporarlo a una nueva colonia llamada Territorio Británico del Océano Índico antes de que Mauricio se independizase en 1968, el Reino Unido violó el derecho del pueblo mauriciano a la libre determinación, dado que no respetó la integridad territorial de la antigua colonia como un todo.

2. Asimismo, coincido en que el derecho aplicable para determinar las consecuencias que se derivan de que el Reino Unido siga administrando el archipiélago de Chagos (pregunta b)) es el derecho internacional aplicable en la actualidad (párr. 175). La Corte opina acertadamente que el hecho de que el Reino Unido siga administrando el archipiélago de Chagos constituye “un hecho ilícito de carácter continuo” que entraña la responsabilidad internacional de ese Estado (párr. 177). En definitiva, estoy de acuerdo con las conclusiones alcanzadas por la Corte, por lo que he votado a favor de los puntos 1) a 5) del párrafo 183 de la opinión consultiva. No obstante, resulta lamentable que, tanto al narrar la historia del presente asunto como en su razonamiento, la Corte haya tratado de forma superficial ciertos hechos vitales que, desde mi punto de vista, merecen más atención y podrían haber dado mayor fuerza a sus conclusiones. Mi intención con esta opinión separada es arrojar más luz sobre esas esferas.

3. Para poder responder a las dos preguntas que se le plantean en la resolución [71/292](#), de 22 de junio de 2017, la Corte debe examinar las siguientes cuestiones:

a) Si el derecho a la libre determinación formaba parte del derecho internacional consuetudinario durante el proceso conducente a la independencia de Mauricio (es decir, desde 1965, cuando se separó el archipiélago de Chagos del resto de Mauricio, hasta 1968, cuando se logró la independencia);

- b) En caso afirmativo, si los habitantes de Mauricio estaban legitimados para ejercer dicho derecho en relación con el archipiélago de Chagos;
- c) Si la separación del archipiélago de Chagos del resto de Mauricio llevada a cabo por el Reino Unido en 1965 respetó el derecho de los habitantes a la libre determinación;
- d) Si el proceso de descolonización de Mauricio se completó con arreglo a derecho en 1968, cuando Mauricio obtuvo la independencia sin el archipiélago de Chagos; y
- e) Qué consecuencias, si las hubiese, se derivan en virtud del derecho internacional del hecho de que el Reino Unido siga administrando el archipiélago de Chagos.

4. En la parte II de la presente opinión separada empiezo reconociendo el papel fundamental que han desempeñado las Naciones Unidas en el proceso de descolonización y en el desarrollo del derecho a la libre determinación como norma del derecho internacional consuetudinario. En la parte III, en lugar de analizar el papel desempeñado por las Naciones Unidas en la descolonización únicamente en relación con las resoluciones mencionadas en la resolución 71/292 de la Asamblea General, de 22 de junio de 2017, y al margen de los hechos que rodean la descolonización de Mauricio, como parece haberse hecho en la opinión consultiva (véanse los párrs. 92 a 131, 144 a 162, 163 a 169 y 170 a 174), espero dar al lector una visión más profunda relatando los hechos históricos que condujeron a la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio, haciendo especial hincapié en el papel de las Naciones Unidas antes, durante y después de dicha separación. En la parte IV, analizo si el proceso de descolonización de Mauricio se completó con arreglo a derecho en 1968, cuando obtuvo la independencia sin el archipiélago de Chagos. Por último, en la parte V, deseo examinar con mayor detenimiento las consecuencias en virtud del derecho internacional de que el Reino Unido siga administrando el archipiélago de Chagos.

II. El papel de las Naciones Unidas en la descolonización y el desarrollo del derecho a la libre determinación

5. En sus declaraciones escritas u orales, algunos Estados han sugerido que la Asamblea General de las Naciones Unidas no ha demostrado un interés suficiente en la situación del archipiélago de Chagos desde que Mauricio alcanzó su independencia; al menos no suficiente para justificar que la Corte considere la solicitud de opinión consultiva que tiene ante sí. Otros han puesto en duda que el derecho a la libre determinación existiese en el período conducente a la independencia de Mauricio y han sugerido que la solicitud fue en realidad una estratagema de la Unión Africana para someter una “controversia bilateral” en nombre de Mauricio. Con todo respeto, discrepo de ambos discursos.

6. El derecho internacional consuetudinario dimana de una práctica general y reiterada de los Estados, aceptada como derecho¹. La Corte, en el marco de su competencia, se ha fundamentado en el Artículo 38, párrafo 1 b), de su Estatuto y lo ha interpretado en el sentido de que incluye dos elementos que la ayudan a determinar la existencia de un presunto derecho internacional consuetudinario, a saber, la práctica de los Estados y la *opinio iuris*. Asimismo, la Corte ha defendido que una serie de resoluciones podrían demostrar la evolución de la *opinio iuris* hacia la creación de una norma del derecho internacional consuetudinario. Por ejemplo, en la opinión consultiva relativa a las *Armas nucleares*, la Corte afirmó:

¹ Véase el Artículo 38 1) b) del Estatuto de la Corte.

“[L]as resoluciones de la Asamblea General, aunque no son vinculantes, pueden a veces tener valor normativo. En ciertas circunstancias pueden proporcionar pruebas importantes para determinar la existencia de una norma o la aparición de una *opinio iuris*. Para saber si una determinada resolución de la Asamblea General cumple ese recaudo, hay que examinar su contenido y las condiciones en que se aprobó; también hay que ver si existe una *opinio iuris* en cuanto a su carácter normativo. Puede ocurrir asimismo que una serie de resoluciones muestre la evolución gradual de la *opinio iuris* necesaria para el establecimiento de una nueva norma”².

7. Desde su creación, las Naciones Unidas han prestado un apoyo único, constante e innegable a los países y pueblos no autónomos para sacudirse el yugo de la esclavitud y la dominación coloniales a través de diversas vías. Cuando se fundaron las Naciones Unidas en 1945, 750 millones de personas, casi un tercio de la población mundial, estaban sometidas a dominación colonial. En la actualidad, como resultado de los esfuerzos realizados por las Naciones Unidas, menos de dos millones de personas viven en territorios no autónomos. Como indica el Artículo 1 2) de la Carta de las Naciones Unidas (la “Carta”), uno de los propósitos de las Naciones Unidas es “fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal”. El Artículo 55 de la Carta se refiere igualmente a las “condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos”. El derecho a la libre determinación también aparece reflejado en el Capítulo XI (Artículos 73 y 74) de la Carta³. En dichos Artículos, las Potencias administradoras a cargo de territorios no autónomos reconocen el principio de que los intereses de los habitantes de esos territorios están por encima de todo y aceptan como un encargo sagrado la obligación de promover en todo lo posible el bienestar de los habitantes de esos territorios, para lo cual se obligan a asegurar el debido respeto por su adelanto político, económico, social y educativo, a desarrollar formas adecuadas de gobierno propio y a tener debidamente en cuenta las aspiraciones políticas y los distintos grados de adelanto y desarrollo de cada territorio. Las Potencias administradoras tienen además la obligación de presentar a las Naciones Unidas informes periódicos sobre la situación de los territorios bajo su control, que ayudan a las Naciones Unidas a supervisar el avance del proceso de descolonización en ellos.

8. Posteriormente, en 1950, la Asamblea General reiteró el derecho a la libre determinación en múltiples resoluciones. En la resolución 421 (V), de 4 de diciembre de 1950, la Asamblea General invitó a la Comisión de Derechos Humanos a que estudiase los “métodos y procedimientos para garantizar a los pueblos y naciones el derecho de libre determinación”, mientras que, el 5 de febrero de 1952, la Asamblea General aprobó la resolución 545 (VI), sobre el “derecho de los pueblos y naciones a la libre determinación”, que, según señaló la Asamblea General, había sido reconocido como un derecho humano fundamental. En dicha resolución, la Asamblea General pidió a la Comisión de Derechos Humanos, que estaba considerando la redacción de los pactos sobre derechos humanos, que incluyese en ellos un artículo donde se señalase que “[t]odos los pueblos tendrán el derecho de libre determinación”. Ese mismo año, el 16 de diciembre de 1952, la Asamblea aprobó la

² *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996 (I)*, págs. 254 y 255, párr. 70.

³ La Carta creó asimismo el régimen internacional de administración fiduciaria (Capítulo XII, Artículos 75 a 78) y el Consejo de Administración Fiduciaria (Capítulo XIII, Artículos 86 a 91) a fin de vigilar los territorios en fideicomiso administrados oficialmente bajo el mandato de la Sociedad de las Naciones.

resolución 637 (VII), en la que instaba a los Estados Miembros a que reconociesen y fomentasen “el derecho de libre determinación de los pueblos de los territorios no autónomos y territorios en fideicomiso”, un derecho que se consideraba “una condición indispensable para el goce de todos los derechos humanos fundamentales”. En los años cincuenta, la Asamblea General aprobó múltiples resoluciones que instaban a respetar el derecho a la libre determinación⁴.

9. El 20 de diciembre de 1960, la Asamblea General aprobó por unanimidad (con 97 votos a favor, ninguno en contra y 4 abstenciones), la resolución 1514 (XV), conocida como la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales (la “Declaración 1514”⁵). Esta resolución declaraba, entre otras cosas, que “[t]odos los pueblos tienen el derecho de libre determinación” y proclamaba la necesidad de “poner fin rápida e incondicionalmente” al colonialismo, cristalizando así ese derecho. La Asamblea General reconoció por primera vez que los países y los pueblos no autónomos debían ejercer el derecho a la libre determinación en el conjunto de su territorio, entendiéndolo como una sola unidad. En la resolución se estableció que “todos los pueblos tienen un *derecho inalienable* a la libertad absoluta, al ejercicio de su soberanía y a la integridad de su territorio nacional”, y se añadió que debería “*respetarse la integridad de su territorio nacional*” y que “[t]odo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país” sería “*incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas*”⁶. Por consiguiente, la resolución 1514 es una declaración crucial de la que dependen resoluciones posteriores, incluidas las enumeradas en la solicitud de opinión consultiva. Todas las resoluciones de la Asamblea General aprobadas tras la resolución 1514 y relacionadas con su aplicación a Mauricio se refieren al “derecho inalienable” de los habitantes a la libre determinación y exhortan a la Potencia administradora a “*no adoptar ninguna medida que pudiera desmembrar el Territorio de la Isla Mauricio y violar su integridad territorial*” (sin cursiva en el original).

10. Un año después, la Asamblea General creó el Comité Especial encargado de Examinar la Situación con respecto a la Aplicación de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales (el “Comité Especial”)⁷, a fin de que supervisase, caso por caso y con arreglo a las resoluciones pertinentes de la Asamblea General en materia de descolonización, la aplicación de la resolución 1514 y de que formulase recomendaciones al respecto. Hasta la fecha, la Asamblea General se ha mantenido al tanto de los avances del proceso de descolonización a través de este Comité Especial. A la resolución 1514 le siguieron otras muchas resoluciones de la Asamblea General encaminadas a vigilar y alentar su aplicación en respuesta a las conclusiones periódicas del Comité Especial⁸. En los 15 años transcurridos entre la aprobación de la Carta en 1954 y la resolución 1514 en 1960, 9⁹ antiguos Territorios No Autónomos obtuvieron su independencia, mientras

⁴ Como las resoluciones 783 (VIII), de 28 de noviembre de 1953, 837 (IX), de 14 de diciembre de 1954, o 1188 (XII), de 11 de diciembre de 1957, entre otras.

⁵ También conocida como la Declaración sobre la Descolonización.

⁶ Resolución 1514, párrs. 4 y 6 (sin cursiva en el original).

⁷ También conocido como el Comité Especial de Descolonización o el Comité Especial de los Veinticuatro.

⁸ Algunas de las resoluciones en materia de descolonización aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas son las resoluciones 1654 (XVI), de 27 de noviembre de 1961; 1810 (XVII), de 17 de diciembre de 1962; 1956 (XVIII), de 11 de diciembre de 1963; 2066 (XX), de 16 de diciembre de 1965; 2131 (XX), de 21 de diciembre de 1965; 2200A (XXI); 2145 (XXI), de 27 de octubre de 1966; 2189 (XXI), de 13 de diciembre de 1966; 2232 (XXI), de 20 de diciembre de 1967; y 2357 (XII), de 19 de diciembre de 1967.

⁹ Camboya, Indonesia, Federación de Malaya (Malasia), colonia de la Costa de Oro y Territorio en Fideicomiso de Togolandia (Ghana), Guinea, Laos, Marruecos, Túnez y Viet Nam.

que, entre 1960 y 1965, otros 35¹⁰ fueron descolonizados y ejercieron la libre determinación. Estos nuevos Estados independientes se unieron al sistema de las Naciones Unidas, del que forman parte en la actualidad, con el fin de promover y alentar la observancia del derecho a la libre determinación al votar a favor de diversas resoluciones de la Asamblea General que instan a las Potencias administradoras que todavía tienen territorios coloniales bajo su control a hacer efectiva la resolución 1514. En concreto, la Asamblea General aprobó resoluciones específicas que exhortaban a la plena descolonización de Mauricio, tales como la resolución 2066 (XX), de 16 de diciembre de 1965, la resolución 2232 (XXI), de 20 de diciembre de 1966, y la resolución 2357 (XXII), de 19 de diciembre de 1967.

11. Durante el mismo período, los juristas consideraron que la resolución 1514 representaba los deseos y creencias de todos los Miembros de las Naciones Unidas y señalaron que confirmaba el derecho a la libre determinación como un derecho jurídico internacional con fuerza ejecutiva¹¹. Es más, algunos miembros de la Comisión de Derecho Internacional se referían al derecho a la libre determinación como una “[norma] de *ius cogens*”¹². En 1966 se aprobaron dos pactos sobre derechos humanos. En el artículo 1, común a ambos, se reconoció que “[t]odos los pueblos tienen el derecho de libre determinación”, en virtud del cual “establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”, lo que concuerda con el texto de la resolución 1514. Su artículo 3 decía lo siguiente:

“Los Estados partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas”¹³.

En 1990, la Asamblea General proclamó el período comprendido entre los años 1990 y 2000 como el Decenio Internacional para la Eliminación del Colonialismo y aprobó un plan de acción en la materia. El período de 2001 a 2010 fue declarado el Segundo Decenio para la Eliminación del Colonialismo y el período de 2011 a 2020, el Tercero. Además, las Naciones Unidas, a través de sus distintos órganos, ayudaron a los territorios no autónomos a organizar procesos previos a la independencia, como referendos o plebiscitos, a fin de averiguar cuál era la libre voluntad de los pueblos implicados con respecto a su futura administración. Desde 1945, más de 80 antiguas colonias y territorios en fideicomiso han alcanzado la libre determinación por medio de la independencia o asociándose libremente a un Estado independiente.

12. En su jurisprudencia, la Corte respaldó el principio y el derecho a la libre determinación formulado en la resolución 1514. En la opinión consultiva relativa a

¹⁰ Alto Volta (Burkina Faso), Argelia, Burundi, Camerún, Chad, Chipre, Congo-Brazzaville (República del Congo), Congo-Léopoldville (República Democrática del Congo), Costa de Marfil (República de Côte d'Ivoire), Dahomey (Benin), Gabón, Gambia, Jamaica, Kenya, Kuwait, Malawi, Maldivas, Malí, Malta, Mauritania, Níger, Nigeria, República Centroafricana, República Malgache (Madagascar), República Unida de Tanganica y Zanzíbar (Tanzanía), Rwanda, Samoa, Senegal, Sierra Leona, Singapur, Somalia, Togo, Trinidad y Tabago, Uganda y Zambia.

¹¹ Rosalyn Higgins, *Development of International Law through Political Organs of the United Nations* (1963), págs. 177 y 178; James Crawford, *The Creation of States in International Law* (2ª edición, 2006), pág. 604; P. Daillier y Alain Pellet, *Droit international public* (7ª edición, 2002), págs. 519 y 520.

¹² *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* (1963), vol. 1, actas resumidas del decimoquinto período de sesiones (6 de mayo a 12 de julio de 1963), documento [A/CN.4/SER.A/1963](#), pág. 163, párr. 56.

¹³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos aprobados el 19 de diciembre de 1966.

*Namibia*¹⁴, la Corte se refirió a la resolución 1514 como una “etapa importante” en el desarrollo del derecho internacional relativo a los territorios no autónomos. En la opinión consultiva relativa al *Sáhara Occidental*¹⁵, la Corte mencionó dicha resolución en el contexto del proceso de descolonización y observó lo siguiente:

“El principio de la libre determinación, como derecho de los pueblos, y su observancia con el objetivo de poner fin cuanto antes a todas las situaciones coloniales fueron enunciados en la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, esto es, en la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General”¹⁶.

En la opinión consultiva relativa al *Muro*, la Corte señaló que el principio de la libre determinación de los pueblos está consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y fue reafirmado por la Asamblea General en su resolución 2625 (XXV), conforme a la cual “[t]odo Estado tiene el deber de abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive de su derecho a la libre determinación [...] a los pueblos aludidos [en dicha resolución]”¹⁷.

13. No cabe duda de que, en 1965, cuando el Reino Unido, como Potencia administradora, separó el archipiélago de Chagos de Mauricio, el derecho internacional consuetudinario otorgaba a los países y pueblos no autónomos el derecho inalienable a la libre determinación. Ese derecho era inherente a la población mauriciana, incluidos los chagosianos, con respecto a Mauricio como unidad territorial no autónoma única. La preservación de la integridad territorial de Mauricio como unidad única con anterioridad a su independencia constituía, por tanto, una parte integral del derecho a la libre determinación. Ese derecho dio lugar a la correspondiente obligación del Reino Unido, como Potencia administradora, de no adoptar ninguna medida que pudiese desmembrar el Territorio de Mauricio o impedir que sus pueblos (incluidos los chagosianos) pudiesen expresar y hacer valer de un modo libre y auténtico su voluntad en relación con el futuro político del Territorio. Si bien el derecho inalienable a la libre determinación es *ius cogens* (es decir, que no admite acuerdo en contrario), la correspondiente obligación que incumbe a la Potencia administradora es una obligación *erga omnes* (pues interesa a la comunidad internacional en su conjunto). Esto me lleva a la cuestión de si, en 1965, el Reino Unido separó el archipiélago de Chagos de Mauricio respetando el derecho a la libre determinación de sus habitantes.

III. Cuestión de si la separación del archipiélago Chagos de Mauricio respetó el derecho a la libre determinación

14. Para que la separación del archipiélago de Chagos hubiese respetado el derecho a la libre determinación, tendría que haberse producido respondiendo a la voluntad libre y auténtica de la población de Mauricio, incluidos los chagosianos. De hecho, algunos de los Estados que participaron en este procedimiento sostienen que Mauricio cedió voluntariamente el archipiélago al Reino Unido (o, al menos, consintió su separación). Sin embargo, la mayoría de los Estados niega esta afirmación y asegura que la separación se produjo sin el consentimiento libre y auténtico de los habitantes de Mauricio. En consecuencia, la Corte debe examinar

¹⁴ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, pág. 31, párr. 52.

¹⁵ *Western Sahara*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1975*, pág. 32, párr. 57.

¹⁶ *Ibid.*, pág. 31, párr. 55.

¹⁷ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, págs. 171 y 172, párr. 88.

detenidamente los hechos que condujeron a la separación del archipiélago de Chagos a fin de determinar si se averiguó cuál era la voluntad libre y auténtica de los mauricianos antes de la separación. En mi opinión, la Corte ha tratado de forma superficial algunos hechos que considero vitales para efectuar esta determinación. En el párrafo 172 de la opinión consultiva, la Corte opina que “cuando el Consejo de Ministros aceptó en principio la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio, este último se encontraba, como colonia, bajo la autoridad del Reino Unido”. Citando un informe del Comité Especial de los Veinticuatro, según el cual “los auténticos poderes legislativos o ejecutivos y la autoridad están casi totalmente concentrados en manos del Gobierno del Reino Unido y sus representantes”, la Corte concluye que “no es posible hablar de un acuerdo internacional cuando una de las partes en él, Mauricio [...] se encontraba bajo la autoridad de este último”. En mi opinión, la “voluntad libre y auténtica del pueblo” no estaba necesariamente viciada por el simple hecho de que, en el momento de negociar la separación, Mauricio fuese una colonia bajo la autoridad ejecutiva y legislativa del Reino Unido en tanto que Potencia administradora. Si ese fuese el único aspecto que se debe tener en cuenta, muchas antiguas colonias podrían afirmar que, al encontrarse en situaciones fiduciarias similares, no pudieron alcanzar la plena independencia. En la opinión consultiva se omiten otras circunstancias adicionales que, consideradas en el contexto de la relación entre la Potencia administradora y la colonia, viciaron toda expresión de la voluntad libre y auténtica de los mauricianos con respecto a la separación del archipiélago de Chagos. Dado que la opinión no trata en detalle estas circunstancias, arrojaré más luz sobre ellas en la presente opinión separada.

a) Negociaciones entre el Reino Unido y los Estados Unidos de América

15. Ya en abril de 1963, el Departamento de Estado de los Estados Unidos propuso debatir con el Reino Unido el “uso estratégico de ciertas islas de pequeño tamaño de propiedad británica en el océano Índico” (incluidas Diego García, administrada por Mauricio, y la isla Aldabra, administrada por Seychelles) con miras a establecer un centro de comunicaciones que ambos Estados controlarían conjuntamente. Aunque los Estados Unidos tenían la opción de negociar la adquisición y el uso de estas islas directamente con Mauricio y Seychelles, prefirieron que las islas se separasen y sometiesen a administración británica directa para garantizarse la “seguridad de la tenencia” y la libertad frente a “presiones locales”, y para aislar las islas de “futuros obstáculos políticos y económicos”, problemas que podrían haberse derivado de la opción alternativa. Por otro lado, el Reino Unido, aunque sabía que tenía plenos poderes constitucionales para ceder estas islas sin el consentimiento de Mauricio, era consciente de que ello probablemente dañaría su reputación en la comunidad internacional, pues por aquel entonces las Naciones Unidas se tomaban muy en serio el derecho a la libre determinación. Interesaba por tanto al Reino Unido obtener el consentimiento previo de los Ministros mauricianos, o al menos su aquiescencia a la separación. El Reino Unido quería, a su vez, ocultar a los habitantes de Mauricio y de Seychelles que los Estados Unidos formaban parte del trato y pensó que el mejor modo de hacerlo era presentárselo como un “hecho consumado”, de modo que solo “se les informase en términos generales y en el momento adecuado acerca de la propuesta de separar las islas”. El Reino Unido y los Estados Unidos estudiaron conjuntamente las islas en julio y agosto de 1964 con el fin de determinar las implicaciones que la propuesta de adquirirlas con fines militares podría tener para la población civil. Los representantes del Reino Unido consideraron que no habría “ningún obstáculo insalvable para el traslado, el reasentamiento y el reemplazo de la población civil de las islas requeridas para fines militares”. El informe Newton demuestra que el Reino Unido tenía muy presente la posibilidad de que los Ministros mauricianos rechazasen el trato si conocían la auténtica trascendencia de la separación, que, entre otras cosas, implicaba que carecerían de oportunidades para

fortalecer su comercio y empleo. Además, a fin de minimizar el escrutinio internacional, el Reino Unido y los Estados Unidos acordaron que la separación de las distintas islas se llevaría a cabo en una sola operación, en lugar de “llevar a cabo la separación en dos pasos”.

16. En marzo de 1965, la inminente separación del archipiélago de Chagos de Mauricio era un tema recurrente en la comunidad internacional que suscitaba “reacciones desfavorables de los Estados de África y Asia, las Naciones Unidas y la Conferencia de El Cairo de los Países No Alineados”. Pese a ello, el Reino Unido y los Estados Unidos estaban decididos a seguir adelante con la separación de las islas y el establecimiento de una base militar en ellas, sin importar las consecuencias jurídicas o internacionales. Otro aspecto que requería “el más estricto secreto” era el *quid pro quo* financiero que se ofrecería a los mauricianos a cambio de perder su territorio. Así, cuando habló con los mauricianos, el Reino Unido, como Potencia administradora, ya había adoptado, en consulta con los Estados Unidos y a espaldas de los mauricianos, decisiones jurídicas y administrativas encaminadas a separar las islas del océano Índico con fines militares mediante la creación de una nueva colonia bajo el nombre de Territorio Británico del Océano Índico. También se había acordado ya que la indemnización se depositaría en un fondo, si bien todavía no se había convenido su importe.

b) Negociaciones entre el Reino Unido y la población de Mauricio

17. Aunque las negociaciones entre los Estados Unidos y el Reino Unido acerca de la separación de las islas habían tenido lugar casi dos años antes, el asunto no se presentó oficialmente ante el Consejo de Ministros de Mauricio hasta julio de 1965. Los Ministros mauricianos se opusieron unánimemente a la separación del archipiélago de Chagos y, en su lugar, ofrecieron al Reino Unido y los Estados Unidos un arrendamiento de 99 años sobre este. A los mauricianos también les preocupaba preservar, bajo cualquier circunstancia, los derechos pesqueros, agrícolas y mineros de Mauricio. Entendieron erróneamente que su población seguiría residiendo en las islas junto a la base militar. Los mauricianos no sabían que el Reino Unido y los Estados Unidos ya habían decidido que la presencia de habitantes mauricianos en las islas en cuestión era incompatible con los fines militares para los que se necesitaban. Incluso se propuso a los mauricianos una negociación tripartita con el Reino Unido y los Estados Unidos, que rechazaron con rotundidad. El Reino Unido dejó muy claro que el acuerdo de arrendamiento era “extremadamente problemático” y que la aceptación de la separación por parte de Mauricio era “el único acuerdo aceptable”. Este punto muerto allanó el camino para la famosa Conferencia Constitucional, que tuvo lugar en Londres del 7 al 24 de septiembre de 1965. El Gobierno británico organizó esta Conferencia de tal modo que la “independencia” y el “acuerdo para la separación” formasen parte de un “acuerdo global” indivisible. Es preciso recordar que la resolución 1514 (XV), aprobada tan solo cuatro años antes, advertía específicamente que “[t]odo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país” era “incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”. Por consiguiente, aunque la separación se produjo unos tres años antes de la independencia de Mauricio, todas las partes implicadas eran plenamente conscientes de que ambas estaban inextricablemente ligadas y de que la separación propuesta contravendría lo dispuesto en la Carta y la resolución 1514.

c) La Conferencia Constitucional de 1965

18. Una semana antes de las conversaciones, el Primer Ministro británico dejó bien claro al Secretario Colonial que la postura del Reino Unido “respecto de la separación de las islas no debía verse perjudicada” durante la Conferencia

Constitucional. Las conversaciones entre los delegados mauricianos y las autoridades coloniales británicas se produjeron en un contexto caracterizado por: a) la incertidumbre sobre si el Reino Unido concedería la independencia a Mauricio, en vista del desacuerdo sobre el archipiélago de Chagos; b) el compromiso irreversible asumido por el Reino Unido de separar el archipiélago de Chagos en cualquier circunstancia; c) la oposición de los Ministros mauricianos a la separación; y d) la insistencia del Secretario Colonial en que los Ministros mauricianos aceptasen o consintiesen la separación a fin de proteger al Reino Unido de las críticas nacionales e internacionales. En última instancia, la delegación mauricana consideró que el Reino Unido, como Potencia administradora, tenía el poder legislativo y ejecutivo para conceder o retirar la independencia de Mauricio. La conclusión fue que, “si no era posible obtener la aquiescencia de Mauricio, la vía de [...] la separación forzosa y el pago de una indemnización en un fondo” parecía esencial.

19. A fin de resolver la situación de estancamiento, la Oficina Colonial organizó una reunión más pequeña en paralelo a la Conferencia Constitucional, destinada a tratar únicamente la separación del archipiélago. A esta reunión privada acudieron el Gobernador Rennie, el Primer Ministro Ramgoolam, tres líderes de partidos mauricianos y un Ministro mauricano independiente. Greenwood, Rennie y Ramgoolam se habían reunido en privado los días 13 y 20 de septiembre de 1965, con anterioridad a esa reunión, sin llegar a ningún acuerdo. Aunque los mauricianos ofrecieron un arrendamiento de 99 años, los británicos rechazaron la oferta e insistieron en la escisión forzosa de las islas con una indemnización. Por último, un día antes de que concluyese la Conferencia Constitucional el 23 de septiembre de 1965, se organizó en el número 10 de Downing Street una reunión privada entre Sir Ramgoolam (sin sus Ministros) y el Primer Ministro Harold Wilson, con el objetivo de “atemorizar a Sir Seewoosagur Ramgoolam dándole esperanzas: darle esperanzas de que podría obtener la independencia; atemorizarlo con que podría no conseguirla a menos que se [mostrase] razonable acerca de la separación del archipiélago de Chagos”. En esa reunión, el Primer Ministro Ramgoolam cedió y aceptó la separación “en principio”, a cambio de la independencia. Años después de que Mauricio alcanzase la independencia sin el archipiélago de Chagos, Sir Ramgoolam confesó que “accedió” a la separación porque “tenía la soga al cuello. No podía decir que no [...] o la soga podría haberse apretado”.

d) Los compromisos de Lancaster House

20. La tercera y última reunión privada entre los Ministros mauricianos y el Secretario Colonial Greenwood sobre “cuestiones de defensa” tuvo lugar solo unas horas después de la reunión del Primer Ministro Ramgoolam con el Primer Ministro Wilson. Una vez más, el Secretario Greenwood no desaprovechó la oportunidad de presionar a los mauricianos cuando sugirió que “debía informar a sus colegas a las 16.00 horas del resultado de sus conversaciones con los Ministros mauricianos acerca de la separación del archipiélago. Por este motivo, estaba ansioso de que se tomara una decisión en esa reunión”. Greenwood dejó sobradamente claro que era probable que, como último recurso, el Consejo ordenase la separación forzosa por decreto. En esta reunión, el Primer Ministro Ramgoolam, que apenas habló, intentó por última vez rechazar la separación en favor del arrendamiento, pero lo pusieron rápidamente en su sitio. A continuación se establecieron las condiciones detalladas en las que se produciría la separación. Muchas de esas condiciones no tenían validez, ya que, una vez que se estableciese la base militar, nunca podría haber civiles mauricianos en la isla. No obstante, para el Reino Unido y los Estados Unidos era importante que pareciese que una mayoría de los Ministros mauricianos, si no todos, habían aceptado la separación, y desde ese momento esa fue la idea que se vendió en las reuniones internacionales.

21. Dadas las circunstancias expuestas, en que los mauricianos presuntamente aceptaron o consintieron la separación debido a la relación desigual existente entre el Reino Unido y Mauricio, no puede decirse que el pueblo de Mauricio aceptase de forma libre y auténtica ceder el archipiélago de Chagos al Reino Unido antes de obtener su independencia. Por consiguiente, la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio efectuada por el Reino Unido en 1965 constituyó una violación clara del derecho de los habitantes de Mauricio a la libre determinación, en la medida en que se contempló conceder la independencia a Mauricio sin parte de su territorio. La separación contravino la resolución 1514 (XV) y lo dispuesto en la Carta. A la luz precisamente de esta situación, la Asamblea General aprobó resoluciones adicionales que instaban a la aplicación de la resolución 1514.

IV. Cuestión de si el proceso de descolonización se completó con arreglo a derecho en 1968, cuando Mauricio obtuvo la independencia sin el archipiélago de Chagos

22. Como se ha mostrado anteriormente, aunque Mauricio obtuvo la independencia tres años después de la separación del archipiélago de Chagos, el Reino Unido se había asegurado de que las negociaciones para la separación y para la independencia formaban parte del mismo acuerdo. Huelga decir que hubo una fuerte reacción internacional a la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio y a la expulsión forzosa de los chagosianos de las islas. Como era de esperar, el propio Mauricio, las Naciones Unidas y agrupaciones importantes como la Organización de la Unidad Africana, la Unión Africana, el Movimiento de Países No Alineados, el Grupo de los 77 y China, el Grupo de Estados de África, el Caribe y el Pacífico, y la Cumbre de Países Sudamericanos y Africanos manifestaron su desacuerdo al respecto. Con la independencia, Sir Ramgoolam se convirtió en el primer Ministro de Mauricio, pero su Gobierno recibió críticas generalizadas por la separación. No obstante, afirmó con determinación que Mauricio intentaría que el Reino Unido le devolviese el archipiélago mediante una “diplomacia paciente a nivel bilateral e internacional”.

23. La reacción inmediata de la Asamblea General de las Naciones Unidas fue aprobar la resolución 2066 (XX), de 16 de diciembre de 1965, que se refiere específicamente a Mauricio, en la cual, además de instar al Reino Unido a adoptar medidas eficaces para dar cumplimiento a la resolución 1514 (XV), lo invitaba a “no adoptar ninguna medida que pudiera desmembrar el Territorio de la Isla Mauricio y violar su integridad territorial”¹⁸. Se podría argumentar que, hasta el día en que Mauricio obtuvo su independencia, era jurídicamente posible que el Reino Unido devolviese el archipiélago a Mauricio. Pero quizás habría resultado ingenuo que las Naciones Unidas contemplasen esa posibilidad. El 20 de diciembre de 1966¹⁹ y el 19 de diciembre de 1967²⁰ se aprobaron más resoluciones que solicitaban al Reino Unido y otras Potencias coloniales que aplicasen la resolución 1514. En el caso de Mauricio, estas peticiones cayeron en saco roto. Además de que Mauricio obtuvo su independencia sin el archipiélago de Chagos, que por entonces formaba parte de una nueva colonia bajo el control del Reino Unido (el Territorio Británico del Océano Índico), se expulsó forzosamente a toda su población de las islas y se impidió su regreso a ellas.

24. En respuesta a la pregunta planteada anteriormente, el proceso de descolonización de Mauricio no se completó con arreglo a derecho en 1968, cuando obtuvo la independencia, porque parte de su territorio (el archipiélago de Chagos) ha

¹⁸ Resolución 2066 (XX), párrs. 3 y 4.

¹⁹ Resolución 2232 (XXI).

²⁰ Resolución 2357 (XXII).

permanecido colonizado hasta el día de hoy. Para completar la descolonización, la población de Mauricio, incluidos los chagosianos, tendría que haber ejercido su derecho a la libre determinación con respecto a la totalidad de su territorio. Esto me lleva a la parte V, en la que analizo en mayor profundidad las consecuencias en virtud del derecho internacional de que el Reino Unido siga administrando el Territorio Británico del Océano Índico.

V. Consecuencias en virtud del derecho internacional de que el Reino Unido siga administrando el archipiélago de Chagos

25. Finalmente, en el párrafo 180 la Corte hace una referencia indirecta a que “el derecho a la libre determinación es una obligación *erga omnes*”. No obstante, en su opinión consultiva la Corte no reconoce que el derecho a la libre determinación ha evolucionado hasta convertirse en una norma imperativa de derecho internacional (*ius cogens*) que no admite acuerdo en contrario y cuyo incumplimiento tiene consecuencias no solo para la Potencia administradora, sino para todos los Estados. La controversia jurídica que la Asamblea General ha presentado ante la Corte tiene implicaciones directas para la norma relativa a la integridad territorial en el contexto de la descolonización. Por lo tanto, corresponde a la Corte definir adecuadamente el contenido y el carácter de la norma a fin de prestar la máxima asistencia a la Asamblea General. En mi opinión, al no reconocer el carácter imperativo de la norma en cuestión, la Corte no ha definido suficientemente las consecuencias que tiene para terceros Estados el hecho de que el Reino Unido siga administrando el archipiélago de Chagos. Esto supone un lamentable cambio respecto de las explicaciones más exhaustivas y esclarecedoras del derecho a la libre determinación que la Corte ha ofrecido en anteriores opiniones.

26. En el apartado a) procederé a recordar la naturaleza de las normas imperativas y las consecuencias derivadas de su incumplimiento. En el apartado b) demostraré que, en el contexto de la descolonización, el derecho a la libre determinación, incluido el componente de la libre determinación basado en la integridad territorial, ha evolucionado hasta convertirse en una norma imperativa del derecho internacional. En el apartado c) explicaré por qué la violación de la integridad territorial de Mauricio cometida por el Reino Unido durante el proceso de descolonización constituyó una violación grave de una norma imperativa. Por último, en el apartado d) explicaré las consecuencias que produciría esa violación grave en terceros Estados.

a) Normas imperativas y consecuencias derivadas de su incumplimiento

27. Las normas imperativas ocupan una posición superior en la jerarquía del derecho internacional consuetudinario. Como se indica en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en lo sucesivo, la “Convención de Viena”), una norma imperativa “es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario”. La Corte ha reconocido expresamente la supremacía de las normas imperativas en el ordenamiento jurídico internacional y ha sostenido que las prohibiciones del genocidio y la tortura son normas de carácter imperativo²¹.

²¹ Véanse, por ejemplo, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2015 (I)*, pág. 47, párr. 87 (donde se reconoce que la prohibición del genocidio constituye una norma imperativa); *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v.*

28. El carácter imperativo de una norma tiene importantes consecuencias. Como refleja el artículo 53 de la Convención de Viena, la consecuencia fundamental es que no admite acuerdo en contrario. Los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena establecen la nulidad de todo tratado que esté en conflicto con una norma imperativa, consecuencia que dimana de la regla de inderogabilidad. El artículo 53 indica que “[e]s nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa”. El artículo 64 añade además que, “[s]i surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”. Estas reglas forman ahora parte del derecho internacional consuetudinario, como refleja la extensa práctica de los Estados que declararon la nulidad de un tratado debido a sus supuestas incoherencias con una norma imperativa²².

29. Del mismo modo, la violación grave de una norma imperativa del derecho internacional tiene importantes consecuencias para todos los Estados. Como establece el artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) (“artículos sobre la responsabilidad del Estado de la CDI”):

a) Los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40;

b) Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación.

Estas normas han logrado también la práctica estatal generalizada y la *opinio iuris* necesarias para formar parte del derecho internacional consuetudinario²³.

b) El carácter de norma imperativa del derecho a la libre determinación

30. No cabe duda de que el derecho inalienable a la libre determinación se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico internacional. Aparece contemplado en el Artículo 1, párrafo 2, de la Carta de las Naciones Unidas como uno de los propósitos y principios de la Organización. La caracterización del derecho a la libre determinación como norma imperativa se remonta muchos decenios atrás y ahora está demasiado extendida como para ignorarla. Juristas eminentes, incluidos miembros anteriores y actuales de esta Corte, han reconocido el carácter imperativo

Rwanda (competencia y admisibilidad), fallo, *I.C.J. Reports 2006*, págs. 31 y 32, párr. 64 (*idem*); y *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012 (II)*, pág. 457, párr. 99 (donde se reconoce que la prohibición de la tortura constituye una norma imperativa). Véase también *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2010 (II)*, pág. 437, párr. 81 (donde se sugiere que la prohibición del uso de la fuerza constituye una norma imperativa).

²² *Tercer informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens) presentado por Dire Tladi, Relator Especial*, Asamblea General de las Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, 70º período de sesiones, documento de las Naciones Unidas [A/CN.4/714](#), págs. 13 a 15, párr. 31.

²³ *Tercer informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens) presentado por Dire Tladi, Relator Especial*, Asamblea General de las Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, 70º período de sesiones, documento de las Naciones Unidas [A/CN.4/714](#), pág. 42, párr. 99. Véase también *La Cantuta vs. Perú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos (fondo, reparaciones y costas), Serie C, núm. 162, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 160.

del derecho a la libre determinación²⁴. Otras cortes y tribunales²⁵, Relatores Especiales de las Naciones Unidas²⁶, miembros de la CDI²⁷ y la propia CDI²⁸ también han reconocido su carácter de norma imperativa. En 1964, cuando la Sexta Comisión de la Asamblea General debatió el proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados de la CDI, muchos Estados apoyaron que el derecho a la libre determinación se caracterizase como norma imperativa y solo uno se pronunció en contra²⁹. Estos instrumentos y declaraciones demuestran inexorablemente que el derecho a la libre determinación es una norma que reviste una importancia especial en el ordenamiento jurídico internacional.

31. Desde mi punto de vista, la Corte debería haber reconocido expresamente que, en el contexto de la descolonización, la norma que exige el respeto de la integridad territorial de una unidad de libre determinación es ahora una norma imperativa. Es la esencia misma del derecho a la libre determinación. Todo acuerdo en contrario a esta norma durante un proceso de descolonización brindaría a la Potencia colonial la oportunidad de perpetuar la dominación colonial, convirtiendo el derecho a la libre determinación en una mera ilusión.

32. La práctica de los Estados demuestra que, en el contexto de la descolonización, la unidad pertinente de libre determinación es la totalidad del territorio colonial. La Asamblea General ha adoptado habitualmente esta postura desde la aprobación de la resolución 1514. La comunidad internacional ha hecho excepciones a esta práctica en muy pocas ocasiones al reconocer que el pueblo pertinente a los efectos de la libre determinación no se correspondía con las fronteras coloniales. No obstante, esos casos se ajustaron estrictamente a la expresión de la voluntad libre y auténtica de los pueblos implicados y no supusieron un acuerdo en contrario a su derecho imperativo a la libre determinación. Por ejemplo, en los

²⁴ Véanse, por ejemplo, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, págs. 89 y 90, párr. 12 (opinión separada del Magistrado Ammoun); James Crawford, *The Creation of States in International Law* (2007), pág. 101; M. Bedjaoui, en J.-P. Cot y A. Pellet (eds.), *La Charte des Nations Unies*, 2ª edición, 1991, págs. 1082 y 1083; John Dugard, *International Law: A South African Perspective* (1994), pág. 76.

²⁵ Véanse, por ejemplo, *La Cantuta vs. Perú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos (fondo, reparaciones y costas), Serie C, núm. 162, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 160; *Case concerning the Delimitation of Maritime Boundary between Guinea-Bissau and Senegal (Guinea-Bissau/Senegal)*, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, vol. 20, segunda parte, págs. 135 y 136, párrs. 40 a 43 (1989); nota núm. 78/2016 de la Misión Permanente de la República Federal de Alemania en respuesta al informe de la CDI en su 67º período de sesiones (2015) (A/70/10), pág. 2.

²⁶ *El derecho a la libre determinación*, estudio elaborado por Héctor Gros Espiell, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1 (1980), págs. 11 a 13, párrs. 71 a 87.

²⁷ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 15º período de sesiones*, 6 de mayo a 12 de julio de 1963, Naciones Unidas, *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, decimoctavo período de sesiones, suplemento núm. 9, documento de las Naciones Unidas A/5509 (A/CN.4/163), pág. 232, párr. 3; *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 18º período de sesiones*, 4 de mayo a 19 de julio de 1966, Naciones Unidas, *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, vigésimo primer período de sesiones, suplemento núm. 9, documento de las Naciones Unidas A/6309/Rev.1 (A/CN.4/191), pág. 81, párr. 3.

²⁸ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53º período de sesiones*, 23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001, Naciones Unidas, *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, quincuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 10, documento de las Naciones Unidas A/56/10, pág. 70, párr. 5.

²⁹ *El derecho a la libre determinación*, estudio elaborado por Héctor Gros Espiell, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1 (1980), pág. 11, párrs. 71 y 72.

procesos de descolonización en los Territorios coloniales del Camerún Británico y Ruanda-Urundi, se reconocieron dos unidades de libre determinación dentro de las correspondientes fronteras coloniales, las cuales tenían derecho a expresar por separado su voluntad respecto de su futuro estatuto político.

33. En el caso de Ruanda-Urundi, se obligó a la Comisión de las Naciones Unidas, encargada de buscar la “reconciliación de las diversas facciones políticas en el Territorio”³⁰, a “admitir el lamentable hecho de que el Territorio estaba dividido” por razones sectarias³¹. La Cuarta Comisión reconoció la existencia de dos pueblos distintos que deseaban obtener la independencia como Estados separados³². En la resolución 1746 (XVI), la Asamblea General aceptó la legitimidad de la descolonización sobre esta base y declaró que Ruanda-Urundi pasaría a ser los dos Estados independientes y soberanos de Rwanda y Burundi el 1 de julio de 1962. La comunidad internacional aceptó la legitimidad del proceso de descolonización y, poco después, Rwanda y Burundi fueron admitidos como Miembros de las Naciones Unidas.

34. En el caso del Camerún Británico, el Reino Unido administró la zona norte del Territorio como si formase parte de Nigeria, y la zona sur como si fuese una unidad independiente. En 1958, la Misión Visitadora de las Naciones Unidas al Camerún bajo administración británica observó que la región septentrional tenía mucha afinidad con la población del norte de Nigeria, mientras que la región meridional tenía más afinidad con la población del Camerún francés³³. Por ello, señaló que “los deseos de los pueblos del norte y el sur del Territorio en Fideicomiso deberían determinarse por separado”³⁴. De conformidad con la recomendación de la Misión Visitadora, en su resolución 1350 (XIII) la Asamblea General pidió que se celebrasen “sendos plebiscitos en las partes septentrional y meridional del Camerún bajo administración del Reino Unido”³⁵. En el plebiscito celebrado en la región septentrional en 1959, en el que las opciones ofrecidas fueron unirse a Nigeria o posponer la decisión, la mayoría de la población votó a favor de la segunda opción³⁶. En el plebiscito celebrado en la región meridional en 1961, en el que las opciones ofrecidas fueron unirse a Nigeria o unirse al Camerún, la mayoría votó a favor de unirse a este último³⁷. El segundo plebiscito de la región septentrional tuvo lugar más adelante ese mismo año. En él las opciones ofrecidas fueron unirse a Nigeria o unirse al Camerún, y la mayoría votó a favor de unirse a Nigeria³⁸. Una vez más, la Asamblea General respaldó el resultado del plebiscito como expresión legítima de la voluntad libre y auténtica de los pueblos implicados³⁹.

35. Los procesos de descolonización en Ruanda-Urundi y el Camerún Británico no son contrarios a la norma que protege la integridad territorial de una unidad de libre determinación, sino que constituyen una excepción al principio de *uti*

³⁰ Resolución 1743 de la Asamblea General, párr. 3 a).

³¹ *Report of the United Nations Commission for Ruanda-Urundi*, documento de las Naciones Unidas A/5126, pág. 91, párr. 319.

³² Asamblea General, decimosexto período de sesiones, Cuarta Comisión, 1305ª sesión, pág. 904, párr. 14.

³³ *United Nations Visiting Mission to Trust Territories in West Africa, 1958: Report of the Trust Territory of the Cameroons under British Administration*, documento de las Naciones Unidas T/1426 (1959), pág. 16, párr. 16.

³⁴ *Ibid.*, pág. 79, párr. 170.

³⁵ Resolución 1350 (XIII) de la Asamblea General, párr. 1.

³⁶ *Ibid.*, párr. 2.

³⁷ Resolución 1352 (XIV) de la Asamblea General, párr. 2.

³⁸ Resolución 1473 (XIV) de la Asamblea General, párr. 3.

³⁹ Resolución 1608 (XV) de la Asamblea General, párr. 2.

possidetis. En la causa relativa a la *Controversia fronteriza*, la Corte explicó el principio de *uti possidetis* del siguiente modo:

“La esencia del principio reside en que su principal propósito es garantizar el respeto de los límites territoriales que existían en el momento en que se accedió a la independencia. Puede que esos límites no fueran más que delimitaciones entre diferentes divisiones administrativas o colonias, sujetas todas ellas al mismo soberano. En tal caso, la aplicación del principio de *uti possidetis* tenía como resultado la transformación de los límites administrativos en fronteras internacionales propiamente dichas [...]. El principio de *uti possidetis*, que convertía antiguas divisiones administrativas establecidas durante el período colonial en fronteras internacionales, es, por tanto, un principio de carácter general que está lógicamente ligado a esta forma de descolonización cuando se produce”⁴⁰.

36. Por tanto, el *uti possidetis* se entiende acertadamente como un medio para identificar la unidad de libre determinación en el contexto de la descolonización. Es una doctrina relacionada con el componente de integridad territorial de la libre determinación, pero claramente diferenciada de él. Dicho componente garantiza la integridad territorial de un país o una unidad de libre determinación, no necesariamente la integridad de las fronteras coloniales en sí. Al contrario que en el caso del derecho a la libre determinación, la Corte no ha sugerido en ningún momento que el principio de *uti possidetis* pueda ser una norma imperativa del derecho internacional.

37. Por otro lado, la Corte ha aludido en repetidas ocasiones al carácter imperativo de la norma que protege la integridad territorial de una unidad de libre determinación cuando ese aspecto del derecho a la libre determinación está en juego. La opinión consultiva sobre *Namibia* versaba sobre la violación de la integridad territorial de Namibia cometida por Sudáfrica contraviniendo la resolución 2415 (XXI) de la Asamblea General, que pone fin al mandato de África Sudoccidental. La Corte dio a entender que el derecho a la libre determinación tenía carácter imperativo en ese contexto al indicar que todos los Estados tenían una obligación de no reconocimiento derivada de la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad y del derecho internacional general⁴¹.

38. En *Timor Oriental*, otra causa referente a la integridad territorial y la libre determinación en el contexto de la descolonización, la Corte realizó una importante aportación a la comprensión del derecho internacional al señalar que el “derecho de los pueblos a la libre determinación, tal como se ha desarrollado a partir de la Carta y de la práctica de las Naciones Unidas, tiene carácter *erga omnes*”⁴². También aludió al carácter imperativo de la norma que protege la integridad territorial de una unidad de libre determinación al describir la libre determinación en ese contexto como “uno de los principios esenciales del derecho internacional contemporáneo”⁴³.

39. En la opinión consultiva relativa a la *Construcción de un muro*, la Corte reconoció que la construcción de un muro por Israel y los asentamientos israelíes en el territorio palestino ocupado podían alterar la integridad territorial de la unidad palestina de libre determinación al crear “un ‘hecho consumado’ en razón de que

⁴⁰ *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 566, párr. 23.

⁴¹ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 54 y 55, párrs. 119 a 121.

⁴² *East Timor (Portugal v. Australia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1995*, pág. 102, párr. 29.

⁴³ *Ibid.*

podrían [...] llegar a ser permanentes”⁴⁴. La Corte no afirmó expresamente que el derecho a la libre determinación fuera una norma imperativa. No obstante, insinuó una vez más el elevado rango de ese derecho en la jerarquía de las normas jurídicas internacionales cuando alabó su “carácter” e “importancia”⁴⁵. En consecuencia, la Corte sostuvo que la violación del derecho del pueblo palestino a la libre determinación acarrea las mismas consecuencias que el incumplimiento de una norma imperativa y usó para ello palabras sorprendentemente similares al artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado:

“Habida cuenta del carácter y la importancia de los derechos y obligaciones involucrados, la Corte opina que todos los Estados tienen la obligación de no reconocer la situación ilegal resultante de la construcción del muro en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental y sus alrededores. Asimismo tienen la obligación de no prestar ayuda ni asistencia para el mantenimiento de la situación creada por tal construcción. Incumbe también a todos los Estados, dentro del respeto por la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional, velar por que se ponga fin a cualquier impedimento, resultante de la construcción del muro, para el ejercicio por el pueblo palestino de su derecho a la libre determinación”⁴⁶.

40. Debe entenderse que estas causas confirman el reconocimiento general por los Estados de que la norma que exige el respeto de la integridad territorial de una unidad de libre determinación en el contexto de la descolonización no admite acuerdo en contrario. Esta norma está implícita en el tercer principio establecido en la Carta del Atlántico de 1941, fue reconocida en el comunicado final de la Conferencia Asia-África celebrada en Bandung (Indonesia) en 1955, declarada parte del derecho internacional consuetudinario en el párrafo 6 de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 1960, reiterada en las resoluciones de la Asamblea General 2625 (XXV), de 1960, y 1654 (XVI), de 1961, y reafirmada en la Carta de la Organización de la Unidad Africana, de 1963. Como confirma la opinión consultiva de hoy, también está incorporada en el Artículo 1, párrafo 2, y los Artículos 55 y 73 de la Carta de las Naciones Unidas. En la actualidad no hay ningún Estado del mundo que no haya firmado algún instrumento jurídico internacional que proteja la integridad territorial de una unidad de libre determinación durante el proceso de descolonización.

41. La constante oposición de la comunidad internacional a todo acto que alterase la integridad territorial durante el proceso de descolonización se extendió muy pronto en la práctica de las Naciones Unidas. En su primer período de sesiones, la Asamblea General aprobó la resolución 65 (I), por la que se rechazaba la propuesta de Sudáfrica de anexionarse a África Sudoccidental. En 1966 aprobó la resolución 2145 (XXI), en que se declaraba que Sudáfrica no había cumplido sus obligaciones para con África Sudoccidental que le incumbían con arreglo a su mandato y ponía fin a este. La resolución 2325 (XXII), de 1966, que la Asamblea General aprobó en respuesta al hecho de que Sudáfrica seguía estando presente en África Sudoccidental, reviste especial interés. Dicha resolución exhortó a todos los Estados Miembros a que cooperasen para poner fin a la notoria violación de la integridad territorial de África Sudoccidental⁴⁷. La Asamblea General repitió esa petición en la resolución 2372 (XXII), de 1968, en la que además invocó la obligación de no reconocimiento al instar a todos los Estados “a desistir de cualesquiera relaciones [...] que puedan hacer que

⁴⁴ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 184, párr. 121.

⁴⁵ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 200, párr. 159.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Resolución 2325 (XXII) de la Asamblea General, párrs. 4 y 6.

se perpetúe la ocupación ilegal de Namibia por Sudáfrica”. Dichas obligaciones lograron un cumplimiento casi universal y ulteriormente África Sudoccidental se convirtió en la República independiente de Namibia.

42. Del mismo modo, la comunidad internacional se opuso enérgicamente al intento de un régimen racista minoritario de crear el Estado de Rhodesia del Sur en 1965 en violación del derecho del pueblo de Zimbabwe a la libre determinación. La Asamblea General aprobó la resolución 2022 (XX), que hacía un llamamiento a los Estados a no reconocer el gobierno minoritario⁴⁸ y a cooperar para poner fin a la situación ilegal, entre otras cosas prestando asistencia material y moral al pueblo de Zimbabwe en su lucha por la independencia⁴⁹. Los Estados dieron un cumplimiento casi universal a estas obligaciones y el pueblo de Rhodesia del Sur obtuvo su independencia en 1980, convirtiéndose en la República de Zimbabwe. África Sudoccidental y Rhodesia del Sur constituyen, por tanto, ejemplos de la invocación por la Asamblea General de las obligaciones de cooperación universal y no reconocimiento asociadas al incumplimiento de una norma imperativa como consecuencia de la violación de la integridad territorial de una unidad de libre determinación.

43. La Asamblea General ha insinuado igualmente en repetidas ocasiones el carácter especial de la norma relativa a la integridad territorial. En la resolución 35/118, la Asamblea General “rechaza categóricamente cualquier acuerdo, arreglo o acción unilateral de cualquier Potencia colonial y racista que desconozca, viole, niegue o contradiga el derecho inalienable de los pueblos bajo dominación colonial a la libre determinación y a la independencia”. Su descripción de la libre determinación como un “derecho inalienable” en una gran cantidad de resoluciones referentes a la integridad territorial de una unidad de libre determinación implica que dicho derecho tiene carácter imperativo en el presente contexto⁵⁰. Si la norma que protege la integridad territorial de una unidad de libre determinación es inalienable, cuesta imaginar alguna circunstancia en la que esta admita acuerdo en contrario. En numerosas ocasiones, las Naciones Unidas han definido toda tentativa llevada a cabo por una administración colonial de anexionarse un territorio durante el proceso de descolonización como un acto de agresión en el sentido contemplado en la Carta de las Naciones Unidas⁵¹. Se ha reconocido ampliamente el carácter imperativo de la norma que prohíbe la agresión o el uso ilícito de la fuerza⁵². Por consiguiente, el hecho de que la Asamblea General equipare la libre determinación con la no agresión significa que la libre determinación tiene también carácter imperativo.

c) La violación por el Reino Unido de la integridad territorial es grave

44. No cabe duda de que el incumplimiento por el Reino Unido de la norma imperativa que exige que se respete la integridad territorial de Mauricio durante el proceso de descolonización es grave. El Reino Unido aprovechó su posición como Potencia administradora para ampliar su territorio a expensas del pueblo de Mauricio. Su actuación constituyó una anexión *de facto* que minó el derecho del pueblo de

⁴⁸ Resolución 2022 (XX) de la Asamblea General, párr. 9.

⁴⁹ Resolución 2022 (XX) de la Asamblea General, párr. 10. Véase también *ibid.*, párrs. 6 y 9, y resoluciones del Consejo de Seguridad 216 (1965) y 217 (1965).

⁵⁰ Véanse, por ejemplo, las resoluciones de la Asamblea General 2073 (XX), párr. 3; 2074 (XX), párr. 3; 2232 (XXI), párr. 2; 1817 (XVII), párr. 1; 2145 (XXI), párr. 1; 2325 (XXII), preámbulo; 2357 (XXII), párr. 2; 2403 (XXIII), párr. 1; 3485 (XXX), párr. 1; 33/39; 33/31, párr. 2; y 37/28, párr. 1.

⁵¹ Véanse, por ejemplo, las resoluciones de la Asamblea General 1817 (XXII), párr. 6, y 2074 (XX), párr. 6, y la resolución 269 (1969) del Consejo de Seguridad, párr. 3.

⁵² Véase *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2010 (II)*, pág. 437, párr. 81.

Mauricio a la libre determinación, ya que lo privó de toda oportunidad de expresar su voluntad acerca del destino del archipiélago de Chagos. Esta conducta es completamente irreconciliable con el derecho a la integridad territorial y anula la razón de ser misma del Artículo 73 de la Carta, a saber, “desarrollar el gobierno propio, [teniendo] debidamente en cuenta las aspiraciones políticas de los pueblos”⁵³.

d) Consecuencias

45. Al no reconocer el carácter imperativo de la norma relativa a la integridad territorial en el contexto de la descolonización, la Corte no ha articulado debidamente las consecuencias de la conducta internacionalmente indebida del Reino Unido. Todo tratado que entre en conflicto con el derecho del pueblo mauriciano a ejercer su derecho a la libre determinación con respecto al archipiélago de Chagos es nulo, lo que tiene implicaciones evidentes para el acuerdo entre el Reino Unido y los Estados Unidos. De la gravedad de la conducta internacionalmente indebida del Reino Unido se desprenden otras consecuencias. Todos los Estados tienen la obligación de cooperar para poner fin a la administración ilegal del archipiélago de Chagos por parte del Reino Unido. Es más, todos los Estados tienen la obligación de no reconocer como lícita la situación derivada del hecho de que el Reino Unido siga administrando el archipiélago de Chagos y de no prestar ayuda ni asistencia para mantener dicha situación ilegal.

46. Las consecuencias previstas en los casos de violación grave de las normas imperativas reflejan el interés especial que la comunidad internacional tiene en su cumplimiento. La inexistencia del derecho a la libre determinación supondría el desmoronamiento de todo el ordenamiento jurídico internacional. Es un principio fundamental en el que se sustentan una gran cantidad de derechos propugnados por la comunidad internacional. Resulta lamentable que, casi seis decenios después de que la Asamblea General aprobase la resolución 1514 (XV), todavía no se haya erradicado la abominable institución de la colonización ni se haya reconocido universalmente el derecho a la libre determinación. Las palabras de la Corte en la opinión consultiva relativa a *Namibia* (1971) siguen siendo aplicables a la situación actual de Mauricio: “todos los Estados deben tener presente que la entidad lesionada es un pueblo que debe recurrir a la comunidad internacional para que lo ayude” en su lucha por la libre determinación⁵⁴.

Conclusión

47. A continuación, expongo mi opinión en respuesta a las dos preguntas planteadas por la Asamblea General en la resolución 71/292. El derecho de los países y pueblos no autónomos a la libre determinación existía como norma imperativa (*ius cogens*) con arreglo al derecho internacional consuetudinario en 1965, cuando el Reino Unido, en cuanto que Potencia administradora, separó el archipiélago de Chagos de Mauricio. Ese derecho era inherente a los pueblos de Mauricio, incluidos los chagosianos, como unidad territorial no autónoma única. La preservación de la integridad territorial de Mauricio como unidad única con anterioridad a su independencia constituía una parte integral de su derecho a la libre determinación. Ese derecho generaba la correspondiente obligación del Reino Unido, como Potencia administradora, de no adoptar ninguna medida que pudiese desmembrar el Territorio de Mauricio o impedir que sus pueblos (incluidos los chagosianos) pudiesen expresar

⁵³ Carta de las Naciones Unidas, Artículo 73 b).

⁵⁴ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1971, pág. 56, párr. 127.

y hacer valer de un modo libre y auténtico su voluntad en relación con el futuro político del Territorio.

48. Al separar el archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965 y crear una nueva colonia conocida como el Territorio Británico del Océano Índico sin averiguar cuál era la voluntad libre y auténtica del pueblo mauriciano en ese sentido, el Reino Unido incumplió su obligación *erga omnes* no solo en relación con Mauricio, sino con la comunidad internacional en su conjunto, de no adoptar ninguna medida que impidiese que el pueblo mauriciano ejerciese libremente su derecho a la libre determinación en toda su unidad territorial a la que se aplicaba ese derecho. En consecuencia, el proceso de descolonización de Mauricio no se completó conforme a derecho cuando obtuvo su independencia en 1968.

49. Por consiguiente, el pueblo de Mauricio aún posee el derecho a la libre determinación en relación con la totalidad de su territorio, que incluye el archipiélago de Chagos, y el hecho de que el Reino Unido siga administrando dicho archipiélago (como parte del Territorio Británico del Océano Índico) constituye, en virtud del derecho internacional, un hecho ilícito continuado por el que ese Estado debe asumir su responsabilidad internacional. El Reino Unido continúa teniendo la obligación, en primer lugar, de no adoptar ninguna medida que pueda impedir que el pueblo de Mauricio ejerza libremente su derecho a la libre determinación en relación con la totalidad de su territorio y, en segundo lugar, de poner fin de inmediato a su administración del archipiélago de Chagos y devolvérselo a Mauricio. En tercer lugar, el Reino Unido tiene la obligación de, “en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilícito” (incluido el desplazamiento forzoso de los chagosianos) y “restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si no se hubiese cometido ese acto [ilícito]”⁵⁵.

50. Puesto que la obligación de respetar el derecho a la libre determinación, que engloba la obligación de respetar la integridad territorial del territorio no autónomo como una sola unidad, es una obligación *erga omnes*, todos los Estados tienen que cooperar para poner fin a la administración ilegal del archipiélago de Chagos por parte del Reino Unido. Es más, todos los Estados tienen la obligación de no reconocer como lícita la situación derivada del hecho de que el Reino Unido siga administrando el archipiélago de Chagos y de no prestar ayuda ni asistencia para mantener la situación ilegal.

51. Las Naciones Unidas, en consonancia con su papel en la descolonización, deben seguir apoyando a Mauricio hasta que logre la libre determinación absoluta de todos sus pueblos, incluidos los chagosianos. Me gustaría hablar brevemente sobre el reasentamiento de los chagosianos. Ahora que Mauricio es un Estado independiente, no resulta descabellado que algunos chagosianos puedan querer regresar a sus hogares en el archipiélago y otros deseen seguir formando parte de un tercer Estado, como Seychelles o incluso el Reino Unido. Con arreglo al derecho a la libre determinación, esa decisión depende exclusivamente de los chagosianos, a los que debe permitirse ejercer su derecho de manera libre y auténtica.

(Firmado) Julia Sebutinde

⁵⁵ *Factory at Chorzów* (fondo), fallo núm. 13, 1928, CPJI, *Series A*, núm. 17, pág. 47.

OPINIÓN SEPARADA DEL MAGISTRADO ROBINSON

Derecho a la libre determinación de conformidad con el derecho internacional consuetudinario — Importancia de las resoluciones de la Asamblea General anteriores a 1960 para el desarrollo del derecho a la libre determinación como norma del derecho internacional consuetudinario — Papel de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales (resolución 1514 (XV)) en el desarrollo del derecho a la libre determinación como norma del derecho internacional consuetudinario — Cuestión de si el presunto consentimiento a la separación del archipiélago de Chagos fue una expresión libre y auténtica de la voluntad del pueblo de Mauricio, incluidos los chagosianos — El derecho a la libre determinación como norma de ius cogens — Necesidad de encontrar una solución a la penosa situación de los chagosianos.

1. He votado a favor de todas las conclusiones contenidas en el párrafo correspondiente de la opinión de la Corte. En la presente opinión separada pretendo hablar de cuestiones que no se han abordado en la opinión consultiva de la Corte o que, a mi juicio, no se han destacado, aclarado o desarrollado adecuadamente.

2. Dedicaré la parte I a un análisis de las resoluciones de la Asamblea General del período comprendido entre 1950 y 1957 y de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales (en lo sucesivo, la “resolución 1514”), con miras a demostrar su repercusión en el desarrollo del derecho a la libre determinación como norma del derecho internacional consuetudinario. La parte II versará sobre la situación del derecho a la libre determinación como norma de *ius cogens*. La parte III examinará la cuestión del “consentimiento” de Mauricio a la separación en el contexto de la obligación según la cual la descolonización debe ser el reflejo libre y auténtico de la voluntad de los pueblos en cuestión. La parte IV se centrará en la situación de los chagosianos.

Introducción

3. El presente procedimiento refleja el funcionamiento típico de un sistema político y económico —el colonialismo europeo— que, mientras estuvo vigente, dio lugar a más muertes, daños, sufrimientos e injusticias que ningún otro sistema en la historia de la humanidad. Pero la humanidad más elemental del ser humano afloró y quedó patente en el crecimiento y la maduración de un derecho que se fundamenta en el respeto de la dignidad y el valor inherentes al ser humano. Ese derecho —el derecho a la libre determinación y a la independencia— contribuyó a liberar a más de un tercio de la población mundial de la opresión que el colonialismo había ejercido en casi todos los continentes.

Parte I: Resoluciones de la Asamblea General en el período comprendido entre 1950 y 1957 y resolución 1514

Resoluciones de la Asamblea General en el período comprendido entre 1950 y 1957

4. Entre 1950 y 1957, la Asamblea General abordó en múltiples ocasiones la cuestión del derecho a la libre determinación. La opinión consultiva no ha tratado en modo suficiente la importancia de estas resoluciones y su contribución al desarrollo

del derecho a la libre determinación como norma del derecho internacional consuetudinario.

5. Una parte importante de la historia del desarrollo del derecho a la libre determinación como norma del derecho consuetudinario es que las Naciones Unidas siempre lo han tratado muy claramente como un derecho humano fundamental. De este modo, las primeras resoluciones de las Naciones Unidas sobre este tema se refieren a la inclusión de un artículo relativo al derecho a la libre determinación en los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos. La importancia de este planteamiento reside en que el derecho tiene el mismo fundamento que todos los demás derechos humanos fundamentales, a saber, el respeto de la dignidad y el valor inherentes al ser humano.

6. La resolución 421 (V), de 1950, invitaba a la Comisión de Derechos Humanos a que estudiara “métodos y procedimientos para garantizar a los pueblos y naciones el derecho de libre determinación”. El apartado D de la resolución, dedicado específicamente a este estudio, fue aprobado con 30 votos a favor, 9 en contra y 13 abstenciones.

7. En el preámbulo de la resolución 545 (VI), de 1952, la Asamblea General reconoció el derecho a la libre determinación como un derecho humano fundamental y resolvió incluir en los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos propuestos un artículo sobre dicho derecho redactado de la siguiente manera: “Todos los pueblos tendrán el derecho de libre determinación”. El preámbulo fue aprobado con 41 votos a favor, 7 en contra y 2 abstenciones. El artículo sugerido para su inclusión en los Pactos propuestos fue aprobado con 36 votos a favor, 11 en contra y 12 abstenciones.

8. En 1952, en su séptimo período de sesiones, la Asamblea General aprobó la resolución 637 A (VII), en cuyo preámbulo se afirmaba que el derecho de los pueblos y de las naciones a la libre determinación era “condición indispensable para el goce de todos los derechos humanos fundamentales”. La resolución exhortó a los Estados Miembros a que reconocieran y fomentaran “el derecho de libre determinación de los pueblos de los territorios no autónomos y territorios en fideicomiso”. También afirmó que los deseos libremente expresados de los pueblos debían averiguarse “mediante plebiscitos u otros medios democráticos reconocidos, practicados preferentemente bajo los auspicios de las Naciones Unidas”. La resolución 637 A (VII) fue aprobada con 40 votos a favor, 14 en contra y 6 abstenciones. Asimismo, la resolución 637 C (VII) pidió a la Comisión de Derechos Humanos que formulase recomendaciones concernientes al respeto internacional del derecho a la libre determinación. La resolución 637 C (VII) fue aprobada con 42 votos a favor, 7 en contra y 8 abstenciones.

9. En 1953, la Asamblea General aprobó la resolución 738 (VIII), que invitaba “a la Comisión de Derechos Humanos a preparar recomendaciones sobre el respeto internacional del derecho de los pueblos y de las naciones a la libre determinación”. La resolución fue aprobada con 43 votos a favor, 9 en contra y 5 abstenciones.

10. En 1954, en su resolución 837 (IX), la Asamblea General redobló la presión sobre la Comisión de Derechos Humanos, a la que pidió que completase “sus recomendaciones concernientes al respeto internacional del derecho de los pueblos y de las naciones a la libre determinación, incluyendo recomendaciones referentes a la soberanía permanente de dichos pueblos y naciones sobre su riqueza y recursos naturales”. Dicha resolución fue aprobada con 41 votos a favor, 11 en contra y 3 abstenciones.

11. Cabe señalar que ya en 1955 la Secretaría de las Naciones Unidas afirmaba que la Asamblea General “ya había reconocido el derecho de los pueblos y las

naciones a la libre determinación; el siguiente paso era redactar un artículo adecuado por el cual los Estados asumiesen la obligación solemne de promover y respetar dicho derecho”¹.

12. En 1955, la Tercera Comisión de la Asamblea General aprobó una disposición para su incorporación en términos idénticos a los dos proyectos de Pactos sobre Derechos Humanos, la cual reconocía que “todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación”. Merece la pena destacar aquí la diferencia entre esta redacción y la formulación anterior de la resolución 545 (VI), de 1952, según la cual “[t]odos los pueblos tendrán el derecho de libre determinación”². La redacción de la resolución de 1955 declara un derecho existente. Esa disposición establecía igualmente que todos “los Estados partes, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos [...] [deberían] promover el ejercicio de [ese] derecho”. Las actas de la Tercera Comisión muestran una marcada diferencia entre la postura de los Estados que respaldaban el derecho a la libre determinación y su incorporación en los dos proyectos de Pactos sobre Derechos Humanos y la de los Estados, en su mayoría Potencias coloniales, que se oponían a ella.

13. Quizá la resolución más importante aprobada en ese período, y desde luego la que más apoyo recibió, fue la resolución 1188 (XII), de 11 de diciembre de 1957. En esa resolución, aprobada con 65 votos a favor, ninguno en contra y 13 abstenciones, la Asamblea General reafirmó la necesidad de que “los Estados Miembros, en sus relaciones mutuas, respeten como es debido el derecho de libre determinación”.

14. Por consiguiente, entre 1950 y 1957 la Asamblea General aprobó ocho resoluciones relativas al derecho de los pueblos y las naciones a la libre determinación y la independencia, las cuales fueron aprobadas por la mayoría de los Miembros de las Naciones Unidas. Las actas revelan que, salvo un año, las votaciones mostraron una tendencia al alza en la mayoría que respaldaba las resoluciones. En términos generales, las resoluciones pedían que los Estados respetasen y observasen el derecho a la libre determinación, en particular incorporando a los dos Pactos sobre Derechos Humanos propuestos un artículo al respecto. El período de siete años transcurrido entre 1950 y 1957 terminó con la aprobación de una resolución, sin ningún voto en contra, que solicitaba a los Estados que respetasen el derecho a la libre determinación.

15. De las resoluciones se desprende la firme determinación de la Asamblea General de afirmar la existencia del derecho a la libre determinación y de velar por que las Potencias coloniales entendiesen que tenían la obligación de respetar dicho derecho. El reconocimiento del derecho a la libre determinación como un derecho humano indispensable para el disfrute de todos los demás derechos humanos fue un componente interesante de los debates celebrados en ese septenio. Al mismo tiempo, los Estados impulsores del derecho a la libre determinación, sin duda inspirados por el principio fundacional contemplado en el Artículo 1, párrafo 2, de la Carta de las Naciones Unidas (en lo sucesivo, “la Carta”), establecieron una estrecha conexión entre la libre determinación de los pueblos y el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones. Ese Artículo, junto con el Artículo 55, demuestra que la Carta consideraba que la libre determinación constituía la base para el establecimiento de relaciones amistosas entre todas las naciones.

¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, décimo período de sesiones, *Annotation on Draft International Covenants on Human Rights*, documento de las Naciones Unidas A/2929, 1 de julio de 1955, cap. IV, pág. 40, párr.4.

² Asamblea General de las Naciones Unidas, *Report of the Third Committee, Draft International Covenants on Human Rights*, documento de las Naciones Unidas A/3077, 8 de diciembre de 1955.

16. La Asamblea General prestó una atención constante al desarrollo del derecho a la libre determinación. Las resoluciones aprobadas durante esos siete años infundieron confianza a los pueblos sometidos a la dominación colonial. Entre 1957 y 1960, y antes de la aprobación de la resolución 1514 el 20 de diciembre de 1960, se independizaron 18 países bajo dominación colonial.

17. Cabría sostener que del análisis de la serie de resoluciones que la Asamblea General aprobó en el septenio comprendido entre 1950 y 1957 se deduce que la práctica de los Estados y la *opinio iuris* se combinaron para convertir el derecho a la libre determinación en una norma del derecho internacional en 1957 y que, por tanto, estos 18 países —todos ellos africanos, salvo uno— obtuvieron su independencia ejerciendo un derecho existente conforme al derecho internacional. El Primer Ministro británico, Sir Harold MacMillan, cuando se dirigió al Parlamento de Sudáfrica en febrero de 1960 para hablar sobre el crecimiento de la independencia africana, afirmó: “Soplan vientos de cambio por todo el continente y, nos guste o no, este aumento de la conciencia nacional es un hecho político”³. Sir Harold, en su famoso discurso, predijo acertadamente que el impulso hacia la independencia que había ido cobrando fuerza, debido sin duda en parte a la labor de la Asamblea General, se traduciría en la independencia de decenas de países africanos. Solo en septiembre de 1960, 15 países obtuvieron la independencia.

Resolución 1514 (XV): Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales

18. El derecho a la libre determinación, cuyos inicios se remontan al Pacto de la Sociedad de Naciones y cuyo desarrollo avanzó constantemente desde 1945 hasta 1950, creció con gran rapidez de 1950 a 1957 y alcanzó su punto álgido con la aprobación de la emblemática resolución 1514 el 20 de diciembre de 1960⁴. La resolución 1514 y la resolución 2625, de 1970, titulada “Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas” (en lo sucesivo, la “Declaración sobre Relaciones de Amistad”), son algunos de los mayores logros de las Naciones Unidas, y su adopción en un período relativamente tan temprano en la vida de las Naciones Unidas muestra la admirable sensibilidad de dicha organización por las cuestiones de interés global relacionadas con la igualdad, la justicia, el desarrollo y la paz. Ambas resoluciones son un reflejo del derecho internacional consuetudinario. En la actualidad, las Naciones Unidas están formadas por 193 Miembros, y cerca de la mitad de ellos pueden vincular su independencia a derechos y obligaciones establecidos por la resolución 1514.

19. A continuación presentaré unas breves observaciones acerca de la resolución 1514.

Preámbulo

20. Quizás el párrafo más importante del preámbulo sea el último, en el que la Asamblea General “*proclama solemnemente* la necesidad de poner fin rápida e incondicionalmente al colonialismo en todas sus formas y manifestaciones”. El colonialismo europeo llevaba existiendo más de 400 años y había provocado desigualdades, pérdida de libertad, un indecible sufrimiento humano, incalculables pérdidas humanas y, en general, flagrantes violaciones de derechos humanos

³ *Souvenir of visit by the Rt. Hon. Harold Macmillan, Prime Minister of the United Kingdom to the Houses of Parliament, Cape Town on Wednesday 3 February 1960*, págs. 5 a 14 (con “Verwoerd’s Vote of Thanks”, págs. 15 a 17) (Ciudad del Cabo: *Cape Times*, 1960).

⁴ Resolución 1514 (XV), Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales (adoptada el 20 de diciembre de 1960).

fundamentales en África, Asia, América y el Caribe. Este preámbulo deja claro que las Naciones Unidas eran firmes en su exigencia de acabar lo antes posible con el colonialismo como sistema político y económico.

21. A continuación presento unas breves observaciones sobre los distintos párrafos de la resolución 1514:

Párrafo 1

“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”.

22. En 1955, 29 países de África y Asia se reunieron en Bandung (Indonesia) para debatir sobre el colonialismo occidental y otros asuntos conexos. El párrafo 1 de la resolución 1514 reproduce palabra por palabra el párrafo 1 b) del comunicado final de dicha Conferencia⁵.

23. Durante el procedimiento no se prestó mucha atención a este párrafo, que vela por el bienestar de los pueblos dependientes. En la audiencia oral, solo un participante lo mencionó. Sin embargo, creo que resulta fundamental para comprender los objetivos que trata de conseguir la resolución 1514. La subyugación, dominación y explotación extranjeras son elementos clásicos del colonialismo. En este párrafo, la resolución 1514 resume a la perfección los horrores del colonialismo, en cuyo epicentro se encuentra la explotación. Era un sistema político y económico de gobierno que explotaba por completo a los pueblos dependientes; cuando se combinó con la esclavitud de personas afrodescendientes, como ocurrió en Mauricio durante más de 100 años y en América del Norte y del Sur y el Caribe durante siglos, quedó al descubierto su faceta más oscura. En 1753, Jamaica era la colonia más valiosa del Reino Unido. El jamaicano blanco promedio era 52,3 veces más rico que el blanco promedio de Inglaterra y Gales⁶. Esta aparente asimetría se debía a la explotación pura y dura cometida a través la esclavitud, el sostén económico del colonialismo.

24. El párrafo 1 sienta las bases de la resolución 1514, que debe leerse e interpretarse en ese contexto. El párrafo define tres elementos de la sujeción de los pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras. En primer lugar, constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales. Por lo tanto, es una denegación de derechos que existen con arreglo al derecho internacional consuetudinario, algunos de los cuales tienen carácter imperativo. El párrafo hace hincapié en la relación entre el derecho a la libre determinación y el disfrute de los derechos humanos, en la que también insistían las resoluciones aprobadas en el septenio comprendido entre 1950 y 1957. El colonialismo, visto a través del prisma de la resolución de 1514, viola el derecho internacional consuetudinario. En segundo lugar, la sujeción de los pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras es contraria a la Carta y, en particular, a sus propósitos y principios. En

⁵ *Final Communiqué of the Asian-African Conference of Bandung* (24 de abril de 1955).

⁶ Burnard, Trevor, *Mastery, Tyranny and Desire: Thomas Thistlewood and His Slaves in the Anglo-Jamaican World*, University of North Carolina Press, 2004, pág. 15, párr. 104. Thomas Thistlewood fue un inglés que amasó su fortuna en Jamaica. Trabajó en varias plantaciones de caña de azúcar y acabó poseyendo una. Durante el tiempo que vivió en Jamaica, escribió un diario en el que registraba todas sus actividades. Su castigo favorito para los esclavos que se escapaban consistía en obligar a otro esclavo a que defecase en la boca del prófugo, al que luego amordazaba durante cuatro o cinco horas. Este es un ejemplo de lo que se entiende como subyugación y dominación extranjeras, prácticas consentidas y legitimadas por los sistemas políticos, económicos y jurídicos que estableció el colonialismo. Véase también Douglas Hall, *In Miserable Slavery: Thomas Thistlewood in Jamaica, 1750-86*, University of the West Indies Press, 1999.

tercer lugar, compromete la promoción de la paz y de la cooperación mundiales. Una vez más, los principios establecidos en el Artículo 1 de la Carta se refieren al mantenimiento de la paz y el logro de la cooperación internacional. En pocas palabras, este párrafo proclama que el colonialismo es contrario al derecho internacional.

25. Como prevé la resolución 1514, los tres elementos clásicos del colonialismo —subyugación, dominación y explotación extranjeras— deben eliminarse mediante el ejercicio del derecho a la libre determinación.

Párrafo 2

“Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

26. Si bien el párrafo 1 es importante, el párrafo 2 constituye el pilar central sobre el que se estructura toda la resolución. Los demás párrafos cobran sentido a la luz de este. En particular, los males descritos en el párrafo 1 deben remediarse mediante el ejercicio del derecho a la libre determinación, proclamado y definido en este párrafo, que bien podría haber sido el primero.

27. Este párrafo vela por el bienestar de los pueblos dependientes y debe leerse en el contexto de diversas resoluciones de la Asamblea General que empujaron a la Comisión de Derechos Humanos a incluir una disposición sobre el derecho a la libre determinación en los dos proyectos de Pactos sobre Derechos Humanos. La redacción de este párrafo es similar a la recomendada por la Tercera Comisión de la Asamblea General en 1955 y difiere de la propuesta en la resolución de 1952, que dice lo siguiente: “Todos los pueblos tendrán [...]”. El párrafo refleja un derecho existente. Un aspecto importante de este párrafo es que nos dice qué es la libre determinación: la libre determinación se expresa mediante la libertad de los pueblos para determinar su condición política. Por consiguiente, establece la norma a la luz de la cual ha de medirse la transición de la situación colonial a la independencia. Para que la libre determinación sea lícita, debe concordar con la expresión libre y auténtica de la voluntad de los pueblos acerca de su estatuto político.

Párrafo 3

“La falta de preparación en el orden político, económico, social o educativo no deberá servir nunca de pretexto para retrasar la independencia”.

28. El párrafo deja claro que el ejercicio del derecho a la libre determinación, que se refleja en la libertad de todos los pueblos para decidir su condición política, no puede retrasarse aduciendo una falta de preparación. Se refiere directamente a la conducta de las Potencias coloniales. El párrafo se enmarca en el contexto de la práctica colonial consistente en escudarse en la falta de preparación como pretexto para retrasar la independencia. El mantra de las administraciones coloniales era que los pueblos dependientes no podían independizarse hasta haber pasado por innumerables etapas constitucionales preparatorias, la última de las cuales solía ser el autogobierno interno. La gradualidad del derecho de los pueblos dependientes a obtener la independencia por medio de su voluntad libremente expresada era un aspecto básico del colonialismo que la resolución 1514 prohibió. Existe una sutil relación entre este párrafo y el apartado b) del Artículo 73 de la Carta, según el cual las Potencias administradoras tienen la obligación de ayudar a los territorios no autónomos “en el desenvolvimiento progresivo de sus libres instituciones políticas, de acuerdo con las circunstancias especiales de cada territorio, de sus pueblos y de sus distintos grados de adelanto”. La resolución 1514 rechaza esta aceptación de la gradualidad que pudo prometerse en 1945. La distancia entre 1945 y 1960 es considerable.

Párrafo 4

“A fin de que los pueblos dependientes puedan ejercer pacífica y libremente su derecho a la independencia completa, deberá cesar toda acción armada o toda medida represiva de cualquier índole dirigida contra ellos, y deberá respetarse la integridad de su territorio nacional”.

29. Este párrafo muestra la sensibilidad de la Asamblea General ante el desequilibrio en la relación de poder entre una administración colonial y un pueblo dependiente. Una vez más, se refiere directamente a la conducta de las Potencias coloniales. Impone con claridad meridiana a las Potencias coloniales la obligación de no emplear medidas represivas para impedir que los pueblos dependientes ejerzan su derecho a la libre determinación y la independencia. Es importante señalar que también dice a las Potencias coloniales que deben respetar la integridad, es decir, la totalidad del territorio nacional de los pueblos dependientes.

Párrafo 5

“En los territorios en fideicomiso y no autónomos y en todos los demás territorios que no han logrado aún su independencia deberán tomarse inmediatamente medidas para traspasar todos los poderes a los pueblos de esos territorios, sin condiciones ni reservas, en conformidad con su voluntad y sus deseos libremente expresados, y sin distinción de raza, credo ni color, para permitirles gozar de una libertad y una independencia absolutas”.

30. Una vez más, al igual que en los dos párrafos anteriores, este párrafo está dirigido a las Potencias coloniales. Exige a los Estados coloniales que traspasen todos los poderes a los pueblos colonizados, conforme a su voluntad libremente expresada, a fin de que puedan lograr su libertad e independencia. Tiene una gran pertinencia en el caso que nos ocupa. Contiene un elemento temporal, pues exige que las Potencias coloniales tomen inmediatamente medidas para conseguir este objetivo.

31. Al leer este párrafo junto con el párrafo 7, que exige que todos los Estados observen fiel y estrictamente las disposiciones de la Declaración, queda claro que la obtención de la independencia por los pueblos colonizados no es una cesión ni una dádiva del Estado colonizador. Más bien, la independencia es el resultado del cumplimiento por el Estado colonizador de una obligación impuesta por el derecho internacional. De este párrafo y del párrafo 2 se desprende asimismo que la base para el traspaso de poderes del colonizador al colonizado es la voluntad expresada libremente por los pueblos. Ya lo dijo la Corte en la opinión consultiva relativa a *Sáhara Occidental* cuando sostuvo, analizando los párrafos 2 y 5, que la “aplicación del derecho a la libre determinación requiere la expresión libre y auténtica de la voluntad de los pueblos implicados”⁷. Es ilegal toda acción de una Potencia colonial que impida la transición de la dominación colonial a la independencia conforme a la expresión libre y auténtica de la voluntad de los pueblos. No obstante, la voluntad expresada libremente por los pueblos dependientes no es solo un criterio para determinar la legalidad de la aplicación del derecho a la libre determinación; también es la base para ejercer dicho derecho, ya que exige que, cuando un pueblo colonial, mediante la expresión libre de sus deseos, solicite su libre determinación e independencia, la autoridad colonial debe traspasarle de inmediato el poder.

⁷ *Western Sahara*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1975*, pág. 32, párr. 55.

Párrafo 6

“Todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”.

32. De nuevo, este párrafo se dirige a las Potencias coloniales. Aborda la importante cuestión de la integridad del territorio nacional de los pueblos dependientes. La resolución 1514 habla en cuatro ocasiones de la integridad territorial. El último párrafo del preámbulo se refiere al derecho inalienable de todos los pueblos a la integridad de su territorio nacional. El cuarto párrafo exige que los Estados coloniales respeten la integridad del territorio nacional de los pueblos dependientes. El párrafo 6 va un paso más allá al declarar que todo intento de una Potencia administradora encaminado a desmembrar parcial o totalmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta. Este párrafo contiene una declaración muy seria y solemne. La cuarta referencia a la integridad territorial figura en el párrafo 7, que pide que se respeten los derechos soberanos y la integridad territorial de todos los pueblos. Este párrafo es pertinente en el presente caso porque aclara que la unidad de libre determinación de los pueblos coloniales es la totalidad de su territorio.

33. La integridad territorial se presenta en este y otros párrafos como un elemento del derecho a la libre determinación de una importancia vital. La resolución 1514 contiene tres referencias a la Carta en los párrafos 1, 6 y 7. De ellos, el párrafo 6 es el único que habla directamente de la incompatibilidad con los propósitos y principios de la Carta. Como se suele reconocer que estos propósitos y principios son un reflejo del derecho internacional consuetudinario y hay quien los reconoce como normas de *ius cogens*, la resolución 1514 ha situado el quebrantamiento de la integridad territorial de los pueblos dependientes en el máximo nivel del derecho internacional.

34. El Reino Unido argumentó que el derecho a la libre determinación no entró a formar parte del derecho internacional consuetudinario hasta la adopción en 1970 de la Declaración sobre Relaciones de Amistad que, en su opinión, sí refleja el derecho internacional consuetudinario. Destacó que la Declaración sobre Relaciones de Amistad se aprobó por consenso tras seis años de negociaciones y, por lo tanto, se estudió con más detenimiento que la resolución 1514, que fue adoptada en menos tiempo. También afirmó que existía una diferencia notable entre el párrafo 6 de la resolución 1514 y el párrafo 7 de la Declaración sobre Relaciones de Amistad. Mientras que la primera se refiere a la integridad territorial de un “país”, el Reino Unido señala que el párrafo 7 habla de la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes. Por consiguiente, el Reino Unido sostuvo que el derecho internacional consuetudinario protegía la integridad territorial de los Estados soberanos, no la integridad territorial de un territorio no autónomo antes de su independencia. Sin embargo, no resulta sorprendente que la resolución 2625 haga referencia a Estados, y la resolución 1514 no. El motivo para ello es que la resolución 1514 se centra por completo en los derechos de los pueblos coloniales a la libre determinación y la independencia, mientras que la resolución 2625 tiene por objeto los derechos y deberes de los Estados soberanos. En todo caso, aunque la resolución 2625 no se concibiese para tratar la situación de los pueblos coloniales, el decimocuarto párrafo del preámbulo alude a su situación del modo siguiente: “Convencida en consecuencia de que todo intento de quebrantar parcial o totalmente la unidad nacional y la integridad territorial de un Estado o país o su independencia política es incompatible con los propósitos y principios de la Carta”. Esta disposición es una réplica del párrafo 6 de la resolución 1514, con la salvedad de que contiene una referencia tanto a la integridad territorial de un país como a la de un Estado. Queda muy claro que el derecho a la libre determinación posee una dimensión

territorial que las Potencias coloniales tienen la obligación de respetar. La unidad de libre determinación es la totalidad del territorio de los pueblos coloniales.

Párrafo 7

“Todos los Estados deberán observar fiel y estrictamente las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la presente Declaración sobre la base de la igualdad, de la no intervención en los asuntos internos de los demás Estados y del respeto de los derechos soberanos de todos los pueblos y de su integridad territorial”.

35. Este párrafo tiene por objeto una obligación que se impone a todos los Estados. Este párrafo, que exige a todos los Estados que observen “fiel y estrictamente” las disposiciones de la resolución, así como las de la Carta y la Declaración Universal de Derechos Humanos, evidencia que la resolución 1514 es normativa y vinculante. La resolución 1514 está en buena compañía cuando se la coloca junto a esos dos instrumentos de importancia trascendental y esencial. Ocupa el mismo espacio prominente que ellos. La Declaración Universal de Derechos Humanos plasma, sin duda, el derecho internacional consuetudinario. Al colocar la resolución 1514 al mismo nivel que la Declaración Universal, la Asamblea General envió un mensaje claro respecto de la consideración que debía darle la comunidad internacional.

36. Mientras que la resolución 1514, en términos generales, se dirige a la comunidad internacional en su conjunto, algunos de sus párrafos se dirigen directamente a las Potencias coloniales y definen específicamente sus obligaciones con respecto a los pueblos dependientes; otros buscan más específicamente beneficiar a los pueblos dependientes al señalar los derechos que estos tienen en el camino a la independencia. Por supuesto, todos los párrafos implican directamente a los pueblos dependientes y a las Potencias coloniales, así como a la comunidad internacional en su conjunto.

Condición de la resolución 1514 (XV) y del derecho a la libre determinación como parte del derecho internacional consuetudinario

37. La resolución 1514 se adoptó con 89 votos a favor, ninguno en contra y 9 abstenciones. El hecho de que 89 Estados respaldasen la resolución 1514 y ninguno votase en su contra debe tener algún peso a la hora de determinar su condición jurídica y debe tomarse como prueba fehaciente de que la comunidad internacional acepta no solo su contenido, sino también el valor normativo de este. De hecho, la ausencia de votos en contra es una prueba clara del elemento de *opinio iuris* necesario para la formación del derecho internacional consuetudinario.

38. En la opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*⁸, la Corte concluyó que las resoluciones aprobadas con un gran número de votos en contra y de abstenciones carecían de la *opinio iuris* necesaria para la formación del derecho internacional consuetudinario. Dicha conclusión no es aplicable en absoluto a la resolución 1514, que no recibió ningún voto en contra y relativamente pocas abstenciones —solo nueve, lo que equivale a alrededor del 10% de los votos totales—. Tras comentar que el número de abstenciones era relativamente bajo, la Sra. Rosalyn Higgins, que posteriormente se convirtió en magistrada y Presidenta de la Corte, concluyó que “[d]ebe considerarse que la resolución representa los deseos y creencias del conjunto de Miembros de las Naciones Unidas”⁹. Hablando

⁸ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996 (I)*, pág. 255, párr. 71.

⁹ Higgins, Rosalyn, “The Development of International Law through Political Organs of the United Nations”, Oxford University Press, 1963, pág. 101.

claro, a finales de 1960 las Potencias coloniales reconocieron que el movimiento de los pueblos coloniales hacia la independencia era ya irreversible. A finales de 1960, los vientos de cambio de los que había hablado Sir Harold MacMillan diez meses antes habían tomado la fuerza de un huracán.

39. El desarrollo del derecho a la libre determinación, que había comenzado incluso antes de la adopción de la Carta en 1945, llegó a un punto de inflexión con la aprobación de la resolución 1514 en diciembre de 1960.

40. La resolución 1514 manifiesta de forma solemne el derecho que había surgido del sistema de mandatos tras la Primera Guerra Mundial, que estaba consagrado en el Artículo 1, párrafo 2, de la Carta y se había reflejado en numerosas resoluciones de la Asamblea General entre 1950 y 1957. Estas resoluciones desempeñaron una función esencial en el desarrollo de dicho derecho como norma del derecho internacional consuetudinario. En la opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, la Corte sostuvo que “[p]uede ocurrir que una serie de resoluciones muestre la evolución gradual de la *opinio iuris* necesaria para el establecimiento de una nueva norma”¹⁰. Se podría sostener que las ocho resoluciones de la Asamblea General aprobadas en un período de siete años muestran la evolución de la *opinio iuris* necesaria para el establecimiento del derecho a la libre determinación como norma del derecho internacional consuetudinario, y una práctica general suficiente que cumple el requisito para la formación de una norma del derecho internacional consuetudinario.

41. La principal diferencia entre la resolución 1514 y las resoluciones anteriores a 1960 es que estas últimas no definieron por completo el derecho a la libre determinación. Fue la resolución 1514 la que trazó los límites de ese derecho. No obstante, no se pueden pasar por alto la relación y el vínculo de la resolución 1514 con ese grupo de resoluciones. El año 1960, antes de la aprobación de la resolución 1514, fue el año en que más países obtuvieron la independencia, y lo hicieron sobre la base de esas ocho resoluciones. Por tanto, si bien no definieron por completo el derecho a la libre determinación, sí que sentaron las bases para el logro histórico de la resolución 1514, que definió con más claridad que nunca su contenido y alcance. En el párrafo 150 de la opinión consultiva, tras señalar que 28 países lograron la independencia en la década de 1960, la Corte afirma que “existe una clara relación entre la resolución 1514 (XV) y el proceso de descolonización después de su aprobación”. Aunque sin duda es una conclusión justa, ¿no se podría decir, por esa misma razón, que existe una relación clara entre las ocho resoluciones y la obtención de la independencia por 18 países antes de la aprobación de la resolución 1514? Que las resoluciones anteriores a 1960 no definan por completo el derecho a la libre determinación no significa que no contengan elementos normativos. Por ejemplo, las resoluciones reconocían el derecho a la libre determinación como un derecho humano fundamental, que consideraban “condición indispensable para el goce de todos los derechos humanos fundamentales”, e instaban a los Estados Miembros a reconocer y promover el derecho a la libre determinación de la población de los países no autónomos. También afirmaban que los deseos expresados libremente por el pueblo debían averiguarse mediante medios democráticos reconocidos y declaraban que todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación, insinuando así la existencia de dicho derecho. Además, una resolución que recibió 13 abstenciones y ningún voto en contra solicitaba a los Estados que respetasen debidamente el derecho a la libre determinación. En vista de lo anterior, no deben pasarse por alto las resoluciones anteriores a 1960, pues incluyen elementos normativos que contribuyeron a que el

¹⁰ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996 (I)*, pág. 255, párr. 70.

derecho a la libre determinación se convirtiese en una norma consuetudinaria de derecho internacional.

42. Pese a que puede decirse que el derecho a la libre determinación se convirtió en una norma del derecho internacional consuetudinario en 1957, tal vez sea más seguro concluir que su cristalización como tal se produjo en 1960 con la aprobación de la resolución 1514. En 1963 la Sra. Rosalyn Higgins concluyó que la resolución 1514 “conjuntamente con la evolución de la práctica de los órganos de las Naciones Unidas acontecida durante 17 años, proporciona numerosas pruebas de que ahora existe un derecho a la libre determinación”¹¹.

43. En 1966 la Asamblea General aprobó por consenso el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en lo sucesivo, el “ICESCR”) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en lo sucesivo, el “ICCPR”). El artículo 1, que es idéntico en ambos Pactos, establece lo siguiente: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”. Precisamente estas son las palabras empleadas en la resolución 1514. Este artículo, escrito en presente, emplea un lenguaje muy enérgico y contundente con el que se declaran derechos existentes. De hecho, toda la declaración usa un lenguaje claro e inequívoco. La Sra. Rosalyn Higgins resumió a la perfección la esencia y el espíritu de la resolución cuando comentó que “el derecho a la libre determinación no se considera un derecho que ha de observarse en algún momento del futuro bajo circunstancias indeterminadas, sino un derecho que existe aquí y ahora”¹².

44. La Corte aborda en el párrafo 144 la cuestión de la relación entre el derecho a la libre determinación en el contexto de la descolonización y su aplicación más amplia fuera de dicho contexto. La Corte aclaró que su opinión consultiva se limita al derecho a la libre determinación en el contexto de la descolonización. No obstante, el hecho de que el derecho a la libre determinación establecido en el párrafo 2 de la resolución 1514 no solo figure en ambos Pactos, sino que lo haga en su primer artículo, demuestra su importancia no solo como derecho humano fundamental, sino como un derecho que se considera indispensable para el goce de todos los derechos previstos en los dos Pactos. Durante la redacción de los dos Pactos, algunos países, fundamentalmente Potencias coloniales occidentales, se opusieron a que el derecho a la libre determinación se introdujese en ellos aduciendo que se trataba de un derecho colectivo. Sin embargo, a instancias de otros países, en su mayoría países en desarrollo, el derecho se incorporó a los dos Pactos sobre la base de que era indispensable para el goce de los derechos individuales contemplados en ambos Pactos.

45. La incorporación del derecho a la libre determinación en el primer artículo de los dos Pactos internacionales, que han sido ampliamente ratificados, consolida su desarrollo como derecho humano fundamental y, en realidad, como fundamento de todos los demás derechos humanos. Hay unidad entre el derecho a la libre determinación a los fines de la resolución 1514 —el derecho de todos los pueblos a determinar su condición política expresando libremente su voluntad en el contexto de la descolonización— y el derecho a la libre determinación a los fines de los dos Pactos —el goce de los derechos fundamentales por todas las personas—. Esta unidad se logra gracias a la existencia de una base común aplicable a ambos fines, a saber, el respeto de la dignidad y el valor inherentes a los seres humanos.

¹¹ Higgins, Rosalyn, *op. cit.*, pág. 104.

¹² *Ibid.*, pág. 100.

46. El desarrollo del derecho a la libre determinación como derecho humano básico es plenamente coherente con la atención prestada tras la Segunda Guerra Mundial a los derechos humanos individuales y constituye el mayor avance del derecho internacional desde 1945. Por consiguiente, este derecho se encuentra en el centro mismo de este fantástico avance normativo. En ese sentido, la Corte sostuvo que la resolución 1514 “sentaba las bases para el proceso de descolonización que ha conducido, desde 1960, a la creación de numerosos Estados”¹³.

47. En conclusión, la resolución 1514 es una declaración con carga normativa repleta de elementos que protegen valores fundamentales para la comunidad internacional. La resolución es una fuerza tan potente para la liberación y la justicia como lo fue la emancipación después de que en la década de 1830 se aboliese la esclavitud en muchas partes del mundo.

Parte II: La situación del derecho a la libre determinación como norma de *ius cogens*

48. Esta parte comienza con un examen de la jurisprudencia de la Corte en materia de *ius cogens* con miras a determinar la asistencia que puede ofrecer a la hora de estudiar esta cuestión. A continuación, pasaré a examinar el carácter de *ius cogens* del derecho a la libre determinación desde el punto de vista del derecho de los tratados y del derecho de la responsabilidad de los Estados.

49. Un aspecto interesante de la opinión consultiva de la Corte es que no realiza comentario alguno sobre la cuestión de la situación del derecho a la libre determinación como norma de *ius cogens*. Resulta sorprendente, habida cuenta de que muchos de los participantes en el procedimiento argumentaron que el derecho a la libre determinación es una norma de *ius cogens*. Aunque la Corte no está obligada a tratar todos los temas planteados en los procedimientos de que conoce, cabía esperar que, en vista de la importancia evidente que tantos participantes otorgan a la caracterización del derecho a la libre determinación como norma de *ius cogens*, dedicase algo de tiempo a esta cuestión. En su opinión consultiva, la Corte se limita a aplicar la caracterización que hizo en la causa relativa a *Timor Oriental*, en la que consideró que el derecho establece obligaciones *erga omnes*.

50. Podría parecer que este planteamiento es un ejemplo de lo que algunos consideran una reticencia general por parte de la Corte a aplicar plenamente el concepto de *ius cogens*. No obstante, examinando la jurisprudencia de la Corte se observa que en el pasado ha hecho referencia al *ius cogens* en numerosas ocasiones y que se ha pronunciado sobre su aplicación en múltiples causas. En mi opinión, la jurisprudencia de la Corte, la práctica y la *opinio iuris* de los Estados y los escritos académicos bastan para caracterizar el derecho a la libre determinación como norma de *ius cogens*, así como para justificar la conclusión de que gozaba de esa condición en el período comprendido entre 1965 y 1968, que es el que nos interesa.

51. Antes de proceder a examinar la jurisprudencia de la Corte en materia de *ius cogens*, quisiera comentar brevemente tres causas pertinentes para las cuestiones planteadas por la norma de *ius cogens* en el presente procedimiento.

52. La opinión consultiva relativa a las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, de 1951, se cita porque, pese a no hablar explícitamente del *ius cogens*, contiene un pasaje que se ha interpretado en el sentido de que describe elementos característicos de ese tipo de normas. El pasaje es el siguiente:

¹³ *Western Sahara*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1975*, pág. 32, párr. 57.

“Los orígenes de la Convención muestran la intención de las Naciones Unidas de condenar y sancionar el genocidio como ‘un crimen de derecho internacional’ que implica una negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, una denegación que conmueve la conciencia humana, causa una gran pérdida a la humanidad y es contraria a la ley moral y al espíritu y los objetivos de las Naciones Unidas (resolución 96 (I) de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1946). La primera consecuencia de esta concepción es que los principios que subyacen a la Convención son principios reconocidos por las naciones civilizadas como vinculantes para los Estados, incluso en ausencia de toda obligación convencional. Una segunda consecuencia es el carácter universal tanto de la condena del genocidio como de la cooperación necesaria ‘para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso’ (preámbulo de la Convención). [...]

También deben tenerse en cuenta los objetos de esa Convención. La Convención se aprobó de forma manifiesta con un fin meramente humanitario y civilizador. De hecho, resulta difícil imaginar una convención que tenga un carácter dual más marcado, puesto que tiene por objeto, por un lado, salvaguardar la existencia misma de ciertos grupos humanos y, por el otro, confirmar y respaldar los principios más elementales de la moralidad. En esa Convención, los Estados contratantes no tienen intereses propios; únicamente tienen todos y cada uno de ellos un interés común, a saber, la consecución de los elevados objetivos que constituyen la razón de ser de la Convención”¹⁴.

Esta declaración contiene cuatro ideas que, como se verá más adelante, han sido consideradas de suma importancia para definir una norma de *ius cogens*. En primer lugar, el genocidio es un delito que conmueve la conciencia de la humanidad. En segundo lugar, se acepta que los principios subyacentes a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio son vinculantes para todos los Estados, incluso en ausencia de un tratado. En tercer lugar, la condena del delito de genocidio es universal. En cuarto lugar, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio tiene un “fin meramente humanitario”¹⁵ que refleja “los principios más elementales de la moralidad”¹⁶.

53. En 1966, en las causas relativas al *África Sudoccidental*¹⁷, la Corte, con el voto decisivo de su Presidente, concluyó que Etiopía y Liberia carecían de *ius standi* para interponer una demanda contra Sudáfrica por haber violado las distintas disposiciones del Pacto de la Sociedad de las Naciones y los términos del Mandato del África Sudoccidental, entre otras cosas practicando el *apartheid* mientras administraba el África Sudoccidental. Es justo decir que ninguna decisión de la Corte ha recibido más críticas que este fallo. El Sr. James Crawford describió las críticas como “duras y merecidas”¹⁸.

54. Cuatro años más tarde, en la causa relativa a *Barcelona Traction*, Bélgica interpuso una demanda contra España, al amparo de la protección diplomática, por las pérdidas presuntamente sufridas por los accionistas belgas de la Barcelona Traction Light and Power Company, que había sido constituida en el Canadá y había sido declarada en quiebra por un tribunal español. La cuestión esencial era si Bélgica tenía capacidad para interponer una demanda en nombre de los accionistas belgas. En

¹⁴ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, pág. 23.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 1962*, pág. 347.

¹⁸ “2013 Dreamers of the Day: Australia and the International Court of Justice”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 14, pág. 537.

un famoso *dictum*, la Corte explicó la diferencia entre las obligaciones cuyo cumplimiento interesa a todos los Estados y aquellas cuyo cumplimiento no interesa a todos los Estados. La Corte sostuvo lo siguiente:

“En concreto, debe hacerse una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado respecto de la comunidad internacional en su conjunto y las obligaciones respecto de otro Estado en el ámbito de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras obligaciones mencionadas conciernen a todos los Estados. Habida cuenta de la importancia de los derechos en cuestión, cabe considerar que todos los Estados tienen un interés legítimo en su protección; se trata de obligaciones *erga omnes*.

Dichas obligaciones se derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio, y también de los principios y normas relativos a los derechos básicos del ser humano, incluida la protección frente a la esclavitud y la discriminación racial. Algunos de los derechos de protección correspondientes han entrado a formar parte del *corpus* del derecho internacional general (*Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, pág. 23); otros figuran en instrumentos internacionales de carácter universal o cuasiuniversal”¹⁹.

55. La causa relativa a *Barcelona Traction* es tan importante porque reconoce que algunos derechos y obligaciones no existen únicamente a nivel bilateral o multilateral; existen derechos y obligaciones cuya protección y observancia interesan jurídicamente a todos los Estados. En ese sentido, la Corte se refirió a las obligaciones *erga omnes* relativas a “los derechos básicos del ser humano”. También citó un pasaje de su opinión consultiva sobre las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*²⁰ (véase el párr. 52 *supra*). El *dictum* implica, por tanto, que existe un interés público y comunitario más amplio reconocido y protegido por el derecho internacional. De hecho, los ejemplos presentados por la Corte indican que la esencia de las obligaciones *erga omnes* reside en que protegen los valores fundamentales de la comunidad internacional, tales como los relativos al respeto de la dignidad y el valor inherentes al ser humano y la prohibición de la agresión y el genocidio.

56. Para muchos académicos, con esta conclusión —que no era absolutamente necesaria para el razonamiento de la Corte en el fallo— la Corte compensó su decisión en las causas de 1966 relativas al *África Sudoccidental*, que había ignorado los avances que se habían producido en el derecho internacional en el ámbito de la descolonización y, en términos más generales, los intereses más amplios de la comunidad. Según el Sr. James Crawford, la Corte “estaba en efecto disculpándose por haberse equivocado en 1966”²¹. Se ha sugerido que en *Barcelona Traction* la Corte deseaba encarecidamente aplicar el *ius cogens*, pero evitó hacerlo y, en su lugar, introdujo el concepto de las obligaciones *erga omnes*.

La jurisprudencia de la Corte en materia de *ius cogens*

57. En las causas relativas a la *Plataforma continental del mar del Norte*, de 1969, la Corte dejó claro que no deseaba entrar a considerar el *ius cogens*, ni mucho menos pronunciarse sobre él. Aunque no habría sido necesario que la Corte se

¹⁹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, segunda fase, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 32, párrs. 33 y 34.

²⁰ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, pág. 23.

²¹ *Multilateral Rights and Obligations in International Law. Collected Course of the Hague Academy of International Law*, Brill, Leiden, vol. 319, págs. 410 y 411.

pronunciase acerca de la aplicación del *ius cogens* en esa causa, se percibe cierta reticencia a tratar el tema del *ius cogens*, que muchos dirían que se ha convertido en un componente de su labor. Si bien la decisión en las causas relativas a la *Plataforma continental del mar del Norte* se dictó unos meses antes de la aprobación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en lo sucesivo, la “Convención de Viena de 1969”), no cabe duda de que la Corte estaría familiarizada con el informe de la Comisión de Derecho Internacional de 1966 relativo al derecho de los tratados. Dicho informe contenía un proyecto de convención sobre el derecho de los tratados cuyo artículo 50 versaba sobre el *ius cogens*.

58. En la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, la Corte habló del *ius cogens* del siguiente modo:

“También confirma la validez como derecho internacional consuetudinario del principio de prohibición del uso de la fuerza expresado en el Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas el hecho de que, en sus declaraciones, los representantes de los Estados lo describan con frecuencia no solo como un principio del derecho internacional consuetudinario, sino también como un principio fundamental o esencial de ese derecho. La Comisión de Derecho Internacional, en el curso de su labor sobre la codificación del derecho de los tratados, consideró que ‘las normas de la Carta por las que se prohíbe el uso de la fuerza constituyen por sí mismas un ejemplo patente de normas de derecho internacional que tienen carácter de *ius cogens*’ (párr. 1 del comentario de la Comisión sobre el artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, vol. II, pág. 271). Nicaragua, en la memoria sobre el fondo del asunto que presentó en la presente causa, indica que el principio por el que se prohíbe el uso de la fuerza, consagrado en el Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas, ‘ha sido reconocido como *ius cogens*’. Los Estados Unidos, en su contramemoria sobre las cuestiones de competencia y admisibilidad, consideraron fundamental citar las opiniones de expertos académicos en el sentido de que este principio es una ‘norma universal’, ‘derecho internacional universal’, un ‘principio universalmente reconocido de derecho internacional’ y un ‘principio de *ius cogens*’”²².

59. El razonamiento de la Corte acerca del carácter de la prohibición del uso de la fuerza se divide en tres etapas. En primer lugar, las declaraciones de muchos representantes de los Estados confirman que la prohibición del uso de la fuerza es una norma del derecho internacional consuetudinario. En segundo lugar, estas declaraciones confirman igualmente que la prohibición es “un principio fundamental o cardinal de dicho derecho”. Aquí podría entenderse que la Corte se refiere a que la prohibición del uso de la fuerza es una norma de *ius cogens*. En tercer lugar, respalda esa última conclusión el hecho de que la Corte parece citar con aprobación la observación de la Comisión de Derecho Internacional de que la prohibición del uso de la fuerza es una norma de *ius cogens*.

60. Aunque es justo deducir de este párrafo que la Corte respalda la idea de que la prohibición del uso de la fuerza es una norma de *ius cogens*, se percibe una vez más una ligera renuencia a implicarse de lleno en un análisis de dicha norma. Desde luego, la Corte no profundiza en el contenido de la norma de *ius cogens*, y su reconocimiento de que la prohibición del uso de la fuerza constituye una norma de *ius cogens* puede calificarse, a lo sumo, de indirecto.

²² *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (fondo), fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 100 y 101, párr. 190.

61. En *Actividades armadas en el territorio del Congo*, la Corte tuvo que valorar la relación entre las normas imperativas de derecho internacional general y el reconocimiento de su competencia. La Corte se refirió al siguiente pasaje de su opinión consultiva de 1951 relativa a las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (véase el párr. 52 *supra*), que podría decirse que aporta información sobre la opinión de la Corte acerca de los fundamentos doctrinales de una norma de *ius cogens*:

“La primera consecuencia de esta concepción es que los principios en que se basa la Convención [sobre el Genocidio] son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para todos los Estados, incluso sin ninguna relación convencional. Una segunda consecuencia es el carácter universal tanto de la condena del genocidio como de la cooperación necesaria ‘para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso’ (preámbulo de la Convención)”²³.

En ese mismo párrafo, es decir, el párrafo 64 de *Actividades armadas en el territorio del Congo*, la Corte observó que la prohibición del genocidio era “ciertamente” una norma de *ius cogens*. La Corte definió dos de los principales aspectos del *ius cogens*, a saber, que es una norma que los Estados reconocen como vinculante, con independencia de que exista o no una obligación en ese sentido en virtud de un tratado, y que tiene carácter universal porque es aplicable a todos los Estados.

62. En su opinión separada en la causa *Actividades armadas en el territorio del Congo*²⁴, el Magistrado *ad hoc* Dugard comentó que era la primera vez que la Corte había adoptado expresamente el concepto de *ius cogens*, añadiendo acertadamente que así era aunque en el pasado hubiese respaldado la noción de las obligaciones *erga omnes*²⁵.

63. Debe entenderse que, en las causas relativas a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* de 2007²⁶ y 2015²⁷, la Corte, al referirse a su anterior conclusión en la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo* de que la prohibición del genocidio era “ciertamente” una norma imperativa del derecho internacional, confirma dicha conclusión. De hecho, en su fallo de 2015 en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, la Corte fue más allá y concluyó que “la prohibición del genocidio tiene carácter de norma imperativa (*ius cogens*)”²⁸. También citó el conocido pasaje de la opinión consultiva de 1951 relativa a las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (véase el párr. 52 *supra*), en el que se ha basado a menudo porque define los elementos del *ius cogens*. En la causa *Fiscalía c. Jelisic*, una Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia sostuvo que, en la opinión consultiva sobre las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, la Corte Internacional de Justicia no se había

²³ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, pág. 23.

²⁴ *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)* (competencia y admisibilidad), fallo, *I.C.J. Reports 2006*, pág. 32, párr. 64.

²⁵ *Ibid.*, pág. 87, opinión separada del Magistrado *ad hoc* Dugard, párr. 4.

²⁶ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007 (I)*, pág. 111, párr. 161.

²⁷ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2015 (I)*, pág. 47, párr. 87.

²⁸ *Ibid.*

limitado a definir la prohibición del genocidio como una norma consuetudinaria sino que la había situado “al nivel de *ius cogens* por su extrema gravedad”²⁹.

64. Los valores puestos de relieve en la opinión consultiva de 1951 relativa a las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* y confirmados 55 años después en *Actividades armadas en el territorio del Congo* (2006), y de nuevo 54 y 64 años después en las causas sobre la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (2007 y 2015), se refieren a la dignidad inherente de los seres humanos y, por consiguiente, a los derechos humanos fundamentales; en ese contexto, encontramos referencias a una “finalidad puramente humanitaria y civilizadora” y a “los principios más elementales de la moralidad”. Por lo tanto, aunque la opinión consultiva de 1951 no contiene ninguna referencia expresa al *ius cogens*, ofrece orientaciones e indicios claros para determinar qué normas son *ius cogens*.

65. En la opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, la Corte observó que “[l]a cuestión de si una norma forma parte del *ius cogens* guarda relación con el carácter jurídico de la norma”³⁰, y decidió no determinar si las normas del derecho internacional humanitario formaban parte del *ius cogens*. En opinión de la Corte, la solicitud formulada por la Asamblea General tenía que ver con la aplicabilidad de los principios y las normas del derecho humanitario en relación con el uso de las armas nucleares, no con el carácter jurídico de dichas normas. La Corte concluyó que “todos los Estados han de cumplir [las] normas fundamentales [del derecho humanitario], hayan o no ratificado las convenciones que las establecen, porque constituyen principios intransgredibles de derecho internacional consuetudinario”³¹. Aunque algunos expertos han reflexionado sobre el significado de la frase “principios intransgredibles”, que recuerda a la Biblia, la interpretación más acertada es que la Corte no solo estaba hablando de normas del derecho internacional consuetudinario, sino de normas imperativas del derecho internacional general. Una vez más, la Corte, a pesar de su argumentación para no abordar el *ius cogens*, muestra cierta reticencia a llegar al fondo de ese concepto.

66. En la causa relativa a las *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar* encontramos la explicación más clara hasta la fecha de la opinión de la Corte sobre qué tipo de pruebas se necesitan para confirmar la conclusión de que una norma del derecho internacional general se ha convertido en norma imperativa con el significado previsto en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. El párrafo 99 del fallo de la Corte en dicha causa está redactado de la siguiente manera:

“La Corte considera que la prohibición de la tortura es parte del derecho internacional consuetudinario y ha pasado a ser una norma imperativa (*ius cogens*).

Esa prohibición se fundamenta en una difundida práctica internacional y en la *opinio iuris* de los Estados. Aparece en numerosos instrumentos internacionales de aplicación universal (en particular en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en los Convenios de Ginebra relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales de 1949, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y en la resolución 3452/30 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1975, relativa a la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes) y ha sido incorporada

²⁹ Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, IT-95-10-T, 14 de diciembre de 1999, pág. 18, párr. 60.

³⁰ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996 (I)*, pág. 258, párr. 83.

³¹ *Ibid.*, pág. 257, párr. 79.

en la legislación interna de prácticamente todos los Estados; por último, los actos de tortura se denuncian periódicamente en los foros nacionales e internacionales”³².

El artículo 53 de la Convención de Viena establece que el *ius cogens* es una norma imperativa de derecho internacional general. Esto significa, en principio, que cualquiera de las tres fuentes del derecho indicadas en el Artículo 38, apartado 1), letras a), b) y c), del Estatuto de la Corte puede dar lugar a una norma imperativa del derecho internacional general. Sin embargo, las normas imperativas del derecho internacional general suelen derivar de normas del derecho internacional consuetudinario. Los tratados, por supuesto, no darán lugar —en sí mismos— a normas imperativas, pero cuando contengan disposiciones que reflejen normas del derecho internacional consuetudinario, dichas disposiciones podrán convertirse en normas imperativas del derecho internacional general. La primera oración del párrafo citado alude a la evolución (“ha pasado a ser”) de la prohibición de la tortura que, de ser parte del derecho internacional consuetudinario y, por tanto, del derecho internacional general, se ha convertido en una norma imperativa (*ius cogens*).

67. La Corte cita varios instrumentos de aplicación universal como prueba de la existencia de una práctica de los Estados y de una *opinio iuris* suficientes para determinar que la prohibición de la tortura es una norma imperativa del derecho internacional general. Del examen de los distintos instrumentos citados por la Corte, entre los que figuran la Declaración Universal de Derechos Humanos y el ICCPR, se desprende que la prohibición de la tortura, que forma parte del derecho internacional consuetudinario, se ha convertido en una norma imperativa. Esto se debe a que todos esos instrumentos reflejan los valores que la Corte definió en el pasaje de la opinión consultiva de 1951 relativa a las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* que se cita a menudo (véase el párr. 52 *supra*). Se trata de valores que protegen el interés comunitario más amplio, no el interés de Estados concretos. Los instrumentos también cuentan con una amplia aceptación por parte de los Estados, lo que significa que estos aceptan y reconocen que la norma que prohíbe la tortura no admite acuerdo en contrario.

68. En el párrafo 99, la Corte también indica que la inclusión de la prohibición de la tortura en la legislación interna de muchos Estados y la denuncia periódica de actos de tortura en foros nacionales e internacionales son materiales con valor probatorio a la hora de determinar el carácter de *ius cogens* de la prohibición de la tortura.

69. La primera oración del párrafo 99 señala que la prohibición de la tortura forma parte del derecho internacional consuetudinario y es además una norma imperativa. La siguiente oración, más larga, comienza con las palabras “[e]sa prohibición”, lo que suscita cierta incertidumbre respecto de si los distintos materiales probatorios que se mencionan a continuación se refieren a la prohibición de la tortura como parte del derecho internacional consuetudinario o como norma de *ius cogens*. La Corte ya había señalado en el párrafo 97 que las partes en la causa habían convenido en que los actos de tortura se consideraban crímenes internacionales en el derecho internacional consuetudinario, al margen de la Convención contra la Tortura. Por consiguiente, es razonable concluir que la prohibición a la que se alude en la oración más larga se refiere a la prohibición de la tortura como norma imperativa. Por supuesto, es posible que se refiera a la prohibición de la tortura como parte del derecho internacional consuetudinario y como norma imperativa. Es preferible el primer planteamiento, que parece necesario para el enfoque adoptado en la presente opinión, puesto que el requisito del *ius cogens* de que la comunidad internacional de

³² *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, fallo, I.C.J. Reports 2012 (II), pág. 457, párr. 99.

Estados en su conjunto reconozca y acepte que la norma no admite acuerdo en contrario no se aplica a las normas del derecho internacional consuetudinario.

Material probatorio en apoyo del carácter de *ius cogens* del derecho a la libre determinación

70. La opinión separada pasa luego a examinar el material probatorio en que se apoya la caracterización del derecho a la libre determinación como norma de *ius cogens*, siguiendo fundamentalmente el enfoque adoptado en el párrafo 99 de *Obligación de juzgar o extraditar*.

1. Instrumentos internacionales de aplicación universal

71. A continuación se indican los instrumentos internacionales que hacen referencia al derecho a la libre determinación:

a) El derecho a la libre determinación aparece contemplado en la Carta. No solo eso: figura en el Artículo 1, párrafo 2, de la Carta como uno de los propósitos de las Naciones Unidas. La Carta define este propósito del siguiente modo: “Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos”. Los propósitos de la Carta tienen una importancia muy especial en la estructura que las Naciones Unidas crearon tras la Segunda Guerra Mundial con el fin de mantener la paz y la seguridad internacionales. El establecimiento de relaciones de amistad entre los Estados es una parte fundamental de este sistema. En la presente opinión ya se ha aludido a la causa relativa a *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, en que la Corte citó la opinión vertida por la Comisión de Derecho Internacional en su comentario al artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, en el que afirmó que la prohibición del uso de la fuerza es una norma de *ius cogens*. Este convincente argumento permite concluir que es muy probable que una norma derivada de la Carta y que, en particular, refleja un propósito de las Naciones Unidas, como es el caso del derecho de los pueblos a la libre determinación contemplado en el Artículo 1, párrafo 2, de la Carta, sea considerada norma de *ius cogens*.

b) Como era de esperar, la Declaración sobre Relaciones de Amistad incluye el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos como principio del derecho internacional ligado a las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados, e impone a estos el deber de adoptar las medidas necesarias para promover la aplicación de dicho principio. La Corte hizo alusión a este deber en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro*. La Corte se refiere también a este principio en el párrafo 148 de su actual opinión consultiva, en el que señala que, después de que la Carta convirtiese el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación en uno de los propósitos de las Naciones Unidas, incluyó disposiciones que “permitirían que los Territorios No Autónomos acabaran gobernándose por sí mismos”.

c) El cuarto párrafo del preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial —resolución 1904 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 1963— se refiere a la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, es decir, a la resolución 1514.

d) En 1966 la Asamblea General aprobó el ICCPR y el ICESCR. El párrafo 1 del artículo 1 de ambos Pactos es idéntico al párrafo 2 de la resolución 1514. En su opinión consultiva, la Corte citó los dos Pactos y señaló que el párrafo 1, común a ambos, afirma el derecho a la libre determinación. En la presente opinión separada ya se ha explicado que el hecho de que la opinión consultiva se limite al derecho a la

libre determinación en el contexto de la descolonización no resta importancia a los dos Pactos. El segundo párrafo de la resolución 1514 y el artículo 1, párrafo 1, de los Pactos tienen el mismo fundamento: el respeto de la dignidad y el valor inherentes al ser humano. Este fundamento común demuestra la indivisibilidad de los derechos establecidos en los dos Pactos, por un lado, y de los derechos contemplados en el segundo párrafo de la resolución 1514, por otro. La entrada en vigor de los dos Pactos tras la fecha de referencia de 1968 tiene menos importancia por los siguientes motivos: en primer lugar, los derechos que ambos Pactos protegen se basan en el derecho fundamental de todos los pueblos a la libre determinación, el cual figura en el artículo 1, párrafo 1, de los dos Pactos y en el párrafo 2 de la resolución 1514, derecho que ya había cristalizado como norma consuetudinaria antes de 1968; en segundo lugar, la resolución 2200 A de la Asamblea General, en cuyo anexo se encontraban los dos Pactos, recibió un inmenso apoyo, ya que ambos fueron aprobados por unanimidad por un órgano que por aquel entonces tenía 106 Estados Miembros.

e) La observación general núm. 12 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, creado en virtud del ICCPR, aprobada el 13 de marzo de 1984, afirmaba que el derecho a la libre determinación:

“reviste especial importancia, ya que su ejercicio es una condición esencial para la eficaz garantía y observancia de los derechos humanos individuales y para la promoción y fortalecimiento de esos derechos. Por esta razón, los Estados han enunciado el derecho de libre determinación [...] en ambos Pactos [...] como artículo 1, separado de todos los demás derechos reconocidos en dichos instrumentos”.

Difícilmente puede haber otro valor que requiera más protección que el que se refiere al respeto de la dignidad y el valor inherentes al ser humano. Los dos Pactos buscan brindar esa protección. ¿Cómo es posible que una norma que es esencial —hay quien dice indispensable— para el disfrute de todos los derechos contemplados en los dos Pactos no sea un derecho imperativo que, en aras del interés público general de la comunidad internacional, no admita acuerdo en contrario?

f) En 1993, la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos adoptó la Declaración y el Programa de Acción de Viena, cuyo párrafo 2 afirmaba, entre otras cosas, lo siguiente: “La Conferencia [Mundial de Derechos Humanos] considera que la denegación del derecho a la libre determinación constituye una violación de los derechos humanos y subraya la importancia de la realización efectiva de este derecho”.

g) En la resolución [61/295](#), de 13 de septiembre de 2007, la Asamblea General aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que afirmaba “la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual estos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

h) Con arreglo a la resolución 2106 (XX), el cuarto párrafo del preámbulo de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, aprobada por la Asamblea General el 21 de diciembre de 1965, afirma el derecho a la libre determinación del siguiente modo:

“Considerando que las Naciones Unidas han condenado el colonialismo y todas las prácticas de segregación y discriminación que lo acompañan, cualquiera que sea su forma y dondequiera que existan, y que la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, de 14 de diciembre de 1960 [resolución 1514 (XV) de la Asamblea General], ha

afirmado y solemnemente proclamado la necesidad de ponerles fin rápida e incondicionalmente”.

i) El segundo párrafo del preámbulo de la resolución 1803 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, se refiere a las instrucciones dadas a la Comisión de la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales para que realizase un estudio de la situación en lo que respecta a la soberanía permanente sobre recursos y riquezas naturales como elemento básico del derecho a la libre determinación.

j) El sexto párrafo del preámbulo de la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados alude a los principios de derecho internacional incorporados en la Carta, tales como los principios de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos.

k) El tercer párrafo del preámbulo de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid —resolución 3068 de la Asamblea General, de 30 de noviembre de 1973— hace referencia a la resolución 1514.

Todos los instrumentos arriba mencionados que fueron aprobados después de 1968 confirman el derecho a la libre determinación. Siguiendo el enfoque adoptado por la opinión consultiva en el párrafo 143, es posible hacer referencia a ellos y apoyarse en ellos.

2. Opiniones de los Estados

72. Los Estados han expresado en múltiples ocasiones la opinión de que el derecho a la libre determinación es una norma de *ius cogens*:

a) En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados de 1968-1969, varios Estados —la Unión Soviética y varios países en desarrollo— hicieron esa aseveración. Muchos países afirmaron lo mismo con ocasión de la aprobación de la Declaración sobre Relaciones de Amistad.

b) En 1979, el Asesor Jurídico del Departamento de Estado de los Estados Unidos hizo una declaración muy reveladora en un memorando que presentó al Secretario de Estado en funciones, el Sr. Warren Christopher. En dicho memorando, el Asesor Jurídico de los Estados Unidos manifestó la opinión de que la invasión del Afganistán por la Unión Soviética era contraria al Artículo 2, párrafo 4, de la Carta, así como al principio de la libre determinación de los pueblos. Dado que el Artículo 2, párrafo 4, de la Carta debía considerarse una norma imperativa del derecho internacional, indicó que el Tratado de 1978 entre la Unión Soviética y el Afganistán era nulo de pleno derecho por estar en conflicto con una norma de *ius cogens*. El Sr. Antonio Cassese describe esta declaración como “una forma tremendamente hábil y sutil de elevar la libre determinación —aunque indirectamente y con rodeos— a la categoría de *ius cogens*”³³.

3. Opiniones de órganos internacionales y expertos

73. Si bien el establecimiento del derecho a la libre determinación como norma de *ius cogens* debería apoyarse fundamentalmente en aquellas medidas orientadas a los Estados, como las resoluciones de las Naciones Unidas y las convenciones multilaterales —puesto que el artículo 53 indica que una norma imperativa de derecho internacional general “es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de *Estados* en su conjunto” (sin cursiva en el original)—, también puede hacerse referencia a las opiniones influyentes de determinados órganos internacionales y expertos en la materia:

³³ Antonio Cassese, *Self Determination of Peoples*, Cambridge University Press, 1995, pág. 138.

a) A pesar de que la Comisión de Derecho Internacional todavía no ha concluido su labor relativa a las normas imperativas del derecho internacional general (*ius cogens*), cabe señalar que en sus informes el Relator Especial ha descrito en varias ocasiones el derecho a la libre determinación como una norma imperativa —por ejemplo, en los párrafos 92, 97 y 99 de su tercer informe—.

b) En ese sentido, el párrafo 3 del comentario formulado en 1966 por la Comisión de Derecho Internacional al artículo 50 de la Convención de Viena de 1969 abordaba, entre otras cosas, la cuestión de si la Comisión debía elaborar una lista ilustrativa de las normas de *ius cogens*. Se decidió no hacerlo. Sin embargo, el párrafo 3 del comentario relativo al artículo 50 afirmaba que algunos miembros de la Comisión habían opinado que, si se proporcionaban ejemplos, sería preciso incluir los tratados que violaban el principio de la libre determinación. Igualmente, el párrafo 5 del comentario al artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, formulado por la Comisión de Derecho Internacional en 2001, define el derecho a la libre determinación como una norma imperativa “claramente aceptada y reconocida”³⁴.

c) Encontramos otro ejemplo en la descripción de la resolución 1514 hecha por el Sr. James Crawford, que afirmaba que tenía “un carácter cuasiconstitucional en el derecho internacional, similar a la Declaración Universal de Derechos Humanos y la misma Carta”³⁵. Poner el derecho a la libre determinación al mismo nivel que la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Carta es otorgar la máxima consideración a dicho derecho.

Artículo 53 de la Convención de Viena de 1969

74. El artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 dice lo siguiente:

“Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

75. Este artículo, que suscitó tanta controversia en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, celebrada en Viena, es bastante directo en lo que a su presentación y significado respecta. Me gustaría hacer cuatro observaciones. En primer lugar, la violación de la norma por un tratado implica la anulación de este. Este fue un avance trascendental en el derecho internacional (que se basa en el principio tradicional de la soberanía de los Estados) y, en particular, en el derecho de los tratados (en el que es fundamental el principio de *pacta sunt servanda*). En última instancia, la controversia en la Conferencia se resolvió incorporando a la Convención el artículo 66, que otorga a toda parte en una controversia relativa a la aplicación del *ius cogens* a un tratado concreto el derecho a someter dicha controversia a la Corte Internacional de Justicia. En segundo lugar, la norma en cuestión debe ser una norma del derecho internacional general y, evidentemente, debe cumplir los requisitos necesarios para tener dicha consideración.

³⁴ Comentario a los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2001, pág. 91, párr. 5.

³⁵ James Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2ª edición, Oxford University Press, 1979, pág. 604.

Como hemos visto, son las normas del derecho internacional consuetudinario las que suelen convertirse en normas imperativas del derecho internacional general. En tercer lugar, la norma en cuestión no solo debe ser una norma de derecho internacional general; debe ser una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario. Este es, de hecho, el criterio más importante para la identificación de las normas de *ius cogens*. Los materiales presentados por la Corte en el párrafo 99 de *Obligación de juzgar o extraditar* demuestran la aceptación y el reconocimiento de la prohibición de la tortura. Se requiere la aceptación y el reconocimiento de la comunidad internacional de Estados *en su conjunto* —un aspecto importante que implica que no se precisa la unanimidad de todos los Estados—. En cuarto lugar, la consecuencia de que una norma sea una norma imperativa del derecho internacional general es que no admite acuerdo en contrario. Dicha consecuencia constituye la esencia misma de las normas de *ius cogens*; es su elemento distintivo.

76. El análisis anterior muestra que existe una estrecha relación entre las obligaciones *erga omnes* y las normas de *ius cogens*. Sin duda, ambas normas reflejan valores fundamentales de la comunidad internacional. Mientras que una norma de *ius cogens* siempre dará lugar a una obligación *erga omnes*, una obligación *erga omnes* no tiene por qué ser el reflejo de una norma de *ius cogens*.

77. A la luz del análisis de la jurisprudencia de la Corte y del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, cabe llegar a la conclusión de que el derecho a la libre determinación es una norma de *ius cogens* y que en el período que nos interesa tenía esa condición por los siguientes motivos:

a) Es una norma del derecho internacional consuetudinario que se ha convertido en una norma imperativa del derecho internacional general reconocida y aceptada por los Estados en su conjunto, aunque ninguna convención les obligue a ello;

b) Es una norma que refleja principios que tienen un fundamento moral y humanitario y sirven a un fin comunitario y público más amplio;

c) Es una norma que protege uno de los valores más fundamentales de la comunidad internacional, a saber, la obligación de respetar la dignidad y el valor inherentes de los seres humanos, que conforma la base del derecho de los pueblos a determinar libremente su condición política de acuerdo con los criterios establecidos en la resolución 1514. Por tanto, si es un derecho considerado esencial para el disfrute de todos los derechos protegidos en el ICCPR y el ICESCR, ¿cómo puede no ser una norma de *ius cogens*?

d) Es una norma de aplicación universal porque es aplicable a todos los Estados;

e) El material probatorio presentado en los párrafos 71 a 73 *supra* confirma no solo la existencia de la norma del derecho a la libre determinación como norma del derecho internacional consuetudinario, sino también como norma imperativa del derecho internacional general (en particular los instrumentos mencionados para demostrar que los Estados reconocen y aceptan que la norma no admite acuerdo en contrario).

78. La jurisprudencia de la Corte en su conjunto merece un comentario.

79. En su jurisprudencia, el razonamiento de la Corte acerca del *ius cogens* se basa en buena parte en el conocido pasaje de la opinión consultiva de 1951 sobre las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (véase el párr. 52 *supra*), en el que no aparece el término “*ius cogens*”. Eso, por supuesto, no invalida el uso del pasaje.

80. Algunos expertos han sostenido que *Barcelona Traction* fue una disculpa por el fallo emitido en 1966 en la causa relativa al *África Sudoccidental*. Puesto que dicha causa estableció obligaciones *erga omnes* —un concepto estrechamente relacionado con el *ius cogens*—, podría parecer que existe una conexión histórica, si no de jurisprudencia, entre el desarrollo del derecho en materia de *ius cogens* y el desarrollo del derecho en materia de descolonización, que vertebró el fallo de 1966 en las causas relativas al *África Sudoccidental*.

81. No es necesario aventurarse en las enfierecidas aguas del debate sobre la base doctrinal del *ius cogens*: el derecho natural o el positivismo basado en el consentimiento. Sin embargo, existe un contraste ineludible entre el tono firme de derecho natural de la opinión consultiva de 1951 relativa a las *Reservas* —“contrario a la ley moral” y “los principios más elementales de la moralidad”— y el planteamiento más positivista, basado en el consentimiento y las pruebas, de las causas relativas a la *Obligación de juzgar o extraditar*. El contraste sigue resultando llamativo a pesar de que la Corte, 61 años después, en *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, describió las normas del derecho internacional humanitario como “principios intransgredibles de derecho internacional consuetudinario”. Doce años antes de esa decisión, una Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia concluyó que “la mayoría de las normas del derecho internacional humanitario, en particular las que prohíben los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio, son también normas imperativas o *ius cogens*, es decir, son inderogables y tienen primacía sobre las demás”³⁶. Puede que la controversia doctrinal se resuelva en consonancia con la declaración del Magistrado Bedjaoui en el asunto relativo a la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, en la que afirmó que:

“El criterio decididamente positivista y voluntarista del derecho internacional que imperaba a principios de siglo [...] ha sido sustituido por una concepción objetiva del derecho internacional, [un derecho que] se reconoce como reflejo de un estado de conciencia jurídica colectiva y como respuesta a las necesidades de los Estados organizados en comunidad”³⁷.

Aquí, el eminente magistrado parece estar marcando el rumbo y evita las lagunas tanto del derecho natural como del positivismo, ligando su enfoque a un derecho internacional que refleja lo que él denomina una “conciencia jurídica colectiva”.

82. El aspecto más llamativo de la jurisprudencia de la Corte es que muestra la aparente reticencia de esta a implicarse activamente en el tema del *ius cogens*, ya que en unas ocasiones solo lo aplica de manera indirecta y oblicua y, en otras, no se pronuncia sobre su aplicación. En consecuencia, el observador perspicaz podría concluir que, pese a que ha aplicado el *ius cogens* varias veces en su labor, la Corte acepta el concepto con cierta vacilación.

Aplicación de la norma de *ius cogens* en el derecho de los tratados en el contexto del presente procedimiento consultivo

83. Tras haber resuelto que el derecho a la libre determinación es una norma de *ius cogens*, surge la duda de si existía entre el Reino Unido y los Estados Unidos un tratado que estuviese en conflicto con él. Si así fuese, ese tratado sería nulo con arreglo al artículo 53 de la Convención de Viena de 1969.

84. El 30 de diciembre de 1966, el Reino Unido y los Estados Unidos aprobaron un canje de notas constitutivo de un Acuerdo relativo a la Disponibilidad

³⁶ *Prosecutor v. Kupreskic*, IT-95-16-T, párr. 520.

³⁷ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996 (I)*, pág. 270, declaración del Magistrado Bedjaoui, párr. 13.

del Territorio Británico del Océano Índico para Fines de Defensa (con anexos) (“el Acuerdo de 1966”)³⁸. El párrafo 2 a) del Acuerdo de 1966 establece lo siguiente:

“Con respecto a la solicitud inicial de los Estados Unidos de utilizar una isla concreta, las autoridades gubernamentales que corresponda consultarán a las autoridades del Reino Unido el tiempo que precisan para adoptar las medidas administrativas que puedan ser necesarias para satisfacer las citadas necesidades de defensa”.

85. Un acta convenida de la misma fecha indica que se llegó “al siguiente acuerdo y entendimiento:

En referencia al párrafo 2 a) del Acuerdo, las medidas administrativas mencionadas son aquellas necesarias para modificar o cesar toda actividad económica que se esté llevando a cabo en las islas en ese momento, reasentando a los habitantes y facilitando como sea necesario la disponibilidad de las islas con fines de defensa”.

86. El Acuerdo de 1966, además de imponer al Reino Unido la obligación de poner la isla a disposición de los Estados Unidos con fines de defensa, también se ocupaba de la cuestión colateral de las medidas administrativas que el Reino Unido tendría que adoptar para el cumplimiento de dicha obligación. Esas medidas forman parte del Acuerdo de 1966, de igual modo que el acuerdo del Reino Unido de garantizar la disponibilidad de las islas con fines de defensa. Resulta significativo que se encomendase al Reino Unido la responsabilidad de reasentar a los habitantes. Aunque el acta convenida habla de reasentar, ello implica necesariamente la expulsión de los habitantes antes de su reasentamiento. La opinión consultiva de la Corte afirma que todos los chagosianos fueron expulsados entre 1967 y 1973.

87. El objetivo del Acuerdo de 1966 de poner las islas a disposición de los Estados Unidos con fines de defensa y las obligaciones asumidas por el Reino Unido en virtud del acta convenida, en especial el reasentamiento de los chagosianos expulsados, están en conflicto con el derecho de los pueblos de Mauricio, incluidos los chagosianos, a la libre determinación. La opinión consultiva deja claro que la esencia de este derecho es la obligación de respetar la voluntad de los pueblos coloniales, expresada de manera libre y auténtica, con respecto a su estatuto político y su desarrollo económico, social y cultural. No hay en todo el procedimiento pruebas de que se consultase a los pueblos de Mauricio, incluidos los chagosianos, ni de que se averiguase cuál era su voluntad, expresada de forma libre y auténtica, con respecto al establecimiento de la base militar en las islas del archipiélago y la expulsión y el reasentamiento de sus habitantes. Por supuesto, el Acuerdo de 1966 se concertó después de que el Reino Unido hubiese separado el archipiélago de Chagos de Mauricio unos 13 meses antes, el 8 de noviembre de 1965. En su opinión consultiva la Corte ha concluido que este acto constituyó una violación del derecho a la libre determinación. No obstante, dicha conclusión no significa que los demás actos perpetrados por la Potencia administradora en el proceso de descolonización no violasen también la norma del *ius cogens* del derecho a la libre determinación.

88. El Acuerdo de 1966, por tanto, está en conflicto con el derecho a la libre determinación de los pueblos de Mauricio, incluidos los chagosianos, y es nulo con arreglo al artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, puesto que dicho derecho es una norma de *ius cogens*. El Acuerdo de 1966 carece de toda capacidad para producir efectos jurídicos. De conformidad con el principio del *Oro amonedado*, la

³⁸ “Exchange of Notes constituting an Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the United States of America concerning the Availability for Defence Purposes of the British Indian Ocean Territory”, Naciones Unidas, *Treaty Series*, 1967, vol. 603, pág. 274, núm. 8737.

Corte no ejercerá su competencia en aquellos casos en que los intereses jurídicos de un tercer Estado constituyan “el objeto mismo” de la solicitud³⁹. En mi opinión, ese principio no impediría que la Corte dictase la nulidad del Acuerdo de 1966 en las circunstancias del presente procedimiento.

Aplicación de la norma de *ius cogens* en el derecho de la responsabilidad de los Estados en el contexto del presente procedimiento consultivo

89. En su opinión consultiva, la Corte determinó que la separación del archipiélago por parte del Reino Unido fue un acto ilícito. Los artículos 40 y 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional, de 2001, plantean las consecuencias jurídicas de los actos ilícitos que violan una norma imperativa. Estos artículos, que podría pensarse que reflejan el derecho internacional general, se refieren a las consecuencias de las violaciones graves de una obligación internacional. El artículo 41 se centra en las consecuencias de una violación grave que emana de una norma imperativa del derecho internacional general. Se considera una “violación grave” aquella que “implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable”. Es incontestable que la separación del archipiélago de Mauricio por parte del Reino Unido supone un incumplimiento flagrante de este. Los Estados tienen la obligación de no reconocer “como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40” y de no prestar “ayuda o asistencia para mantener esa situación”. El comentario al proyecto de artículos aclara que esta obligación es aplicable a todos los Estados, incluido el Estado responsable. En *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro*, la Corte determinó que todos los Estados tenían una obligación similar respecto de la violación del derecho a la libre determinación, que confirmó que era un derecho del que emanaban obligaciones *erga omnes*.

Parte III: La cuestión del “consentimiento” de Mauricio a la separación

90. Las principales conclusiones de la Corte en relación con esta cuestión se presentan en el párrafo 172 de la opinión consultiva. En primer lugar, se observa que, cuando dio su “consentimiento” a la separación, Mauricio “se encontraba, como colonia, bajo la autoridad del Reino Unido”. La Corte pasa a citar un pasaje de un informe del Comité Especial de los Veinticuatro según el cual, de conformidad con la Constitución de Mauricio, el Reino Unido y sus representantes tenían el verdadero poder, no el pueblo de Mauricio. En segundo lugar, la Corte opinó que no se podía hablar de acuerdo internacional cuando una “parte” en él “se encontraba bajo la autoridad de este último”. En tercer lugar, la Corte concluye, tras haber examinado las circunstancias en las que el Consejo de Ministros aceptó en principio la separación, que esta no se basó en la “expresión libre y auténtica de la voluntad del pueblo en cuestión”.

91. A mi juicio, puede considerarse que las circunstancias en que se dice que Mauricio “consintió” la separación forman parte de una única transacción que comenzó con las reuniones que celebraron los Primeros Ministros de Mauricio y el Reino Unido el 23 de septiembre de 1965 y terminó cuando el Consejo de Ministros confirmó el “acuerdo” para la separación el 5 de noviembre de 1965. La opinión consultiva no define con suficiente precisión las circunstancias particulares que demuestran que la separación no se basó en la expresión libre y auténtica de la

³⁹ *Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom and United States of America)* (cuestión preliminar), fallo, *I.C.J. Reports 1954*, pág. 19.

voluntad del pueblo de Mauricio, incluidos los chagosianos. En la presente opinión separada analizaré, a continuación, dichas circunstancias particulares.

92. La opinión consultiva hizo referencia a la reunión celebrada el 23 de septiembre de 1965 entre el Primer Ministro de Mauricio y el Primer Ministro británico, así como a la nota que el Secretario Privado de este último le había enviado con anterioridad a la reunión, que decía lo siguiente:

“Sir Seewoosagur Ramgoolam irá a verlo a usted mañana por la mañana, a las 10.00 horas. El objetivo es atemorizar a Sir Seewoosagur Ramgoolam dándole esperanzas: darle esperanzas de que podría obtener la independencia; atemorizarlo con que podría no conseguirla a menos que se muestre razonable acerca de la separación del archipiélago de Chagos. [...] La frase clave del informe es la última de la página tres”⁴⁰.

La última frase clave mencionada decía lo siguiente: “El Primer Ministro tal vez desee realizar alguna referencia indirecta al hecho de que el Gobierno de Su Majestad tiene, en el plano jurídico, el derecho a separar Chagos por decreto *sin* el consentimiento de Mauricio, pero que esta sería una medida grave” (en cursiva en el original).

93. Durante la reunión celebrada el 23 de septiembre de 1965 a las 10.00 horas, el Primer Ministro británico dejó sumamente claro a Sir Seewoosagur que podía regresar a Mauricio “con la independencia o sin ella” y que “la mejor solución podía ser la independencia y la separación mediante acuerdo”⁴¹. Sir Seewoosagur se encontraba entre la espada y la pared. “Aceptó” la escisión para obtener la independencia. El intento del Reino Unido de sugerir que Mauricio malinterpretó lo que sucedió durante la reunión no resulta convincente, como tampoco lo es su intento de restarle importancia a la reunión arguyendo que “Mauricio se centra en una breve acta interna elaborada para el Primer Ministro antes de la reunión, así como en una pequeña parte del acta de la reunión levantada por el Reino Unido”. El 23 de septiembre de 1965 fue un día aciago para la diplomacia británica; ese día las relaciones coloniales británicas tocaron fondo. El intento de amedrentar, atemorizar e intimidar al Primer Ministro mauriciano fue demasiado evidente. Para entender a qué se refiere el párrafo 1 de la resolución 1514 cuando habla de subyugación, dominación y explotación extranjeras, no hay más que ver cómo trató el Reino Unido al Primer Ministro de Mauricio. La intención era utilizar el poder para atemorizar al Primer Ministro a fin de que cediese. Intentar explicar la conducta del Reino Unido sobre la base de que se trataba de una negociación y de que se limitó a emplear estrategias típicas de negociación resulta del todo irrazonable. Después de todo, se trataba de la relación entre el Primer Ministro de una colonia y su Potencia administradora. Se cuenta que, años después, hablando sobre el supuesto consentimiento a la separación del archipiélago de Chagos, Sir Seewoosagur dijo al Parlamento de Mauricio: “No teníamos otra opción”⁴². También se dice que Sir Seewoosagur declaró a un medio de comunicación, el *Christian Science Monitor*, lo siguiente: “Tenía la soga al cuello. No podía decir que no. Tenía que decir que sí, o la soga podría haberse apretado”⁴³. No es entonces de extrañar que, en 1982, el Comité Especial sobre la Escisión del Archipiélago de la Asamblea Legislativa Mauriciano concluyese que la actitud del

⁴⁰ Oficina Colonial del Reino Unido, *Note for the Prime Minister's Meeting with Sir Seewoosagur Ramgoolam, Premier of Mauritius*, PREM 13/3320, 22 de septiembre de 1965, pág. 1.

⁴¹ Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino Unido, *Record of a Conversation between the Prime Minister and the Premier of Mauritius, Sir Seewoosagur Ramgoolam, at No. 10, Downing Street, at 10 a.m. on Thursday, September 23, 1965*, FO 371/184528, 23 de septiembre de 1965, pág. 3.

⁴² Asamblea Legislativa de Mauricio, *Speech from the Throne Address in Reply: Statement by the Prime Minister of Mauritius*, 11 de abril de 1979, pág. 456.

⁴³ Véanse referencias a esa declaración en Asamblea Legislativa de Mauricio, *Reply to PQ No. B/1141*, 25 de noviembre de 1980, pág. 4223.

Reino Unido en esa reunión no podía “quedar fuera de la definición más básica de extorsión”⁴⁴.

94. El Gobernador designó al Primer Ministro de Mauricio conforme a una disposición constitucional⁴⁵ que le ordenaba nombrar Primer Ministro a la persona de la Asamblea Legislativa que a su juicio contaba con el apoyo de la mayoría de los miembros de la Asamblea. La población adulta de Mauricio obtuvo el derecho al sufragio en 1957. La Asamblea estaba compuesta por 40 miembros electos y 15 designados. Sería posible considerar que el Primer Ministro y las decisiones adoptadas por él reflejaban la voluntad de los pueblos de Mauricio a condición de que fuera libre e independiente para tomar las decisiones que afectasen a su pueblo. Sin embargo, las circunstancias en que el Primer Ministro dio su “consentimiento” a la separación del archipiélago de Chagos durante su reunión con el Primer Ministro británico fueron absolutamente contrarias a la ética e incompatibles con la libre expresión de su voluntad. Había un clima general de intimidación y coacción. En consecuencia, todo “consentimiento” a la separación dado por el Primer Ministro en tales circunstancias no se ajustaría a lo exigido por la norma consuetudinaria e imperativa del derecho a la libre determinación. Dicha norma, como se ha visto, exigía la expresión libre y auténtica de la voluntad de los pueblos respecto de su futuro político. Esta subversión de la voluntad personal de Sir Seewoosagur implica que su decisión no pudo reflejar la voluntad colectiva del pueblo de Mauricio, incluidos los chagosianos.

95. El Reino Unido adujo que el Consejo de Ministros de Mauricio había dado su consentimiento a la separación el 23 de septiembre y el 5 de noviembre de 1965. Sin embargo, por el modo en que se había constituido, no podía considerarse que el Consejo de Ministros que dio su consentimiento reflejase la expresión libre y auténtica de la voluntad del pueblo. Sencillamente no era lo suficientemente independiente del Gobernador como para poder plasmar en sus decisiones la voluntad de los pueblos de Mauricio, incluidos los chagosianos. El Consejo estaba compuesto por entre 10 y 13 miembros, el Secretario General y el Primer Ministro. El Gobernador designaba a los miembros del Consejo, previa consulta con el Primer Ministro. Eran miembros electos o designados de la Asamblea Legislativa, que estaba compuesta por 40 miembros electos y hasta 15 miembros designados por el Gobernador⁴⁶. Los miembros designados de la Asamblea Legislativa ejercían sus funciones al servicio del Gobernador⁴⁷, que presidía las reuniones del Consejo y determinaba si una reunión podía celebrarse o no. El Gobernador decidía discrecionalmente sobre las cuestiones relativas a la adhesión de los miembros designados del Consejo⁴⁸. Además, aunque con arreglo al artículo 59 de la Constitución el Gobernador estaba obligado a consultar al Consejo de Ministros sobre las políticas, no tenía la obligación de hacerlo en las situaciones en las que, a su juicio, “el servicio de Su Majestad sufriría daños materiales si se consultase al Consejo a ese respecto”⁴⁹. Lo importante de este Consejo es que, en última instancia, todos los miembros (también los electos) debían su nombramiento al Gobernador. El Consejo no podía existir sin el Gobernador. Es muy posible que, mostrando un total desprecio por la gobernanza democrática, el Gobernador pudiese haber constituido el Consejo de Ministros con 13 personas designadas por él y que desempeñasen sus funciones al servicio de este. La Corte ha puesto de relieve la falta de poder real de los representantes de Mauricio con su

⁴⁴ Asamblea Legislativa de Mauricio, *Report of the Select Committee on the Excision of the Chagos Archipelago*, núm. 2 de 1983, junio de 1983, párr. 52 E.

⁴⁵ Orden relativa a la Constitución de Mauricio de 1964, 26 de febrero de 1964, artículo 60 1).

⁴⁶ Orden relativa a la Constitución de Mauricio, art. 27 1). También formaban parte de ella el Presidente y el Secretario General *ex officio*.

⁴⁷ Orden relativa a la Constitución de Mauricio, art. 32 1).

⁴⁸ Orden relativa a la Constitución de Mauricio, art. 34 1).

⁴⁹ Orden relativa a la Constitución de Mauricio, art. 59 2).

referencia al informe del Comité Especial de los Veinticuatro, que afirmó que el poder de Mauricio se concentraba en las manos del Reino Unido y de sus representantes, y no en las de los representantes de Mauricio.

96. Si bien el Gobernador designaba a los miembros del Consejo de Ministros tras consultar al Primer Ministro, no tenía obligación de dar efecto a ninguna de las recomendaciones formuladas por este. En esas circunstancias, en ningún caso se podría considerar que la decisión de ese Consejo de “consentir” la separación reflejó la expresión libre y auténtica de la voluntad del pueblo. Dada su estructura, no se puede descartar que el Consejo reflejase la voluntad del Gobernador, en lugar de la del pueblo. El Gobernador no debía su lealtad al pueblo de Mauricio, incluidos los chagosianos, sino a Su Majestad. Por esa razón, la Orden relativa a la Constitución de Mauricio establecía que el Gobernador no estaba obligado a consultar al Consejo en aquellas situaciones en las que, desde su punto de vista, dicha consulta pudiese perjudicar el servicio de Su Majestad. Así pues, el “consentimiento” del Consejo de Ministros a la separación carece de validez, ya que no fue representativo de la voluntad de los pueblos de Mauricio, incluidos los chagosianos.

97. No cabe duda de que la presencia de aspectos antidemocráticos en el gobierno de las colonias como los descritos anteriormente incitaron a la Asamblea General a destacar que la voluntad de los pueblos debía averiguarse mediante “plebiscitos u otros medios democráticos reconocidos, practicados preferentemente bajo los auspicios de las Naciones Unidas”⁵⁰. El Principio IX de la resolución 1541 (XV), de 15 de diciembre de 1960, reitera que la integración debe basarse en el resultado de los “deseos libremente expresados de los pueblos del territorio, plenamente enterados del cambio de su estatuto, con conocimiento de causa y por procedimientos democráticos, aplicados imparcialmente y basados en el sufragio universal de los adultos”.

98. El Reino Unido argumentó asimismo que Mauricio dio su “consentimiento” a la separación en las elecciones generales celebradas en 1967. El Reino Unido sostuvo que el partido político que apoyaba la separación recibió la mayoría de los votos en dichas elecciones, lo que significaba que la población no se oponía a ella. Lo cierto, sin embargo, es que cuando se celebraron las elecciones de 1967 la separación era un hecho consumado, pues ya había tenido lugar y el Reino Unido ya había concertado un acuerdo con los Estados Unidos de América que les permitía usar el archipiélago con fines de defensa durante 50 años. En las elecciones, la población no tuvo la opción de conservar el archipiélago como parte de Mauricio con la independencia. Por lo tanto, no puede considerarse que dichas elecciones reflejasen la voluntad de los pueblos de Mauricio, incluidos los chagosianos, en lo que respecta a la separación.

99. La historia de los chagosianos narrada en el presente procedimiento se compone de tres partes —la separación del archipiélago en 1965, el acuerdo que permitía a los Estados Unidos instalar una base militar en las islas, y la expulsión de los chagosianos de las islas—. Cada una de ellas, tanto por separado como en conjunto, constituye una historia de subyugación, dominación y explotación extranjeras, actos condenados por la resolución 1514, que violó en todos los sentidos el derecho de *ius cogens* a la libre determinación y la independencia del pueblo de Mauricio, incluidos los chagosianos.

100. Este análisis confirma la conclusión de la Corte de que la separación no se basó en la expresión libre y auténtica de la voluntad del pueblo en cuestión.

⁵⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 637 A (VII).

Parte IV: La penosa situación de los chagosianos

101. La opinión consultiva de la Corte dedica un apartado a lo que describe como la “situación de los chagosianos”. Dadas las circunstancias en que se encuentran unos cinco decenios y medio después de la separación del archipiélago, tal vez sea más apropiado hablar de la “penosa situación de los chagosianos”.

102. Los chagosianos son un pueblo arrancado de su patria y trasladado contra su voluntad a otros lugares, un acto que recuerda de un modo sorprendente al secuestro de millones de personas perpetrado en África hace cuatro siglos a fin de llevarlas a otros países y esclavizarlas para trabajar en plantaciones. La mayoría de los chagosianos fueron expulsados forzosamente. Otros que habían viajado fuera del archipiélago por diversos motivos no pudieron regresar. El Sr. Louis Olivier Bancoult nació en Peros Banhos en 1964. Su familia y él viajaron a Mauricio para recibir tratamiento médico. Se les impidió volver a su hogar. El Sr. Bancoult abandonó el archipiélago cuando tenía cerca de un año. Es el fundador y Presidente del Grupo de Refugiados de Chagos y ha intervenido como representante, tanto directa como indirectamente, en todos los litigios que se han producido desde que los chagosianos fueron expulsados del archipiélago. En los últimos 20 años, ha impugnado la actuación del Gobierno del Reino Unido ante los tribunales de ese país en múltiples ocasiones, la última de ellas en la causa Bancoult núm. 5, una decisión del Tribunal de División del Reino Unido de 8 de febrero de 2019. No ha prosperado ninguna de las acciones judiciales del Sr. Bancoult, que merece recibir un prestigioso premio internacional por el valor y la tenacidad que ha demostrado en nombre de su pueblo. Hasta hoy, como la Corte ha indicado en su opinión consultiva, él y otros chagosianos no han podido regresar a su hogar como consecuencia de las leyes y las decisiones judiciales del Reino Unido.

103. Numerosos chagosianos asistieron al procedimiento consultivo en el Gran Salón de Justicia, entre ellos la Sra. Marie Liseby Elysé, que hizo una declaración ante la Corte. Como solo podría haberse dirigido a la Corte en criollo y dado que no puede leer una declaración escrita, su declaración se presentó en una grabación de vídeo y se proporcionó a la Corte una traducción al inglés de su discurso. La Sra. Elysé es el rostro humano de esta angustiante saga —la administración del archipiélago por parte del Reino Unido— a la que la Corte ha considerado ahora que hay que poner fin.

104. A continuación figura la transcripción de la declaración pronunciada por la Sra. Elysé el 14 de agosto de 2018:

“Me llamo Liseby Elysé. Nací el 24 de julio de 1953 en Peros Banhos. Mi padre nació en Six Îles y mi madre en Peros Banhos. Mis abuelos también nacieron allí. Formo parte de la delegación de Mauricio. Me gustaría contar el sufrimiento que he padecido desde que me arrancaron de mi isla paradisíaca. Me complace que la Corte Internacional nos esté escuchando hoy y confío en volver a la isla donde nací.

En Chagos, todo el mundo tenía un empleo, una familia y una cultura. Solo comíamos alimentos frescos.

Barcos procedentes de Mauricio nos traían todos los productos. Recibíamos comestibles y todo lo que necesitábamos. No nos faltaba de nada. Todo el mundo tenía una vida feliz en Chagos.

Sin embargo, un día, el administrador nos dijo que teníamos que salir de nuestra isla, abandonar nuestras casas y marcharnos. Todos estábamos tristes. Estábamos furiosos porque nos ordenaban irnos, pero no teníamos otra opción.

No nos dieron ningún motivo. Todavía no nos han dicho por qué tuvimos que marcharnos.

Pero, después, los barcos que nos traían alimentos dejaron de venir. No teníamos comida ni medicamentos. No teníamos nada. Sufrimos mucho. Un día llegó un barco llamado Nordvaer. El administrador nos ordenó que subiéramos al barco, que dejáramos todo atrás, todas nuestras pertenencias personales, salvo algunas prendas de vestir, y que nos marchásemos. La población estaba muy enfadada por eso y, cuando nos marchamos, lo hicimos en la oscuridad. Subimos a bordo del barco en la oscuridad, de manera que no pudimos ver nuestra isla. Y cuando embarcamos, las condiciones en el barco eran terribles. Éramos como animales y esclavos en aquel barco. La gente se moría de pena en el barco.

Yo estaba embarazada de cuatro meses en aquel momento. El barco tardó cuatro días en llegar a Mauricio. Tras nuestra llegada, di a luz y mi hijo falleció. ¿Por qué murió mi hijo? Yo creo que fue porque ese barco me traumatizó; estaba muy preocupada y molesta. Por eso murió mi hijo al nacer. Sostengo que no debemos perder la esperanza. Tenemos que pensar que llegará un día en que regresaremos a la tierra donde nacimos. Mi corazón está sufriendo y todavía pertenece a la isla donde nací.

A nadie le gustaría que le arrancasen de su isla natal como a un animal.

Es desgarrador. Considero que se debe hacer justicia y que debo volver a la isla donde nací.

¿No les parece desgarrador que se arranque a una persona de su isla como a un animal, sin saber adónde la llevan?

Estoy muy triste y todavía no sé cómo abandoné mi Chagos. Nos expulsaron por la fuerza y estoy muy triste. Sigo derramando lágrimas todos los días. Sigo pensando que debo volver a mi isla. Creo que debo regresar a la isla donde nací y debo morir allí, donde están enterrados mis abuelos. En el lugar en que nací, en mi isla natal.

Certifico que [la versión inglesa] es una traducción exacta del criollo al inglés.

Anirood Pursunon
Secretario Permanente Adjunto
Oficina del Primer Ministro
17 de agosto de 2018”

105. La declaración de la Sra. Elysé describe una vida sencilla, feliz y casi idílica en el archipiélago. Era su “paraíso perdido”, el paraíso que el Sr. Bancoult abandonó cuando tenía tan solo un año de edad y que lleva dos decenios tratando de “recuperar”.

106. La Sra. Elysé afirmó que las condiciones en el barco que transportó a los chagosianos del archipiélago eran “terribles” y que eran “como animales y esclavos en aquel barco”. La comunidad internacional no debería pasar por alto la ironía de esta declaración, ya que unos dos siglos antes sus ancestros habían sido llevados a la isla y esclavizados para trabajar en plantaciones de coco; fueron liberados en la década de 1830, pero en ese barco ella volvió a ser esclavizada.

107. El derecho a retornar al propio país es un derecho humano básico protegido por el artículo 12 del ICCPR. Lo que ha sido violado es la humanidad de los chagosianos. La opinión consultiva de 1951 relativa a las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* se refiere a dicha humanidad cuando habla de conductas “contrarias a la ley moral” y de un objetivo que “respalda

los principios más elementales de la moralidad”. En el famoso pasaje al que pertenecen estas palabras, la Corte define la esencia misma de una norma de *ius cogens* y una obligación *erga omnes*: principios que protegen los valores fundamentales de la comunidad internacional.

108. En *Secretary of State for the Foreign and Commonwealth Affairs v. the Queen* (a instancias del Sr. Bancoult), causa núm. 498 de 2007 del Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales para Cuestiones Civiles, el Magistrado Sedley habló de un modo convincente acerca del derecho a retornar al hogar cuando sostuvo en su sentencia lo siguiente:

“El *quid* de la cuestión es que los dos decretos del Consejo deniegan una de las libertades más fundamentales que se le conocen al ser humano, la libertad de regresar a la propia patria por muy penosas y duras que sean las condiciones de vida en ella, y supeditan dicho retorno a los derechos a la propiedad de terceros; y que lo hacen por motivos que nada tienen que ver con el bienestar de las personas afectadas”.

La Cámara de los Lores revocó esta sentencia del Tribunal de Apelación, que era favorable a la postura del Sr. Bancoult.

109. La historia de los chagosianos es una tragedia humana que no tiene cabida en el siglo XXI. Es una historia que parecería contradecir los mayores avances acontecidos en el derecho internacional desde 1945: el establecimiento, en respuesta a las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial, de un conjunto de normas basado en el respeto de la dignidad y el valor inherentes a los seres humanos. El Reino Unido fue un agente importante en el establecimiento de dicho conjunto de normas, que todas las partes implicadas deben poner ahora a trabajar en favor de los chagosianos.

110. La Corte ha tomado nota debidamente de la disculpa pronunciada por el Reino Unido por el tratamiento brindado a los chagosianos.

111. La Asamblea General determinó que el reasentamiento de los chagosianos era una cuestión sobre la que deseaba recibir la opinión de la Corte. La Corte, señalando que se trata de una cuestión relacionada con los derechos fundamentales de las personas, se la ha remitido a la Asamblea General y ha insistido en que debería tenerse en cuenta en la culminación del proceso de descolonización de Mauricio.

(Firmado) Patrick Robinson

[Original: inglés]

DECLARACIÓN DEL MAGISTRADO GEVORGIAN

La presente opinión realiza una importante contribución al derecho en materia de descolonización y a la función consultiva de la Corte — La innecesaria declaración de responsabilidad formulada en el párrafo 177 desdibuja la distinción entre las competencias consultiva y contenciosa de la Corte.

1. Desde mi punto de vista, la presente opinión realiza una importante contribución tanto al derecho en materia de descolonización como a la función consultiva de la Corte. Estoy de acuerdo con el razonamiento de la Corte, por lo que voté a favor de sus conclusiones en lo referente a la competencia y la admisibilidad, así como de las respuestas dadas a las preguntas que le transmitió la Asamblea General. Sin embargo, quisiera manifestar mi desacuerdo con la declaración de responsabilidad formulada por la Corte en el párrafo 177 de la opinión. Expondré mis motivos en la presente declaración.

2. A fin de valorar esta cuestión, es importante recordar la diferencia entre las competencias contenciosa y consultiva de la Corte. Esta distinción, que la Corte Permanente de Justicia Internacional ya estableció en la opinión consultiva sobre *Carelia Oriental*, se formuló del siguiente modo en la opinión consultiva relativa al *Sáhara Occidental*:

“En determinadas circunstancias [...] 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. Tal sería el caso si los hechos demostrasen que la emisión de una opinión tendría por efecto soslayar el principio de que un Estado no está obligado a someter una diferencia a arreglo judicial sin su consentimiento. Si se produjera dicha situación, la facultad discrecional de que goza la Corte en virtud del Artículo 65, párrafo 1, del Estatuto ofrecería medios jurídicos suficientes para garantizar que se respete el principio fundamental del consentimiento respecto de la competencia de la Corte”¹.

3. En el asunto que nos ocupa se ha solicitado a la Corte que determine si el proceso de descolonización de Mauricio “se completó con arreglo a derecho” (primera pregunta de la Asamblea General). En caso negativo, se solicita a la Corte que determine las consecuencias jurídicas que se derivan de que el Reino Unido “siga administrando” el archipiélago de Chagos (segunda pregunta). En mi opinión, esta solicitud, más que ninguna de las presentadas en el pasado, se encuentra en la frontera entre, por un lado, la prestación de asistencia jurídica a la Asamblea General en relación con la descolonización (un asunto en el que la función consultiva de la Corte es completamente adecuada) y, por otro, la resolución de una controversia bilateral en el marco de un proceso contencioso sin el consentimiento necesario de las partes. Es innegable que la solicitud se refiere a una situación en la que dos Estados reclaman la soberanía de un territorio; de hecho, Mauricio ha tratado en repetidas ocasiones de llevar el asunto de Chagos ante la Corte, pero el Reino Unido no ha aceptado la competencia de la Corte, una decisión que es libre de tomar con arreglo al Artículo 36 del Estatuto.

¹ *Western Sahara*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1975*, pág. 25, párr. 33. Véase también *Status of Eastern Carelia*, opinión consultiva, 1923, CPJI, *Series B*, núm. 5, págs. 27 y 28.

4. Siendo así, la labor de la Corte en la presente opinión se limita a examinar la legalidad del proceso de descolonización de Mauricio (y a indicar las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de él), sin entrar a valorar los aspectos bilaterales de la controversia pendiente. Para ello, la Corte debe fundamentarse en el derecho en materia de descolonización desarrollado en la Carta de las Naciones Unidas y en resoluciones y prácticas posteriores, dejando de lado toda determinación de la responsabilidad de los Estados.

5. En su mayor parte, la presente opinión se concentra en dichas cuestiones de un modo que me resulta convincente. Estoy de acuerdo en especial con el razonamiento del párrafo 136, en el que la Corte señala acertadamente lo siguiente:

“[L]a Asamblea General pide a la Corte que examine determinados hechos que ocurrieron entre 1965 y 1968 y que se inscriben en el marco del proceso de descolonización de Mauricio como Territorio No Autónomo. No sometió a la Corte una controversia bilateral sobre la soberanía que pudiera existir entre el Reino Unido y Mauricio”.

No obstante, en el párrafo 177 la presente opinión va más allá de esta declaración y dictamina que el hecho de que el Reino Unido siga administrando el archipiélago de Chagos constituye un hecho ilícito que entraña la responsabilidad internacional de ese Estado. Si bien no discrepo con el fondo de esa conclusión, en mi opinión esa afirmación cruza la fina línea que separa las competencias consultiva y contenciosa de la Corte.

6. Puede decirse que la Corte ya hizo determinaciones similares en sus opiniones consultivas sobre *Namibia* y el *Muro*. Sin embargo, las circunstancias en esos casos eran diferentes. En el primero, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ya había declarado en la resolución 276 (1970) que “la continuación de la presencia de las autoridades sudafricanas en Namibia es ilegal y que, en consecuencia, todas las medidas adoptadas por el Gobierno de Sudáfrica en nombre de Namibia o en relación con el Territorio después de la terminación del Mandato son ilegales y carecen de validez”². En el presente asunto no existe tal declaración. Del mismo modo, en la opinión consultiva sobre el *Muro* la Corte pudo basarse en la determinación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de que la ocupación del territorio palestino era ilegal, plasmada fundamentalmente en la resolución 242 (1967)³.

7. Por estos motivos, la declaración de responsabilidad antes mencionada no solo carece de sentido —no figura en la parte dispositiva ni debe figurar en ella—, sino que además no tiene sustento alguno en la jurisprudencia de la Corte. Todo ello debe entenderse sin perjuicio de mi conformidad con la respuesta dada por la Corte a la segunda pregunta, como indico en la parte dispositiva.

(Firmado) Kirill Gevorgian

² Resolución 276 (1970) de 30 de enero, párr. 2 (véase también *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, pág. 58, párr. 1 de la parte dispositiva).

³ Resolución 242 (1967) de 22 de noviembre, párr. 1 (véase también *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, pág. 201, párr. 3) A de la parte dispositiva). Además de en la opinión de la Corte (*ibid.*, pág. 166, párr. 74, y pág. 201, párr. 162), la resolución se mencionó en el preámbulo de la resolución A/RES/ES-10/14 (adoptada por la Asamblea General el 8 de diciembre de 2003 en su décimo período extraordinario de sesiones de emergencia), que solicitaba que la Corte emitiera una opinión consultiva.

[Original: francés e inglés]

DECLARACIÓN DEL MAGISTRADO SALAM

Acuerdo con la parte dispositiva de la opinión — Acuerdo general con el razonamiento de la Corte — Carácter vinculante de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General a raíz de su respaldo por resoluciones del Consejo de Seguridad — Cuestión de la posibilidad de indemnizar a los chagosianos.

1. Si bien voté a favor de todos los apartados de la parte dispositiva de la presente opinión consultiva y coincidí fundamentalmente con el razonamiento de la Corte, considero necesario aclarar ciertos aspectos que la Corte debería haber abordado.

2. Al determinar el derecho aplicable, la Corte trata de establecer en qué momento el derecho a la libre determinación cristalizó en una norma consuetudinaria. Por encima de todo, señala la importancia de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, que considera un momento decisivo en la evolución de la postura de los Estados con respecto a la descolonización. La Corte cita asimismo resoluciones de la Asamblea General anteriores y posteriores.

3. Conuerdo con este razonamiento, en especial porque la Corte ha reiterado con anterioridad que “las resoluciones de la Asamblea General, aunque no son vinculantes, pueden a veces tener valor normativo” (véase el párr. 151 de la presente opinión consultiva; *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996 (I)*, págs. 254 y 255, párr. 70). Sin embargo, creo que la Corte debería haber dado un paso más y hacer referencia a las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad.

4. Sin duda, además del hecho de que la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General fue adoptada por una abrumadora mayoría, con ningún voto en contra y nueve abstenciones, conviene señalar que, al abordar cuestiones relacionadas con la descolonización entre 1960 y 1965, el Consejo de Seguridad respaldó expresamente esta resolución en varias resoluciones, en particular en las relativas a la situación de los Territorios administrados por Portugal. De este modo, en la resolución [180 \(1963\)](#) el Consejo de Seguridad “*confirma* la resolución 1514 (XV)” y “*afirma* que la política de Portugal [...] es contraria a los principios de la Carta y a las resoluciones pertinentes de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad”, antes de pedir a Portugal que reconozca “inmediatamente el derecho de los pueblos de los Territorios bajo su administración a la libre determinación y a la independencia”. Más tarde, en la resolución [183 \(1963\)](#), aprobada cinco meses después, el Consejo de Seguridad “*exhorta* a todos los Estados a que cumplan [...] la resolución [180 \(1963\)](#)”, que, como se ha señalado anteriormente, confirma la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General. Posteriormente, en la resolución [218 \(1965\)](#) relativa a la misma cuestión, aprobada en 1965, el Consejo de Seguridad “*reafirma* la interpretación del principio de la libre determinación que figura en la resolución 1514 (XV)”. Cabe mencionar asimismo la resolución [217 \(1965\)](#) del Consejo de Seguridad, relativa a la situación en Rhodesia del Sur, que también “*reafirma* [...] la resolución 1514 (XV)”.

5. Además de su valor normativo, el carácter vinculante de la resolución 1514 (XV) queda confirmado por el hecho de que el Consejo de Seguridad la respaldase sin ambages en las resoluciones antes mencionadas. A este respecto, quisiera recordar que el Artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas dispone que “[l]os Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta”.

6. Asimismo, en respuesta a la segunda pregunta planteada por la Asamblea General, la Corte afirma acertadamente que “el reasentamiento en el archipiélago de Chagos de los nacionales de Mauricio, en particular los originarios del archipiélago de Chagos”, es una cuestión “relativa a la protección de los derechos humanos de los afectados que la Asamblea General debería abordar durante la conclusión del proceso de descolonización de Mauricio”. Pese a ello, resulta lamentable que en este contexto la Corte no mencionase expresamente la posibilidad de indemnizar a los chagosianos. Además de que gran parte de los participantes en el procedimiento señaló este asunto a la atención de la Corte, conviene igualmente indicar que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (como se menciona en el párr. 126 de la presente opinión consultiva) había recomendado que el Reino Unido velase por que

“los naturales de las islas Chagos puedan ejercer el derecho de regresar a su territorio e indicar qué medidas se han tomado al respecto. Debe considerar la posibilidad de indemnizarles por haber denegado ese derecho durante un período prolongado” (CCPR/C/GBR/CO/6, párr. 22).

7. Por último, quisiera recordar la opinión consultiva relativa al *Muro*, en la que la Corte consideró que Israel tenía “la obligación de compensar, de conformidad con las reglas aplicables del derecho internacional, a todas las personas físicas o jurídicas que hayan sufrido cualquier forma de daños materiales como consecuencia de la construcción del muro” (*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 198, párr. 153).

(Firmado) Nawaf Salam

[Original: inglés]

DECLARACIÓN DEL MAGISTRADO IWASAWA

Derecho de los pueblos a la libre determinación — Expresión libre y auténtica de la voluntad del pueblo afectado — Principio de la integridad territorial — Discrecionalidad para emitir una opinión consultiva — Principio del consentimiento en un arreglo judicial.

1. Coincido con las conclusiones de la Corte en la parte dispositiva de la presente opinión consultiva. Como es posible que algunos aspectos del razonamiento en que se ha basado la Corte para llegar a tales conclusiones no estén lo bastante claros, quisiera ofrecer mi punto de vista al respecto. Al mismo tiempo, me gustaría exponer las razones que me llevan a respaldar las conclusiones.

2. La Corte es el órgano judicial principal de las Naciones Unidas. De conformidad con su jurisprudencia constante, “[l]a Corte no da su opinión a los Estados sino al órgano autorizado para solicitarla; la respuesta de la Corte [...] representa su participación en las actividades de la Organización y, en principio, no debería denegarse” (*Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania, opinión consultiva* (primera fase), *I.C.J. Reports 1950*, pág. 71) y “esa negativa solo se justificaría por ‘razones imperiosas’ [...]. La Corte no ha denegado hasta ahora ninguna solicitud de opinión consultiva aduciendo su facultad discrecional” (*Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1996 (I)*, pág. 235, párr. 14).

3. En el presente procedimiento, la Corte observa que:

“se ha solicitado una opinión sobre la cuestión de la descolonización, que es tema de especial preocupación para las Naciones Unidas. Las cuestiones planteadas por la solicitud se sitúan en el marco de referencia más amplio de la descolonización, incluido el papel que desempeña la Asamblea General a este respecto, del que esas cuestiones son inseparables” (opinión consultiva, párr. 88).

La Corte concluye, por tanto, que la opinión solicitada no tendría por efecto soslayar el principio del consentimiento de un Estado al arreglo judicial de su controversia con otro Estado (párr. 90).

4. El derecho de los pueblos a la libre determinación, uno de cuyos elementos cardinales es la expresión libre y auténtica de la voluntad del pueblo en cuestión, constituye la dinámica de la descolonización. La Corte insistió en este aspecto en 1975, cuando afirmó que “la aplicación del derecho a la libre determinación requiere la expresión libre y auténtica de la voluntad de los pueblos afectados” (*Sáhara Occidental, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1975*, pág. 32, párr. 55).

5. En respuesta a la pregunta a), la Corte concluye que el proceso de descolonización de Mauricio no se completó con arreglo a derecho en 1968 (opinión consultiva, párr. 174). Según entiendo, la Corte sustenta esta conclusión en dos motivos: en primer lugar, en que la separación del archipiélago de Chagos no se basó en la expresión libre y auténtica de la voluntad del pueblo en cuestión (párr. 172); y, en segundo lugar, en que la separación fue contraria al principio de la integridad territorial (párr. 173).

6. Aunque la ausencia de expresión libre y auténtica de la voluntad del pueblo es en sí misma un motivo para la conclusión de la Corte (párr. 172), también constituye la base de la conclusión de la Corte relativa al principio de la integridad territorial. La Corte confirma que cualquier separación por la Potencia administradora de una parte de un territorio no autónomo, “a menos que se base en la voluntad

auténtica y libremente expresada del pueblo del territorio en cuestión”, es contraria al principio de la integridad territorial (párr. 160). El principio de la integridad territorial es aplicable a todo territorio no autónomo que conforme una unidad territorial. En el presente procedimiento, la Corte determina que, cuando se separó de Mauricio en 1965, el archipiélago de Chagos era una parte integrante de ese Territorio No Autónomo (párr. 170). Se han dado casos de separación de una parte de un territorio no autónomo o de división de un territorio no autónomo en más de un Estado. La separación o división de un territorio no autónomo no es contraria al principio de la integridad territorial siempre que se base en la voluntad libre y auténtica del pueblo en cuestión. El párrafo 173 de la opinión sugiere que, en el caso de Mauricio, la separación del archipiélago de Chagos fue contraria al principio de la integridad territorial porque no se basó en la voluntad libre y auténtica del pueblo en cuestión.

7. En respuesta a la pregunta b), la Corte hace hincapié en las obligaciones que el derecho internacional impone al Reino Unido y los Estados miembros en relación con la descolonización.

8. Como consecuencia de su separación de Mauricio, el archipiélago de Chagos se incorporó a una nueva colonia del Reino Unido conocida con el nombre de Territorio Británico del Océano Índico. De este modo, debe considerarse que el archipiélago de Chagos es un Territorio No Autónomo de conformidad con el Capítulo XI (Declaración relativa a los Territorios No Autónomos) de la Carta de las Naciones Unidas, si bien el Reino Unido no ha proporcionado información con arreglo al Artículo 73 *e*) de la Carta. El Reino Unido, en cuanto que Potencia administradora, tiene obligaciones internacionales con respecto al archipiélago de Chagos, entre las que se incluyen la obligación de respetar el derecho de los pueblos a la libre determinación y las obligaciones dimanantes del Capítulo XI de la Carta. En el presente procedimiento, se desprende de dichas obligaciones que el Reino Unido tiene la obligación de poner fin a su administración del archipiélago de Chagos con la mayor rapidez posible.

9. Puesto que el derecho de los pueblos a la libre determinación tiene carácter *erga omnes* (*Timor Oriental (Portugal c. Australia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1995*, pág. 102, párr. 29; *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, pág. 172, párr. 88), todos los Estados tienen el deber de promover su aplicación y de prestar asistencia a las Naciones Unidas en el cumplimiento de las obligaciones que incumben a estas en la aplicación de dicho derecho (Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General). En el presente procedimiento, de este deber se desprende que todos los Estados Miembros tienen la obligación de cooperar con las Naciones Unidas para completar el proceso de descolonización de Mauricio (opinión consultiva, párr. 180).

10. En su opinión consultiva, la Corte afirma que la descolonización de Mauricio debe completarse “de manera compatible con el derecho de los pueblos a la libre determinación”, sin dar más explicaciones (párr. 178). Pone de relieve que “[c]orresponde a la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el ejercicio de sus funciones con respecto a la descolonización, determinar las modalidades necesarias para garantizar la conclusión del proceso de descolonización de Mauricio” (párr. 179). Por consiguiente, la Corte no determina el estatuto jurídico futuro del archipiélago de Chagos ni indica las modalidades específicas con arreglo a las cuales debería aplicarse el derecho a la libre determinación respecto del archipiélago de Chagos. La Corte da su opinión sobre las cuestiones sometidas por la Asamblea General en la medida necesaria para ayudar a esta a desempeñar sus funciones en materia de

descolonización. Esta expresión de su opinión no equivale a la resolución de una controversia territorial entre el Reino Unido y Mauricio. Por los motivos expuestos, estoy de acuerdo en que la opinión solicitada no tiene por efecto soslayar el principio del consentimiento de un Estado al arreglo judicial de su controversia con otro Estado (párr. 90).

(Firmado) Yuji Iwasawa
