



Consejo Latinoamericano
de Ciencias Sociales

Conselho Latino-americano
de Ciências Sociais

Área de Promoción de la Investigación

ENSAYOS

www.clacso.org

La obligación de negociar y la cuestión Malvinas

Luciano Pezzano*

Introducción

Es casi un lugar común en la literatura afirmar que la cuestión de las Islas Malvinas presenta un sinnúmero de aristas que son de particular interés para los investigadores. A su vez, dichas aristas son susceptibles de abordaje desde una gran diversidad de disciplinas, como la historia, la ciencia política, las relaciones internacionales, la sociología, y un largo etcétera. Incluso en cada una de estas disciplinas, son incontables los aspectos puntuales de la cuestión que pueden ser estudiados.

Así, dada la vastedad y complejidad del tema, enfocaremos nuestro análisis desde una disciplina puntual: el derecho internacional, y nos concentraremos en un aspecto específico de la cuestión: la existencia de una obligación internacional de negociar para solucionar la controversia. Dicho en otros términos, nos preguntamos si el Reino Unido y la República Argentina están obligados en virtud del derecho internacional a negociar para solucionar la disputa de soberanía que mantienen sobre las Islas Malvinas y de ese modo poner fin a dicha situación colonial.

Este aspecto de la cuestión ha sido poco abordado por los autores que han estudiado el tema¹, y es en general brevemente mencionado en estudios de carácter general, pero no hemos hallado ninguna obra que en particular lo analizara en profundidad. Ello no significa que el tema carezca de interés; al contrario, consideramos que reviste singular utilidad en un momento como el actual, en el que se hace necesario cada vez más buscar nuevos enfoques que permitan algún tipo de avance en la solución del conflicto. Creemos que un estudio de estas características puede aportar un nuevo elemento en aras a considerar las formas de destrabar el actual estancamiento del proceso de arreglo, al trasladar las negociaciones del ámbito puramente político-diplomático al del cumplimiento de una obligación jurídica internacional. Las consecuencias de este traslado, como se verá, no son menores, toda vez que, de determinarse que las partes están frente a una obligación internacional de negociar, la constante negativa del Reino Unido a iniciar conversaciones o procesos de diálogo con la Argentina respecto de la soberanía de las islas se transformaría en un hecho ilícito –uno más– que le sería atribuible.

Asimismo, la propia existencia de una obligación de negociar en el derecho internacional general es una cuestión discutida en la doctrina y jurisprudencia desde larga data, pero que ha cobrado una gran relevancia en la actualidad, dado que cuatro de los doce procesos que se ventilan actualmente ante la Corte Internacional de Justicia versan casi exclusivamente sobre la existencia de sendas obligaciones de negociar: se trata del caso de la *Obligación de negociar el acceso al océano Pacífico* (Bolivia c. Chile), y los casos de las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear* (Islas Marshall c. India; Islas Marshall c. Pakistán; e Islas Marshall c. Reino Unido). Aunque estos procesos están en fases iniciales, efectuaremos algunos comentarios sobre los mismos, dada la importancia que podrían revestir para nuestro tema las eventuales decisiones de la Corte.

De esta forma, estructuraremos nuestra exposición en dos grandes partes: en la primera, indagaremos sobre la existencia, contenido y alcance de la obligación de negociar en el derecho internacional general, recurriendo particularmente a las normas de la Carta de las Naciones Unidas y sus desarrollos ulteriores, y a las decisiones más relevantes de la jurisprudencia internacional; en la segunda parte, exploraremos las negociaciones que han tenido lugar respecto de la cuestión Malvinas, sus fundamentos, consecuencias y la posibilidad de determinar si existe una obligación de negociar para solucionar la disputa de soberanía.

* Abogado (UCES, 2007). Magister en Relaciones Internacionales (CEA – UNC, 2015). Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Becario doctoral CONICET.

¹ V., por ejemplo, Pinto 1983: 9; Drnas de Clément 1999: 39.

La obligación de negociar en el derecho internacional general

¿Existe una obligación de negociar en el derecho internacional general? En otras palabras, ante una controversia entre dos o más sujetos de derecho internacional, particularmente Estados, ¿están las partes obligadas por alguna norma general a entablar negociaciones con miras a solucionar dicha controversia? A primera vista, la respuesta a este interrogante parecería inclinarse por la negativa, dado que el derecho internacional general carece en la actualidad de una formulación expresa de una obligación de negociar, como también carece de obligaciones de recurrir a otros medios particulares de arreglo de controversias. Lo que no se discute, sin embargo, es la existencia de una obligación de *arreglo pacífico*, por lo que será necesario analizar la cuestión en el marco del principio del arreglo pacífico de las controversias internacionales, tal cual se lo contempla en la Carta de las Naciones Unidas y en los desarrollos ulteriores al amparo de dicha Organización. Efectuado tal análisis, recurriremos a los casos más relevantes de la jurisprudencia internacional en los que se ha discutido el contenido y alcance de la obligación de negociar, a los fines de detectar rasgos comunes que permitan caracterizar dicha obligación.

La cuestión en el marco de las Naciones Unidas

Así, en virtud del Artículo 2.3 de la Carta de las Naciones Unidas, “[l]os Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia”, mientras que, de acuerdo al Artículo 33.1, “[l]as partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección”. Dos aspectos son fundamentales en esta cuestión de acuerdo a las normas citadas: los Estados están obligados a arreglar sus controversias *por medios pacíficos*, pero esos medios permanecen *a su elección*, en lo que se denomina el principio de libre elección de medios.

La Declaración sobre los Principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad a la Carta de las Naciones Unidas, aprobada por resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, amplía las normas citadas al expresar que los Estados “procurarán llegar a un arreglo pronto y justo de sus controversias internacionales mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a los organismos o sistemas regionales u otros medios pacíficos que ellos mismos elijan. Al procurar llegar a ese arreglo las partes convendrán en valerse de los medios pacíficos que resulten adecuados a las circunstancias y a la naturaleza de la controversia. Las partes en una controversia tienen el deber, en caso de que no se logre una solución por uno de los medios pacíficos mencionados, de seguir tratando de arreglar la controversia por otros medios pacíficos acordados por ellos”. La Declaración es clara en cuanto a que la obligación de arreglo pacífico no impone un resultado determinado: las partes no están obligadas a solucionar la controversia, sino a *procurar llegar a un arreglo* y a *seguir tratando de arreglar la controversia*, siempre por medios pacíficos. También formula de modo explícito el principio de libre elección al disponer: “El arreglo de las controversias internacionales se basará en la igualdad soberana de los Estados y se hará conforme al principio de libre elección de los medios”.

La Declaración de Manila sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales, aprobada por resolución 37/10 de la Asamblea General, completa el espectro de nuestro tema y tiene relevancia en la cuestión, toda vez que se trata del primer texto normativo que elaboró un plan detallado y consolidó el marco jurídico del arreglo pacífico de las controversias internacionales (Roucounas, 2009:2). La Declaración reitera los términos de la Carta y de la resolución 2625 (XXV), aunque con importantes agregados: “Todos los Estados arreglarán sus controversias

internacionales *exclusivamente* por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia”. El adverbio “exclusivamente” subraya el carácter de la obligación (Broms, 1984: 344): no es lícito el recurso a otros medios para solucionar controversias internacionales. La Declaración insiste en el principio de libre elección de los medios, al establecer: “El arreglo de las controversias internacionales se basará en la igualdad soberana de los Estados y se hará según el principio de la libre elección de los medios de conformidad con las obligaciones contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas y con los principios de la justicia y el derecho internacional”. También dispone: “Los Estados procurarán, de buena fe y con un espíritu de cooperación, el arreglo pronto y equitativo de sus controversias internacionales por cualquiera de los medios siguientes: la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a acuerdos u organismos regionales u otros medios pacíficos que ellos mismos elijan, incluidos los buenos oficios. Al procurar llegar a ese arreglo, las partes convendrán en valerse de los medios pacíficos que resulten adecuados a las circunstancias y a la naturaleza de la controversia”. Además de enumerar los medios de arreglo pacífico (a los que incorpora los buenos oficios, que no se encuentran en sus antecedentes), la Declaración pone el acento en que la obligación debe ser cumplida de buena fe y con espíritu de cooperación (Economides, 1982:620). Aunque implícita en sus precedentes –dado que, en virtud de la Carta (Artículo 2.2) y la resolución 2625 (XXV) toda obligación debe ser cumplida de buena fe–, la expresa referencia a la buena fe en la Declaración de Manila (que es mencionada cinco veces en su texto, Roucounas, 2009:3) subraya la importancia de este principio en la solución de controversias. Volveremos sobre ello.

Pero tal vez lo que más resulte interesante a los efectos de nuestro análisis es el particular énfasis que la Declaración da a las negociaciones, incluso dentro del marco de la libre elección de medios: “Los Estados, sin perjuicio del derecho de libre elección de los medios, deberían tener presente que las negociaciones directas son un medio flexible y eficaz de arreglo pacífico de sus controversias. Cuando opten por las negociaciones directas, los Estados deberían negociar efectivamente a fin de llegar a un pronto arreglo aceptable para las partes. Los Estados deberían estar dispuestos asimismo a procurar el arreglo de sus controversias por los otros medios mencionados en la presente Declaración”. Aunque no imponga el recurso a las negociaciones (Economides, 1982:621), la Declaración subraya su importancia (Sahovic, 1984: 453), y parece dar preferencia a este medio de arreglo por sobre los demás (Roucounas, 2009:3). Para Broms, la referencia busca destacar que cuando recurren a las negociaciones directas, los Estados deberían negociar de modo significativo, en orden de alcanzar un pronto arreglo (Broms, 1984: 346).

Estas consideraciones llevan a la doctrina a sostener que la obligación de arreglo pacífico de las controversias internacionales es una obligación de *medios* o de *comportamiento*, no una obligación de resultado (Pastor Ridruejo, 2011: 576; Carreño Gualde, 2000: 39; Pagliari, 2009: 25; Riquelme Cortado, 1995: 278; Ghazali, 1992: 346; Andrés Saenz, 1984: 84; Namihas, 2013: 69): ello significa que las partes en una controversia están obligadas a recurrir a *medios pacíficos* para su resolución, pero no están obligados a *resolverla*. Para Barboza, en cambio, se trata de una “obligación *sui generis* de un contenido especial cuyo cumplimiento se basa enteramente en la buena fe de las partes. En efecto, hay una obligación de tratar de llegar a un acuerdo de buena fe, una obligación de sentarse a la mesa del arreglo pacífico, pero no de alcanzar dicho acuerdo, como es lógico, dada la naturaleza de las cosas, porque no se trata de una obligación individual, sino de un mandato dirigido a dos Estados soberanos” (Barboza, 2008: 290).

Al mismo tiempo, es una obligación de medios genérica, puesto que el derecho internacional general no impone ningún medio en particular, como consecuencia del principio de libre elección de los medios (Bildler, 1975: 157). En ese sentido, puede sostenerse, como lo hace Riquelme Cortado (1995:278), que el derecho internacional no se ha apartado de lo que la Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo en 1923 en el *asunto del Estatuto de Carelia Oriental*: “Está bien establecido en el derecho internacional que ningún Estado puede ser obligado, sin su consentimiento, a someter sus controversias con otros Estados a la mediación o arbitraje, o a cualquier otro tipo de arreglo pacífico” (CPJI 1923: 27).

Siendo el principio de arreglo pacífico de controversias fuente de una *obligación de comportamiento*, moderada a su vez por el principio de *libre elección de los medios*, no es posible afirmar que el derecho internacional general imponga directamente una obligación de negociar a los Estados partes en una controversia internacional, no obstante su importancia frente a los demás medios, como lo señala la Declaración de Manila. Como sostiene Rogoff, aunque una obligación de negociar sería altamente deseable, parece que en la actualidad no existe una obligación general impuesta a los Estados, aplicable en todas las situaciones de controversia o desacuerdo, de entrar en negociaciones sea en el derecho internacional convencional o en el consuetudinario (Rogoff, 1994: 153).

Sin embargo, lo anterior no significa que el principio de arreglo pacífico carezca de importancia en la cuestión. Los antecedentes reseñados demuestran que las negociaciones constituyen un medio fundamental para el arreglo pacífico de controversias, y que las mismas deben realizarse –como los otros medios– de buena fe y en espíritu de cooperación. Volveremos sobre este punto.

La cuestión en la jurisprudencia internacional

No obstante la dificultad señalada –derivada del principio de libre elección de los medios– que impide afirmar con certeza la existencia de una obligación de negociar en el derecho internacional general, la jurisprudencia internacional –tanto judicial como arbitral– se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre obligaciones de negociar, de diferente origen, así como sobre su contenido. Es por ello que es oportuno que efectuemos un repaso por esa jurisprudencia a los fines de identificar elementos y rasgos comunes a esas obligaciones.

CPJI: Opinión consultiva sobre el Tráfico ferroviario entre Lituania y Polonia

A raíz de la Primera Guerra Mundial, el tramo del ferrocarril que unía Landwarow (Polonia, hoy Lentvaris, Lituania) con Kaisiadorys (Lituania) fue destruido sin que se reconstruyera efectivamente, con importantes consecuencias para el transporte comercial y de personas. La cuestión emergió como una más dentro de la controversia entre los dos Estados que habían alcanzado recientemente la independencia en la convulsionada Europa Oriental de la primera posguerra. Por resolución de 10 de diciembre de 1927, el Consejo de la Sociedad de las Naciones recomendó a los dos Gobiernos entrar en negociaciones directas tan pronto como fuera posible en orden de arribar al establecimiento de relaciones de entendimiento entre ambos Estados. En 1928, y a raíz de la resolución mencionada, las partes comenzaron una ronda de negociaciones en las que se trató, entre otras cosas, la cuestión ferroviaria. Sin embargo, las mismas resultaron infructuosas, y la controversia volvió a la Sociedad de las Naciones, donde tampoco pudo solucionarse, de allí que el Consejo resolviera solicitar a la Corte Permanente de Justicia Internacional una opinión consultiva. En su opinión de 15 de octubre de 1931, la Corte Permanente tuvo en cuenta lo dispuesto por la resolución del Consejo de diciembre de 1927, y afirmó: “Los representantes de Lituania y de Polonia participaron en la adopción de esta Resolución del Consejo. Estando los dos Gobiernos involucrados vinculados por su aceptación de la Resolución del Consejo, la Corte debe examinar el alcance de este compromiso. [...] La Corte puede, en realidad, considerar que el compromiso de los dos Gobiernos de conformidad con la Resolución del Consejo es no solamente entrar en negociaciones, sino también continuarlas tanto como sea posible con miras a concluir acuerdos. Este punto de vista, parece, además, haber sido el adoptado por el Consejo en sus sesiones subsiguientes. Pero una obligación de negociar no implica una obligación de alcanzar un acuerdo, ni en particular implica que Lituania, al comprometerse a negociar, haya asumido un compromiso y esté en consecuencia obligada a concluir los acuerdos administrativos y técnicos indispensables para el restablecimiento del tráfico en el sector ferroviario Landwarow-Kaisiadorys” (CPJI, 1931: 116). Esta opinión consultiva constituye uno de los hitos fundamentales en la materia objeto de nuestro análisis, ya que, como veremos, será recordada y citada en la mayor parte de la jurisprudencia relevante en la materia. Es por ello que debemos detenernos en su análisis. En primer

lugar, la Corte Permanente sostiene que la obligación de negociar –así como hemos visto sucede con la obligación de arreglo pacífico de controversias– es una obligación de medios y no de resultado, en cuanto no exige llegar a un acuerdo, pero su contenido implica tanto entrar en negociaciones como proseguirlas en cuanto sea posible con tal fin. Este es quizás el aspecto más destacado por la doctrina y por la jurisprudencia posterior que la cita, pero no es para nosotros el más importante. Este está dado por la referencia concreta y sin discusión que la Corte Permanente hace a una “obligación de negociar”; pero, ¿de dónde surge esta obligación? La Corte sostiene que la obligación de negociar surgió de la *aceptación* de las partes de la recomendación del Consejo de la Sociedad de las Naciones. Lamentablemente, la Corte no cita en su opinión si las partes formularon su aceptación en términos expresos, pero sí destaca dos importantes elementos: en primer lugar, que ambos Estados participaron de la adopción de la resolución, y en segundo lugar, que las negociaciones recomendadas tuvieron inicio en la primavera de 1928.

Puede advertirse rápidamente que la cuestión tiene importantes consecuencias: siguiendo la opinión de la Corte, si las partes en una controversia aceptan la recomendación de un órgano de una organización internacional con competencias al respecto, de entrar en negociaciones, y dan comienzo a las mismas, surge para ellas una obligación de negociar, que implicará, no solo comenzarlas, sino también continuarlas tanto cuanto sea posible en aras de llegar a un acuerdo. La clave, entonces, radicará en determinar cuándo las partes han aceptado esa recomendación, pero al respecto, no cabe descartar los dos elementos indicadores que menciona la Corte Permanente en su opinión consultiva. Volveremos sobre este punto.

Tribunal arbitral en el caso del Lago Lanoux

Por medio de un compromiso arbitral firmado en Madrid el 19 de noviembre de 1956, los gobiernos francés y español convinieron en someter a un tribunal de arbitraje la interpretación del Tratado de Bayonne, de 26 de mayo de 1866, y de su acta adicional de misma fecha en lo concerniente a la utilización de las aguas del lago Lanoux, en los Pirineos. Sus aguas corren por el afluente de Font-Vive, que constituye uno de los nacimientos del río Carol, que atraviesa la frontera franco-española y continúa por territorio español (Gómez-Robledo, 2003: 367). El gobierno francés propuso llevar a cabo ciertas obras para la utilización de las aguas del lago y el gobierno español temió que estas obras afectarían adversamente los derechos e intereses españoles en virtud de los mencionados instrumentos internacionales. Además, reclamó que, en virtud del Tratado, tales obras no podrían ser ejecutadas sin el previo acuerdo de ambas partes. En el laudo de 16 de noviembre de 1957, el tribunal arbitral sostuvo que para apreciar la necesidad del requisito del acuerdo previo, debía ubicarse en la hipótesis en la que los Estados interesados no podían llegar a un acuerdo. En ese caso, habría que admitir que el Estado normalmente competente ha perdido el derecho de actuar por sí mismo, a raíz de la oposición incondicional y discrecional de otro Estado, lo que implicaría un derecho de veto que paralizaría el ejercicio de la competencia territorial del Estado. Es por ello, afirmó el tribunal, que la práctica internacional recurre a soluciones menos extremas y “se limita a obligar a los Estados a buscar, mediante negociaciones previas, los términos de un acuerdo, sin subordinar a la conclusión de tal acuerdo el ejercicio de sus competencias. Puede así hablarse, aunque a menudo de una manera impropia, de la ‘obligación de negociar un acuerdo’. En realidad, los compromisos así asumidos por los Estados toman formas muy diversas y tienen un alcance que varía según la manera en que son definidos y según los procedimientos destinados a su ejecución; pero la realidad de las obligaciones así suscritas es incontestable y pueden ser sancionadas, por ejemplo, en caso de ruptura injustificada de las conversaciones, aplazamientos anormales, inobservancia de los procedimientos previstos, negativa sistemática a tomar en consideración las propuestas o los intereses de la otra parte, o en modo más general, en caso de infracción a las reglas de la buena fe” (RIAA, 1958: 306-307), y luego hizo referencia a la citada opinión de la Corte Permanente en el asunto del *Tráfico ferroviario*. Aunque la existencia de una obligación de

negociar en el caso concreto surgía del Tratado de Bayonne², el laudo es interesante por dos razones: en primer lugar, porque nos muestra que la obligación de negociar es especialmente importante tratándose de recursos naturales compartidos –y es en este ámbito, como se verá, donde más se ha desarrollado su contenido– y, en segundo lugar –y más importante para nosotros– porque el tribunal hizo expresa referencia a la buena fe que debe presidir las negociaciones, e ilustró con ejemplos muy concretos de las formas de infracción a este principio.

CIJ: Plataforma Continental del Mar del Norte

En su fallo de 20 de febrero de 1969, en los asuntos de la *Plataforma Continental del Mar del Norte* (República Federal de Alemania/Dinamarca y República Federal de Alemania/Países Bajos), la Corte sostuvo que “sobre la base de preceptos muy generales de justicia y buena fe, hay verdaderas reglas de derecho involucradas aquí, que rigen la delimitación de plataformas continentales adyacentes, es decir, reglas obligatorias para los Estados en todas las delimitaciones” (CIJ, 1969: 46), entre las que incluyó la siguiente: “las partes se encuentran bajo la obligación de entrar en negociaciones con miras a arribar a un acuerdo, y no meramente atravesar un proceso formal de negociación como una suerte de condición previa para la aplicación automática de cierto método de delimitación en la ausencia de acuerdo; están bajo la obligación de conducirse a sí mismas de tal modo que las negociaciones serán significativas, lo cual no sucederá cuando cada una insista en su propia posición sin contemplar ninguna modificación de la misma” (CIJ, 1969: 47). Además, la Corte recordó “no solo que la obligación de negociar que las Partes asumieron en virtud del Artículo 1, párrafo 2 del Acuerdo Especial surge de la Proclamación Truman, [que la Corte consideró que declaraba las reglas de derecho aplicables a este caso], sino también que esta obligación constituye simplemente una aplicación especial del principio que subyace en todas las relaciones internacionales y que además se reconoce en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas como uno de los métodos de arreglo pacífico de las controversias internacionales. No es necesario insistir sobre el carácter fundamental de este método de arreglo, excepto para destacar que está enfatizado por el hecho evidente de que el arreglo judicial o arbitral no está universalmente aceptado. [...] Al definir el contenido de la obligación de negociar, la Corte Permanente, en su Opinión Consultiva en el caso del *Tráfico ferroviario entre Lituania y Polonia*, dijo que la obligación era “no solamente entrar en negociaciones sino también continuarlas tanto como fuera posible con miras a concluir acuerdos”, incluso si una obligación de negociar no implica una obligación de llegar a un arreglo (*P.C.I.J., Series A/B, N.º. 42, 1931, p. 116*)” (CIJ, 1969: 47-48). Consideramos que hay al menos cuatro aspectos importantes de destacar de este fallo, el primero de la Corte Internacional de Justicia en dirigirse a la obligación de negociar. El primero es el relativo a la existencia misma de la obligación y su fuente. Así, para Ghazali, del fallo surge que la obligación de negociar tiene un carácter consuetudinario, que no pesa únicamente sobre los Estados en litigio, sino sobre todo Estado dotado de una plataforma continental, incluso fuera de todo *pactum de contrahendo*, y que la delimitación de la plataforma continental debe operar por vía de acuerdo entre las partes (Ghazali, 1992: 344). Aunque la Corte determinó la existencia de una obligación de negociar en cabeza de los Estados involucrados en controversias relativas a la delimitación de la plataforma continental, sostiene Rogoff, la encontró específicamente en el régimen jurídico consuetudinario de la plataforma continental. La Corte no derivó la obligación de principios más generales del derecho internacional que requieran el arreglo pacífico de controversias, sino de las reglas y principios específicos del derecho internacional consuetudinario aplicable a la delimitación de las zonas de la plataforma continental entre Estados adyacentes (Rogoff, 1994: 158). Por nuestra parte, creemos que es posible moderar este último planteo de

² Rogoff insiste en señalar que la obligación prevista en el tratado era de *notificar*, y no de negociar, y que el tribunal sostuvo que esta disposición de notificación previa, leída a la luz de la regla general de la buena fe en el derecho internacional, imponía a Francia las obligaciones de considerar los intereses españoles, de intentar satisfacer estos intereses en la medida en que sean compatibles con los propios, y de manifestar que tiene una real preocupación de armonizar sus intereses con los del vecino ribereño (Rogoff, 1994: 171).

Rogoff. Es verdad que la Corte derivó la obligación de negociar del propio régimen de la plataforma continental y no del principio de arreglo pacífico de controversias, pero ello no quiere decir que este último no haya jugado ningún papel en el razonamiento de la Corte; en ese sentido, consideramos que la referencia expresa al Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas no puede considerarse inocua, y este es el segundo aspecto que queremos destacar: la Corte recurrió a ambos regímenes para concluir la existencia de la obligación de negociar, como aplicación especial a este tipo de disputa de la obligación de arreglo pacífico de las controversias internacionales. Los restantes aspectos se refieren al contenido de la obligación: las negociaciones deben ser *significativas*, es decir, *deben tener un sentido*, más allá de la mera formalidad. De acuerdo a Pastor Ridruejo, del fallo surge que si la negociación es impuesta por una norma internacional, los Estados partes en la controversia no tienen en el proceso libertad absoluta de comportamiento: el principio que rige al respecto es el de las *meaningful negotiations*, lo que quiere decir que las negociaciones han de tener un sentido, cosa que no ocurre si una de las partes insiste tenazmente en su posición sin considerar posibilidad alguna de modificarla. Se trata obviamente de una exigencia del principio cardinal de la buena fe (Pastor Ridruejo, 2011: 595). Para fundar esta conclusión, la Corte se apoyó –y es el cuarto aspecto que destacamos– en el precedente de la Corte Permanente: no obstante tratarse de una obligación de comportamiento, al no exigirse el resultado de un acuerdo, las negociaciones deben celebrarse y estar orientadas con tal fin.

Tribunal arbitral Greco-alemán

En 1968, Grecia inició procedimientos en contra de la República Federal de Alemania a raíz de ciertas deudas incumplidas con motivo de la reparación de daños causados a particulares griegos durante la Primera Guerra Mundial, y que habían sido objeto de laudos arbitrales favorables a las reclamaciones. Grecia se fundó en las disposiciones del Acuerdo sobre la Deuda Externa Alemana, de 1953, cuyo Artículo 19 específicamente hacía referencia a los acuerdos que surjan de negociaciones relativas a cada categoría de deudas alemanas (incluyendo las de los particulares griegos). En su laudo de 26 de enero de 1972, el Tribunal arbitral debió interpretar este artículo y el sentido y alcance del término “negociaciones”: “Con la ratificación del Acuerdo, las partes reconocieron que todos los intercambios de opinión previos eran solo de naturaleza preliminar [...]. Se comprometieron a negociar su controversia de nuevo, no obstante los anteriores rechazos de ambas partes a retirarse de las posiciones que habían fortalecido durante años. El Artículo 19 debe ser considerado como un *pactum de negotiando*. El arreglo arribado entre las partes en el presente caso no es un *pactum de contrahendo* tal como lo entendemos. Este término debería reservarse para aquellos casos en que las partes ya se han comprometido a una obligación jurídica de concluir un acuerdo [...]. Que este requisito no se cumple en el presente caso es obvio, según del Artículo 19.1 a) del Acuerdo de Londres sobre Deudas [...]. Sin embargo, un *pactum de negotiando* no está exento de consecuencias jurídicas. Significa que ambas partes deben hacer un esfuerzo, de buena fe, para producir una solución mutuamente satisfactoria por vía de un compromiso, incluso si significa el abandono de las posiciones fuertemente sostenidas con anterioridad. Implica una disposición, a los efectos de la negociación, de abandonar posiciones anteriores y encontrar a la otra parte en un punto medio. El lenguaje del Acuerdo no puede ser interpretado para significar que cualquier parte pretenda adherir a su posición previa e insistir en la completa capitulación de la otra. Tal concepto sería inconsistente con el término “negociación”. Sería el completo opuesto de lo que se pretendió. Un compromiso de negociar involucra un entendimiento de tratar con la otra parte con miras a llegar a unos términos. Aunque el Tribunal no concluye que el Artículo 19 [...] obliga absolutamente a las partes a alcanzar un acuerdo, es de la opinión que los términos de estas disposiciones requieren que las partes negocien y de buena fe intenten alcanzar un resultado aceptable para ambas, y así pongan fin a su controversia de larga data” (RIAA, 1972: 56). El Tribunal hizo referencia al fallo de la CIJ en el caso *Plataforma Continental del Mar del Norte*, y concluyó que el principio que subyacía al mismo era aplicable al caso que tenía bajo examen: “Para ser significativas, las negociaciones tienen que haberse iniciado con miras a arribar a un acuerdo.

Aunque, como lo hemos destacado, un acuerdo de negociar no implica necesariamente una obligación de alcanzar un acuerdo, sí implica que deben hacerse serios esfuerzos con ese fin” (RIAA, 1972: 57). En base a estas consideraciones, el Tribunal concluyó que las partes estaban obligadas a negociar en base al Acuerdo de 1953, y que tales negociaciones debían ser significativas. En el caso, la obligación de negociar surgía de una fuente convencional clara, el Artículo 19 del Acuerdo sobre la Deuda Externa Alemana de 1953, por lo que el Tribunal arbitral no debió lidiar con la cuestión de la existencia de la obligación de negociar, sino con su *contenido*. En ese sentido, el Tribunal abrevó expresamente en el fallo de la Corte Internacional de Justicia en los casos de la *Plataforma continental del Mar del Norte*, para recurrir al concepto de “negociaciones significativas” e insistió en que la obligación de negociar, aunque no exige un resultado específico, comprende la necesidad de que las partes se conduzcan de buena fe, con miras a lograr un acuerdo, sin ceñirse a sus posiciones y con disposición a dialogar entre sí.

CIJ: Jurisdicción en materia de Pesquerías

En su fallo de 25 de julio de 1974 en el asunto de la *Jurisdicción en materia de Pesquerías* (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte c. Islandia), la Corte sostuvo que “el método más apropiado para la solución de la controversia es claramente la negociación. Su objetivo debería ser la delimitación de los derechos e intereses de las Partes, los derechos preferenciales del Estado ribereño por un lado y los derechos del Actor por el otro, para equilibrar y regular equitativamente cuestiones tales como los límites de captura, la atribución de áreas, y las ‘restricciones relacionadas concernientes a las zonas cerradas a la pesca, número y tipo de buques permitidos y formas de control de las disposiciones acordadas’” [...]. Así, la obligación de negociar “fluye de la propia naturaleza de los respectivos derechos de las Partes; ordenar la negociación es por lo tanto, un ejercicio apropiado de la función judicial en este caso. Esto también se corresponde con los Principios y disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas relativos al arreglo pacífico de controversias” y recordó lo que había declarado en el fallo de la *Plataforma continental* (CIJ, 1974: 31-32). La Corte agregó: “en las nuevas negociaciones que tengan lugar sobre la base del presente fallo, la Partes tendrán el beneficio de las consideraciones efectuadas de sus respectivos derechos, y de ciertas directrices que definan su alcance. La tarea ante ellas será conducir sus negociaciones sobre la base de que cada una debe, de buena fe, tener en cuenta razonablemente los derechos de la otra...” (CIJ, 1974: 33). Así, la Corte finalmente resolvió que las partes tenían la obligación de emprender negociaciones de buena fe para la solución equitativa de sus diferencias relativas a sus respectivos derechos de pesca, e indicó ciertas directrices que las partes debían tener en cuenta (CIJ, 1974: 34).

En su declaración anexa al fallo, el Magistrado Nagendra Singh sostuvo: “si las negociaciones se vuelven necesarias en las circunstancias especiales de un caso particular, la Corte no debe dudar en ordenar negociar a las Partes en interés de la resolución de la controversia. Al definir el contenido de la obligación de negociar, la Corte Permanente en su Opinión Consultiva de 1931 en el caso del Tráfico Ferroviario entre Lituania y Polonia (*P.C.I.J., Series AIB, N° 42, 1931, p. 116*), observó que la obligación era “no solo de entrar en negociaciones, sino también continuarlas tanto como fuera posible con miras a concluir acuerdos” incluso si “una obligación de negociar no implica una obligación de alcanzar un acuerdo”. Esto claramente implica que debe hacerse todo lo posible no solo para promover sino también para ayudar a concluir exitosamente el proceso de negociaciones ordenadas para el arreglo de una controversia. Adicionalmente, también tenemos los casos de la *Plataforma Continental del Mar del Norte* (*I.C.J. Reports 1969*), que citaron el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas y donde las Partes debían negociar de buena fe sobre la base del Fallo para resolver la controversia. Aunque no sería solamente inapropiado sino que también estaría fuera de cuestión para un tribunal ordenar negociaciones en cada caso o incluso contemplar tal paso cuando las circunstancias no lo justificaran, parecería que en este caso particular las negociaciones aparecen como necesarias y fluyen de la naturaleza de la controversia,

que está limitada a los mismos campos pesqueros y se relaciona con cuestiones y problemas que se prestan mejor a un arreglo negociado” (CIJ, 1974: 41).

Señala Rogoff que del fallo se desprende que, una vez que se determina como una cuestión de derecho internacional convencional o consuetudinario que la extensión de los derechos particulares de un Estado deben definirse con relación y en consideración a los derechos de otro Estado, se concluye que en caso de controversia entre ambos relativa a la definición precisa de sus respectivos derechos, tales Estados están bajo una obligación de negociar. Esta obligación surge de un principio de derecho internacional que requiere la negociación de las controversias en los casos en que la extensión de los derechos de los Estados está limitada por los derechos de otros (Rogoff, 1994: 160). Creemos que la Corte no va tan lejos como manifiesta el autor citado en cuanto determinar la existencia de un “principio de derecho internacional” que imponga la obligación de negociar, pero sí la Corte –y el Magistrado Nagendra Singh insiste en ello– afirmó que la obligación “fluye de la naturaleza de los derechos de las partes”. Es decir, existen casos en que la propia naturaleza de los derechos en juego –que como sostiene Rogoff, su contenido y alcance depende de los derechos de otros Estados– hace nacer una obligación de negociar, con prescindencia de algún vínculo convencional expreso.

Por su parte, el aporte del Magistrado Nagendra Singh, además de reiterar lo expresado por la Corte, radica en que el tribunal puede ordenar a las partes, como parte de su decisión, que entablen negociaciones, si tal obligación surge de la naturaleza de sus derechos. La cuestión no es menor, puesto que si tal mandato se encuentra dentro de la función judicial, ello significa que ante el incumplimiento de la obligación de negociar, la parte afectada puede –dentro de los límites de la competencia de la Corte– recurrir al arreglo judicial para reclamar su cumplimiento. En otros términos, la obligación de negociar puede ser el objeto de un litigio ante la Corte.

Aplicación de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial

En su fallo de 1 de abril de 2011 en el caso *Aplicación de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial* (Georgia c. Federación de Rusia) la Corte Internacional de Justicia debió abreviar en el concepto mismo de “negociación”: “al determinar qué constituye negociaciones, la Corte observa que las negociaciones son distintas de las meras protestas o disputas. Las negociaciones implican más que la chata oposición de opiniones jurídicas o intereses entre dos partes, o la existencia de una serie de acusaciones y rechazos, o incluso el intercambio de reclamos y contrarreclamos directamente opuestos. Como tal, el concepto de “negociaciones” difiere del concepto de “controversia”, y requiere –como mínimo– un intento genuino de una de las partes en la controversia de comprometerse en discusiones con la otra parte en la controversia con miras a resolver la misma. Claramente, la evidencia de tal intento de negociar –o de la conducción de las negociaciones– no requiere alcanzar un acuerdo entre las partes en controversia” (CIJ, 2011:131), y citó, una vez más, la opinión consultiva de la CPJI sobre *Tráfico ferroviario entre Lituania y Polonia*. Lo interesante del pasaje citado es que por primera vez la Corte se enfrentó a la necesidad de definir el término “negociación”, a los efectos del Artículo 22 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, y para ello se basó en el “intento genuino” de las partes con miras a resolver la controversia e insistió en que ello no es un resultado exigido por la obligación, para lo que recurrió a la tantas veces citada opinión consultiva de la Corte Permanente.

Los casos pendientes ante la Corte Internacional de Justicia

Como adelantamos, en la actualidad hay cuatro casos pendientes de decisión ante la Corte Internacional de Justicia cuyo objeto principal versa sobre la existencia, contenido y alcance –además de los presuntos incumplimientos– de la obligación de negociar.

Obligación de negociar el acceso al océano Pacífico (Bolivia c. Chile)

El 24 de abril de 2013, el Estado Plurinacional de Bolivia entabló una demanda contra Chile respecto de una controversia relativa a la “obligación de Chile de negociar con Bolivia de buena fe y de forma efectiva a fin de llegar a un acuerdo que otorgue a Bolivia un acceso pleno y soberano al océano Pacífico”. Bolivia afirma, entre otras cosas, que, “más allá de las obligaciones generales que le incumben en virtud del derecho internacional, Chile se ha comprometido, más específicamente por medio de acuerdos, la práctica diplomática y una serie de declaraciones atribuibles a sus representantes de más alto nivel, a negociar el acceso soberano de Bolivia al mar”. Según Bolivia, “Chile no ha cumplido esa obligación y [...] niega la existencia de esa obligación”. En consecuencia, Bolivia solicitó a la Corte que “falle y declare que: a) Chile tiene la obligación de negociar con Bolivia a fin de llegar a un acuerdo que otorgue a Bolivia acceso pleno y soberano al océano Pacífico; b) Chile no ha cumplido dicha obligación; c) Chile debe cumplir dicha obligación de buena fe, pronta y formalmente, en un plazo razonable y de manera efectiva, a fin de otorgar a Bolivia acceso pleno y soberano al océano Pacífico” (CIJ, 2014: 42).

Chile opuso una excepción preliminar de incompetencia de la Corte y, tras la contestación boliviana y las audiencias orales, la Corte emitió su fallo el día 24 de septiembre de 2015, en el cual, por mayoría, rechazó la excepción. Para la Corte fue determinante el objeto de la disputa, que es “si Chile está obligado a negociar de buena fe el acceso soberano de Bolivia al Océano Pacífico y, si tal obligación existe, si Chile la ha violado” (CIJ, 2015: 14). Aunque el fondo de la controversia dista de ser resuelto, el fallo reviste importancia para nuestro análisis en cuanto ratifica que un proceso ante la Corte puede tener como único objeto la determinación de la existencia, naturaleza y alcance de una obligación de negociar. Sin embargo, dado que la memoria boliviana permanecerá en reserva hasta que se abra el proceso oral sobre el fondo, se desconocen la totalidad de los argumentos jurídicos en que dicho país ha fundado la existencia de tal obligación, en particular, la referencia que en la solicitud hace a “las obligaciones generales que le incumben [a Chile] en virtud del derecho internacional”. ¿Cuáles son esas obligaciones y de qué fuente o fuentes derivan? El tiempo dará esa respuesta.

Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear (Islas Marshall c. India; Islas Marshall c. Reino Unido; Islas Marshall c. Pakistán)

El 24 de abril de 2014, las Islas Marshall interpusieron sendas demandas contra el Reino Unido, la India y el Pakistán³, acusándolos de no cumplir las obligaciones que le incumben respecto de la cesación de la carrera de armamentos nucleares en fecha cercana y el desarme nuclear.

Respecto del Reino Unido, las Islas Marshall afirman que ha incumplido el artículo VI del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares (TNP), que establece que “cada parte en el Tratado se compromete a celebrar negociaciones de buena fe sobre medidas eficaces relativas a la cesación de la carrera de armamentos nucleares en fecha cercana y al desarme nuclear, y sobre un tratado de desarme general y completo bajo estricto y eficaz control internacional”. Las Islas Marshall afirman que, “al no procurar activamente la celebración de negociaciones de buena fe sobre medidas eficaces relativas a la cesación de la carrera de armamentos nucleares en fecha cercana y el desarme nuclear y, en cambio, adoptar un comportamiento que contraviene directamente esos compromisos jurídicamente vinculantes, el demandado ha infringido y sigue infringiendo su deber jurídico de cumplir de buena fe las obligaciones que le incumben en virtud del TNP y el derecho internacional consuetudinario”.

Respecto de la India y el Pakistán, que no son parte en el TNP, Islas Marshall afirmaron que “las obligaciones consagradas en el artículo VI del TNP no son simplemente obligaciones convencionales; también existen separadamente en virtud del derecho internacional consuetudinario” y se aplican a todos los Estados como cuestión de derecho internacional consuetudinario. El demandante afirma que, “al adoptar un comportamiento que contraviene

³ También se presentaron demandas en contra de los Estados Unidos, Francia, la Rusia, China, la República Popular Democrática de Corea e Israel, es decir, todos los Estados poseedores de armas nucleares, aunque estas no prosperaron debido a que los demandados no aceptan la competencia de la Corte. <http://www.icj-cij.org/presscom/files/0/18300.pdf>

directamente las obligaciones relativas al desarme nuclear y la cesación de la carrera de armamentos nucleares en fecha cercana, [el demandado] ha infringido y sigue infringiendo su deber jurídico de cumplir de buena fe las obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional consuetudinario”.

En todos los casos, las Islas Marshall solicitaron además a la Corte que ordene a los demandados que adopten todas las medidas necesarias para cumplir dichas obligaciones dentro de un año de pronunciado el fallo, incluso la celebración de buena fe de negociaciones (iniciándolas si fuera necesario) para la conclusión de una convención sobre el desarme nuclear en todos sus aspectos bajo estricto y eficaz control internacional (CIJ, 2014: 51-53).

La importancia de estos casos no radica, a los efectos de nuestro estudio, tanto en la existencia de la obligación de negociar –que en el caso concreto surge del TNP y puede afirmarse que también se encuentra en el derecho consuetudinario– sino en que se trata de otros casos en que el objeto de la pretensión es exclusivamente la obligación de negociar, y la Corte se enfrentará a la determinación de su contenido, el alcance de la buena fe, y la forma de exigir su cumplimiento, máxime si se tiene en cuenta que las Islas Marshall incluyeron un plazo –de un año de pronunciado el fallo– dentro de su pretensión. También será necesario, entonces, permanecer atentos a los desarrollos de estos procesos.

Algunos rasgos comunes

El repaso por la jurisprudencia relevante nos muestra importantes rasgos de la obligación de negociar que hacen tanto a su existencia como a su contenido.

Respecto de su existencia, si bien no hay elementos que permitan derivar una obligación de negociar del derecho internacional general, la jurisprudencia nos muestra que tal obligación puede surgir en determinados casos particulares:

- i. el primero será, naturalmente, en caso de existir alguna disposición convencional – bilateral o multilateral– en virtud de la cual las partes se hayan obligado a recurrir a negociaciones;
- ii. el segundo, cuando de la naturaleza de la controversia o a los fines de determinar los derechos de las partes, aparezca como necesaria una obligación de negociar. Especialmente de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia surge, de modo general, que de determinados regímenes sustantivos de derecho internacional es posible derivar una obligación de negociar. Ello se ha explicitado en lo relativo a la delimitación de la plataforma continental y en las cuestiones relativas a recursos compartidos. Ello nos permite considerar que puedan existir otros regímenes sustantivos que, atento a la naturaleza de las situaciones o relaciones que regulen, puedan asimismo imponer una obligación de negociar;
- iii. finalmente, cuando, habiendo sido recomendada por un órgano de una organización internacional con competencias al respecto, las partes en la controversia acepten esta recomendación y entablen negociaciones. En tal caso, será necesario estudiar la conducta de las partes en la formación de la voluntad de la organización y en el propio proceso negociador.

Respecto al contenido de la obligación de negociar, la jurisprudencia es clara y conteste en destacar los siguientes rasgos:

- Implica no solamente entrar en negociaciones *significativas*, sino también continuarlas tanto como sea posible con miras a concluir acuerdos.
- Sin embargo, la obligación de negociar no implica la obligación de alcanzar un acuerdo.
- Constituye una aplicación especial del principio del arreglo pacífico de controversias y que se reconoce en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.
- Como uno de los métodos de arreglo pacífico de controversias, tiene carácter fundamental.

- Las negociaciones deben entablarse y proseguirse de buena fe. Son infracciones a sus reglas, entre otras, la ruptura injustificada de las conversaciones, los aplazamientos anormales, la inobservancia de los procedimientos previstos, o la negativa sistemática a tomar en consideración las propuestas o los intereses de la otra parte.

La buena fe

Aunque, según hemos visto, las normas de las Naciones Unidas y la jurisprudencia relevante en la materia no resulten del todo determinantes en lo que respecta a la existencia de una obligación general de negociar en el derecho internacional, sí son contestes en que una vez comenzadas las negociaciones, las partes están obligadas a proceder de *buena fe*. Ello hace que debamos detenernos en el análisis de este punto.

La buena fe no solo es un principio de derecho internacional y uno de los Principios de las Naciones Unidas, sino también es un principio general del Derecho en el sentido del Artículo 38.1, inc. c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Su enunciación más clásica se encuentra en el Art.2.2 de la Carta de las Naciones Unidas: “Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta”. También ha sido receptado en la resolución 2625 (XXV), que además de reproducir el citado párrafo dispone: “Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos. Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de acuerdos internacionales válidos con arreglo a los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos”.

La Corte Internacional de Justicia ha dicho al respecto: “Uno de los principios básicos que rigen el establecimiento y el cumplimiento de las obligaciones jurídicas, cualquiera que sea su fuente, es el principio de la buena fe. La fe y la confianza son inherentes a la cooperación internacional, particularmente en una época en que cada vez resulta más esencial la cooperación en muchas esferas” (CIJ, 1974: 473).

Hemos visto que tanto la Declaración de Manila⁴ como la jurisprudencia insisten en que la obligación de arreglo pacífico de controversias en general y la obligación de negociar en general, debe ser cumplida de buena fe. Ello no es más que la aplicación a esta obligación en concreto de este principio general aplicable a todas las obligaciones internacionales. Es decir, que si existe una obligación de negociar, indefectiblemente deberá ser cumplida de buena fe por las partes. En consecuencia, un comportamiento de mala fe de una de las partes, derivará en incumplimiento de la obligación y, por lo tanto, originará responsabilidad internacional para la misma.

Así, en el ámbito de la solución de controversias en general, y en el de la negociación en particular, la buena fe ordena a las partes en la diferencia observar una actitud desprovista de toda ambigüedad, dispuesta a transigir, abierta, con miras de lograr los compromisos necesarios dentro del respeto de los derechos de cada una (Ghozali, 1992: 349). Sin embargo, y como lo señala Rogoff, las negociaciones deben ser llevadas a cabo de buena fe una vez que *existe* una obligación de negociar, pero el principio de buena fe por sí mismo no impone una obligación de *entrar* en negociaciones (Rogoff, 1994: 155).

La obligación de negociar en la cuestión Malvinas

Estudiadas las cuestiones generales que en el marco del derecho internacional se suscitan respecto de la obligación de negociar, procederemos a continuación a analizar la posible aplicación de esta obligación en la cuestión Malvinas.

⁴ Que, como señalamos, es mencionada cinco veces en su texto, y es señalada como uno de los principios conexos al del arreglo pacífico de controversias en el Manual sobre arreglo pacífico de controversias internacionales de las Naciones Unidas (Naciones Unidas 1992: 6)

En vista de las anteriores consideraciones, creemos que es necesario comenzar el estudio de la existencia de una obligación de negociar en la cuestión Malvinas con el análisis de las resoluciones de los órganos competentes de las Naciones Unidas que han instado o recomendado recurrir a negociaciones para resolver la controversia y la descripción de los principales hitos en el proceso negociador entre las partes. Esto planteado, luego corresponderá determinar si de este marco fáctico y normativo surgen los elementos necesarios para caracterizar la emergencia de una obligación de negociar en la cuestión, y así poder determinar su contenido y caracterizar todo posible incumplimiento, así como las consecuencias del mismo.

Las resoluciones de los órganos competentes de las Naciones Unidas

Aunque la cuestión Malvinas se introdujo en las Naciones Unidas en 1946, cuando el Reino Unido incluyó el archipiélago dentro de la lista de territorios no autónomos que administraba (Drnas de Clément, 1999: 36-37), la disputa de soberanía comenzó a recibir atención a partir de 1964, cuando la Argentina planteó su caso, oportunidad en que se pronunciara el célebre “Alegato Ruda”, en el que el jefe de la delegación argentina, José María Ruda, expuso las bases fundamentales de la posición argentina (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2014: 15-40).

El 13 de noviembre de 1964, 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 (en adelante, “el Comité Especial”) tomó nota de “la existencia de una controversia entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la Argentina relativa a la soberanía sobre las Islas Malvinas (Falkland)” e invitó a ambos gobiernos “a entrar en negociaciones con miras a encontrar una solución pacífica a este problema, teniendo en cuenta las disposiciones y objetivos de la Carta de las Naciones Unidas y la resolución 1514 (XV)⁵ (de 14 de diciembre de 1960), los intereses de la población de las islas y las opiniones expresadas durante el curso del debate general” y también pidió a los gobiernos que informaran al Comité Especial o a la Asamblea General de los resultados de sus negociaciones (Asamblea General, 1965: 439).

En 1965, la Asamblea General aprobó la resolución 2065 (XX)⁶, en la que, “Considerando que su resolución 1514 (XV), de 14 de diciembre de 1960, se inspiró en el anhelado propósito de poner fin al colonialismo en todas partes y en todas sus formas, en una de las cuales se encuadra el caso de las Islas Malvinas (Falkland)”, y “Tomando nota de la existencia de una disputa entre los Gobiernos de la Argentina y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte acerca de la soberanía sobre dichas Islas”, invitó “a los Gobiernos de la Argentina y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a proseguir sin demora las negociaciones recomendadas por 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 a fin de encontrar una solución pacífica al problema, teniendo debidamente en cuenta las disposiciones y los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas y de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, así como los intereses de la población de las Islas Malvinas (Falkland)” y pidió “a ambos Gobiernos que informen al Comité Especial y a la Asamblea General, en el vigésimo primer período de sesiones, sobre el resultado de las negociaciones”. La resolución 2065 (XX) es de una importancia fundamental en la historia de la controversia: declaró que la cuestión de las Islas Malvinas es una situación colonial, pero al mismo tiempo reconoció que existe una disputa de entre dos Estados acerca de la soberanía de las islas, lo que le da un carácter diferente a otras situaciones coloniales. Esto se pone de manifiesto ante la negativa de la Asamblea a reconocer la existencia de un “pueblo” titular del derecho a la libre determinación; por el contrario, se refiere a la “población” del territorio, de la que hay que tener en cuenta sus intereses y no sus deseos (Fino y Pezzano, 2012: 24). Finalmente, en lo que a este análisis respecta, al invitar a los dos gobiernos a entablar

⁵ Analizaremos la resolución 1514 (XV) más adelante.

⁶ Aprobada por 94 votos contra ninguno y 14 abstenciones, incluida la del Reino Unido.

negociaciones, la resolución marcó, como veremos, el comienzo de un proceso de diálogo entre las partes.

En diciembre de 1966, la Cuarta Comisión de la Asamblea General consideró y aceptó un proyecto de consenso que luego fue sometido al plenario, y aprobado del mismo modo el 20 de diciembre. El mismo reitera el pedido a las partes de continuar con las negociaciones y a mantener informado al Comité Especial sobre su marcha: “Con referencia a la Resolución 2065 (XX) de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1965, relativa a la cuestión de las Islas Malvinas (Falkland Islands), la Cuarta Comisión tomó nota de las comunicaciones de fecha 15 de diciembre de 1966, enviadas por la Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte [...] En relación con este tema la Comisión llegó a un consenso en favor de que se instara a ambas partes a que continuaran las negociaciones con el objeto de lograr lo antes posible una solución pacífica del problema y a que mantuvieran debidamente informados 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 y a la Asamblea General acerca de la marcha de las negociaciones sobre esta situación colonial, cuya eliminación interesa a las Naciones Unidas dentro del marco de la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de fecha 14 de diciembre de 1960” (Lanús, 1984: 465).

El 19 de diciembre de 1967, la Asamblea General aprobó un nuevo consenso, que en lo sustancial, reiteraba el del año anterior. La importancia de estos consensos es que contaron con la participación del Reino Unido, que habiéndose abstenido en la votación de la resolución 2065 (XX) tomaba ahora un papel más activo en la toma de decisiones. Al respecto, Escudé y Cisneros señalan: “Debe destacarse que el resultado de la votación muestra que, por primera, vez el gobierno británico aceptó apoyar una iniciativa sobre la cuestión de las Islas Malvinas en las Naciones Unidas. En este caso, el Reino Unido reconocía que la cuestión de las islas era una ‘situación colonial’” (Escudé y Cisneros, 2000). Creemos que es necesario moderar esta afirmación, por cuanto la adopción de decisiones por consenso en una organización internacional implica precisamente la ausencia de una votación; en todo caso, no se trata de valorar un voto afirmativo del Reino Unido, sino su apoyo –al no separarse del consenso– a esta iniciativa de la Asamblea General que no solo implicó el reconocimiento de la cuestión de Malvinas como una situación colonial, sino también la existencia de la disputa de soberanía y la necesidad de proseguir las negociaciones. Incluso podría considerarse que, dada la referencia a la resolución 2065 (XX) que se encuentra en los consensos, el Reino Unido habría también aceptado la misma.

El 20 de diciembre de 1971, la Asamblea General adoptó un nuevo consenso, en el que entre otras cosas, “tomó nota con satisfacción de los progresos logrados en las conversaciones especiales sobre comunicaciones que tuvieron lugar dentro del marco general de las negociaciones”, instó “a las partes, teniendo particularmente en cuenta la resolución 2065 (XX) [...] a proseguir sus esfuerzos para alcanzar, a la brevedad posible, una solución definitiva a la controversia” y a que mantuvieran informados al Comité Especial y a la Asamblea General “acerca de la marcha de las negociaciones sobre esta situación colonial cuya eliminación interesa a las Naciones Unidas dentro del marco de la resolución 1514 (XV)” (Asamblea General 1972: 119). Una vez más, el Reino Unido se sumó al consenso.

En 1973, la Asamblea General aprobó la resolución 3160 (XXVIII)⁷ en la que, “gravemente preocupada por el hecho de que han transcurrido ocho años desde la adopción de la resolución 2065 (XX) sin que se hayan producido progresos sustanciales en las negociaciones”, “consciente de que la resolución 2065 (XX) indica que la manera de poner fin a esta situación colonial es la solución pacífica del conflicto de soberanía entre los Gobiernos de la Argentina y del Reino Unido” con respecto a las Malvinas, “expresando su reconocimiento por los continuos esfuerzos realizados por el Gobierno de la Argentina, conforme a las decisiones pertinentes de la Asamblea General, para facilitar el proceso de descolonización y promover el bienestar de la población de las Islas”, declaró “la necesidad de que se aceleren las negociaciones previstas en la resolución 2065 (XX) de la

⁷ Aprobada por 116 votos contra ninguno y 14 abstenciones, incluida la del Reino Unido.

Asamblea General entre los Gobiernos de la Argentina y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para arribar a una solución pacífica de la disputa de soberanía existente entre ambos sobre las Islas Malvinas (Falkland)”, los instó “a que, de acuerdo con las prescripciones de las resoluciones pertinentes de la Asamblea General, prosigan sin demora las negociaciones para poner término a la situación colonial”, y pidió a los gobiernos que informaran acerca de los resultados de las negociaciones encomendadas. Hay dos aspectos de esta resolución que nos parecen de particular interés. El primero es que parafrasea la resolución 2065 (XX) diciendo que esta indica que la manera de poner fin a la situación colonial sobre las Malvinas es la solución pacífica del conflicto de soberanía entre los dos Estados, pero si bien puede interpretarse correctamente que ese es su espíritu, no es ello lo que dice expresamente, según hemos visto más arriba. El dato no es menor, puesto que, al adoptar esta reformulación, la Asamblea General está diciendo que la de Malvinas es una situación colonial a la que hay que poner fin y que la manera de hacerlo es la solución pacífica de la controversia de soberanía. Pero va incluso un poco más allá y establece que el medio concreto para dicha solución son las negociaciones, las que deben hacerse “de acuerdo con las prescripciones de las resoluciones pertinentes de la Asamblea General”. Así, la Asamblea General ha delimitado cuál es el fin y cuáles son los medios para la solución de esta controversia.

En 1976, la Asamblea General aprobó la resolución 31/49⁸, en la que, entre otras cosas, expresó su reconocimiento “por los continuos esfuerzos realizados por el Gobierno de la Argentina, conforme a las decisiones pertinentes de la Asamblea General, para facilitar el proceso de descolonización y promover el bienestar de la población de las islas”, pidió a las partes que aceleraran las negociaciones según las resoluciones anteriormente citadas y las instó “a “abstenerse de adoptar decisiones que entrañen la introducción de modificaciones unilaterales en la situación mientras las Islas están atravesando por el proceso recomendado en las resoluciones”, es decir, el proceso de descolonización mediante negociaciones entre los dos Estados.

En 1982, luego de la Guerra de Malvinas, la Asamblea General aprobó la resolución 37/9⁹, que en lo sustancial, pidió a ambos gobiernos que reanuden las negociaciones a fin de encontrar a la mayor brevedad una solución pacífica a la disputa de soberanía, petición que reiteró en sus resoluciones 38/12¹⁰ y 39/6¹¹, y que también efectuó el Comité Especial en su resolución A/AC.109/756, de 1 de septiembre de 1983.

En 1985, la Asamblea General aprobó la resolución 40/21¹², en la que pidió a ambos gobiernos “que inicien negociaciones con miras a encontrar los medios de resolver pacífica y definitivamente los problemas pendientes entre los dos países, incluyendo todos los aspectos sobre el futuro de las Islas Malvinas (Falkland), de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas”, pedido que reiteró en sus resoluciones 41/40¹³, 42/19¹⁴ y 43/25¹⁵. Estas resoluciones implicaron un cambio de lenguaje con relación a las anteriores, ya que desaparecieron las referencias expresas a la disputa de soberanía y a la “población” de las islas y sus “intereses”¹⁶. Sostiene Drmas de Clément que ello fue a los fines de flexibilizar la negociación entre ambos países y lograr el apoyo de un mayor número de Estados (Drmas de Clément, 1999: 50-51). Si bien, a juzgar por los resultados de las votaciones, hubo un sensible incremento en el apoyo internacional a la solución pacífica de la controversia, la intransigencia del Reino Unido recrudeció.

⁸ Aprobada por 102 votos contra 1 (Reino Unido) y 32 abstenciones.

⁹ Aprobada por 90 votos contra 12 (incluido el del Reino Unido) y 52 abstenciones.

¹⁰ Aprobada por 87 votos contra 9 (incluido el del Reino Unido) y 54 abstenciones.

¹¹ Aprobada por 89 votos contra 9 (incluido el del Reino Unido) y 54 abstenciones.

¹² Aprobada por 107 votos contra 4 (incluido el del Reino Unido) y 41 abstenciones.

¹³ Aprobada por 116 votos contra 4 (incluido el del Reino Unido) y 34 abstenciones.

¹⁴ Aprobada por 114 votos contra 5 (incluido el del Reino Unido) y 36 abstenciones.

¹⁵ Aprobada por 109 votos contra 5 (incluido el del Reino Unido) y 37 abstenciones.

¹⁶ Sin embargo, la falta de referencia a la “población” de las islas no puede considerarse un cambio de criterio de la Asamblea General, toda vez que al momento de votarse la resolución 40/21, el Reino Unido introdujo dos enmiendas relativas al derecho de libre determinación que fueron rechazadas por 60 votos contra 38 y 43 abstenciones, y 57 votos contra 36 y 47 abstenciones, respectivamente (Asamblea General 1985: 40-41).

Paralelamente, el Comité Especial¹⁷ comenzó a adoptar resoluciones con un lenguaje más directo que se aparta un poco de las de la Asamblea. Así, en 1984 aprobó la resolución A/AC.109/793, en la que, entre otras cosas, reiteró “que la manera de poner fin a la especial y particular situación colonial en la cuestión de las Islas Malvinas (Falkland) es la solución pacífica de la disputa de soberanía que continua entre los Gobiernos de la Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte”, tomó nota “con satisfacción de que el Gobierno de la Argentina ha manifestado su intención de cumplir las resoluciones de la Asamblea General referidas a la cuestión de las Islas Malvinas (Falkland)” e instó “a los Gobiernos de la Argentina y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a que reanuden las negociaciones a fin de encontrar a la mayor brevedad posible una solución pacífica a la disputa de soberanía en la cuestión de las Islas Malvinas (Falkland), de conformidad con lo establecido por las resoluciones de la Asamblea General 2065 (XX), 3160 (XXVIII), 31/49, 37/9 y 38/12”. En su resolución A/AC.109/842, de 9 de agosto de 1985, el Comité Especial, entre otras cosas, reprodujo textualmente los citados términos de su anterior resolución, y agregó que lamentaba “que la reanudación de las negociaciones recomendadas por la Asamblea General no haya podido tener lugar aún, a raíz de la negativa del Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de tratar el tema de la soberanía dentro de una negociación global”. De esa forma, el Comité Especial responsabilizó directamente al Reino Unido por la falta de avances en el proceso. Este lenguaje directo no fue reiterado por el Comité, ya que a partir de la resolución A/AC.109/885, de 14 de agosto de 1986, y manteniendo idénticas las demás disposiciones citadas, el Comité se limitó a lamentar que, a pesar “del amplio respaldo internacional a una negociación global entre los Gobiernos de la República Argentina y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte que incluya todos los aspectos sobre el futuro de las Islas Malvinas (Falkland), aún no ha comenzado la implementación de las resoluciones de la Asamblea General sobre esta cuestión”. Las mismas disposiciones se mantendrían en las resoluciones A/AC.109/930, A/AC.109/972, A/AC.109/1008, A/AC.109/1050 y A/AC.109/1087. A partir de la resolución A/AC.109/1132, el párrafo que se refería a la intención del gobierno argentino se limitó a tomar nota de las declaraciones de los representantes, y desde entonces, el contenido de las resoluciones del Comité Especial, en cuanto a nosotros respecta, no ha variado¹⁸.

Las resoluciones del Comité Especial, de un contenido a veces más rico que las de la Asamblea General, plantean puntos que es importante destacar: la cuestión de las Islas Malvinas es una situación colonial, lo que la coloca en el marco del proceso de descolonización de las Naciones Unidas y su régimen jurídico (como veremos más adelante); a la vez, es una situación colonial “especial y particular”, lo que significa que el Comité Especial tiene muy presente que no estamos frente a un conflicto colonial que enfrenta a una metrópoli con el pueblo de un territorio, sino a dos Estados; como situación colonial, hay que ponerle fin, pero la manera de hacerlo, dado su carácter especial y particular, es a través de la solución pacífica de la disputa de soberanía entre los dos Estados; es por ello que, al igual que la Asamblea General, insta a ambos gobiernos a reanudar las negociaciones.

El proceso negociador

El 14 de enero de 1966, tras una visita del Secretario de Estado de Relaciones Exteriores del Reino Unido, Michael Stewart, a la Argentina, se emitió un comunicado conjunto con el Ministro de Relaciones Exteriores argentino, Miguel Ángel Zavala Ortiz, en el que, entre otras cosas, se expresó: “De acuerdo con el espíritu de conciliación que ha inspirado la Resolución de la XX

¹⁷ Con anterioridad a esta fecha, el Comité Especial había adoptado en 1973 una resolución cuyo lenguaje sería la fuente de la resolución 3160 (XXVIII) de la Asamblea General (Asamblea General 1973: 198-199) y en 1976 una resolución que inspiró directamente a la resolución 31/49 (Asamblea General 1976: 181).

¹⁸ Resoluciones A/AC.109/1169, A/AC.109/2003, A/AC.109/2033, A/AC.109/2062, A/AC.109/2096, A/AC.109/2122, A/AC.109/1999/23, A/AC.109/2000/23, A/AC.109/2001/25, A/AC.109/2002/25, A/AC.109/2003/24, y las aprobadas el 18 de junio de 2004, el 15 de junio de 2005, el 15 de junio de 2006, el 21 de junio de 2007, el 12 de junio de 2008, el 18 de junio de 2009, el 24 de junio de 2010, el 21 de junio de 2011, el 14 de junio de 2012, 20 de junio de 2013, 26 de junio de 2014 y 26 de junio de 2015.

Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 16 de diciembre de 1965, ambos Ministros efectuaron un valioso y franco intercambio de puntos de vista, en el curso del cual los Ministros reiteraron las posiciones de sus respectivos Gobiernos. Finalmente como resultado de esas conversaciones, los dos Ministros han coincidido en proseguir sin demora las negociaciones recomendadas en la citada Resolución por la vía diplomática o por aquellos otros medios que puedan acordarse a fin de encontrar una solución pacífica al problema e impedir que la cuestión llegue a afectar las excelentes relaciones que vinculan a la Argentina y al Reino Unido. Ambos Ministros acordaron transmitir esta decisión al Secretario General de las Naciones Unidas” (Ministerio de Relaciones Exteriores 2014: 46). Compartimos la apreciación de Drnas de Clément cuando afirma: “La comunicación suscripta por los Ministros ha tenido el valor de representar una aceptación expresa de ambas partes de la Res. 2065 (XX) de la AG de NU con todas sus implicancias” (Drnas de Clément, 1999: 39).

En una carta fechada 22 de agosto de 1966, el representante permanente de la Argentina informó al Secretario General sobre la continuidad de las conversaciones entre su país y el Reino Unido los días 19 y 20 de julio, e hizo conocer el texto del comunicado conjunto firmado por ambos países en esa oportunidad, “En cumplimiento de lo dispuesto por la resolución 2065 (XX) de la Asamblea General...” (Canclini de Figueroa, 1992: 62). Conforme se desarrollaron la negociaciones bilaterales, el 15 de diciembre del mismo año, los representantes de ambos países ante las Naciones Unidas enviaron, una vez más, al Secretario General notas separadas pero con idéntico texto donde se anunciaba que se habían efectuado nuevas reuniones en Londres con el objeto de resolver el tema de la soberanía sobre las Islas (Escudé y Cisneros, 2000).

El 14 de diciembre de 1967, nuevamente ambos representantes permanentes transmitieron cartas idénticas al Secretario General informándole que sus gobiernos había continuado las negociaciones de conformidad con la resolución 2065 (XX) y con el consenso de 20 de diciembre de 1966, con el objeto de alcanzar una solución al problema de la disputa sobre las Islas Malvinas, y agregaron: “Como resultado, se han hecho progresos con miras a estrechar las áreas de divergencia entre los dos Gobiernos. Ambos Gobiernos están procediendo en las conversaciones con miras a alcanzar una solución pacífica lo antes posible, como lo recomendaron las Naciones Unidas” (Asamblea General, 1968: 357).

El 26 de marzo de 1968, el Secretario Stewart formuló una declaración ante la Cámara de los Comunes acerca del curso de las negociaciones. Cuando fue interrogado acerca de por qué se estaban desarrollando estas conversaciones, respondió: “Hay más de una razón. La primera es la resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1965 [...]. El Reino Unido no votó a favor de la resolución, pero siempre ha sido la política del Gobierno –y pienso que correctamente– que incluso cuando no hemos sido capaces de acordar con las Naciones Unidas, no debemos tratar las resoluciones aprobadas por la Asamblea General simplemente con silencio, y menos aún con desprecio. En el tipo de mundo en el que vivimos es de gran importancia mantener este principio, porque, si puede hacerse, la construcción de la autoridad de las Naciones Unidas es de enorme importancia para nosotros y la humanidad” (Hansard, 1968a). Esta declaración es fundamental, no solo por su carácter unilateral y provenir de un órgano de las relaciones exteriores del Reino Unido, sino por implicar un reconocimiento de la resolución 2065 (XX) y de la autoridad de la Asamblea General en la materia, no obstante la falta de obligatoriedad de sus resoluciones y el hecho de que el Reino Unido no haya votado a favor de la misma.

El 26 de septiembre de 1968, el representante del Reino Unido ante las Naciones Unidas envió una carta al Secretario General informando que “el Gobierno de Su Majestad ha continuado las negociaciones con el Gobierno de la República Argentina de conformidad con la resolución 2065 (XX) y los consensos aprobados el 20 de diciembre de 1966 y el 16 de diciembre de 1967, con el objeto de alcanzar una solución al problema de la disputa sobre las Islas” (Asamblea General, 1968: 358). Con la misma fecha, el representante de la Argentina remitió una carta de idéntico contenido.

El 3 de diciembre de 1968, Frederick Mulley, Ministro de Estado de Asuntos Exteriores y del Commonwealth, declaró ante la Cámara de los Comunes acerca del proceso de negociaciones

con la Argentina. Al ser interrogado acerca de por qué la cuestión de la soberanía formaba parte de la agenda, respondió: “No es una cuestión de agenda. Es un caso de discusión de la posición a la luz, por un lado de la resolución de las Naciones Unidas. Fue solo a través de la resolución de las Naciones Unidas que fuimos capaces de poner en marcha estas conversaciones” (Hansard, 1968b). Una vez más, el gobierno británico reconoce unilateralmente que las negociaciones se pusieron en marcha en virtud de la resolución 2065 (XX).

En una carta de fecha 26 de septiembre de 1969 dirigida al Secretario General, el representante del Reino Unido, entre otras cosas, dijo: “los Gobiernos del Reino Unido y de la Argentina han celebrado conversaciones sobre este asunto de conformidad con la resolución 2065 (XX) de la Asamblea General y esperan poder dar mayores detalles al respecto durante el actual período de sesiones de la Asamblea” (Asamblea General, 1971: 246). En cumplimiento de este anuncio, el 21 de noviembre de 1969, los representantes del Reino Unido y la Argentina dirigieron cartas idénticas al Secretario General, informándole que sus gobiernos habían continuado las negociaciones “con el objetivo común de solucionar definitivamente y en forma amistosa lo antes posible, la controversia acerca de la soberanía sobre las Islas Malvinas, teniendo debidamente en cuenta los intereses de los habitantes de las Islas, de acuerdo con la resolución 2065 (XX) y los consensos aprobados por la Asamblea General”. Manifestaron además que, si bien subsistían divergencias entre los dos Gobiernos en cuanto a las circunstancias que deberían existir para una solución definitiva de la disputa, se había acordado que, en el marco general de esas negociaciones, tuvieran lugar a principios del año 1970 conversaciones especiales con el objeto de convenir medidas prácticas para la realización y promoción de la libertad de comunicaciones y movimiento entre el territorio continental y las islas. Finalizaban diciendo que “ambos gobiernos continuarán sus esfuerzos hacia una solución definitiva de la controversia” (Asamblea General, 1971: 246).

Las conversaciones especiales a las que se refieren las cartas comenzaron en 1970. La primera ronda tuvo lugar en Londres del 14 al 23 de julio de dicho año, y fue seguida por una segunda ronda formal en Buenos Aires del 21 al 30 de junio de 1971 y una tercera en Puerto Stanley, del 21 al 24 de noviembre de 1972. El resultado más productivo de estas conversaciones fue la aprobación, el 1 de julio de 1971, de la Declaración Conjunta de Buenos Aires (Beltramino, 1997: 6). Si bien el objeto de la misma fue restablecer las comunicaciones entre las islas y el continente, bajo una fórmula de “paraguas” de la soberanía, el encabezado de la misma nos resulta de interés, por cuanto expresa: “En la ciudad de Buenos Aires, del 21 al 30 de junio de 1971, continuaron las conversaciones especiales sobre comunicaciones y movimiento entre las delegaciones de la República Argentina y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, esta última con participación de isleños. Las conversaciones tuvieron lugar dentro del marco general de las negociaciones recomendadas por la Resolución 2065 (XX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de conformidad con las cartas dirigidas al Secretario General de la Organización por los Representantes Permanentes de ambos países, el 21 de noviembre de 1969 y el 11 de diciembre de 1970. Los delegados llegaron a la conclusión de que, sujeto a la aprobación de sus respectivos gobiernos, deberían ser adoptadas las siguientes medidas en el entendimiento de que ellas pueden contribuir al proceso de una solución definitiva de la disputa sobre las islas entre los dos Gobiernos a la que se refiere la resolución 2065 (XX) antes mencionada” (UNTS, 1972: 144). Aun tratándose de “conversaciones especiales”, las partes las ubicaron expresamente dentro del marco general de las negociaciones dispuestas en la resolución 2065 (XX), como forma de contribuir al proceso de solución definitiva de la disputa. La Declaración Conjunta fue aprobada por cambio de notas el 5 de agosto de 1971 y comunicada al Secretario General de las Naciones Unidas para su registro conforme al Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas.

A propuesta de la Argentina, en el comunicado conjunto del 13 de octubre de 1972 se preveía la realización, en el primer semestre de 1973, de una rueda de conversaciones en Londres en cumplimiento de la resolución 2065 (XX) y de los consensos subsiguientes en la Asamblea General. De acuerdo a la postura argentina, el Gobierno británico sostuvo que esa rueda de reuniones no podía denominarse de “negociaciones” ya que, en su opinión, sólo se trataba de “conversaciones” o “discusiones”, lo que resultaba inaceptable para el gobierno argentino, que lo entendía violatorio de

las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas. El gobierno británico, por su parte, alegaba que había sido la parte argentina la que había decidido no continuar la reunión de abril de 1973 en Londres (Asamblea General, 1974: 134-135). Comenzó así un cruce de acusaciones mutuas, todas ellas notificadas al Secretario General, responsabilizando a la otra parte por lo que se había transformado en los hechos en un estancamiento en las negociaciones. Significativamente, el Reino Unido continuó reconociendo en sus cartas que la solución a la disputa debía alcanzarse de conformidad con la resolución 2065 (XX), pero introdujo, además, la necesidad de respetar los “deseos” de la población de las islas y su “derecho a la libre determinación” (Asamblea General, 1974: 134-135). Fue con motivo de este estancamiento que la Asamblea General aprobó la citada resolución 3160 (XXVIII).

Aunque en 1974 hubo un nuevo acercamiento, motivado por la resolución 3160 (XXVIII), que derivó en un acuerdo comercial, la insistencia del Reino Unido en pretender respetar “los deseos” de los isleños provocó el rechazo de la Argentina (Asamblea General, 1975: 165-168). El descubrimiento de petróleo en la plataforma continental de las islas dio lugar a una nueva controversia y la adopción de algunas medidas unilaterales que elevaron la tensión (Asamblea General, 1976: 184-190). De allí que se aprobara en 1976 la resolución 31/49 instando a las partes a no adoptar este tipo de medidas.

En 1977 hubo un nuevo acercamiento entre las partes, pero, significativamente, no mencionaron a las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas en sus comunicados conjuntos. A raíz de este acercamiento, se realizaron nuevas rondas de negociaciones en 1978, 1979 y 1980, pero solo en las cartas enviadas por ambos gobiernos al Secretario General en mayo de 1980 se menciona “el marco de negociaciones al que se refieren las resoluciones relevantes de la Asamblea General” (Asamblea General, 1980: 1). Idéntica fórmula se utilizó tras las reuniones de febrero de 1981 y febrero de 1982. Si bien el propósito de estas negociaciones era cubrir un amplio número de cuestiones, incluida la soberanía, no se pudo realizar ningún avance significativo, en particular por la insistencia británica de avanzar en otras cuestiones primero, dilatando así la discusión sobre la soberanía, respecto de la que supeditaba todo acuerdo a la voluntad de los isleños.

La falta de avance, sumado al incidente de las Georgias¹⁹, llevaron –entre otros varios factores, algunos incluso ajenos a la controversia misma– a la dictadura militar argentina a considerar la opción militar, uno de cuyos propósitos era, no obstante, “activar las negociaciones y mejorar la posición negociadora argentina” (Comisión Evaluación Conflicto Atlántico Sur, 1983: 59).

En contra de las previsiones de la dictadura argentina, la Guerra de Malvinas trajo un quiebre en el proceso negociador. No obstante las ya citadas resoluciones posteriores de la Asamblea General y la recuperación de la democracia en la Argentina, las negociaciones sobre la soberanía no prosiguieron.

En 1989, coincidiendo con el cambio de gobierno, la Argentina no volvió a presentar un proyecto de resolución a la Asamblea General sobre la cuestión (y no lo volvería a hacer desde entonces) optando por un acercamiento bilateral con el Reino Unido que recompuso las relaciones diplomáticas bajo una fórmula de “paraguas” de la soberanía. Bajo esta misma fórmula tuvieron lugar conversaciones en materia de pesca²⁰, hidrocarburos²¹ y comunicaciones²², de resultado dispar.

¹⁹ Al respecto, v. Drnas de Clément, 1999: 44-45; Comisión Evaluación Conflicto Atlántico Sur, 1983: 42-43.

²⁰ El 20 de noviembre de 1990 se adoptó la Declaración conjunta sobre conservación de recursos pesqueros y se constituyó la Comisión de Pesca del Atlántico Sur (Drnas de Clément, 1999: 55). En 2007 se interrumpieron las negociaciones sobre el mandato de la Comisión y en 2012 el gobierno argentino presentó una propuesta de reanudación al gobierno del Reino Unido, que respondió que en todo debate sobre la cuestión de las pesquerías debían participar “representantes del Gobierno del Territorio” (Comité Especial, 2013: 5).

²¹ El 27 de setiembre de 1995 se adoptó la Declaración Conjunta de Cooperación sobre Actividades de Exploración y Explotación Off Shore de Hidrocarburos en el Atlántico Sudoccidental (Drnas de Clément, 1999: 58). Esta declaración fue dada por terminada por el gobierno argentino el 23 de marzo de 2007, debido a actos unilaterales del Reino Unido contrarios a la Declaración (Asamblea General, 2007: 2).

No obstante los frecuentes contactos entre los gobiernos de ambos Estados, las negociaciones sobre la soberanía no han tenido lugar desde 1982. Es importante, sin embargo, considerar cuál es la postura actual de ambas partes al respecto.

La Argentina no ha cesado de reivindicar su soberanía sobre las Malvinas ante las Naciones Unidas en multiplicidad de ocasiones. Una de las últimas tuvo lugar en enero de 2015, al conmemorarse los 182 años de la ocupación británica de las islas. En dicha oportunidad, la cancillería argentina emitió un comunicado que fue transmitido al Secretario General de las Naciones Unidas, que en lo que nos interesa aquí expresa: “A1 igual que lo manifestó junto al Reino Unido en 1966, al dar inicio al proceso negociador bilateral sobre la soberanía de las islas que se extendió casi dos décadas, la República Argentina continúa plenamente dispuesta a encontrar la solución pacífica y duradera a la disputa con el mismo ánimo constructivo que manifestara durante los años en que ambos países analizamos diversas fórmulas de solución en cumplimiento de la resolución [2065 (XX)]. La Argentina celebra con satisfacción la plena vigencia de este mandato de las Naciones Unidas [...]. A1 evocar 182 años del despojo, el Gobierno argentino reitera, una vez más su permanente y sincera disposición a reanudar el proceso negociador bilateral con el Reino Unido, tal como lo reclama la comunidad internacional, para hallar una solución pacífica y definitiva a la disputa de soberanía y poner fin, de este modo, a una anacrónica situación, incompatible con la evolución del actual mundo poscolonial”. (Asamblea General, 2015a: 3).

Por su parte, la posición del Reino Unido, expresada en la respuesta al anterior comunicado argentino, es la siguiente: “El Gobierno del Reino Unido asigna suma importancia al principio de la libre determinación establecido en el Artículo 1.2 de la Carta de las Naciones Unidas y en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nuestra posición respecto de las Islas Falkland se basa en ese principio. [...] El Reino Unido sigue decidido a defender el derecho del pueblo de las Islas Falkland a determinar su propio futuro político, social y económico. [...] No habrá negociación alguna sobre la soberanía de las Islas Falkland a menos que sus habitantes lo deseen y así lo manifiesten; han dejado claro que no es el caso. [...] El Reino Unido y el Gobierno de las Islas Falkland siguen dispuestos a debatir asuntos de interés común en el Atlántico Sur, con la condición previa de que cualquier debate de cuestiones que afecten directamente a los habitantes de las Islas Falkland debe contar con la participación de representantes del Gobierno de las Islas Falkland (Asamblea General 2015, b: 2-4).

Las posiciones así expresadas muestran que ninguno de los Estados niega la obligación de negociar, y que están dispuestos a reanudar las negociaciones, pero mientras la postura argentina parte del respeto a las disposiciones de la resolución 2065 (XX), la posición británica introduce unilateralmente –y por fuera de dicha resolución– el principio de libre determinación y condiciona la celebración de negociaciones al respeto de los deseos de los habitantes de las islas y a la participación de sus representantes.

Elementos para el análisis

Efectuado el minucioso pero necesario repaso por las resoluciones de los órganos competentes de las Naciones Unidas y el infructuoso proceso de negociaciones desarrollado por las partes en la controversia, debemos pasar ahora a analizar si es posible afirmar que la Argentina y el Reino Unido están *obligados* a negociar para solucionar la controversia de soberanía sobre las Islas Malvinas. De acuerdo al análisis general que efectuamos sobre la obligación de negociar en la primera parte, resulta conveniente distinguir entre la *existencia* de la misma y su *contenido*; en base a esta distinción organizaremos nuestras ideas, para complementarlas con las *consecuencias jurídicas* en el caso en que encontremos una obligación de negociar.

La existencia de la obligación de negociar

²² El 14 de julio de 1999 se adoptó una Declaración Conjunta sobre diferentes áreas, fundamentalmente en materia de comunicaciones y pesca, entre otras (Drnas de Clément, 1999: 61).

Según vimos surge de la jurisprudencia internacional hay al menos tres formas de determinar la existencia de una obligación de negociar: si tiene origen convencional; si se deriva de un régimen sustantivo particular de derecho internacional; y si ha sido recomendada por una organización internacional y aceptada por las partes en la controversia. Analizaremos si alguna de estas tres formas puede aplicarse a la cuestión Malvinas.

La ausencia de vínculo convencional: el valor de las resoluciones de la Asamblea General

En la controversia, no existe entre las partes ningún vínculo de tipo convencional del que surja una obligación de negociar. Podríamos preguntarnos, no obstante, si las resoluciones de los órganos competentes de las Naciones Unidas, en particular, de la Asamblea General, podrían suplir esta ausencia. Como hemos visto, el lenguaje de las mismas ha consistido en términos de carácter más bien exhortatorio: “invita”, “pide”, “insta”, ninguno de los cuales puede considerarse obligatorio²³. Y ello es así porque las resoluciones de la Asamblea General –ni tampoco del Comité Especial, que es uno de sus órganos subsidiarios– no son vinculantes, sino que se trata de recomendaciones²⁴. Por lo tanto, no pueden crear por sí mismas derechos ni obligaciones para los Estados. Nada impide, sin embargo, que declaren, insten al cumplimiento ni hagan referencias a obligaciones vigentes para los mismos en virtud de otras fuentes. La pregunta es, entonces, ¿están sometidos las partes en la controversia *sub examine* a otras obligaciones en virtud del derecho internacional de las que se derive un deber de negociar? Ello es lo que analizaremos a continuación.

La naturaleza de la controversia y la existencia de un régimen sustantivo de derecho internacional

Según hemos visto, en determinados casos, la jurisprudencia internacional derivó la existencia de una obligación de negociar de determinados regímenes sustantivos particulares de derecho internacional, como es el caso del aplicable a la delimitación de la plataforma continental o a los recursos compartidos (particularmente, en materia de pesquerías). Ello nos llevó a afirmar que podrían existir otros regímenes sustantivos de los cuales pueda derivarse del mismo modo una obligación de negociar.

En el caso particular de Malvinas, y sin perjuicio de la posibilidad de derivar una obligación de negociar la soberanía sobre las islas del régimen de la plataforma continental²⁵, consideramos que es pertinente analizar la cuestión dentro del régimen jurídico aplicable a la descolonización.

La existencia de ciertos principios relativos a la descolonización fue reconocida por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre el *Sahara Occidental* (CIJ, 1975: 30), así como la competencia de la Asamblea General en ese proceso (CIJ, 1975: 31). En su opinión individual en dicho caso, el magistrado Petren, sostuvo que “bajo la inspiración de una serie de resoluciones de la Asamblea General, en particular la resolución 1514 (XV), un verdadero derecho

²³ Ello es lo que lleva a algunos autores a sostener que no existe obligación alguna de negociar en la controversia (Ruzza, 2011: 94). Dichos autores, no obstante, no analizan todas las posibles fuentes de la obligación de negociar.

²⁴ Las mismas, por ser precisamente meras recomendaciones, no poseen fuerza vinculante ni generan efectos jurídicos para los Miembros. La doctrina destaca los efectos que algunas resoluciones de la Asamblea General producen en la formación del Derecho Internacional, pese a no ser obligatorias, declarando, cristalizando, o hasta constituyendo normas consuetudinarias; es decir, para algunos autores, habría una suerte de interacción entre las resoluciones de la Asamblea General y la práctica de los Estados en la formación de la costumbre internacional. La Corte Internacional de Justicia se ha pronunciado al respecto en su opinión consultiva de 8 de julio de 1996 sobre *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*: “La Corte observa que las resoluciones de la Asamblea General, aunque no son vinculantes, pueden a veces tener valor normativo. En ciertas circunstancias pueden proporcionar pruebas importantes para determinar la existencia de una norma o la aparición de una *opinio juris*. Para saber si una determinada resolución cumple ese recaudo, hay que examinar su contenido y las condiciones en que se aprobó; también hay que ver si existe una *opinio juris* en cuanto a su carácter normativo. Puede ocurrir asimismo que una serie de resoluciones muestre la evolución gradual de la *opinio juris* necesaria para el establecimiento de una nueva norma” (CIJ, 1996: 254-255).

²⁵ Máxime teniendo en cuenta las disposiciones del derecho consuetudinario, de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar y las recomendaciones de la Comisión del Límite Exterior de la Plataforma Continental. Por razones de extensión, no profundizaremos sobre este punto.

de la descolonización está tomando forma. Procede esencialmente del derecho de los pueblos a la libre determinación proclamado por la Carta de las Naciones Unidas y confirmado por un gran número de resoluciones de la Asamblea General. Pero, en ciertos casos particulares, debe tenerse igualmente en cuenta el principio de la unidad y la integridad territorial de los Estados, principio que ha sido también objeto de resoluciones de la Asamblea General. Es así, por la combinación de diferentes elementos de derecho internacional que evolucionan inspirados por la Organización de las Naciones Unidas, que se persigue el proceso de descolonización. La descolonización de un territorio puede hacer surgir la cuestión del necesario equilibrio entre el derecho de su población a la libre determinación y la integridad territorial de uno o varios Estados” (CIJ, 1975: 110).

Así, el llamado “derecho de la descolonización” tiene por objeto hacer cesar toda situación colonial, tanto con relación a los territorios ocupados como a los pueblos bajo dominación extranjera (Gutiérrez Posse, 1992: 67). Como lo indicó el magistrado Petren, uno de sus textos fundacionales es la resolución 1514 (XV), la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los países y pueblos coloniales, también llamada la “Carta Magna de la Descolonización” –y que la Corte Internacional de Justicia consideró como la base del proceso de descolonización (CIJ, 1975: 32)–. La misma proclamó “solemnemente la necesidad de poner fin rápida e incondicionalmente al colonialismo en todas sus formas y manifestaciones”. Como complemento, en su resolución 2621 (XXV), la Asamblea General declaró “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”. Asimismo, en la ya citada la resolución 2625 (XXV) se consagró el deber de todo Estado 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, a fin de: [...] b) Poner fin rápidamente al colonialismo...”. La Corte Internacional de Justicia recurrió expresamente a esta disposición en su citada opinión consultiva sobre el Sahara Occidental (CIJ, 1975: 33).

De estas disposiciones parece surgir un deber de la comunidad internacional (tanto de los Estados como de las organizaciones internacionales) de *poner fin al colonialismo*. Ello explica la insistencia de los órganos competentes de las Naciones Unidas, particularmente del Comité Especial, en la necesidad de “poner fin” a la situación colonial de las Islas Malvinas. La misma se deriva de una obligación de los Estados en virtud del derecho de la descolonización.

Pero el derecho de la descolonización no solo contiene los fines, sino también los medios para lograrlos. Usualmente, se tratará de la realización plena del derecho a la libre determinación del pueblo de que se trate, pero no siempre, como lo sostuvo el Magistrado Petren. La propia Corte aclaró esta cuestión al señalar “La validez del principio de libre determinación, definido como la necesidad de respetar la voluntad libremente expresada de los pueblos, no se ve afectada por el hecho de que, en ciertos casos, la Asamblea General ha dispensado de la obligación de consultar a los habitantes de un territorio determinado. Esos casos se basaban en la consideración de que una determinada población no constituía un “pueblo” con derecho a la libre determinación o en la convicción de que una consulta era totalmente innecesaria, en vista de circunstancias especiales” (CIJ, 1975: 33). De ello se colige que podrán existir casos de descolonización en los que no se consulte a los habitantes de un territorio determinado, particularmente cuando los mismos no constituyan un “pueblo” titular del derecho a la libre determinación. En el caso puntual de las Islas Malvinas, como hemos señalado, la resolución 2065 (XX) reconoce a una “población”, mas no a un “pueblo”²⁶. Pero la Corte también aclaró en su opinión consultiva que no había encontrado vínculos de soberanía territorial entre el territorio del Sahara Occidental y el Reino de Marruecos ni

²⁶ Además de la mencionada, existen otras razones por las que no cabe considerar a la población de las Islas Malvinas como un “pueblo”. Al respecto, v. i. a., Fino y Pezzano, 2012: 22-23; Drnas de Clément, 2013: 2; Pintore, 2013: 146-148.

Mauritania: “así la Corte no ha encontrado vínculos jurídicos de naturaleza tal que puedan afectar la aplicación de la resolución 1514 (XV) en la descolonización del Sahara Occidental y, en particular, del principio de libre determinación” (CIJ, 1975: 68). *Contrario sensu*, de haber existido esos vínculos, la aplicación de la libre determinación habría estado condicionada al respeto de la integridad territorial de los Estados con soberanía anterior sobre ese territorio, como lo sostiene el Magistrado Nagendra Singh en su declaración anexa a la opinión consultiva (CIJ, 1975: 80).

De esa forma, la descolonización puede implicar, en determinados casos, la necesidad de resolver una disputa de soberanía para reintegrar el territorio colonial al Estado que fue despojado. Ello es lo que sucede precisamente con las Islas Malvinas, en cuya cuestión, como hemos visto, la Asamblea General ha resuelto que la manera de poner fin a dicha situación colonial es la solución pacífica de la disputa a través de negociaciones entre dos Estados. Y en ese sentido, no debemos perder de vista que la Corte Internacional de Justicia reconoció la competencia de la Asamblea General en lo que respecta a los procedimientos para la descolonización. Es en ejercicio de esa competencia que la Asamblea General recomienda las negociaciones para que los Estados puedan cumplir sus obligaciones derivadas del derecho de la descolonización.

En síntesis, podemos sostener: que existe un régimen sustantivo particular de derecho internacional aplicable a la cuestión Malvinas, el derecho de la descolonización; que este derecho impone obligaciones a los Estados, en particular, la de poner fin al colonialismo; que si bien en la mayoría de los casos esa obligación se cumple mediante el ejercicio del derecho a la libre determinación, en otros se debe procurar el respeto a la integridad territorial de los Estados; que esto último sucede cuando existen disputas sobre la soberanía del territorio de que se trate y/o cuando no existe un pueblo titular del derecho a la libre determinación; que ambos supuestos se dan en la cuestión Malvinas; que la Asamblea General tiene competencia para determinar el procedimiento de descolonización de los territorios; y que ha ejercido esta competencia en el caso particular de la cuestión Malvinas determinando que se trata de una situación colonial a la que hay que ponerle fin, a través de la solución pacífica de la controversia de soberanía entre la Argentina y el Reino Unido, para lo que ha instado a las partes a negociar.

Por lo tanto, y en base a estas consideraciones, afirmamos que existe una obligación de negociar, que surge como una derivación necesaria del régimen sustantivo de la descolonización, para solucionar la controversia de soberanía y así cumplir con el deber de poner fin a la situación colonial de las Islas Malvinas. La resolución 2065 (XX) de la Asamblea General, y las que le siguieron, no crean esta obligación, sino que solamente la declaran.

La aceptación de las partes

La tantas veces citada opinión consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional sobre el *Tráfico ferroviario entre Lituania y Polonia* estableció la posibilidad de que las negociaciones recomendadas por un órgano de una organización internacional fueran obligatorias en virtud de la aceptación de las partes en la controversia. Como vimos, la Corte Permanente también dio dos indicadores de esta aceptación: la participación de las partes en la adopción de la resolución y el comienzo de las negociaciones.

Con respecto al primero, sabemos que el Reino Unido no votó a favor de la resolución 2065 (XX) –ni de ninguna resolución posterior de la Asamblea General–, sino que se abstuvo. La Argentina, por otro lado, siempre votó a favor de las resoluciones de la Asamblea. Sin embargo, el Reino Unido participó de los consensos de 1966, 1967 y 1971 sin objeción, y los contenidos de los mismos son, en lo que a las negociaciones respectan, idénticos a los de la resolución 2065 (XX), en la que se basan y a la que citan expresamente. Ello implica, a nuestro entender, la aceptación lisa y llana de parte del Reino Unido de la invitación a negociar de la resolución 2065 (XX). Confirman nuestra apreciación las citadas declaraciones de funcionarios del *Foreign Office* ante la Cámara de los Comunes en las que fundamentan el proceso negociador con la Argentina en la propia resolución, incluso reconociendo que no habían votado a favor de la misma.

Respecto del segundo indicador, como hemos visto, en 1966 comenzó entre las partes un proceso de negociaciones que se extendió en forma ininterrumpida hasta comienzos de 1973. De acuerdo a todos los comunicados y declaraciones conjuntas de las partes en dicho período, y que hemos citado, las negociaciones tuvieron lugar “de conformidad”, “en cumplimiento” o “de acuerdo” a la resolución 2065 (XX) de la Asamblea General. Las conversaciones entre las partes se reanudaron en 1977 y continuaron hasta comienzos de 1982 y, aunque no siempre, los documentos emanados de las mismas señalan que se desarrollaron en “el marco de negociaciones al que se refieren las resoluciones relevantes de la Asamblea General”. De esta forma, entendemos que el segundo factor indicativo de la aceptación de la obligación de negociar establecido por la Corte Permanente se satisface en la especie: las partes dieron comienzo a un proceso negociador a partir de una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y actuaron dándole cumplimiento a la misma. La doctrina afirma que los documentos del proceso negociador “demuestran con claridad que el Gobierno Británico prestó su consentimiento a negociar de acuerdo a los términos de la resolución 2065 (XX) y de los consensos que, sobre el mismo asunto, aprobó la Asamblea General” (Canclini de Figueroa, 1992: 63).

Por lo tanto, entendemos que existen suficientes elementos para afirmar que las partes *aceptaron* la recomendación contenida en la resolución 2065 (XX) y comenzaron a ejecutarla, reconociendo así la existencia de una obligación de negociar para solucionar la disputa de soberanía sobre las Islas Malvinas y poner fin a dicha situación colonial. Una vez más, la obligación no se deriva directamente de la resolución, sino de la aceptación y comportamiento ulterior de las partes.

Esta es, de hecho, la postura oficial de la cancillería argentina: “el Reino Unido, pese a haber reconocido y dado principio de ejecución a su obligación de negociar la solución de la controversia, en las últimas décadas se ha negado sistemáticamente a reanudar ese proceso negociador ignorando todos los llamamientos de la comunidad internacional que le han recordado la necesidad de seguir cumpliendo aquella obligación” (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2014: 13).

Por otra parte, y aunque su conducta indique lo contrario, la posición oficial del Reino Unido no incluye una negativa expresa a la existencia de la obligación de negociar, limitándose, como hemos visto a afirmar lacónicamente: “No habrá negociación alguna sobre la soberanía de las Islas Falkland a menos que sus habitantes lo deseen” (Asamblea General, 2015 b: 3).

El contenido de la obligación: la buena fe

Habiendo aceptado la existencia de una obligación de negociar cuya fuente es el deber de poner fin al colonialismo emergente del derecho de la descolonización, así como de la aceptación y comienzo de ejecución por las partes de la recomendación contenida en la resolución 2065 (XX), es necesario que analicemos también su contenido.

Una vez más, deberemos insistir en que se trata de una obligación de comportamiento: las partes están obligadas a sentarse a dialogar y a intercambiar ideas, de buena fe, con miras a llegar a un acuerdo, pero la obtención del mismo no es requerido.

La interpretación del contenido de esta obligación fue puesta de manifiesto en términos muy claros y sencillos por la presidenta argentina, Cristina Fernández de Kirchner, al dirigirse al Comité Especial el 14 de junio de 2012: “Lo único que pretendemos, señor Presidente, es dejar atrás esta historia de colonialismo, esta historia anacrónica y construir una nueva historia en base al diálogo. Mire qué poco pedimos: dialogar. No estamos pidiendo que nos den la razón; no estamos pidiendo que digan que “sí, las Malvinas son argentinas”. Estamos pidiendo apenas nada más ni nada menos que se sienten a una mesa a dialogar...” (Fernández de Kirchner, 2012).

Al analizar este aspecto, no puede dejarse de lado, como se vio, la importancia del principio de la buena fe. En este sentido, y si bien puede afirmarse que cuando comenzaron las negociaciones en 1966, las partes las asumieron con “espíritu de cooperación” (en términos de la Declaración de Manila) y hasta se registraron algunos avances concretos, como la Declaración Conjunta de 1971 en materia de comunicaciones, la actitud asumida por el Reino Unido a partir de 1973 aparece reñida con la buena fe, y ello lo vemos, por ejemplo, en su pretensión de llamar “conversaciones” a las

negociaciones, en su búsqueda de impedir o al menos posponer toda discusión acerca de la soberanía, y en la incorporación del principio de libre determinación a la cuestión y el respeto a los “deseos” de los isleños. Así lo expresa Pinto: “al basar su posición en su ocupación de hecho de las Islas, el propósito británico fue bloquear cualquier acuerdo razonable relativo a las Islas. Es dudoso que Gran Bretaña actuara de buena fe” (Pinto, 1983: 10).

Si las infracciones a la regla de la buena fe son las que señalara a título enunciativo el tribunal arbitral en el caso del Lago Lanoux (esto es, la ruptura injustificada de las conversaciones, los aplazamientos anormales, la inobservancia de los procedimientos previstos, o la negativa sistemática a tomar en consideración las propuestas o los intereses de la otra parte), creemos que podrían encontrarse ejemplos de cada una en la actitud del Reino Unido durante el proceso de negociación, en particular a partir de 1973.

Sin embargo, consideramos que hay un hecho puntual de la actitud del Reino Unido, que comenzó durante el proceso de negociaciones y perdura hasta la actualidad, que constituye el principal indicador de su mala fe: la introducción unilateral del principio de libre determinación.

Se ha afirmado aquí que el proceso de negociaciones está enmarcado por las resoluciones pertinentes de los órganos de las Naciones Unidas, particularmente la resolución 2065 (XX) de la Asamblea General. Ni esa ni ninguna otra resolución sobre la cuestión hace referencia al principio de libre determinación (y de hecho, un intento británico de que se adoptaran enmiendas incorporándolo fracasó en 1985²⁷): por el contrario, se refieren a la existencia de una “población”, y no de un “pueblo” (único titular del derecho de libre determinación; Fino y Pezzano, 2012: 17-23), de la que hay que respetar sus “intereses”, y no sus “deseos”. Ante términos tan claros, que surgen de la resolución que da marco a las negociaciones, que las propias partes han aceptado y que junto al derecho de descolonización constituyen la fuente de su obligación de negociar, ¿por qué el Reino Unido pretende introducir unilateralmente la libre determinación y el respeto a los deseos de los habitantes de las islas, en contra de ese marco y del derecho internacional? La única respuesta admisible es su interés en obstaculizar las negociaciones y así, su mala fe es evidente.

De esa manera, el Reino Unido, incluso cuando cumplía formalmente con su obligación de negociar, incumplía su contenido, al violar la regla de la buena fe. En la actualidad, su propia negativa a negociar si no se cumple con sus condiciones relativas a la participación de los isleños y la libre determinación es una muestra acabada de un comportamiento de mala fe²⁸.

Las consecuencias jurídicas

Hemos determinado que la República Argentina y el Reino Unido están obligados a negociar la controversia de soberanía sobre las Islas Malvinas para poner fin a dicha situación colonial, y que esa obligación se deriva tanto del régimen particular del derecho de la descolonización como de su propia aceptación de las recomendaciones de la Asamblea General en ese sentido. También sostuvimos que esa obligación es de comportamiento y que implica el acercamiento de las partes y el comienzo de negociaciones abiertas, incondicionales y de buena fe.

La República Argentina cumplió oportunamente con su obligación de negociar y, desde la suspensión de las conversaciones, se mostró ininterrumpidamente dispuesta a reanudarlas –incluso durante el conflicto del Atlántico Sur–, postura que ha sido reiterada sucesivamente por todos los gobiernos ante las Naciones Unidas.

El Reino Unido, por su parte, si bien comenzó las conversaciones en espíritu de cooperación, dio muestras de accionar con mala fe, dilatando y obstaculizando el proceso. Su actual

²⁷ Ver nota 16.

²⁸ Una muestra más en el mismo sentido fue el apoyo dado por el Reino Unido a la organización del denominado “referéndum de libre determinación” que tuvo lugar en las islas en marzo de 2013. El mismo fue una medida unilateral dispuesta por la Potencia administradora que afecta el futuro de las islas y su proceso de descolonización, y, como tal, constituye una violación palmaria de lo dispuesto en la resolución 31/49 de la AG. Una medida unilateral de este tipo, aunada a la constante negativa de reanudar las negociaciones con la Argentina, ciertamente entraña un comportamiento de mala fe imputable al Reino Unido (Drnas de Clément, 2013: 1-3; Pezzano, 2013: 25-28).

negativa a reanudar las negociaciones, en contravención al marco dispuesto por las resoluciones pertinentes de los órganos de las Naciones Unidas, constituye una violación de su obligación de negociar. Al ser una violación de una obligación internacional vigente que le es atribuible (Artículo 2 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, en adelante, “el Proyecto de la CDI”), el Reino Unido ha cometido y comete un hecho ilícito en perjuicio de la República Argentina, que genera responsabilidad internacional (Artículo 1 del Proyecto de la CDI). Dicha responsabilidad acarrea las siguientes consecuencias: el Reino Unido debe cesar su hecho ilícito (Artículo 30 del Proyecto de la CDI); debe continuar cumpliendo con la obligación violada (Artículo 29 del Proyecto de la CDI); y debe reparar el perjuicio causado (Artículo 31 del Proyecto de la CDI). En el caso puntual, esas consecuencias pueden reducirse a una sola: el Reino Unido debe cumplir incondicionalmente y sin demora su obligación de negociar con la Argentina la solución de la controversia de soberanía sobre las Islas Malvinas.

Consideraciones finales

Las anteriores consideraciones nos muestran que es posible reunir elementos que nos permitan afirmar que las partes están obligadas a negociar para solucionar su controversia de soberanía sobre las Islas Malvinas y poner fin a dicha situación colonial, y que esa obligación deriva tanto del régimen particular del derecho de la descolonización como de su propia aceptación de las recomendaciones de la Asamblea General en ese sentido. También afirmamos que la República Argentina ha cumplido y está dispuesta a cumplir su obligación, mientras que el Reino Unido la viola, cometiendo así un hecho ilícito.

En este estado de cosas, y dado que la Argentina ha manifestado de manera ininterrumpida su aceptación de las resoluciones de las Naciones Unidas y su disposición a negociar, se plantea el interrogante de cómo lograr el cumplimiento de esta obligación de parte del Reino Unido. Es por ello que nos permitimos realizar, a modo de aporte en esta cuestión, una breve propuesta al respecto.

En primer lugar, creemos que al cumplirse el cincuentenario de la resolución 2065 (XX), debería volver a llevarse la cuestión a la Asamblea General de las Naciones Unidas –y no dejarla limitada al ámbito del Comité Especial–, para que esta insista en su posición de que la manera de poner fin a la situación colonial es la solución pacífica de la controversia a través de negociaciones entre los dos Estados. Ello lograría poner en la primera plana de la agenda internacional la cuestión Malvinas, fortalecería la posición argentina y permitiría aumentar la presión diplomática sobre el Reino Unido. En segundo lugar, no debería descartarse la posibilidad de recurrir a la Corte Internacional de Justicia, no por el fondo de la cuestión, sino por la existencia, contenido y alcance de la obligación de negociar, sea por la vía contenciosa –teniendo para ello especialmente en cuenta los resultados de los actuales procesos relativos a la existencia de obligaciones de negociar–, o sea por la vía consultiva, a través de una resolución de la Asamblea General una vez renovado el interés de esta por la cuestión.

Se trata, en cualquiera de los casos, de adoptar un enfoque original e innovador, basado en el derecho, que busque por otras vías destrabar un conflicto que se acerca a los dos siglos de existencia, una situación colonial que es un completo anacronismo en el mundo actual, y a la que los Estados –y la comunidad internacional toda– se han comprometido a ponerle fin.

Bibliografía

Jurisprudencia internacional

CIJ 1969, *North Sea Continental Shelf, Judgment*, I.C.J. Reports 1969, p. 3.

CIJ 1974a, *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, *Merits, Judgment*, I.C.J. Reports 1974, p. 3.

CIJ 1974b, *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt, C. I. J. Recueil 1974, p. 457.

CIJ 1975, *Sahara occidental*, avis consultatif, CIJ. Recueil, 1975, p. 12

CIJ 1996, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226.

CIJ 2011, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011, p. 70.

CIJ 2014, *Informe de la Corte Internacional de Justicia, 1 de agosto de 2013 a 31 de julio de 2014*, Documento A/69/4 (Naciones Unidas, Nueva York).

CIJ 2015, *Obligation to negotiate access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, Preliminary objection, sentencia de 24 de septiembre de 2015. Disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/153/18746.pdf>, acceso 25 de septiembre de 2015.

CPJI 1923, *Status of Eastern Carelia*, P.C. I. J., Series B, Nº 5.

CPJI 1931: *Trafic Ferroviaire entre la Lithuanie et la Pologne*, P.C.I.J., Series A/B, Nº 42.

RIAA 1958: *Affaire du lac Lanoux (Espagne, France)*, Vol. XII, pp. 281-317.

RIAA 1972: *Claims arising out of decisions of the Mixed Graeco-German Arbitral Tribunal set up under Article 304 in Part X of the Treaty of Versailles (between Greece and the Federal Republic of Germany)*, Vol. XIX, pp. 27-64.

Documentos de las Naciones Unidas

Asamblea General 1985, *Acta taquigráfica provisional de la 95ª sesión, cuadragésimo período de sesiones*, Documento A/PV.40/95 (Naciones Unidas, Nueva York).

Asamblea General 2007, *Carta de fecha 28 de marzo de 2007 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de la Argentina ante las Naciones Unidas*, Documento A/61/827 (Naciones Unidas, Nueva York).

Asamblea General 2015a, *Carta de fecha 3 de enero de 2015 dirigida al Secretario General por la Representante Permanente de la Argentina ante las Naciones Unidas*, Documento A/69/716 (Naciones Unidas, Nueva York).

Asamblea General 2015b, *Carta de fecha 29 de enero de 2015 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ante las Naciones Unidas*, Documento A/69/756 (Naciones Unidas, Nueva York).

Asamblea General 1965, *Report of the Special Committee on the Situation with regard to the Implementation of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*, Documento A/5800/Rev.1 (Naciones Unidas, Nueva York).

Asamblea General 1968, *Report of the Special Committee on the Situation with regard to the Implementation of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*, Documento A/7200/Rev.1 (Naciones Unidas, Nueva York).

Asamblea General 1971, *Informe 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*, Documento A/8023/Rev.1 Vol. IV (Naciones Unidas, Nueva York).

Asamblea General 1973, *Informe 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*, Documento A/9023/Rev.1 Vol. V (Naciones Unidas, Nueva York).

Asamblea General 1974, *Informe 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*, Documento A/9623/Rev.1 Vol. VI (Naciones Unidas, Nueva York).

Asamblea General 1975, *Informe 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*, Documento A/10023/Rev.1 Vol. IV (Naciones Unidas, Nueva York).

Asamblea General 1976, *Informe 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*, Documento A/31/23/Rev.1 Vol. IV (Naciones Unidas, Nueva York).

Asamblea General 1980, *Letter dated 5 May 1980 from the Permanent Representative of Argentina to the United Nations addressed to the Secretary-General*, Documento A/35/222, (Naciones Unidas, Nueva York).

Asamblea General 1972, *Resoluciones aprobadas por la Asamblea General durante su vigésimo sexto período de sesiones* (Naciones Unidas, Nueva York).

Comité Especial 2013, *Islas Malvinas (Falkland Islands). Documento de trabajo preparado por la Secretaría*, Documento A/AC.109/2013/14 (Naciones Unidas, Nueva York).

Naciones Unidas 1992, *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes between States*, (Nueva York).

UNTS 1972, *Treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations*, Vol. 825 (Naciones Unidas, Nueva York).

Libros y artículos

Andrés Saenz de Santa María, María Paz 1985, “El arreglo pacífico de controversias en el ámbito de las organizaciones internacionales”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1984* (Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Vitoria) pp. 84-143.

Beltramino, Juan Carlos M. 1997, “Las ‘Conversaciones Especiales’ Argentina-Gran Bretaña sobre comunicaciones entre el Territorio Continental Argentino y las Islas Malvinas de 1970-72. Una negociación Diplomática Típica”. *Documentos de Trabajo* N°21 (ISEN, Buenos Aires).

Barboza, Julio 2008, *Derecho Internacional Público*, 2ª edición (Zavalía, Buenos Aires).

Bilder, Richard B. 1975 “The Settlement of Disputes in the Field of the International Law of the Environment”, *Recueil des Cours*, T. 144, pp. 139-240.

Broms, Bengt 1984, “The Declaration on the peaceful settlement of international disputes (Manila)”, en Makarczyk, Jerzy (Ed.), *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs* (Martinus Nijhoff, La Haya), pp. 339-353.

Canclini de Figueroa, Judith 1992, “Las resoluciones sobre la cuestión Malvinas, las disposiciones de la Carta y las declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas”, en AA.VV., *Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur. Perspectiva Histórico – Jurídica* (CARI, Buenos Aires).

Carreño Gualde, Vicenta 2000, “El arreglo pacífico de las controversias internacionales en el ámbito de la protección del medio marino contra la contaminación”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, N°16, pp. 39-64.

Drnas de Clément, Zlata 1999, *Malvinas. ¿El derecho de la fuerza o la fuerza del Derecho?* (Marcos Lerner Editora, Córdoba).

Drnas de Clément, Zlata 2013, *Malvinas: ¿qué valor jurídico tiene el referendo a realizarse en marzo de 2013?* Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/malvinas-que-valor-juridico-tiene-el-referendo-a-realizarse-en-marzo-de-2013>, acceso 1 de junio de 2015.

Comisión Evaluación Conflicto Atlántico Sur 1983, Informe final de la Comisión de Análisis y Evaluación de las Responsabilidades del Conflicto del Atlántico Sur (Buenos Aires, desclasificado en 2012).

Economides, Constantin 1982, “La déclaration de Manille sur le règlement des différends internationaux”, *Annuaire français de droit international*, Vol. 28, pp. 613-633.

Escudé, Carlos y Cisneros, Andrés 2000, *Historia General de las Relaciones Exteriores de la República Argentina* (CARI, Buenos Aires), <http://www.argentina-rree.com/12/12-01.htm>, acceso 1 de junio de 2015.

Fernández de Kirchner, Cristina 2012, *Sesión del Comité de Descolonización de la ONU: Palabras de la Presidenta de la Nación*, <http://www.casarosada.gob.ar/informacion/discursos/25915-sesion-del-comite-de-descolonizacion-de-la-onu-palabras-de-la-presidenta-de-la-nacion>, acceso 1 de junio de 2015.

Fino, Luciano y Pezzano, Luciano 2013, “Malvinas y la libre determinación de los pueblos”, en AA.VV., *Malvinas en la Universidad: concurso de ensayos 2012*, (Ministerio de Educación de la Nación. Subsecretaría de Gestión y Coordinación de Políticas Universitarias Buenos Aires), pp.13-36.

Ghozali, Nacer-Eddine 1992, “La négociation diplomatique dans la jurisprudence internationale”, *Revue Belge de Droit International*, N°2, pp. 323-350.

Gómez-Robledo Verduzco, Alonso 2003, *Temas selectos de Derecho Internacional*. Cuarta edición (UNAM, México).

Gutiérrez Posse, Hortensia D. T. 1992: “Consideraciones sobre la práctica, la jurisprudencia y la doctrina en materia de derecho de descolonización”, en AA.VV., *Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur. Perspectiva Histórico – Jurídica* (CARI, Buenos Aires).

Hansard 1968a, *House of Commons Deb 26 March 1968* Vol. 761, cc 1446-67 <http://hansard.millbanksystems.com/commons/1968/mar/26/falkland-islands>, acceso 1 de junio de 2015.

Hansard 1968b, *House of Commons Deb 03 December 1968* Vol. 774 cc 1254-68 <http://hansard.millbanksystems.com/commons/1968/dec/03/falkland-islands>, acceso 1 de junio de 2015.

Lanús, Juan Archibaldo 1984, *De Chapultepec al Beagle. Política Exterior Argentina: 1945-1980* (Emecé, Buenos Aires).

Ministerio de Relaciones Exteriores 2014, *Soberanía Argentina en Malvinas. A 50 Años del “Alegato Ruda”* (Buenos Aires).

Namihas, Sandra 2013, “La demanda boliviana contra Chile ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya”, *Agenda Internacional* N° 31, pp. 55-70

Pagliari, Arturo Santiago 2009, “Reflexiones sobre la fragmentación del derecho internacional. Aplicación y efectos”, *Ars Boni et Aequi*, N°5, p. 11-38.

Pastor Ridruejo, José A. 2011, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Decimoquinta edición. (Tecnos, Madrid).

Pezzano, Luciano, 2013, “El referéndum de 2013 en Malvinas: una oportunidad para reforzar la posición argentina”. *Cuadernos de Política Exterior Argentina* N°113 (CERIR, Rosario) julio-septiembre,

http://www.cerir.com.ar/admin/_cerir/archivos/cuadernos/0000165/cupea%20113%20con%20tapa.pdf, acceso 1 de junio de 2015.

Pinto, Mónica (1983), "Argentina's Rights to the Falkland/Malvinas Islands", *Texas International Law Journal* Vol. 18, pp. 1-10.

Pintore, Eduardo José 2013, "Colonialismo y libre determinación en la cuestión Malvinas" *Revista de la Facultad*, Vol. IV N° 1 Nueva Serie II, pp. 137-150.

Riquelme-Cortado, Rosa María, 1995, "El arreglo de controversias en las organizaciones de fines generales". *Anuario Español de Derecho Internacional*, N°11, pp. 275-314.

Rogoff, Martin A. 1994, "The obligation to negotiate in international law: rules and realities", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 16, pp. 141-185.

Roucounas, Emmanuel, 2009, "Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales" (United Nations Audiovisual Library of International Law, Nueva York), http://legal.un.org/avl/pdf/ha/mdpsid/mdpsid_s.pdf, acceso 1 de junio de 2015.

Ruzza, Alice 2011, "The Falkland Islands and the UK v. Argentina Oil Dispute: Which Legal Regime?", *Goettingen Journal of International Law* Vol. 3 N°1, 71-99

Sahovic, Milan 1984, "La declaration de Manile su le règlement pacifique des différends internationaux", en Makarczyk, Jerzy (Ed.), *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs* (Martinus Nijhoff, La Haya), pp. 449-458.