

UNIVERSIDAD DE CIENCIAS EMPRESARIALES Y SOCIALES
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

LA CUESTIÓN MALVINAS Y LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS

Pezzano, Luciano

San Francisco, septiembre de 2012

Presentado en la II Jornada de Derecho Internacional Público: “Las Islas Malvinas desde el Derecho Internacional”. Convenio UCES/UTN. San Francisco, 11 de mayo de 2012.

LA CUESTIÓN MALVINAS Y LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS

Luciano Pezzano*

I. Introducción

El trigésimo aniversario del conflicto del Atlántico Sur, junto a la intensificación del esfuerzo diplomático argentino en el marco multilateral, renovaron el interés por la cuestión de las Islas Malvinas en todos los ámbitos. Dado que creemos que el Derecho es el que brinda las mejores herramientas para una solución pacífica de las controversias, y en especial, la de Malvinas, el planteo que haremos de la cuestión será necesariamente desde un punto de vista jurídico.

De todos los aspectos de esta cuestión que pueden abordarse desde el prisma del Derecho, el que nos resulta más interesante y rico en aristas y matices es el de la posible aplicación del principio de libre determinación de los pueblos a la controversia sobre Malvinas.

La libre determinación es, fuera de toda duda, uno de los principios cardinales del derecho internacional contemporáneo, y herramienta fundamental en el proceso de descolonización. Un abordaje de la cuestión de las Islas Malvinas, un conflicto colonial, no debería prescindir del análisis de este principio, más allá de las conclusiones negativas en cuanto a su aplicación en la especie a las que puede arribarse. Pero no solo el interés científico fundamenta el análisis, sino que la justificación también ha de encontrarse en la importancia política que ha tomado este principio en la controversia, invocado por el Reino Unido, y negado por la Argentina, y que aparece a primera vista como uno de los principales obstáculos para la solución de la disputa.

El propósito de este trabajo es, entonces, realizar un estudio del principio de libre determinación de los pueblos, su aplicación (o no) a la cuestión de las Islas Malvinas, y las consecuencias que ello tiene en el diferendo que enfrenta a nuestro país con el Reino Unido por la soberanía sobre el archipiélago.

II. Planteo de la cuestión

Para abordar la temática escogida, es necesario realizar un adecuado planteo de la cuestión, y ello se hace necesario atento a que, como ya se adelantó, la aplicación o no del principio de libre determinación a la disputa sobre las Islas Malvinas aparece como una “controversia dentro de la controversia”, dado que ambas partes tienen visiones contrapuestas sobre ello y constituye el principal obstáculo a la celebración de negociaciones que puedan llevar a una solución pacífica del conflicto. Conviene entonces, que repasemos las posiciones esenciales de las partes al respecto.

El Reino Unido ha sintetizado su visión en el “Libro Blanco” sobre los territorios de ultramar, de reciente publicación: *«El Reino Unido no tiene dudas sobre su soberanía sobre las Islas. El principio de libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, subyace a nuestra posición. No puede haber negociación sobre la soberanía de las islas a menos y hasta que los isleños así lo deseen. Los isleños regularmente ponen en claro que desean permanecer británicos. El 12 de junio de 2012, el Gobierno de las Islas Falkland [sic] anunció su intención de convocar a un referéndum sobre el status político de las Islas Falkland [sic]»*.¹

* Abogado (UCES San Francisco, 2007). Maestrando en Relaciones Internacionales (CEA – UNC). Jefe de Trabajos Prácticos de la cátedra de Derecho Internacional Público y de la Integración (UCES San Francisco). Profesor Adjunto de la cátedra de Derechos Humanos desde la Perspectiva Internacional (UCES San Francisco). El autor agradece al Ab. Luciano Oscar Fino, quien participó de las primeras etapas de la redacción de parte de este trabajo.

¹ FOREIGN & COMMONWEALTH OFFICE: “The Overseas Territories. Security, Success and Sustainability”. Londres, 2012. Pág.100. Disponible en: <http://www.fco.gov.uk/resources/en/pdf/publications/overseas-territories-white-paper-0612/ot-wp-0612>. Traducción propia.

Por su parte, la postura de la Argentina se ha mantenido invariable en rechazar la aplicación de la libre determinación a esta cuestión. Así lo expresaba José María Ruda en su célebre alegato de 9 de septiembre de 1964 ante el Comité de Descolonización² de las Naciones Unidas: *«consideramos que el principio de libre determinación sería mal aplicado en situaciones en que parte del territorio de un Estado independiente ha sido separado contra la voluntad de sus habitantes en virtud de un acto de fuerza por un tercer Estado, como en el caso de las Malvinas, sin que exista ningún acuerdo internacional posterior que convalide esta situación de hecho y cuando, por el contrario, el Estado agraviado ha protestado permanentemente por esta situación. Estas consideraciones se ven agravadas muy en especial cuando la población originaria ha sido desalojada por este acto de fuerza y grupos fluctuantes de nacionales de la potencia ocupante la han reemplazado. Por otra parte, la aplicación indiscriminada del principio de libre determinación a territorios tan escasamente poblados por nacionales de la potencia colonial pondría el destino de dicho territorio en manos de la potencia que se ha instalado allí por la fuerza, en violación de las más elementales normas del derecho y de la moral internacional. El principio fundamental de la libre determinación no debe ser utilizado para transformar una posesión ilegítima, en una soberanía plena, bajo el manto de protección que le darían las Naciones Unidas»*³.

Expresadas las posturas de las partes, expondremos nuestro planteo de la cuestión. Adelantamos desde ya que no estudiaremos aquí el valor de la libre determinación como título jurídico fundante de la soberanía de un Estado sobre un territorio, ni tampoco la evidente contradicción en la que incurre la tesis británica de sostener, por un lado, que no tienen dudas acerca de su soberanía sobre las islas y por el otro, sostener el principio de libre determinación y respetar la voluntad de los isleños (si no hubiese dudas, no habría motivo alguno por el cual debiera consultarse a éstos), sino que nos limitaremos a buscar una respuesta a lo que para nosotros constituye la pregunta clave del tema: ¿se aplica el principio de libre determinación a la cuestión de las Islas Malvinas?

Para poder responderla, creemos que, luego de una necesaria introducción a la libre determinación, su formulación, contenido y formas de ejercicio, se debe analizar, en primer lugar, la cuestión de la titularidad del derecho a la libre determinación; luego, la aplicación de la libre determinación en disputas de soberanía; y por último, la solución al conflicto que se puede suscitar entre la libre determinación y la integridad territorial de los Estados. A continuación aplicaremos el resultado del análisis a la cuestión Malvinas y, finalmente, nos permitiremos unas breves reflexiones sobre un caso que se considera como un precedente perjudicial para los intereses argentinos y que, sin embargo, veremos por qué no es así. Ese será el orden de nuestra exposición.

III. La libre determinación de los pueblos

1. Formulación del principio

Aunque existía desde mediados del siglo XIX, y con vigor renovado desde el final de la Primera Guerra Mundial, el desarrollo de la idea de la libre determinación de los pueblos y su formulación como uno de los grandes principios del derecho internacional contemporáneo está íntimamente ligado a las Naciones Unidas.

Así, el principio de libre determinación de los pueblos se encuentra dos veces en la Carta de las Naciones Unidas. La primera es en el Artículo 1.2, que establece, entre los propósitos de la Organización: *«Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la **libre determinación de los pueblos**...»* (negrita añadida). La segunda se encuentra en el primer párrafo del Artículo 55, que dispone: *«Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones*

² El nombre completo del Comité es “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”.

³ Disponible en <http://constitucionweb.blogspot.com.ar/2012/03/alegato-ruda-1964.html>

pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá...» (negrita añadida). Significativamente, ninguna de las dos disposiciones se encuentra entre los principios de las Naciones Unidas, ni tampoco en los capítulos destinados a los territorios no autónomos o a los colocados bajo el régimen internacional de administración fiduciaria, no obstante cierta referencia indirecta en este último caso⁴. Ello no impidió que la obra de las Naciones Unidas en la materia haya sido fecunda, y desde sus primeros años.

Así, en sus resoluciones 421 D (V) y 545 (VI), la Asamblea General reconoció *«el derecho de los pueblos y naciones a la libre determinación como derecho fundamental del hombre»*, y resolvió incluir en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos un artículo sobre el principio. Diez años después, y mientras todavía continuaban las negociaciones para la adopción de los Pactos, la Asamblea General lo consagró en la “Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales”, aprobada por resolución 1514 (XV), llamada la “Carta Magna de la descolonización”, y cuyo párrafo 2 establece: *«Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural»*. Esta caracterización de la libre determinación como un derecho será ratificada cuando en 1966 se aprueben el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo Artículo 1.1 común establece: *«Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho, establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural»*. Finalmente, el principio hallaría su mayor desarrollo en la “Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, aprobada por resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General que, al tratar del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, dispone: *«En virtud del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de procurar su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta»*.

De esta forma, la naturaleza jurídica vinculante del principio aparece fuera de duda: es tanto un derecho de los pueblos como una obligación de los Estados, y ha sido reconocido reiteradamente por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, comenzando por su opinión consultiva de 21 de junio de 1971 sobre las Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia, no obstante la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, en la que señaló que la evolución del derecho internacional ha hecho de la libre determinación un principio aplicable a los territorios no autónomos⁵. Ello fue reiterado en la opinión consultiva de 16 de octubre de 1975 sobre el Sahara Occidental, en la que, al analizar las resoluciones 1514 (XV) y 2625 (XXV), realizó una importante caracterización de la libre determinación al considerar al principio *«en tanto que derecho de los pueblos»*, señalando *«la necesidad básica de tener en cuenta los deseos del pueblo de que se trate»*, y definiéndolo como *«la necesidad de respetar la voluntad libremente expresada de los pueblos»*⁶. Veinte años después, en su fallo de 30 de junio de 1995 en el caso de Timor Oriental (Portugal c. Australia), la Corte, en un breve pasaje, se pronunció sobre la naturaleza de la libre determinación: *«En*

⁴ En el Art. 76, inc. b) se incluye, como uno de los objetivos del régimen internacional de administración fiduciaria: *«promover el adelanto político, económico, social y educativo de los habitantes de los territorios fideicometidos, y su desarrollo progresivo hacia el gobierno propio o la independencia, teniéndose en cuenta las circunstancias particulares de cada territorio y de sus pueblos y los deseos libremente expresados de los pueblos interesados»* (negrita añadida).

⁵ CIJ: *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif C.I.J. Recueil 1971, p. 16, para. 52-53.*

⁶ CIJ: *Sahara occidental, avis consultatif; C.I.J. Recueil 1975, p. 12, para. 54-59.*

*opinión de la Corte, la afirmación de Portugal de que el derecho de los pueblos a la libre determinación, como evolucionó de la Carta y de la práctica de las Naciones Unidas, tiene carácter erga omnes, es irreprochable. El principio de libre determinación de los pueblos ha sido reconocido por la Carta de las Naciones Unidas y en la jurisprudencia de la Corte [...]; es uno de los principios esenciales del derecho internacional contemporáneo*⁷. La Corte ratificó este carácter y las obligaciones estatales al respecto, en su opinión consultiva de 9 de julio de 2004, sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado⁸.

Por su parte, el carácter de norma imperativa del derecho internacional (*ius cogens*) de la obligación de respetar el derecho de libre determinación ha sido reconocido por la Comisión de Derecho Internacional en su comentario al Artículo 40 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos⁹.

2. Contenido de la libre determinación

De acuerdo a las resoluciones 1514 (XV) y 2625 (XXV), así como al Artículo 1 común a ambos Pactos Internacionales de derechos humanos, la libre determinación implica el derecho de los pueblos de, por un lado, determinar libremente, y sin injerencia externa, su condición política y, por el otro, el derecho de procurar su desarrollo económico, social y cultural.

Sin embargo, se ha señalado, con acierto, que la libre determinación presenta dos aspectos diferenciados: uno interno y uno externo. Esta distinción ha sido claramente efectuada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: «*En lo que atañe a la libre determinación, es necesario distinguir entre dos aspectos. El derecho a la libre determinación de los pueblos tiene un aspecto interno, es decir, el derecho de todos los pueblos a llevar adelante su desarrollo económico, social y cultural sin injerencias del exterior. [...] Por consiguiente, los gobiernos deben representar a toda la población sin distinción alguna por motivos de raza, color, ascendencia o nacionalidad u origen étnico. El aspecto externo de la libre determinación significa que todos los pueblos tienen derecho a determinar libremente su condición política y el lugar que deben ocupar en la comunidad internacional sobre la base del principio de igualdad de derechos y tomando como ejemplo la liberación de los pueblos del colonialismo y la prohibición de someter a los pueblos a toda sujeción, dominio y explotación del extranjero.*»¹⁰ Es importante aclarar, tal como lo destaca el Comité, que no se trata de dos derechos distintos (uno a la libre determinación externa y otro a la libre determinación interna), sino de uno solo con dos aspectos, que lógicamente están íntimamente relacionados, de modo tal que no es posible afirmar –como lo pretenden algunos Estados– que algunos pueblos gozan de ambos aspectos, y otros de uno solo.

3. Formas de ejercicio de la libre determinación

El aspecto externo de la libre determinación es el que mayor atención ha concentrado por parte de la comunidad internacional y de la doctrina, y es común que se piense en la independencia como la única forma en que el derecho se ejerce –a tal punto de llegar a creerse erróneamente que libre determinación e independencia son sinónimos–. Ello no es así, y la Asamblea General, en sus resoluciones 1541 (XV) y 2625 (XXV) ha establecido cuáles son las formas de ejercicio de aquélla. La primera de las mencionadas resoluciones establece como formas, en su Principio VI, las siguientes: la independencia, la libre asociación a un Estado

⁷ CIJ: *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 90, para. 29.

⁸ CIJ: *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado. Opinión consultiva*. Documento A/ES-10/273, para. 88, Pág.34.

⁹ CDI: “Informe de la Comisión de Derecho Internacional 53º Período de sesiones”. Naciones Unidas. Nueva York, 2001. Pág. 307, párr. 5.

¹⁰ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Recomendación general N° XXI relativa al derecho a la libre determinación. En NACIONES UNIDAS: “Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos.” Nota de la Secretaría – Volumen II. Documento HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.II). Ginebra, 2008. Pág.24

independiente¹¹ y la integración a un Estado independiente¹². Por su parte, la resolución 2625 dispone: «*El establecimiento de un Estado soberano independiente, la libre asociación o integración con un Estado independiente o la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo constituyen formas del ejercicio del derecho de libre determinación de ese pueblo*». De esa forma, la resolución agrega una cuarta forma de ejercicio: “cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo”, ratificando así que lo esencial de la libre determinación radica en la decisión libre del pueblo de que se trate y no en su resultado.

4. El titular de la libre determinación

Tanto el párrafo 2 de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, como el Art.1 común a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos establecen que “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación...”. Frente a cierto sector de la doctrina y algunos Estados, que pretenden limitar la aplicación del principio a los pueblos bajo dominación colonial u ocupación extranjera, ambas disposiciones son claras y lo extienden a “todos” los pueblos.

El problema radica, entonces, en determinar qué es un “pueblo”. Es verdad que la cuestión de definir qué es un pueblo es harto compleja, y también es verdad que no existe una definición de “pueblo” aceptada internacionalmente. Así, se han sostenido nociones sociológicas de pueblo, entendido como «*una colectividad de hombres unidos por un vínculo de solidaridad*», cuyos rasgos característicos serían «*la comunidad de raza, de tradiciones y la existencia de una conciencia común*»¹³. Algunos autores consideran que, para poder reconocer un derecho a la libre determinación, el pueblo “sociológico” debe reunir ciertos criterios. Los mismos serían: «a) [...] *la existencia de una población concentrada y ampliamente mayoritaria en cierto territorio, capaz de expresar una voluntad común* [...]. b) *La población en cuestión debe vivir en un territorio delimitado.* [...] c) *El tercer elemento es la voluntad firme de esa colectividad, por una parte, de vivir en común, y por otra, de separarse del Estado en el cual vive.* [...] d) *El elemento complementario que puede reforzar la voluntad para la autodeterminación es la existencia de una organización interna, de un embrión de poder de esa colectividad, que simboliza su particularismo*»¹⁴. Se ha dicho también, que además de estos criterios, «*el elemento determinante es la capacidad de los miembros de la colectividad que aspira a devenir un pueblo de considerarse como tal*»¹⁵. En el mismo sentido, se ha definido a un pueblo como «*un tipo*

¹¹ El Principio VII de la resolución 1541 (XV) dispone: «a) *La libre asociación debe ser el resultado de la libre y voluntaria elección de los pueblos del territorio interesado expresada con conocimientos de causa y por procedimientos democráticos. En esa asociación se deben respetar la individualidad y las características culturales del territorio y de sus pueblos, y reservar a los pueblos del territorio que se asocian a un Estado independiente la libertad de modificar el estatuto de ese territorio mediante la expresión de su voluntad por medios democráticos y con arreglo a los procedimientos constitucionales.* b) *El territorio que se asocia debe tener derecho a determinar su constitución interna sin ninguna injerencia exterior, de conformidad con los debidos procedimientos constitucionales y los deseos libremente expresados de su pueblo. Este derecho no excluirá la posibilidad de celebrar las consultas que sean apropiadas o necesarias con arreglo a las condiciones de la libre asociación que se hayan concertado*».

¹² El Principio VIII de la resolución 1541 (XV) dispone: «*La integración a un Estado independiente debe fundarse en el principio de completa igualdad entre los pueblos del territorio que hasta ese momento ha sido no autónomo y los del país independiente al cual se integra. Los pueblos de los dos territorios deben tener, sin distinción ni discriminación alguna, la misma condición y los mismos derechos de ciudadanía, así como las mismas garantías en lo que se refiere a sus derechos y libertades fundamentales; ambos deben tener los mismos derechos y las mismas posibilidades de representación y participación en los órganos ejecutivos, legislativos y judiciales del gobierno, en todos sus grados*».

¹³ BASDEVANT, Jules (Dir.): “Dictionnaire de la terminologie du droit international”, Sirey, Paris, 1960, Págs. 449-450.

¹⁴ CALOGEROPOULOS-STRATIS, S.: “Le droit des peuples à disposer d’eux-mêmes”, Bruylant, Bruselas, 1973, Págs. 171-172.).

¹⁵ LOMBART, Laurent: “Gibraltar et le droit à l’autodétermination – Perspectives actuelles”. *Annuaire Français de Droit International* LIII – 2007 – CNRS Éditions, Paris, pp. 157-181. Pág.168.

específico de comunidad humana que comparte un deseo común de establecer una entidad capaz de funcionar para asegurar un futuro común»¹⁶.

De otro lado, encontramos la postura de quienes sostienen que el concepto de “pueblo” es estrictamente jurídico. Allí encontramos la posición de nuestro país, mas –curiosamente– no en la cuestión Malvinas, sino en el procedimiento consultivo de la CIJ en el caso “Kosovo”. Allí, los representantes de nuestro país expresaron: *«Una premisa básica para la aplicación del principio de libre determinación es la calificación del titular de ese derecho como un “pueblo”. Esta es una calificación jurídica en el contexto del derecho internacional, y no una mera calificación sociológica o étnica. Los órganos de las NU han jugado un rol clave en la aplicación de la libre determinación [...] En todos los casos en los que los órganos pertinentes han reconocido la existencia de un “pueblo” en sentido jurídico, y en consecuencia, su derecho a la libre determinación, lo han indicado expresamente»¹⁷.* En otros términos, siendo “pueblo” un concepto jurídico, la determinación de su existencia corresponde a los órganos competentes de las Naciones Unidas. Cabe destacar, en el mismo sentido, que la doctrina reconoce que la Asamblea General *«se ha reservado en la materia un poder de calificación»¹⁸.*

Al respecto se suele citar el siguiente pasaje de la ya citada opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre el Sahara Occidental: *«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»¹⁹.* Este pasaje es muy importante, puesto que en el mismo, la Corte hace una sutil pero contundente referencia sobre la titularidad del derecho de libre determinación y el concepto de “pueblo”. Según entendemos, la Corte está reafirmando que “todos los pueblos”, pero sólo los “pueblos” tienen derecho a la libre determinación. En otras palabras, para ser titular del derecho a la libre determinación es condición necesaria ser un “pueblo”, y no toda población de un territorio constituye un “pueblo” en ese sentido. Además, según Kohen, surge de la opinión consultiva *«que, en materia de descolonización, es la Asamblea General quien dispone de la competencia para reconocer a los habitantes de un territorio la calidad o no de pueblo»²⁰.*

La Corte Internacional de Justicia volvió sobre el tema de la existencia de un pueblo y su reconocimiento en su también mencionada opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, en la que expresó: *«Con respecto al principio relativo al derecho de los pueblos a la libre determinación, la Corte observa que la existencia de un “pueblo palestino” ya no se cuestiona. Esa existencia ha sido además reconocida por Israel [...]. En el Acuerdo Provisional Israelí Palestino sobre la Ribera Occidental y la Faja de Gaza de 28 de septiembre de 1995 se hace también referencia en varias oportunidades al pueblo palestino y a sus “legítimos derechos” [...]. La Corte considera que esos derechos incluyen el derecho a la libre determinación, como lo ha reconocido la Asamblea General, por otra parte, en varias oportunidades»²¹.*

Por nuestra parte, creemos que, aunque efectivamente el “pueblo” titular del derecho de libre determinación es un concepto jurídico, no puede entenderse en forma aislada de la realidad

¹⁶ GROS ESPIELL, Héctor: “The right to self-determination. Implementation of United Nations Resolutions”. Documento E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1. Naciones Unidas, Nueva York, 1980. Párr.56.

¹⁷ Declaración escrita de la Argentina. Párr. 89 y 90. Disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15666.pdf>

¹⁸ LOMBART, Laurent: op. cit. Pág.168

¹⁹ CIJ: *Sahara occidental, avis consultatif*; C.I.J. Recueil 1975, p. 12, para. 59.

²⁰ KOHEN, Marcelo G.: “La libre determinación de los pueblos y su relación con el territorio”, en DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Coord.): *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*. Tomo II. Drnas-Lerner Editores. Córdoba, 2003. Pág.866.

²¹ CIJ: *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado. Opinión consultiva*. Documento A/ES-10/273. Naciones Unidas, Nueva York, 2004, Párr. 118.

histórica y sociológica que ese pueblo constituye. Es verdad que la intervención de los órganos competentes de las Naciones Unidas, particularmente de la Asamblea General, es de gran relevancia para determinar si se está ante un “pueblo”, pero también es verdad que tal intervención es a los efectos de “reconocer” la existencia del mismo. Es decir, se reconoce o constata una realidad preexistente. Y ello sucede a menudo en el mundo del Derecho: la “persona”, entendida como sujeto de derechos y obligaciones es ciertamente un concepto jurídico, pero que se asienta sobre una realidad subyacente, el ser humano. Lo mismo sucede en el caso de los pueblos, y cuando los órganos de las Naciones Unidas han reconocido a los mismos, lo han hecho siguiendo ciertos criterios, que se desprenden de su práctica. Ello ha sido destacado por Aureliu Cristescu, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías en su estudio sobre la libre determinación: «... los elementos de una definición [de pueblo] que han surgido de los debates sobre este tema en las Naciones Unidas no pueden ni deben ignorarse. Estos elementos pueden tomarse en consideración en situaciones específicas en las que es necesario decidir si una entidad constituye o no un pueblo apto para disfrutar y ejercer el derecho a la libre determinación: a) el término “pueblo” denota una entidad social que posee una identidad clara y sus características propias; b) implica una relación con un territorio, incluso si el pueblo en cuestión ha sido injustamente expulsado y artificialmente sustituido por otra población; c) un pueblo no debe confundirse con las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, cuya existencia y derechos son reconocidos en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos»²².

Entendemos de particular relevancia al segundo de estos elementos, según el cual el pueblo está relacionado con un territorio determinado. Esta relación estará dada cuando se trata de población autóctona o que ha vivido allí desde tiempos inmemoriales. Como lo señala la autorizada doctrina, la Asamblea General ha precisado que la libre determinación es básicamente un derecho de la población autóctona²³. Ello surge de las resoluciones 2138 (XXI) y 2151 (XXI), sobre la cuestión de Rhodesia del Sur; 2228 (XXI) sobre la cuestión de la Somalia Francesa; 2229 (XXI), 2711 (XXV), 2983 (XXVII) y 3162 (XXVIII) sobre la cuestión del Sahara Occidental; 2795 (XXVI) sobre los territorios bajo administración portuguesa, entre otras. El pueblo autóctono conserva su derecho a la libre determinación incluso si ha sido injustamente expulsado y artificialmente sustituido por otra población. Ello es importante no solo a los efectos de la imprescriptibilidad del derecho, sino también para señalar que esa población que sustituye artificialmente al pueblo no es en sí misma un “pueblo” y no tiene, por lo tanto, derecho a la libre determinación. Así lo ha resuelto la doctrina: «El ejercicio del derecho a la libre determinación sólo corresponde a los pueblos autóctonos y con personalidad inconfundible y no a las poblaciones adventicias oriundas de la potencia colonial, afines a la misma o a su servicio»²⁴.

De esa manera, compartimos la opinión de que solo la población autóctona de un territorio puede constituir un “pueblo” titular de la libre determinación. Como se ha afirmado: «¿qué clase de población es considerada titular del derecho a la libre determinación? La respuesta es clara, se trata de la población autóctona, originaria de dicho territorio (de existir), pues siempre existe el riesgo de que en territorios con poca o nula densidad poblacional se instrumenten políticas demográficas tendientes a crear condiciones ficticias que habiliten el derecho a la libre determinación»²⁵.

²² CRISTESCU, Aureliu: “The right to self-determination. Historical and current development on the basis of United Nations instruments”. Naciones Unidas, Nueva York, 1981. Párr.279.

²³ DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “El Derecho de libre determinación de los pueblos. Colonialismo formal. Neocolonialismo. Colonialismo interno”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional* III, 1987-1989, Córdoba, pp. 193-240. Pág. 213.

²⁴ INSTITUTO HISPANO LUSO AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL: Resolución sobre el Derecho de autodeterminación de los pueblos y su campo de aplicación (Ponente: Antonio GOMEZ ROBLEDO), en *Resoluciones adoptadas en el XI Congreso* (Madrid-Salamanca, 1977). Disponible en: http://www.ihladi.org/resoluciones_XI.pdf

²⁵ BENÍTEZ, Oscar C.: “T.I.J. Asunto de Timor Oriental (Portugal c. Australia). Sentencia de 30 de julio de 1995”, en AA.VV.: *Jurisprudencia internacional comentada*. Lerner. Córdoba, 2002, pp. 275-320. Pág.310.

5. La libre determinación en las disputas sobre soberanía

Así como planteamos que la libre determinación es aplicable a todos los pueblos, y no solo a los pueblos bajo dominio colonial, la práctica de las Naciones Unidas demuestra que no en todos los casos de descolonización tal principio es aplicable.

Podría pensarse a primera vista, que todas las situaciones coloniales presentan el conflicto que podríamos denominar “clásico”, entre una metrópoli o potencia colonial y el pueblo del territorio que ella administra. En tal caso, la situación colonial solo se resuelve mediante el ejercicio de la libre determinación por parte del pueblo del territorio.

Pero no todos los casos son idénticos, y de los dieciséis territorios no autónomos que permanecen en la actualidad, tanto la Asamblea General como el Comité de Descolonización han reconocido la aplicación de la libre determinación en catorce de ellos, y no así en los dos restantes, que presentan características diferentes al conflicto “clásico” planteado, y ciertas similitudes entre sí. Estos casos son los de Gibraltar y Malvinas.

En el caso de Gibraltar, el Reino Unido ocupa y administra desde 1713 un territorio cuya soberanía es reivindicada por España. En el ámbito de las Naciones Unidas, la Asamblea General declaró que el mantenimiento de la situación colonial en Gibraltar es contrario a la Carta y a la resolución 1514 (XV) y pidió que la Potencia administradora ponga fin a esa situación²⁶, invitó a los Gobiernos de España y el Reino Unido a entablar negociaciones²⁷, teniendo en cuenta y salvaguardando los intereses de la población del territorio²⁸, y declaró que la celebración de un referéndum por el Reino Unido en 1967 contravenía sus resoluciones²⁹.

De ello podemos extraer varias consideraciones. Se trata de una situación colonial y como tal es reconocida, pero no responde al modelo clásico; no hay en ella ningún pueblo luchando por su libre determinación frente a su metrópoli, sino una controversia entre dos Estados por la soberanía sobre un territorio. Si bien ello no surge de manera explícita, puede inferirse razonablemente de la insistencia de la Asamblea General en que la cuestión se resuelva mediante negociaciones entre los dos Estados. De hecho, en las resoluciones no se menciona a “pueblo” alguno; solo hay una referencia a la “población” –que, como vimos, no es un pueblo– y la necesidad de que sus intereses –y no sus deseos– sean respetados. Esta referencia puede ser válidamente interpretada como una negativa de la Asamblea General a aplicar la libre determinación en el caso, que se ve ratificada, a nuestro entender, por su rechazo al referéndum que había organizado la Potencia administradora en noviembre de 1967.

Ello significa que la Asamblea General considera inaplicable la libre determinación a esa particular situación colonial. De otra manera, haría referencia a la existencia de un “pueblo” cuya voluntad –y no solo sus intereses– hay que respetar, y no habría rechazado el ejercicio de su derecho a decidir mediante un referéndum. Pero ello no debe inducir a pensar que la Asamblea esté negando derechos a un pueblo solo por el hecho de que se trata de una disputa de soberanía entre dos Estados: lo que sucede es que en ese particular caso *no existe* tal pueblo, y la caracterización de la disputa como interestatal subraya esa idea.

6. Libre determinación e integridad territorial

En ciertas ocasiones, el ejercicio de la libre determinación puede entrar en colisión con la integridad territorial de un Estado, dándose así un conflicto entre dos importantes principios del derecho internacional contemporáneo. Una de las manifestaciones de tal conflicto surge de la propia resolución 1514 (XV), que si bien proclama el derecho a la libre determinación en su párrafo 2, el párrafo 6 contiene una disposición que ha sido interpretada de modo diferente. La misma establece: «*Todo intento encaminado a quebrar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas*».

²⁶ Resoluciones 2353 (XXII) y 2429 (XXIII).

²⁷ Resoluciones 2070 (XX), 2231(XXI), 2353 (XXII), 2429 (XXIII) y 3286 (XXIX).

²⁸ Resoluciones 2231(XXI) y 2353 (XXII).

²⁹ Resolución 2353 (XXII).

Al respecto, consideramos que es necesario analizar cuál es el ámbito de aplicación del párrafo 6, el alcance del principio del respeto a la integridad territorial y, finalmente, si el mismo se aplica en el caso de la lucha de un pueblo por su libre determinación.

Aunque varios y respetados autores –y algunos Estados, como el nuestro– han sostenido que el párrafo 6 de la resolución 1514 (XV) protege la integridad territorial de los Estados soberanos, otra parte de la doctrina entiende que el mencionado párrafo se aplica solamente a los territorios bajo dominación colonial: *«conviene poner de relieve que el párrafo 6 de la resolución 1514 no fue previsto para aplicarse a las reivindicaciones territoriales entre Estados soberanos, sino que ha sido instaurado como cláusula de salvaguardia a fin de proteger la integridad territorial y la unidad nacional de los territorios no autónomos»*³⁰. Esta interpretación parece surgir de la propia resolución, ya que se refiere a “país” y no a “Estado”, y el sentido de la expresión no puede ser diferente a la de “países y pueblos coloniales” contenida en su título. La práctica de las Naciones Unidas parece respaldar esta interpretación cuando, por ejemplo, en el caso de la isla comorana de Mayotte³¹, la Asamblea General condenó la presencia de Francia en Mayotte, por constituir una violación de la unidad nacional, la integridad territorial y la soberanía de la República de las Comoras –que había adquirido su independencia poco tiempo antes–, invocando expresamente la resolución 1514 (XV), al declarar que en ella *«se garantiza la unidad nacional y la integridad territorial»* de los países coloniales³². De ese modo, el objetivo del párrafo 6 es evitar que en el proceso mismo de descolonización, la Potencia colonial –u otro Estado– pretenda introducir modificaciones que ocasionen la ruptura de la unidad nacional o la integridad territorial del territorio que se está descolonizando, y a primera vista no se aplicaría al caso de Estados soberanos³³.

El respeto a la integridad territorial entre Estados, no obstante, está ampliamente reconocido en el derecho internacional. Está expresamente mencionado en el Art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas y en la resolución 2625 (XXV). Se discute su alcance y, en particular, si el mismo es absoluto. Al respecto, la resolución 2625 (XXV) expresa: *«Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descrito y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color»*. Este párrafo ha sido denominado “cláusula de salvaguardia” de la integridad territorial de los Estados y su sentido se interpreta de la siguiente manera: la libre determinación no debe afectar la integridad territorial de los Estados soberanos e independientes, pero en la medida en que se conduzcan de conformidad con el principio de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos y estén, por tanto,

³⁰ LOMBART, Laurent: op. cit. Pág.166.

³¹ Las Comoras eran un territorio no autónomo administrado por Francia, compuesto por cuatro islas principales: Gran Comora, Anjouan, Moheli y Mayotte. El 22 de diciembre de 1974 se celebró en el territorio un referéndum en el que –considerando el archipiélago en conjunto– venció por amplia mayoría la opción de la independencia. Sin embargo, en Mayotte, el resultado fue en contra de la emancipación de Francia. Ello llevó a que la Potencia administradora reconociera la independencia de tres de las islas y organizara dos nuevos referéndums en Mayotte, el 8 de febrero y el 11 de abril de 1976, en los que se ratificó la permanencia en la República Francesa. La Asamblea General condenó y declaró nulos ambos referéndums.

³² Resolución 31/4. La Asamblea General reiteró la condena en las resoluciones 32/7, 34/69, 35/43, 36/105, 37/65, 38/13, 39/48, 40/62, 41/30, 42/17, 43/14, 44/9, 45/11, 46/9, 47/9, 48/56 y 49/18. De similar modo, en la resolución 2232 (XXI), sobre otra cuestión, la Asamblea General reiteró su declaración *«en el sentido de que todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de los territorios coloniales [...] es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y con la resolución 1514 (XV)»*.

³³ De todos modos, cabe reconocer que la práctica de la Organización se muestra errática al respecto. Así, en la resolución 2353 (XXII), ya citada, sobre la cuestión de Gibraltar, la Asamblea General consideró *«que toda situación colonial que destruya parcial o totalmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, y específicamente con el párrafo 6 de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General»*.

*dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color*³⁴. Una interpretación *a contrario* sugiere que un Estado que no se conduzca de conformidad con el principio de libre determinación, es decir, que carezca de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo del territorio, sin discriminación alguna, no está alcanzado por esta garantía. En tal caso, la libre determinación de los pueblos primará sobre su integridad territorial, justificándose el ejercicio de la independencia con efecto de secesión. No obstante los esfuerzos desplegados por algunos Estados³⁵ y parte de la doctrina para demostrarlo, no encontramos por nuestra parte ningún elemento que permita sostener que no es posible interpretar *a contrario* el párrafo. De hecho, creemos que si no se permitiera tal interpretación *a contrario*, se privaría a la cláusula de gran parte de su sentido, ya que de poco valdría la aclaración final si todos los Estados fueran a ver protegida su integridad territorial, incluso aquellos que violan el derecho de los pueblos a la libre determinación. De tal forma, una mera reafirmación del principio de la integridad territorial –sin aclaración alguna– habría bastado. Por lo tanto, según esta interpretación, a la que nos adscribimos, el principio del respeto a la integridad territorial no es absoluto.

Finalmente, es necesario determinar si el respeto a la integridad territorial, aún con su limitado alcance, es un principio a cuyo respeto también estén obligados los pueblos. En ese sentido, la Corte Internacional de Justicia fue breve pero contundente en su opinión consultiva de 22 de julio de 2010 sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo: «*el alcance del principio de integridad territorial se circunscribe al ámbito de las relaciones entre Estados*»³⁶. De ello se colige que un pueblo en ejercicio de su derecho a la libre determinación no está obligado a respetar la integridad territorial del Estado o Estados que reclamen soberanía sobre el territorio en que el pueblo está asentado.

IV. Aplicación de la libre determinación a Malvinas

Tras haber analizado los principales aspectos de la libre determinación, pasamos a la cuestión central de este trabajo: ¿se aplica la libre determinación a la cuestión de las Islas Malvinas? Para responder a este interrogante, debemos formularnos otros tres con anterioridad, los que, de acuerdo a lo que hemos expuesto, son los siguientes: ¿existe un “pueblo” malvinense titular del derecho a la libre determinación?, ¿cuál es la naturaleza de la controversia sobre las Islas Malvinas? y, finalmente, ¿cómo se afectaría la integridad territorial de los Estados involucrados?

1. La existencia de un “pueblo” malvinense

Hemos señalado más arriba que un pueblo titular del derecho a la libre determinación es una entidad social que posee una identidad clara y características propias que lo distinguen, y que a la vez tiene una particular relación con un territorio, es decir, que está constituido por la población autóctona u originaria de ese territorio. En el caso de Malvinas, este requisito no se cumple. La población no es autóctona del territorio ni está vinculada a él desde tiempos inmemoriales. Por el contrario, la mayoría de la población es nativa o descendiente de nativos de la potencia colonial, el Reino Unido, como lo demuestra el último censo llevado a cabo en las

³⁴ Se ha hecho notar que el derecho de un pueblo a separarse de un Estado como *ultima ratio* había sido reconocido por la segunda Comisión de la Sociedad de Naciones en conexión con el caso de las Islas Aaland: «*La separación de una minoría del Estado del cual forma parte y su incorporación a otro Estado solo puede ser considerada como una solución por completo excepcional, un último recurso cuando el Estado carece de la voluntad o del poder para sancionar y aplicar garantías justas y efectivas*» (*Report of the Commission of Rapporteurs Presented to the Council of the League*, Documento B.7.21/68/106, 16 de abril de 1921). Las “garantías” a las que se refiere, son, según la propia Comisión, las vinculadas a la preservación del carácter social, étnico y religioso del pueblo de que se trate.

³⁵ En su declaración escrita citada en la nota 17, la Argentina se opone –sin éxito a nuestro entender– a la interpretación *a contrario* de la disposición.

³⁶ CIJ: *Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión consultiva*. Documento A/64/881. Naciones Unidas, Nueva York, 2010. Párr.80.

islas³⁷. Asimismo, desde 1983, en virtud de la *British Nationality (Falkland Islands) Act*, los isleños son nacionales británicos³⁸. El propio Reino Unido lo reconoce en su “Libro Blanco” ya citado: «*La mayoría de la población de las Islas Falkland [sic] son británicos por nacimiento o por ascendencia*»³⁹.

Es decir, estamos frente a una población que resulta difícil de distinguir de la población de la potencia colonial étnica, lingüística y jurídicamente.

Por su parte, tanto la Asamblea General como el Comité de Descolonización⁴⁰ se han referido de manera constante a la “población” del territorio y a la necesidad de que se tengan debidamente en cuenta sus “intereses”, y no sus “deseos”, mientras que –con excepción de Gibraltar (como ya vimos)– con respecto a los demás territorios no autónomos, siempre se refieren a sus “pueblos”.

La postura del gobierno argentino al respecto es muy clara: «*Los intereses de los habitantes y no sus deseos son los que deben ser tenidos en cuenta, según lo indicado por las Naciones Unidas en los distintos documentos relativos a la Cuestión de las Islas Malvinas. Ello es así porque la Organización entendió que una población transplantada por la Potencia colonial, como es la actual de las Islas Malvinas, no es un pueblo con derecho a la libre determinación ya que no se diferencia del pueblo de la metrópoli. El carácter británico de esa población ha sido reconocido por el Reino Unido, y, desde 1983, sus integrantes tienen status de ciudadanos británicos, de acuerdo con la Ley de Nacionalidad Británica en vigor a partir de ese año. Si en el caso de las Malvinas se admitiera la autodeterminación de los actuales habitantes, cuyo carácter y nacionalidad son británicos, se estaría admitiendo que un grupo de personas de la propia Potencia colonial decidiese el destino de un territorio que es reclamado por otro Estado al que esa Potencia despojó por un acto de fuerza hace casi doscientos años*»⁴¹.

Tal postura en nada difiere con los argumentos que aquí planteamos y que permiten afirmar, sin mayor hesitación, que la población de las Islas Malvinas, por no ser autóctona, sino implantada por la potencia colonial, por no distinguirse de la población de ésta, étnica, lingüística ni jurídicamente, *no es* un pueblo, y por lo tanto, carece del derecho a la libre determinación. Como consecuencia de ello, su naturaleza como tal no ha sido –ni puede ser– reconocida por los órganos de las Naciones Unidas encargados del proceso de descolonización. Autorizada doctrina confirma esta apreciación: «*Los pobladores de Malvinas no constituyen ni*

³⁷ De los 2630 habitantes mayores de diez años en 2006, solo 1090 (el 41%) habían nacido en las islas. De los restantes 1540 habitantes, 1155 (43,92% de la población mayor de diez años) nacieron en el Reino Unido o en Santa Helena, una de sus dependencias. Tomado sobre el total de la población de la noche del censo (3000), solo el 44,63% nació en las islas, y el 41,56% en el Reino Unido y sus dependencias. Todos estos datos se encuentran disponibles en <http://www.falklands.gov.fk/documents/Census%20Report%202006.pdf>.

³⁸ De acuerdo al censo de 2006, de un total de 3000 personas, el 89,93% tenía nacionalidad británica. El dato no es menor, por dos razones. La primera es que la nacionalidad ha sido definida por la Corte Internacional de Justicia como «*un vínculo jurídico que tiene en su base un hecho social de apego, una solidaridad efectiva de existencia, de intereses, de sentimientos junto a una reciprocidad de derechos y de deberes. Es, puede decirse, la expresión jurídica del hecho de que el individuo al que se le confiere, sea directamente por la ley, sea por un acto de la autoridad, está, de hecho, más estrechamente relacionado a la población del Estado que se la confiere que a la de cualquier otro Estado*» (CIJ: *Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, Arrêt du 6 avril 1955, C. I. J. Recueil 1955, p. 4, Pág.123) y si los isleños tienen un vínculo real y efectivo con el Reino Unido, ¿cómo pueden entonces constituir un “pueblo” diferente al pueblo británico? La segunda razón es que al conceder unilateralmente la nacionalidad británica, el Reino Unido cae en una nueva y manifiesta contradicción con la libre determinación de los isleños que afirman defender, por cuanto tal decisión debiera ser consecuencia de la voluntad libremente manifestada de los mismos, si constituyeran un “pueblo”.

³⁹ FOREIGN & COMMONWEALTH OFFICE: op. cit. Pág.100.

⁴⁰ Resoluciones 2065 (XX), 37/9 y 39/6, de la Asamblea General; y resoluciones A/AC.109/756, A/AC.109/793, A/AC.109/842, A/AC.109/885, A/AC.109/930, A/AC.109/972, A/AC.109/1008, A/AC.109/1050, A/AC.109/1087, A/AC.109/1132, 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 resoluciones 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 y el 14 de junio de 2012.

⁴¹ <http://www.cancilleria.gov.ar/portal/sereee/malvinas/home.html>

nación, ni pueblo, ni siquiera grupo étnico particular, ya que sus características diferenciadoras no nacen de su esencia sino son fruto de cuestiones de índole político-administrativa en la relación con la metrópoli. La población tanto en 1833 como en la actualidad es prolongación de la autoridad metropolitana, la que ha actuado como poder colonialista en relación a Argentina usurpando parte de su territorio y desconociendo los derechos de legítimos pobladores»⁴².

2. Naturaleza de la controversia sobre las Islas Malvinas

Se apuntó que no todos los casos de descolonización son idénticos ni se resuelven necesariamente mediante la aplicación de la libre determinación, en particular, si se trata de una controversia entre dos Estados acerca de la soberanía sobre determinado territorio. Creemos que el punto se advierte con mucha más claridad si lo trasladamos a la cuestión de Malvinas. En este caso, la Asamblea General y el Comité de Descolonización, en las resoluciones ya citadas, han reconocido la existencia de una cuestión colonial en el territorio a la que hay que poner fin, han instado a la Argentina y al Reino Unido a celebrar negociaciones para encontrar una solución pacífica al problema, respetando los intereses de la población del territorio y han pedido a ambas partes que se abstengan de modificaciones unilaterales de la situación mientras las Islas atraviesen el proceso recomendado, pero, además –y a diferencia de lo que vimos en el caso de Gibraltar– han reconocido *expresamente* la existencia de una disputa entre los gobiernos de la Argentina y del Reino Unido acerca de la soberanía sobre las islas.

Si en el caso de Gibraltar reconocimos que se trata de una disputa de soberanía en que la libre determinación no puede ser aplicada, *a fortiori* la misma no puede aplicarse al caso de Malvinas. En primer lugar, porque, como dijimos más arriba, no hay en ella ningún pueblo titular del derecho a la libre determinación, y en segundo lugar –y relacionado a ello– porque esta situación colonial es una controversia de soberanía entre dos Estados, que los órganos de las Naciones Unidas han reconocido solo puede resolverse mediante negociaciones entre los mismos. Una vez más, encontramos fundada conforme a Derecho la postura argentina al respecto: «...la comunidad internacional al reconocer la existencia de una disputa de soberanía relativa a la Cuestión de las Islas Malvinas, al especificar su carácter bilateral entre la Argentina y el Reino Unido y al establecer que debe ser resuelta por la vía pacífica de la negociación entre las partes, haciendo referencia expresa a los intereses –y no a los deseos de los habitantes de las islas– excluye la aplicación del principio de autodeterminación»⁴³.

3. La afectación de la integridad territorial

En este aspecto, comenzaremos por el análisis de la postura argentina en la cuestión Malvinas: «...la Resolución 1514 (XV) “Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales” [...] proclamó “la necesidad de poner fin, rápida e incondicionalmente, al colonialismo en todas sus formas y manifestaciones”, consagrando dos principios fundamentales que debían guiar el proceso de descolonización: el de autodeterminación y el de integridad territorial. Esta Resolución establece en su párrafo sexto que “todo intento encaminado a quebrar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”. Esta limitación impuesta al principio de autodeterminación implica que éste cede ante el respeto a la integridad territorial de los Estados»⁴⁴.

Por su parte, aunque en otro contexto⁴⁵, el Reino Unido sostiene: «La protección de la integridad territorial de los Estados es una protección “en las relaciones internacionales”. No es una garantía de la permanencia del Estado como éste existe en cualquier tiempo dado ni se aplica a movimientos secesionistas dentro del territorio del Estado. Generalmente hablando, el

⁴² DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “Dos cuestiones Territoriales Argentinas: Malvinas-Antártida”. Marcos Lerner. Córdoba, 1992. Pág. 19. Nota 50.

⁴³ <http://www.cancilleria.gov.ar/portal/sere/malvinas/home.html>

⁴⁴ <http://www.cancilleria.gov.ar/portal/sere/malvinas/home.html>

⁴⁵ Durante el ya mencionado proceso consultivo ante la Corte Internacional de Justicia por la independencia de Kosovo.

derecho internacional no prohíbe la separación de parte del territorio de un Estado que surja de un proceso interno. Planteando la misma proposición en otros términos, aunque la integridad territorial de un Estado está protegida en el derecho internacional, esta protección ha sido extendida con carácter general solo en la medida en que concierne al uso de la fuerza y la intervención por parte de terceros Estados. No ha sido extendida al punto de proveer una garantía de la integridad del territorio de un Estado contra desarrollos internos que puedan llevar con el tiempo a la disolución o reconfiguración del Estado»⁴⁶.

Tenemos así dos visiones opuestas. Para la Argentina, el respeto a la integridad territorial es absoluto, prima sobre la libre determinación y se funda, entre otros, en el párrafo 6 de la resolución 1514 (XV). Para el Reino Unido, no es un principio absoluto, y su aplicación se limita a las relaciones entre Estados.

Las consideraciones que efectuamos más arriba nos permiten sostener que no es del todo exacto fundar la posición argentina sobre Malvinas en el párrafo 6 de la resolución 1514 (XV) – que, como se vio, no parece tener por objeto la protección de la integridad territorial de Estados soberanos– así como en una supuesta primacía de la integridad territorial sobre la libre determinación –que tanto la resolución 2625 (XXV) como la opinión de la Corte Internacional de Justicia se encargan de descartar–.

Sin embargo, lejos estamos de afirmar que el principio del respeto a la integridad territorial no se aplique a la cuestión Malvinas. Al contrario, creemos que se aplica con todo su vigor. Para ello nos fundamos en los siguientes argumentos: en primer lugar, y como se dijo, la cuestión Malvinas es una controversia de soberanía entre Estados, y entre los mismos, el respeto a la integridad territorial sigue siendo un principio fundamental y reviste un carácter absoluto. En segundo lugar, para que el principio cediera, tendríamos que estar frente a un ejercicio del derecho a la libre determinación de un pueblo; como en el caso de Malvinas –según se afirmó– no hay un pueblo, la libre determinación no se aplica y en consecuencia no se configura excepción alguna al principio del respeto a la integridad territorial de los Estados.

Demostrada la aplicación del principio en la especie, forzoso resulta concluir que el mantenimiento de la situación colonial en las Islas Malvinas es una violación palmaria de la integridad territorial de la República Argentina.

V. Malvinas no es Kosovo

Cuando el 17 febrero de 2008 Kosovo declaró su independencia de Serbia, los medios y algunos analistas en la Argentina lo sindicaron como un peligroso precedente para la cuestión Malvinas. Inclusive, y pese a que no hubo una declaración oficial al respecto, ese sería uno de los fundamentos del gobierno argentino para no reconocer al nuevo Estado⁴⁷, de modo de no convalidar una situación que brindara posibles argumentos para la “libre determinación” de los isleños. ¿Es justificado este temor? ¿Es Kosovo un caso análogo a Malvinas?

Creemos no es necesario un profundo análisis para concluir que la presunta analogía entre ambas situaciones no es tal. Para ello basta con someter la situación de Kosovo a los tres interrogantes que planteamos para Malvinas.

Con relación al primero, ciertamente existe un “pueblo” kosovar. De etnia y lengua albanesa, y de mayoría religiosa musulmana, su presencia en el territorio se remonta al menos hasta la Edad Media. Es, por lo tanto, una entidad social con una clara identidad común y con características étnicas, lingüísticas y religiosas propias diferentes a la población serbia, y están vinculados históricamente al territorio en el que se encuentran, sin que pueda hablarse de un poblamiento artificial o de una “población implantada”. Incluso recurriendo a la estricta noción jurídica, podemos encontrar en documentos internacionales el reconocimiento de la calidad de “pueblo” para la población de Kosovo. Así, la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad,

⁴⁶ Declaración escrita del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Párr. 5.9 y 5.10. Disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15638.pdf>

⁴⁷ “Por las Malvinas, el Gobierno decidió no reconocer a Kosovo”, Clarín, 20 de febrero de 2008. Disponible en: <http://edant.clarin.com/diario/2008/02/20/elpais/p-00701.htm>

fijó como objeto de la administración internacional, que «*Kosovo tenga una administración provisional bajo la cual su pueblo pueda gozar de una autonomía sustancial*» dentro de Yugoslavia (subrayado añadido). Aunque lo limita claramente, no deja de reconocer que Kosovo tiene un “pueblo”, y esa autonomía tampoco deja de ser una forma de ejercicio del derecho de libre determinación. Por otra parte, el Capítulo 8 de los Acuerdos de Rambouillet (S/1999/648), se refiere a que el mecanismo de solución final para Kosovo se definirá «*sobre la base de la voluntad del pueblo*», sin ningún tipo de limitación. Se puede aceptar (al menos para este limitado análisis) que existe un pueblo kosovar titular del derecho a la libre determinación.

Por lo que respecta al segundo interrogante, y no obstante la multiplicidad de actores que intervienen, el conflicto central en la situación se plantea entre el Estado serbio y el pueblo kosovar –o, si se quiere, la mayoría albanesa de la población de Kosovo–. Aunque no se trata de una controversia de tipo colonial, sí reviste el carácter de un conflicto de naturaleza independentista –o, si se quiere, secesionista– entre un Estado y una entidad no estatal, que nosotros calificamos como un pueblo. No se trata, en ningún caso, de una controversia entre Estados.

Finalmente, y con relación al tercer interrogante, debemos recordar que la misma Corte Internacional de Justicia no aplicó el principio de integridad territorial a la situación de Kosovo por considerar que su ámbito está limitado a las relaciones interestatales. No obstante las críticas que ello depara, creemos que es posible recurrir a otro argumento en virtud del cual también cedería el principio de integridad territorial ante la libre determinación, y es la “cláusula de salvaguardia” de la resolución 2625 (XXV): no es posible afirmar que, en el período anterior a la formación de la administración internacional de Kosovo, el Estado serbio se haya conducido “de conformidad con el principio de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos” y haya estado, por tanto, dotado “de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color” –condiciones a las que, según vimos más arriba, se sujeta el principio del respeto a la integridad territorial–. De tal manera, al haber impedido el ejercicio del aspecto interno de la libre determinación del pueblo kosovar –y para ello sólo basta con repasar los trágicos hechos de la década del ’90–, Serbia ya no habría podido ampararse en el principio de integridad territorial.

No forma parte de este trabajo el análisis profundo de la legalidad de la independencia de Kosovo a la luz de todas las disposiciones aplicables, ya que en nada se modificaría nuestra conclusión. Las respuestas a los tres interrogantes formulados son diametralmente opuestas: en el caso de Kosovo estamos ante un pueblo con todas sus características, mientras que en la cuestión Malvinas no; el conflicto de Kosovo se da entre un Estado y un pueblo, mientras que en la cuestión Malvinas es entre dos Estados; y el principio de integridad territorial o bien no resulta de aplicación, o debe ser matizado en Kosovo, mientras que en Malvinas mantiene todo su vigor.

Estas diferencias, esenciales y no meramente accidentales, demuestran que Kosovo no es un caso análogo al de las Islas Malvinas, y hacen que no pueda ser considerado como un verdadero precedente –en ningún sentido– para la cuestión⁴⁸.

VI. Conclusión

A lo largo de estas páginas, hemos afirmado que la población de las Islas Malvinas, por no ser autóctona, sino implantada por la potencia colonial, por no distinguirse de la población de ésta, étnica, lingüística ni jurídicamente, no es un pueblo, careciendo, por lo tanto, del derecho a la libre determinación, y que como consecuencia de ello, su naturaleza como tal no ha sido –ni puede ser– reconocida por los órganos competentes de las Naciones Unidas. Afirmamos también que la libre determinación no se ha aplicado ni se aplica a situaciones coloniales cuya naturaleza sea la de una controversia de soberanía sobre un territorio entre dos Estados, lo cual sucede en la especie y ha sido reconocido por la comunidad internacional. Finalmente, sostenemos que, en lo

⁴⁸ Ello no implica negar el valor que pueden llegar a tener algunas de las conclusiones de la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre la independencia de Kosovo, en particular en lo que respecta a las declaraciones de independencia en el derecho internacional general.

relativo al principio del respeto a la integridad territorial, aunque la postura argentina está basada en premisas que no son exactas, su conclusión es acertada: dicho principio se aplica con todo su vigor a la controversia sobre las Malvinas.

Creemos así estar en condiciones de responder a nuestro interrogante inicial y, en ese sentido, no es necesario ahondar demasiado para concluir que *el principio de libre determinación no se aplica ni puede aplicarse a la cuestión de las Islas Malvinas*. Su invocación por parte del Reino Unido tiene solo motivaciones políticas, careciendo –como se demostró aquí– de fundamento jurídico alguno, y con el claro objetivo de entorpecer y obstaculizar todo intento de arreglo pacífico de la controversia.

Esta actitud del Reino Unido es merecedora de un doble reproche: por un lado, porque está destinada a perpetuar el mantenimiento de una situación colonial, en palmaria violación de la integridad territorial de un Estado soberano –y así, de todos los principios de derecho internacional aplicables–; y, por el otro, porque constituye una manipulación política de un principio que ha sido considerado por la Corte Internacional de Justicia como «*uno de los principios esenciales del derecho internacional contemporáneo*»⁴⁹.

También, el análisis propuesto permite afirmar que la situación de Kosovo no es análoga a la de Malvinas, y por lo tanto, debe descartarse como eventual “precedente” para la resolución definitiva de la controversia de soberanía.

A modo de corolario de lo afirmado, nos permitimos en este momento reflexionar sobre el ya mencionado referéndum que se pretende convocar en las islas para la primera mitad del año 2013⁵⁰ sobre el futuro de la condición política del territorio. De acuerdo a las conclusiones arribadas, tal referéndum carece de validez como ejercicio de libre determinación (en tanto no participa de él ningún pueblo) y no puede reconocérsele efecto jurídico alguno.

Sin embargo, y no obstante la nulidad intrínseca del mismo, creemos de gran importancia que la República Argentina redoble el esfuerzo diplomático a los fines de obtener un pronunciamiento de la Asamblea General de las Naciones Unidas –y no solo del Comité de Descolonización– que rechace la celebración del referéndum, por contravenir sus resoluciones sobre la cuestión, al pretender introducir una modificación unilateral sobre la condición jurídica del territorio en disputa. Como vimos, existen antecedentes en que la Asamblea ha rechazado sendos referéndums en casos análogos, y existen también sobrados motivos que justifican un rechazo similar en la especie.

De otro modo, entendemos, se correría el riesgo de una eventual convalidación tácita de lo actuado por el Reino Unido y por los isleños, lo cual podría debilitar política y diplomáticamente la posición argentina, por lo demás muy bien sustentada en la fuerza del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- BASDEVANT, Jules (Dir.): “Dictionnaire de la terminologie du droit international”, Sirey, Paris, 1960.
- BENÍTEZ, Oscar C.: “T.I.J. Asunto de Timor Oriental (Portugal c. Australia). Sentencia de 30 de julio de 1995”, en AA.VV.: *Jurisprudencia internacional comentada*. Lerner. Córdoba, 2002, pp. 275-320.
- BORRÁS, Alegría (ed.): “La independencia de Kosovo ante la Corte Internacional de Justicia”. AEPDIRI-Marcial Pons. Madrid, 2011.
- CALOGEROPOULOS-STRATIS, S.: “Le droit des peuples à disposer d’eux-mêmes”, Bruylant, Bruselas, 1973.

⁴⁹ CIJ: *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 90, Para.29

⁵⁰ <http://www.penguin-news.com/index.php/news/politics/item/354-falkland-islands-to-hold-referendum-on-political-future>

- CDI: “Informe de la Comisión de Derecho Internacional 53º Período de sesiones”. Naciones Unidas. Nueva York, 2001.
- CIJ: *Affaire Nottebohm (deuxième phase), Arrêt du 6 avril 1955, C. I. J. Recueil 1955*, p. 4.
- CIJ: *Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión consultiva*. Documento A/64/881
- CIJ: *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado. Opinión consultiva*. Documento A/ES-10/273. Naciones Unidas, Nueva York, 2004.
- CIJ: *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l’Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif C.I.J. Recueil 1971*, p. 16.
- CIJ: *Sahara occidental, avis consultatif; C.I.J. Recueil 1975*, p. 12
- CIJ: *Timor oriental (Portugal c. Australie), arrêt, C.I.J. Recueil 1995*, p. 90.
- CRISTESCU, Aureliu: “The right to self-determination. Historical and current development on the basis of United Nations instruments”. Documento E/CN.4/Sub.2/404/Rev.1. Naciones Unidas, Nueva York, 1981.
- DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel: “Las organizaciones Internacionales”. Editorial Tecnos, Madrid, 2003.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel: “Instituciones de Derecho Internacional Público”. Decimosexta edición. Tecnos. Madrid, 2007.
- DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “Dos cuestiones Territoriales Argentinas: Malvinas-Antártida”. Marcos Lerner. Córdoba, 1992.
- DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “El Derecho de libre determinación de los pueblos. Colonialismo formal. Neocolonialismo. Colonialismo interno”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional III*, 1987-1989, Córdoba, pp. 193-240.
- DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “Malvinas. ¿El derecho de la fuerza o la fuerza del Derecho?”. Marcos Lerner Editora. Córdoba, 1999.
- FINO, Luciano y PEZZANO, Luciano: “Malvinas y la libre determinación de los pueblos”. Primer premio del concurso de ensayos “Malvinas y la Universidad”. Inédito.
- FOREIGN & COMMONWEALTH OFFICE: “The Overseas Territories. Security, Success and Sustainability”. Londres, 2012. Disponible en: <http://www.fco.gov.uk/resources/en/pdf/publications/overseas-territories-white-paper-0612/ot-wp-0612>
- GROS ESPIELL, Héctor: “The right to self-determination. Implementation of United Nations Resolutions”. Documento E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1. Naciones Unidas, Nueva York, 1980.
- INSTITUTO HISPANO LUSO AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL: Resolución sobre el Derecho de autodeterminación de los pueblos y su campo de aplicación (Ponente: Antonio GOMEZ ROBLEDO), en *Resoluciones adoptadas en el XI Congreso* (Madrid-Salamanca, 1977). Disponible en: http://www.ihladi.org/resoluciones_XI.pdf
- KOHEN, Marcelo G.: “La libre determinación de los pueblos y su relación con el territorio”, en DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Coord.): *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*. Tomo II. Drnas-Lerner Editores. Córdoba, 2003.
- LOMBART, Laurent: “Gibraltar et le droit à l’autodétermination – Perspectives actuelles”. *Annuaire Français de Droit International LIII – 2007 – CNRS Éditions*, Paris, pp. 157-181.

- NACIONES UNIDAS: “Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos.” Nota de la Secretaría – Volumen II. Documento HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.II). Ginebra, 2008.
- PASTOR RIDRUEJO, José A.: “Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales”. Decimoquinta edición. Tecnos, Madrid, 2011.
- PEZZANO, Luciano: “Carta de las Naciones Unidas comentada, concordada y anotada”. Inédita.
- PEZZANO, Luciano: “De Namibia a Kosovo”. Revista INIURE, Año 1, Vol. 1. La Rioja (Argentina), 2011. pp.75-121. Disponible en <http://iniure.unlar.edu.ar/A1V1/PEZZANO%20IN%20IURE%20A1%20V1.pdf>