

REVISTA DE DERECHO UNS

AÑO XI. NÚMERO V



DEPARTAMENTO DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR



DIRECTORA

Hernández, Lucía

VICEDIRECTOR

Molina, Pablo A.

SECRETARIO/A DE**REDACCIÓN**Dellerba, Juan Cruz
Nungesser, Aldana G.**CONSEJO DE REDACCIÓN**Cornacchini, Gianfranco
Didriksen, Lis
Donato, Renata
Folgar Tarocco, Ana M.
Grün, Bruno A.
Nani, Sofia
Pellegrino, Miguel Ángel
Puig, Agustina B.
Rawson, Valeria C.
Reynal, Florencia
Riera, Franco R.**COORDINADORES DOCENTES**Arrué, Federico D.
Urruti, Leonardo**COMITÉ ACADÉMICO****Miembros externos**Álvarez, Gonzalo (UBA)
Amaya, Amalia (UNAM – MÉXICO)
Beloff, Mary (UBA)
Bullain, Iñigo (UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO)
Cafferatta, Néstor (UBA – INSTITUTO PLANETA VERDE)
Candelario Macías, María I. (UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID)
Caumont, Arturo (UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA DE URUGUAY)
Ciuro Caldani, Miguel A. (UNR)
Clérico, María L. (UBA)
Frustagli, Sandra (UNR)
Giosa, Laura (UNICEN)
Gómez Ligüerre, Carlos (UNIVERSIDAD POMPEU FABRA)
Hernández, Carlos (UNR)
Márquez, José F. (UNC)
Nadalini, Gustavo (UNR)
Otero, Juan M. (UNRN)
Pou Giménez, Francisca (ITAM – MÉXICO)
Seguí, Adela M. (UNIVERSIDAD NACIONAL DE TUCUMÁN)
Sieckmann, Jan**Miembros locales**Acciarri, Hugo A.
Ares, José L. M.
Arruiz, Mario
Arruiz, Sebastián
Bouzat, Andrés
Conghos, Eduardo
Cortazar, María G.
d'Empaire, Eduardo
De la Cruz, Nicolás
Di Gerónimo, Pablo
Doiny Cabré, Cristobal
Duprat, Carolina
Foglia, Sebastián
Graziabile, Darío
Irigoyen Testa, Matías
Iuale, Corina A.
Linares Lejarraga, Sebastián
López Camelo, Guillermo
Martella, Ariel
Martínez, Jessica
Morresi, Jorge
Navarro, Pablo
Pazos Crocitto, Guillermo
Pellegrini, María V.
Peralta Mariscal, Leopoldo
Picado, Leandro
Pipo, María M.
Ribichini, Guillermo E.
Zelaya, Mario

Revista de Derecho UNS

ISSN 2314-0747

Año XI. Número V

Departamento de Derecho
Universidad Nacional del Sur

©2022 Edians

Diagramación: Fabian Luzi

Editorial de la Universidad

Nacional del Sur

ediuns@uns.edu.ar

www.ediuns.com.ar

PRÓLOGO

“Lo importante es no dejar de hacer preguntas”

ALBERT EINSTEIN

Hace ya más de dos años que nuestra vida cotidiana se vio profundamente alterada por la irrupción de una pandemia que al poner en jaque los sistemas sanitarios de todo el mundo, provocó una serie de crisis que han marcado la evolución de nuestras sociedades y generado importantes daños que han alcanzado muy distinta intensidad según grupos sociales y territorios. El ser humano no ha tenido otra alternativa que adaptarse a los cambios provocados y, en tales circunstancias, nuestra disciplina no ha podido quedarse atrás. Una vez más, el derecho se ha transformado para seguir siendo una valiosa herramienta al servicio de la sociedad.

En este contexto, hoy nos complace poder presentar la quinta edición de *Revista de Derecho UNS*, donde han publicado trabajos tanto estudiantes como docentes de esta Universidad, aportando valiosas enseñanzas para nuestro ámbito de estudio.

Quienes se adentren en su lectura, encontrarán novedosos artículos referidos a variadas temáticas que revisten actualidad jurídica, tanto nacional como internacional. Los trabajos publicados abordan diversas materias y tópicos tales como Derechos Humanos, Ciencias Políticas, Derecho Animal, Covid-19, Inteligencia Artificial, Tecnología de la Información, Género, Contexto de Encierro, Interés Superior del Niño/a, Derecho Internacional Público, Seguridad Pública, entre otros; todos los cuales promueven el avance de la ciencia jurídica.

Precisamente, la Revista de Derecho en el ámbito del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur, se pretende erigir como un espacio de enseñanza, aprendizaje y participación, sin más requisito que la excelencia académica, el esfuerzo y la dedicación. Se trata de un espacio en el que tanto alumnos/as como docentes tienen la oportunidad de intercambiar ideas e inquietudes sobre aquellos temas jurídicos que mayor interés revisten, tanto en el ámbito académico como en el profesional.

Nos enorgullece contar en esta edición con gran cantidad de trabajos en la sección «Ensayos», escritos por estudiantes de nuestra Casa de Estudios. Agradecemos y felicitamos a sus autores. Asimismo, destacamos la importancia de que cada vez más jóvenes se embarquen en la valiosa e imprescindible tarea de investigar y reafirmamos nuestro compromiso de promover la formación de estudiantes interesados en hacer cuestionamientos, expresar ideas, elaborar propuestas de interés y contribuir al avance de esta amplísima disciplina que es el derecho.

Por otro lado, nos halaga enormemente que profesionales del ámbito local hayan elegido esta Revista para la publicación de sus artículos en la sección «Doctrina». Es un honor para quienes la integramos poder dar a conocer sus trabajos a la comunidad académica.

Por último, expresamos nuestro más sincero agradecimiento a los/as estudiantes que se desempeñan como integrantes de la Secretaría y del Consejo de Redacción de esta Revista, a los/as docentes que forman parte de su Comité Académico, así como a los docentes colaboradores por su loable acompañamiento durante la preparación de esta edición. El comprometido trabajo en equipo, permitió que otra vez podamos tener un nuevo número de *Revista de Derecho UNS*, en aras fomentar la investigación científica, la crítica y el debate abierto y responsable.

Lucía Hernández y Pablo A. Molina

COMISIÓN DIRECTIVA

ÍNDICE

»DOCTRINA«

| | |
|--|----|
| Ciudades de 24 horas: reflexiones y desafíos para una regulación específica de la nocturnidad. Inés Alvarez | 8 |
| Separatismo y reivindicación territorial: el principio de libre determinación como argumento de las distintas partes en conflicto. Federico D. Arrué y Marcos G. Fernandez Peña..... | 20 |
| Deficiencias del procedimiento de convocatoria a asamblea como herramienta para relegar los intereses de las minorías societarias. Valeria D. Codon | 44 |
| El reconocimiento del Covid-19 como enfermedad profesional no listada en el ámbito de las comisiones médicas. <i>Aspectos procedimentales.</i> Khalil H. Ilarrescape Majluf..... | 54 |
| Víctimas de violencia institucional: especial vulnerabilidad de las mujeres trans en contextos de encierro. Situación en la Provincia de Buenos Aires. Julieta Lazarte..... | 65 |
| La pandemia y la importancia del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en los casos de violencia de género. Melina Schwab y Gimena Hernandez | 87 |
| | |
| »ENSAYOS« | |
| Covid e inteligencia artificial: su influencia en los seguros de automotores. Ezequiel Berdini..... | 96 |

Responsabilidad Internacional de China por el Covid-19: un análisis desde el Derecho Internacional Público.
Sabina Fernández 105

La emergencia ¿indefinida? ocasionada por la pandemia del Covid-19 y el decreto de necesidad y urgencia.
Candela Giambartolomei 115

Los animales no humanos como seres sintientes.
Jeanette L. Meloni..... 122

Desafíos actuales para garantizar el interés superior del niño en casos de restitución internacional de menores.
Rosario Valverde..... 133

La necesidad de un agravante genérico para los delitos cometidos a razón de la orientación sexual, identidad de género o su expresión.
Javier Yabante y Nicolás Roldán Di Giacomo..... 143

Pandemia y restricción al ejercicio de los derechos en Argentina: un enfoque de Derechos Humanos a partir del principio de no regresividad.
Gastón Alejandro Zoltko..... 152

Reglas de estilo 161
Indicaciones para el autor 166

SEPARATISMO Y REIVINDICACIÓN TERRITORIAL: EL PRINCIPIO DE LIBRE DETERMINACIÓN COMO ARGUMENTO DE LAS DISTINTAS PARTES EN CONFLICTO.

SEPARATISM AND TERRITORIAL CLAIM: THE PRINCIPLE OF SELF-DETERMINATION AS ARGUMENT OF THE DIFFERENT PARTIES IN CONFLICT.

Federico D. Arrué*

Marcos G. Fernandez Peña**

Sumario: I. Introducción y esquema del trabajo. II. El fenómeno del separatismo. II.1. Clasificación según su finalidad última. III. Los conflictos territoriales entre Estados soberanos. IV. El problema del tercer actor: movimiento de separatismo independentista en paralelo a conflicto territorial. V. El argumento ambiguo: principio de libre determinación de los pueblos. Origen y desarrollo. VI. Los límites difusos de la titularidad del principio de autodeterminación. VII. Los argumentos de las partes en conflictos. VIII. Una propuesta clarificadora. VIII.1. Inexistencia del derecho de autodeterminación. VIII.2. Problemas subsistentes. IX. Problemas de la configuración parcial de las excepciones. X. La propuesta de concordia. XI. Palabras finales. XII. Bibliografía.

Resumen

La importancia que reviste el derecho a la libre determinación de los pueblos como herramienta para el respeto a los Derechos Humanos es directamente proporcional a la vaguedad con que éste ha sido formulado. Como consecuencia, ha quedado sujeto a la manipulación tanto por parte de Estados como de movimientos políticos para utilizarlo como herramienta argumentativa funcio-

* Abogado, Especialista en Derecho Penal y Magister en Derecho. Docente de las cátedras de Filosofía del Derecho y Ciencias Políticas en la carrera de Abogacía en la Universidad Nacional del Sur. Investigador. Secretario del Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires.

** Abogado y maestrando en Políticas y Estrategias. Becario investigador en la Universidad Nacional del Sur. Miembro del P.G.I. en el marco de la Universidad Nacional del Sur "Guerra, paz y derechos humanos interpelados desde la Ciencia Política y la Sociología. Un abordaje trans-disciplinar" dirigido por el Dr. Caludio Gallegos.

nal a sus intereses particulares y no como instrumento de respeto a los Derechos Humanos. En este trabajo, a través de la exposición de algunos ejemplos históricos y fallos jurisprudenciales, pretenderemos exponer cómo el principio de libre determinación de los pueblos puede ser esgrimido como fundamento de movimientos separatistas y contribuir al conflicto territorial entre Estados. También nos propondremos dar cuenta de la noble, pero compleja, propuesta de solución de consenso.

Palabras Clave: Derecho Internacional – Libre determinación – Conflicto territorial – Separatismo –Pueblo.

Abstract

The importance of the right to self-determination of peoples as a tool to respect Human Rights is directly proportional to the vagueness with which it has been formulated. As a consequence, it has been subject to manipulation by both States and political movements to use it as an argumentative tool functional to their particular interests and not as an instrument of respect for Human Rights. In this work, through the exposition of some historical examples and jurisprudential rulings, we will try to expose how the principle of self-determination of peoples can be used as the foundation of separatist movements and contribute to the territorial conflict between States. We will also propose to account for the noble, but complex, consensus solution proposal.

Key Words: International Law – Self Determination – Territorial conflict – Separatism - People.

1. Introducción y esquema del trabajo.

Es innegable la importancia que reviste el principio de la libre determinación (o derecho a la autodeterminación) de los pueblos como condición necesaria para el respeto a los Derechos Humanos. Sin embargo, esta misma relevancia -así como también la vaguedad de los términos en que fue formulado-, ha traído como consecuencia que éste fuera –y sea- manipulado tanto por Estados como por movimientos políticos para que sea funcional a sus intereses particulares y no al respeto de los Derechos Humanos en general.

Así, el referido principio puede funcionar como fundamento jurídico de las partes implicadas en un conflicto separatista y también en un conflicto territo-

rial entre Estados soberanos. Asimismo, cuando estos dos fenómenos coinciden, se constituye como elemento de primer orden en la disputa conformada, la cual puede, incluso, ser de tipo triangular.

En este breve trabajo procuraremos, en primer lugar, conceptualizar sucintamente el fenómeno del separatismo y cómo este incide en los conflictos territoriales entre Estados. Con posterioridad, reseñaremos las principales aristas del mencionado principio de libre determinación de los pueblos y expondremos cómo éste puede ser esgrimido para fundamentar posiciones opuestas.

En tercer término, propondremos algunas pautas para intentar clarificar los alcances del principio, de acuerdo a las posturas expuestas por la doctrina y la jurisprudencia pertinentes. Daremos cuenta también de la noble –aunque compleja– propuesta de solución de consenso. Por último, cerraremos con unas palabras finales.

II. El fenómeno del separatismo.

Tanto en el ámbito profano como en el de la doctrina jurídico política existe un importante consenso respecto de la esencia de la noción de separatismo. Por este motivo, es posible que afirmemos –sin riesgo de ser controvertidos– que por separatismo se entiende en general *una tendencia, un proyecto, un ideal o movimiento que tiene como meta conseguir que una determinada porción territorial y poblacional de un Estado soberano, se desvincule de éste; es decir, deje de estar sometido a su soberanía.*

A este concepto, formulado en estas palabras o en otras que recojan la misma idea, pueden agregársele como complemento cuestiones tales como los motivos de la tendencia, o la situación jurídico-política o social del territorio y población que se busca separar.¹

Por nuestra parte, preferimos utilizar una noción nuclear de *separatismo* tal como la que enunciamos, para luego tratar como variantes de ésta cuestiones

¹ Para Bobbio, en un sentido histórico-político, el término indica la tendencia de un grupo social o nacional, incluido en una estructura estatal más amplia, a apartarse, reivindicando la propia y completa independencia política y económica. Bobbio, Norberto y otros (Directores), *Diccionario de Política, l-z*, Siglo XXI Editores, Ciudad de México, 1997, p. 1440.

Por otra parte, Osorio, define al separatismo como un “Sentimiento en pro de la independencia de un territorio con respecto a su metrópoli o con ruptura de la unidad nacional previa”. Osorio, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Heliasta, Buenos Aires, 2006, p. 886.

como las antes enunciadas. Asimismo, en este trabajo utilizaremos *separatismo* y *secesionismo*² como sinónimos.

II.1. Clasificación según su finalidad última.

El separatismo puede ser clasificado según diversos criterios, tales como su extensión por uno o por más Estados soberanos, el motivo preeminente de la tendencia -social, político o económico-, los medios utilizados para procurar sus fines, o el estatus del territorio que pretende separar.

Sin embargo, aquí nos detendremos únicamente en la distinción de los diversos fenómenos separatistas en razón de su objetivo último. Desde este punto de vista, podemos diferenciar el separatismo que busca como meta definitiva la independencia de un territorio determinado de aquél que pretende la incorporación -unión- de un territorio a otro Estado ya existente.³

El primer caso lo llamamos *separatismo-independentista* o *independentismo*, pues el territorio escindido brega por adquirir y conservar soberanía indefinidamente.⁴

El segundo caso lo denominamos *separatismo-unionista*, pues su meta última es la unión a otro Estado ya existente. Se busca, entonces, un reajuste de fronteras. De aquí que el *separatismo-unionista* se corresponda, en general, con una reivindicación territorial de un Estado soberano a otro y que por esto mismo se vea ayudado, al menos en alguna medida, en su política por el Estado que reclama la incorporación del territorio secesionista.⁵

Puede que el ajuste de fronteras se consiga en un solo acto, con el traspaso del territorio de un Estado soberano a otro Estado soberano. En este proceso, la

² El Diccionario define “secesionismo” como “tendencia u opinión favorable a la secesión política”. Y a esta última, en su primera acepción, como “acto de separarse de una nación parte de su pueblo y territorio”. *Diccionario de la Real Academia Española*, vigesimosegunda edición.

³ Es interesante señalar que la primera acepción del Diccionario de la Real Academia Española recoge esta distinción al definir “separatismo” como “Doctrina política que propugna la separación de algún territorio para alcanzar la independencia o anexionarse a otro país” *ibid*.

⁴ Tal como el separatismo de Québec (Canadá), el escocés (Reino Unido) o el País Vasco (España y Francia).

⁵ Tal como el separatismo norirlandés (Reino Unido) que aspira a unir Irlanda del Norte con Irlanda, o el separatismo de Cachemira (India) que, mayoritariamente, brega por unir este territorio a Pakistán. Podemos citar también el separatismo de Donetsk y de Lugansk (Ucrania) que aspira a unir el referido territorio a Rusia, de modo análogo a como el separatismo de Crimea -incluyendo la ciudad de Sebastopol- logró dicho objetivo.

independencia de ese territorio y de la población que lo habita no llega a ser una opción.⁶

Sin embargo, puede ocurrir también que en un *separatismo-unionista* el territorio escindido consiga o pretenda conseguir la independencia y, en un segundo momento, ese nuevo Estado soberano creado se fusione con el otro Estado ya existente. Aquí habrá dos procesos diferenciados, separación y unión, pero ligados por un ideal existente *ab initio*.⁷

En general, el *separatismo-unionista* tiene una fuerte relación con la identidad nacional del pueblo que lo pretende. Ese pueblo entiende que los límites entre las naciones y los Estados no se condicen, y que por lo tanto deben ser reajustados de modo tal que su territorio se una en términos políticos con el de aquél Estado con el que comparte vínculos nacionales.⁸

En este contexto, desde el punto de vista del Estado que suele reivindicar el territorio y la población separatista, el proyecto se plantea como un *irreden-*

⁶ Por ejemplo, los Sudetes checoslovacos, alentados por la Alemania nazi y gracias a las presiones de ésta –que amenazó a Checoslovaquia con la guerra–, consiguieron separarse del Estado en el que se inscribían y ser traspasados al Reich (1938). En una situación completamente diferente, se ubica el Tratado de Ancón de 1883 entre Chile y Perú. Chile había arrebatado a Perú las provincias de Tacna y Arica, y se acordó que las gobernaría diez años, luego de los cuales la población decidiría si seguía siendo parte de Chile o si volvía al Perú. Quienes promovían la segunda opción podían considerarse separatistas-unionistas, y la unión sería un traspaso directo. El referendun nunca tuvo lugar.

⁷ Es por eso que, en este segundo caso, el separatismo seguirá siendo *unionista*. La consecución de soberanía será simplemente un medio y una situación provisoria para lograr que el territorio separatista pase de un Estado a otro. Una vez obtenida, la soberanía se enajenará para fundirse con la del Estado al que el territorio escindido será incorporado. Claro está que, por distintas causas, este segundo paso puede demorarse temporal o indefinidamente, y en este caso existirán dos Estados soberanos que tanteen sus posibilidades de fusión. Ejemplos de movimientos *separatistas-unionistas* que han conseguido su propósito en dos pasos son el estado mejicano de Texas y el de Crimea y Sebastopol. Texas se escindió de México para convertirse en república independiente (1836) y luego se incorporó a los Estados Unidos (1845). Buena parte de los independentistas que se escindieron de México en 1836 eran colonos anglosajones que vislumbraban la futura unión a los Estados Unidos.

Crimea y Sebastopol, separados de Ucrania, fueron aceptados como parte de Rusia en 2014.

⁸ Por este motivo, el *separatismo-unionista* es habitualmente un separatismo de corte nacionalista, que resalta la diferencia nacional de la población a escindir en relación a la del resto del Estado en la que actualmente se encuentra. Un caso particular de *separatismo unionista* se presenta, por ejemplo, en la región georgiana de Osetia del Sur, en la cual la tendencia separatista busca en última instancia su separación de Georgia para fusionarse a la Federación Rusa. Sin embargo, su vínculo nacional se extiende, no hacia toda la Federación, sino hacia una de las repúblicas que la integra: Osetia del Norte.

tismo: un ideal a cumplir en favor de individuos y territorio que corresponde “liberar” y atraer al seno del Estado que los representa como nación.

III. Los conflictos territoriales entre Estados soberanos

Un conflicto territorial entre dos Estados soberanos es una disputa que versa sobre a quién corresponde ejercer soberanía sobre un territorio determinado y, por consiguiente, sobre la población asentada en él -de existir-.

En general, se está ante un Estado que ejerce el control de facto y ante un segundo Estado que reclama el traspaso de dicho control, aunque, en algunos ejemplos puntuales, qué Estado ejerce el control efectivo de un territorio puede no ser claro, por ejemplo, por estar dicho territorio deshabitado o ser inhóspito.

En algunos casos, una reivindicación territorial coincide en su objetivo con un *separatismo-unionista* en el Estado cuyo territorio en parte se reivindica, según antes se indicó. La reivindicación se plantea desde fuera y el *separatismo-unionista* dentro de dicho Estado.

Pero, en otros casos, la reivindicación territorial no tiene una correspondencia desde dentro del territorio que es reivindicado. Es decir, no existe allí un movimiento que busque la separación de dicho Estado para su incorporación al reclamante. Ya sea porque la gran mayoría de la población se encuentra satisfecha de su situación actual, o bien porque en el territorio reclamado no existe población efectiva.⁹

⁹ Nos bastarán algunos ejemplos españoles: Marruecos reclama a España Ceuta y Melilla, y en ninguna de las ciudades autónomas existe un movimiento separatista digno de tal nombre que quiera incorporarlas a Marruecos.

En el mismo sentido, Portugal reclama a España la ciudad extremeña de Olivenza, y su reclamo no es correspondido por una tendencia *separatista-unionista* desde ella. España reclama a Portugal las Islas Salvajes –situadas entre las Canarias y las Madeiras-, y allí no existe población estable susceptible de emprender separatismo alguno.

Asimismo, en algunos casos, la reivindicación territorial de un Estado sobre otro no busca cercenar territorialmente a otro Estado sino hacer que éste deje de existir como Estado soberano, pues pretende incorporarlo totalmente. Si existe en éste último un movimiento en pro de dicha incorporación, ese movimiento no podría denominarse *separatismo-unionista*, pues no busca separación alguna. Sería un movimiento sencillamente *unionista*, tendiente a una fusión de Estados.

IV. El problema del tercer actor: movimiento de separatismo independentista en paralelo a conflicto territorial.

Como se ha visto en los apartados anteriores, en el separatismo pueden identificarse dos intereses contrapuestos: el Estado soberano, que desea -en general- conservar su integridad territorial, y el movimiento separatista, que busca destruirla. En un conflicto territorial entre Estados soberanos también se está ante dos partes: cada uno de los Estados que reclaman el mismo territorio.

Asimismo, en el conflicto territorial que se corresponde con un *separatismo-unionista*, si bien los actores pueden ser identificados como tres (cada uno de los Estados y el movimiento separatista), los intereses son sólo dos, puesto que los de un Estado coinciden con los del separatismo.

La problemática se vuelve mayor, entonces, cuando a la par de un conflicto territorial se desarrolla un separatismo pero que no es de tipo *unionista* sino *independentista*. Aquí se está ante tres actores, cada uno de los cuales tiene un interés diferenciado. Un Estado busca mantener el territorio disputado bajo su control, otro busca incorporarlo al suyo propio y el separatismo brega por hacerlo independiente de uno y de otro Estado.

V. El argumento ambiguo: principio de libre determinación de los pueblos. Origen y desarrollo.

El origen del principio de la libre determinación (o autodeterminación) de los pueblos data de comienzos del siglo XX, sobre el final de la Primera Guerra Mundial, y estuvo ligado a los intereses geopolíticos y estratégicos de las potencias vencedoras del conflicto. Su primera formulación surgió a raíz del trabajo de una junta informal del Congreso de los Estados Unidos¹⁰ encargada de preparar la futura conferencia de paz -que luego pasó a la historia como la Conferencia de París- y la impronta personal del propio presidente norteamericano, Woodrow Wilson¹¹.

El resultado de este trabajo en conjunto fue plasmado en los famosos *Catorce Puntos* expuestos por Wilson ante el Congreso de su país el 8 de enero de 1918. En concreto, en el punto V, es posible observar el embrión del principio de la

¹⁰ Grupo de trabajo conocido como *The Inquiry* en inglés.

¹¹ Mamatey, Victor S., *The United States and Bulgaria in World War I*, American Slavic and East European Review, JSTOR 2491678, 1953, p.239.

libre determinación de los pueblos¹². En adición al apoyo norteamericano, el axioma también obtuvo el respaldo de la Unión Soviética, que veía en la libre determinación la herramienta para devolver al proletariado la soberanía usurpada en los Estados capitalistas por la clase dominante¹³.

En definitiva, estas primeras formulaciones del principio se vinculan a la idea romántica del *principio de las nacionalidades*, a partir de la cual a cada nación le corresponde el derecho a constituirse como Estado.

No obstante, a pesar del impulso de las dos potencias hegemónicas emergentes, los Estados europeos vencedores de la Gran Guerra aprovecharon la ausencia de aquellas en la fundación de la Sociedad de las Naciones para adaptar la interpretación de la libre determinación en función de sus propios intereses estratégicos.

Por este motivo, descartaron enunciarlo en forma expresa en el Pacto fundacional, con el fin de quitarle todo posible viso de normatividad u obligatoriedad jurídica. Además, reservaron su aplicación a los territorios de los imperios vencidos –principalmente el austrohúngaro y el otomano–, en los que propiciaron la creación de múltiples Estados¹⁴. Así, el Tratado de Versalles -que dio fin a la Primera Guerra Mundial-, estableció un mecanismo escalonado para la independencia de las colonias de los Estados vencidos, según su grado de desarrollo (art. 22).

En resumen, en sus primeras formulaciones, el principio no era considerado obligatorio para el organismo internacional más relevante en términos políticos ni para la mayoría de los Estados europeos que controlaban dicho organismo, pues no lo reconocían como *jurídico* sino meramente *político*.

¹² Cuando el presidente plantea el “Reajuste de las reclamaciones coloniales, de tal manera que los intereses de los pueblos merezcan igual consideración que las aspiraciones de los gobiernos, cuyo fundamento habrá de ser determinado” (Wilson, 1918).

¹³ Remiro Brotóns, A. *Derecho Internacional*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 165.

¹⁴ El carácter no jurídico que tenía el principio para la Sociedad de las Naciones y la importancia de haberlo excluido del Pacto quedó claro en el asunto de las Islas Aaland (Finlandia vs. Suecia), cuando el Consejo de la Sociedad de las Naciones sostuvo que “Aunque el principio de la libre determinación de los pueblos juega un papel importante en el pensamiento político moderno, especialmente desde la Gran Guerra, debe aclararse que no hay mención alguna de éste en el Pacto de la Sociedad de las Naciones. El reconocimiento de este principio en un cierto número de tratados internacionales no lo coloca al punto tal de ser considerado como una regla positiva del derecho internacional” (*League of Nations Official Journal*, 1920, p. 3).

El camino hacia el cambio de jerarquía del principio –de político hacia jurídico– comenzó con la Carta del Atlántico¹⁵. En esta declaración conjunta –suscrita por los Estados Unidos y el Reino Unido el 14 de agosto de 1941–, la idea de libertad de los pueblos vuelve a estar presente a partir del impulso del presidente Roosevelt y del Primer Ministro Churchill. Finalmente, la consagración del axioma a nivel multilateral se produce con su recepción en la Carta de Naciones Unidas, en los artículos 1.2 y 55.

A partir de este hito, que marcó el comienzo indubitable de la normatividad del principio, la labor de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) fue vital para robustecerlo. Este respaldo fue consecuencia de la ampliación del número de participantes de ésta a partir de inicios de la década de 1960, con la llegada de aquellos Estados surgidos de la descolonización.

A medida que los nuevos Estados ingresaban en las Naciones Unidas, se incorporaron al grupo de los que apoyaban el fin del fenómeno colonial y la normatividad del principio. En este contexto histórico surgieron las Resoluciones 1514 (XV), 1541 (XV) y 2625 (XXV) de la AGNU, que establecen los requisitos legales para la configuración del derecho a la autodeterminación.

La resolución 1514 de la Asamblea General de Naciones Unidas (1960) –cuyo detalle se verá *ut infra*– es llamada la “Carta Magna de la descolonización”, dado que establece, en su artículo 2, que “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política”. No obstante, también señala en su artículo 6 que “*Todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas*”.

Por su parte, la resolución 1541 une la idea de derecho de autodeterminación con *pueblo colonial*, pero introduce tácitamente la noción de *pueblo nacional* al señalar caracteres de éste último como un criterio para identificar a aquél primero.

Finalmente, la resolución 2625 (1970), señala que la libre determinación no sólo es un derecho de los pueblos, sino que constituye un deber de los Estados respetarla.¹⁶ Además, indica que las colonias no son parte del Estado –punto 6–, con lo cual éstos ya no pueden pretender que lo que ocurra en ellas es un

¹⁵ El art. 3 menciona “el derecho que tienen todos los pueblos de escoger la forma de gobierno bajo la cual quieren vivir”.

¹⁶ Conforme Pastore Ridruejo, J., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 256.

asunto interno.¹⁷ No obstante estas aclaraciones, reitera que el principio de autodeterminación no puede servir para quebrantar la unidad de un Estado, cuando en este impera la igualdad entre los individuos.

En suma, el desarrollo que ha tenido el principio desde la Conferencia de Wilson hasta llegar finalmente a las Naciones Unidas y sus Órganos, permite concluir que la comunidad internacional recepta en la actualidad que existe un derecho a la libre determinación política en cabeza de los pueblos.

Sin embargo, la complejidad para definir con precisión a este sujeto de derecho tan particular –los pueblos– y los escasos elementos que han brindado las normas internacionales para poder conceptualizarlo, han provocado múltiples controversias respecto de la legitimidad o ilegitimidad de los reclamos de ciertos grupos de personas que dicen pertenecer a tal categoría.

VI. Los límites difusos de la titularidad del principio de autodeterminación.

Respecto de las resoluciones de la AGNU, es indiscutible que la 1514 se centra en el proceso de descolonización, por lo que algunos autores han afirmado que su ámbito de aplicación solo abarca a los pueblos coloniales. En esta sintonía, Barboza sostiene que el derecho a la autodeterminación se refiere sólo a los pueblos coloniales, y por esta razón postula que éste cesará de tener aplicación cuando la descolonización se haya completado.¹⁸

No obstante, es importante recordar que el punto 2 de la Resolución 1514, cita el derecho que poseen “todos los pueblos”, y el punto 4, reafirma el respeto a la integridad de su territorio nacional. De este modo, la cuestión se vuelve bastante más compleja y la conclusión a la que arriba Barboza puede ser discutida.

¹⁷ En relación a la conjunción de los principios de libre determinación y de integridad territorial, se ha dicho que existe “un considerable esfuerzo teórico para evitar la contradicción entre ambos principios, explotando la noción de soberanía virtual del pueblo colonial. La libre determinación sería el motor para hacer esa soberanía real, actual. Despojado así del escudo legitimador de la soberanía, el Estado metropolitano se transforma en ocupante coactivo de un territorio que no es suyo, con las consecuencias que esto comporta” Remiro Brotons, A., *op. cit.*, p. 169.

¹⁸ Conforme Barboza, J., *Derecho Internacional Público*, Zavalia, Buenos Aires, 2001, p. 291. Y continúa el autor: “Es claro que el principio de libre determinación de los pueblos se refiere a los de las colonias, no a minorías secesionistas dentro del territorio de un Estado. Extraordinario sería que, en vista de tan temible amenaza a la estabilidad y a la integridad territorial estatales, fuera el principio aceptado en un orden jurídico en cuya formación intervienen decisivamente los Estados”.

Así, Pastore Ridruejo sostiene que por “pueblo” no sólo debe entenderse pueblo colonial, sino también cualquier otra clase de pueblo. Sin embargo, aclara que esto no habilita a la secesión de los pueblos que conforman un Estado soberano, dadas las cláusulas específicas de integridad territorial que contienen las citadas resoluciones.¹⁹ Por otra parte, en una posición ecléctica –y un tanto confusa-, Remiro Brotóns señala que, fundamentalmente, “pueblo” es el de un Estado soberano. Los Estados son los que escogen su destino.²⁰

En cuanto a la resolución 2625, como ya vimos, repite la expresión de reconocimiento del derecho de autodeterminación de “todos los pueblos”, sin dar pauta de interpretación alguna. Por su parte, la resolución 2131 de 1965 agrega su propia cuota de confusión al declarar en el punto 6 que “todo Estado debe respetar el derecho de libre determinación e independencia de los pueblos y naciones”.²¹

Sin perjuicio de estas opiniones, no debe ignorarse que, aunque la resolución 1541 une la idea de derecho de autodeterminación con pueblo colonial, introduce tácitamente la noción de pueblo nacional, al señalar caracteres de éste último como un criterio para identificar a aquél primero.

Dicha resolución indica que, para identificar una colonia como tal, hay que atender al punto de vista geográfico y étnico o cultural. Luego dice la norma que se pueden tener en cuenta otros elementos, entre otros, “*de carácter administrativo, político, económico o histórico*” (Punto V).

Estas pautas interpretativas arrojan como resultado que es evidente que existen muchos *casos fáciles*, esto es, diversas circunstancias en las que es sencillo identificar que existe una situación colonial. Esos casos son aquellos en los cuales se manifiesta una discontinuidad geográfica acusada y una distinción étnica, lingüística y religiosa respecto de la metrópoli, así como también un sistema jurídico tal que plasma un estado de subordinación difícil de negar.

¹⁹ Pastore Ridruejo, J., *op. cit.*, p. 257.

²⁰ Remiro Brotóns, A., *op. cit.*, p. 166.

²¹ El término *pueblo* es también mencionado y no definido, por ejemplo, en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (1966): “Todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación” –art. 1-; y en el punto VIII del *Decálogo del acta final de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa (Acta de Helsinki)* de 1975: “todos los pueblos tienen siempre el derecho, con plena libertad, a determinar cuándo y cómo lo deseen, su condición política interna y externa”. Por su parte, la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (2007), sin definir qué es un pueblo, deja en claro que los indígenas conforman “pueblos”.

Sin embargo, una vez descartados estos “casos fáciles”, surgen varios interrogantes respecto de qué puede considerarse como “pueblo colonial”.

El principal punto de distinción que establece la norma para dar una respuesta en torno a tal calificación es, como se ha visto, bifronte: situación geográfica y situación étnica y cultural. A partir de esa diferenciación, es posible realizar, a su vez, dos interpretaciones alternativas: una es entender que estas realidades deben darse de manera conjunta. La otra opción sería sostener que basta con que se dé una de ellas para que se esté frente a una colonia con derecho de decidir su futuro.

Si se utiliza una interpretación estrictamente gramatical, la primera opción parece la correcta, dado que la resolución utiliza la conjunción “y”. Sin embargo, esto produce, al menos, dos inconvenientes.

Por un lado, se señala como necesario que los territorios a los cuales se aplica el derecho deben estar separados geográficamente del país que lo administra, pero al mismo tiempo se recepta el principio conocido como “*del agua salada*”, que da lugar a que el Derecho Internacional establezca soluciones absurdas. Se niega así el derecho a autodeterminación a pueblos nacionales avasallados por otros que tienen con ellos continuidad territorial²².

Por otra parte, la necesidad de la existencia de los aspectos étnicos y culturales -que sin mucha distorsión pueden asimilarse a aspectos “nacionales”-, quita derecho a decidir a poblaciones geográficamente muy aisladas pero que difícilmente pueden ser consideradas diferentes a sus metrópolis²³.

Si por el contrario se entiende que basta con que se dé una de las dos condiciones -territorial o nacional- para que un territorio sea una colonia, se elimina en cada caso uno de los citados problemas, pero se maximiza el otro. Es decir, la consecuencia que produce esta alternativa es que se deberá fijar de manera

²² El principio del agua salada, también denominado “*Blue Water Principle*”, fue la condición impuesta por la U.R.S.S. para apoyar el proceso de descolonización. Esta estrategia -no considerar como territorios dependientes a territorios geográficamente contiguos- permitió a la U.R.S.S. dejar fuera del debate a territorios como Uzbekistán, Armenia, Kirguistán, etc. a los que, de aplicárseles la mencionada resolución sin el matiz de la separación geográfica, difícilmente podía negárseles el carácter de territorios coloniales.

²³ El caso de las Islas Malvinas es un ejemplo de esto. A pesar de los millones de kilómetros que separan las islas del Reino Unido, los habitantes de éstas son étnica y culturalmente británicos. Esto se debe a la política demográfica que ha impulsado Gran Bretaña en las Islas desde su usurpación. Los motivos por los cuales no poseen esos isleños el derecho a autodeterminarse serán especificados *ut infra*.

más estricta en qué medida debe darse el aspecto que se considera condición suficiente para hablar de colonia.

Por un lado, se debe determinar cuál es la distinción o la distancia geográfica necesaria.²⁴ Y, por otro, es preciso establecer de forma casi maniquea a qué pueblos corresponde denominar *nación* y a cuáles no.²⁵

El punto secundario de distinción que ofrece la referida resolución tampoco contribuye a clarificar el debate, sino que más bien es generador de mayor confusión. En efecto, éste señala que, si se determina que se trata de un territorio distinto en atención a geografía, y a etnia y cultura, *se pueden tener en cuenta otros elementos*, que seguidamente detalla²⁶. En el resaltado es posible apreciar el talón de Aquiles de este punto: no especifica de qué depende que se tengan en cuenta o no esos otros elementos.

VII. Los argumentos de las partes en conflictos

En el marco del fenómeno separatista, los movimientos separatistas argumentarán que existe un derecho a la libre determinación en el territorio a segregar ya que, o se está ante una situación colonial o bien se está ante una nación diferenciada –por lo que sostendrán que este derecho corresponde también a los pueblos nacionales-. Lo primero es lo que argumenta, por ejemplo, parte del separatismo puertorriqueño frente a los Estados Unidos y lo último parte del separatismo catalán o vasco, frente a España y Francia respectivamente.

El Estado que se resista a la separación negará tal derecho. Desde su perspectiva, no se estará ante una situación colonial ni se estará tampoco ante una nación diferenciada, o bien, incluso reconociendo esto último, no admitirá que de ello se siga el derecho a la autodeterminación.

Por otra parte, en el marco de una reivindicación territorial, el Estado que cuente con la voluntad popular mayoritaria en el territorio en disputa para su reclamo, puede argumentar que a dicho territorio le asiste derecho de autodeterminación, ya sea por estar en situación de colonia y/o por ser una nación

²⁴ Por ejemplo, un criterio amplio en cuanto a distinción territorial puede llevar a aceptar el derecho de decidir de las Islas Canarias –España-, o de Tasmania –Australia-. Ambos territorios, similares, –si no iguales– en el aspecto nacional a los territorios principales de dichos Estados.

²⁵ Por razones de espacio, en este complejo asunto nos limitaremos a remitir a lo expuesto en Arrué, Federico D., “Luces y sombras del término ‘nación’”, en *Revista de Derecho UNS*, Año 1, Número 1, Ediuns, Bahía Blanca, 2012, pp. 11 a 22.

²⁶ La norma los describe como de carácter administrativo, político, económico o histórico.

diferenciada en sí misma y tener las naciones tal derecho. Este es el argumento, por ejemplo, del Reino Unido en relación a Malvinas²⁷ o Gibraltar²⁸. El otro Estado negará tal derecho, tal como si se tratara de una pretensión separatista.

Asimismo, en una disputa territorial, cada Estado puede argumentar que constituye una única nación con el territorio en conflicto y que, por tanto, si el derecho de autodeterminación corresponde también a las naciones, en el caso le corresponde al conjunto -esto es, al Estado junto al territorio en disputa- con lo cual la mayoría democrática a su favor se encontraría en principio asegurada. Esto argumenta, por ejemplo, parte del sector irlandés que reivindica la reunificación de Irlanda -puesto que Irlanda del Norte es parte del Reino Unido-.

Si se superponen las problemáticas separatistas y de reivindicación territorial, cada parte buscará adaptar los hechos y el derecho según su conveniencia, de conformidad con los argumentos antes mencionados.

²⁷ En 1764 se estableció en las Islas una población francesa, pero dos años más tarde Francia reconoció el dominio español sobre el territorio, que lo administró como una gobernación dependiente de la de Buenos Aires -transformada aquélla en comandancia al crearse el Virreinato del Río de la Plata en 1776-.

España también consiguió que los ingleses desalojaran su asentamiento en las islas. Pero, dado sus propios conflictos en Europa y el de las colonias americanas, evacuó Malvinas en 1811, no sin dejar constancia que las islas eran de su propiedad.

El gobierno argentino, como sucesor de España, las ocupó en 1820, pero fue desalojado por Inglaterra en 1833. Durante los siglos XIX y XX, Argentina realizó distintos reclamos sobre el territorio. En 1982 intentó infructuosamente recuperarlo por las armas. Dados los reclamos argentinos ante las Naciones Unidas, desde el inicio de esta organización, las resoluciones de Asamblea General 2065 y 3160 -entre otras- llaman a negociar a Argentina y al Reino Unido, respetando el interés de los habitantes de Malvinas.

²⁸ En 1462 el peñón fue reconquistado definitivamente por tropas castellanas, pasando a la Corona en 1502. El Reino Unido lo ocupó en 1704, en el marco de la Guerra de la Sucesión Española. Por el tratado de Utrecht -que puso fin a dicha guerra-, España lo cedió a perpetuidad, pero sin jurisdicción marítima, y con opción de recobrarlo si dejaba de ser británico. Paulatinamente, el Reino Unido extendió sus dominios al istmo que conecta el peñón con la península Ibérica. España intentó sin éxito tomar el territorio por las armas durante el siglo XVIII. Creadas las Naciones Unidas, España acudió al Organismo Internacional, que dictó las resoluciones 2231 y 2353, en las que instó a España y al Reino Unido a entablar negociaciones para poner fin a la situación colonial, respetando los intereses de los gibraltareños.

VIII. Una propuesta clarificadora.

VIII.1. Inexistencia del derecho a la autodeterminación.

Doctrinariamente, se ha sostenido que existen tres situaciones en las cuales una colonia no tiene derecho de autodeterminación.²⁹ Si se entiende que tal derecho asiste también a los pueblos nacionales, éstos tendrían la misma limitación.

Estas situaciones pueden darse individual o conjuntamente. Veremos a continuación las diversas posibilidades:

a. Cuando el territorio colonial, al momento de ser colonizado, no tenía población o su población originaria fue desplazada.

Remiro Brotons señala que

El derecho de autodeterminación no se extiende, según la práctica de NU, a las poblaciones sobrevenidas en territorios no autónomos que al producirse el hecho colonial carecían de población autóctona, caso de las islas Malvinas (prácticamente deshabitadas) o del Peñón de Gibraltar (cuya población abandonó mayoritariamente la plaza, con sus autoridades municipales al frente). Según los países reclamantes de las islas (Argentina) y del Peñón (España) cabe tener en cuenta los intereses de esta población, pero reconocerles la titularidad del derecho de autodeterminación iría contra los principios y objetivos del proceso de descolonización, pues la voluntad de poblaciones importadas, llegadas al rebufo de los colonialistas, no haría sino confirmar y consolidar las consecuencias del entuerto que se trataba de enmendar. Las resoluciones de la AG endosaron, a partir de 1965, la tesis argentina y española, no la de Gran Bretaña según la cual allí donde hay un territorio no autónomo hay una población con derecho a determinar libremente su destino...³⁰

En estos casos, se dice que la población de la colonia fue “trasplantada” de la metrópoli. Como consta en la cita, ejemplos claros de esta situación son la colonia de Malvinas³¹ –reivindicada por la Argentina-, y la de Gibraltar–reivindicada por España-.

²⁹ Seguiremos la enumeración realizada por Remiro Brotóns, A., op. cit., pp. 177 y 178.

³⁰ *Ibid.*, p. 177.

³¹ Dicen Hoofft y Farinella: “Si el derecho a la autodeterminación, existe a favor de los “pueblos”, subyugados por las situaciones coloniales, se advierte que no es el caso de Malvinas. Porque los

Un problema similar plantea la situación de los Altos del Golán³², en el marco del complejo conflicto árabe-israelí, y la del norte de la isla de Chipre³³.

“kelpers”, no son un pueblo, en sentido sociológico-político, desde que carecen de identidad, tradiciones, lengua, cultura, diferenciable de la que pueda corresponder al pueblo británico...”- Hooft, Eduardo y Farinella, Favio, *Los nuevos temas de la Aldea Global*, Club del Libro, Mar del Plata, 1998, p. 196. Es claro que la población que actualmente habita las Malvinas no es un pueblo nativo de ellas y ni siquiera puede configurarse como el descendiente de los primeros colonos en llegar a ellas. Más aún, desde 1983, fecha en la que el Parlamento inglés otorgó la nacionalidad británica a los nacidos en las Malvinas a través de la *British Nationality Falkland Islands Act*, los habitantes de Malvinas, no sólo son étnica y culturalmente británicos sino, también, jurídicamente británicos (*British Nationality Falkland Islands Act*, 1983, chapter 6, point 1). La interpretación británica del asunto es contraria al Derecho Internacional. En la Resolución 2065 (XX), la AGNU reconoció en forma explícita que la disputa entre Argentina y Gran Bretaña es de soberanía, y limitó su resolución a la determinación sobre quién tiene un mejor título, si bien teniendo en cuenta los intereses de los habitantes de Malvinas, pero no sus deseos. Es decir que la AGNU refrendó la postura argentina de darle preeminencia a la integridad territorial por sobre la libre determinación en el caso de Malvinas. Esto obedece a que, de no hacerlo, se estaría condonando la actitud colonialista. La particularidad del caso Malvinas radica en lo antes mencionado: la reclamación de Argentina sobre el archipiélago prospera porque la población actual es una criatura de la colonia misma.

³² Esta meseta se encuentra ubicada en la frontera entre Israel, Líbano, Jordania y Siria. En 1967, la Guerra de los Seis Días terminó con la ocupación de Israel de este territorio, que pertenecía a Siria. Con anterioridad al conflicto armado, el gobierno hebreo no había hecho ningún reclamo por ese territorio, pero desde la ocupación, llevó adelante un programa de promoción de migración e inversiones en el área y lo anexó formalmente en 1981.

Esto fue condenado por la resolución 497 del Consejo de Seguridad de la ONU, que declaró que la decisión israelí era nula y sin valor.

Desde 1967, mientras Siria reclama e insiste que los Altos del Golán son su territorio y que Israel no es más que un usurpador, la población judía de ese territorio aumenta y, para la segunda década del siglo XXI, ya hay varios israelíes nacidos allí (Conforme Reisman, M.W. (1983). “The struggle for the Falklands”, en *Yale Law Journal*, vol. 93, p. 306). Estos últimos sostienen que tienen derecho a ejercer la libre determinación en ese territorio.

³³ En 1974, el ejército turco invadió la isla temiendo que ésta se incorporara a Grecia tras el éxito del golpe de Estado conocido como el *régimen de los coroneles*. Las fuerzas armadas turcas ocuparon la franja norte de la isla y concentraron allí a la minoría turco-chipriota (el 18% de la población total de la isla) y forzaron el abandono de hogares y propiedades de las mayorías greco-chipriotas.

En 1975, Turquía declaró la zona ocupada como *Estado federado turco* y favoreció la inmigración de sus nacionales, lo que llevó finalmente a que, en 1983, se proclamase la República Turca de Chipre del Norte –sólo reconocida por Turquía–.

La AGNU ha insistido en reiteradas resoluciones que debe respetarse la unidad e integridad territorial de la República de Chipre, reclamando la retirada de las tropas extranjeras y que se recupere el control efectivo sobre todo el territorio por parte del gobierno de la República.

b. Cuando la colonia tiene su origen en un tratado de cesión a favor de la potencia colonial, por parte del Estado que reclama el territorio como propio al finalizar la colonia.

En este caso, se trata de dejar sin efecto el contenido de ese tratado, por considerarse violatorio del Derecho Internacional vigente en la actualidad y de aplicación obligatoria –*ius cogens*-. En consonancia con este razonamiento, a China le fueron devueltas las colonias de Hong Kong³⁴ –por parte del Reino Unido-, y Macao –por parte de Portugal-. Y España restituyó el Ifni³⁵ a Marruecos. El criterio parece también aplicable al ya nombrado caso de Gibraltar.

c. Cuando la colonia es un enclave o espacio muy reducido.

El argumento aquí posiblemente sea que la poca población está bajo fuerte influencia colonial. También puede entenderse que la eventual independencia de la colonia constituiría un Estado territorialmente diminuto; pero esto entraña en conflicto con la no existencia de un tamaño mínimo para los Estados.

A partir de este criterio, Francia reintegró a la India Pondicherry³⁶. La India tomó por la fuerza de Portugal, Dadra, Nagal, Goa y Diu, con una oposición moderada por parte de la comunidad internacional.³⁷ Benín hizo lo propio

³⁴ Cedido por China al Reino Unido en 1842, y ampliado en 1860 y 1898 -año en el cual China entregó el territorio por noventa y nueve años-. Ocupado por los japoneses durante la Segunda Guerra Mundial, acabado el conflicto retornó a soberanía británica. Aunque el gobierno comunista chino cuestionó los tratados de cesión, éstos permanecieron vigentes. En 1997 Hong Kong fue transferido a China, pero integrándose a ésta con un régimen económico y político diferenciado.

³⁵ Si bien en el territorio existieron asentamientos castellanos en el siglo XV, los bereberes los destruyeron en siglo XVI. El enclave fue cedido por Marruecos –antes de que éste fuese un protectorado francés- a España –en consideración a dicho antiguo enclave-, luego de la llamada Primera Guerra de Marruecos (1859- 1860). Ya independiente, Marruecos reclamó el territorio ante las Naciones Unidas y España se lo entregó en 1969.

Sin embargo, en el caso del Ifni, no es correcto entender que las Naciones Unidas sin más negaron al territorio la potestad de decidir. La resolución fundamental sobre la cuestión, 2229 de 1966 (XXI), refiere al traspaso de la colonia a Marruecos “habida cuenta de las aspiraciones de la población autóctona” (punto 3)

³⁶ En el año 1954. Actualmente los enclaves –Pondicherry, Mahé, Yanaon, Karikal- son un territorio de la Unión India, con gobierno que depende directamente del poder central. Habían sido ocupados por Francia en 1674, 1721, 1723 y 1738, respectivamente.

³⁷ Goa había sido ocupada por Portugal en 1510, Diu en 1535, Damao en 1614 y Dadra en 1783. Portugal se negó a ceder sus enclaves a la India independiente (1947). En 1954, las fuerzas indias tomaron Damao y Dadra, incorporándolos al Estado en 1961. En ese año ocuparon también Goa y Diu. La Unión Soviética vetó la condena a la India por el acto unilateral de fuer-

con San Juan Bautista de Ajuda.³⁸ Y Sudáfrica entregó Walvis Bay a Namibia.³⁹ Posiblemente Gibraltar también encajaría en este supuesto.

Dejando de lado estos tres casos, toda colonia tiene derecho a decidir libremente su propio destino, aunque algún tercer Estado la reclame como propia, alegando algún tipo de relación geográfica, como tampoco histórica o cultural.

Así, por ejemplo, el principio de unidad territorial no fue atendido entonces frente a los reclamos de Honduras sobre Belice⁴⁰ –la *Honduras Británica*–, de Iraq sobre Kuwait⁴¹, de Sudáfrica sobre Namibia⁴² –África Suroccidental Alemana–,

za. Muchos Estados vieron el hecho como un correcto accionar ante la negativa portuguesa de iniciar el proceso descolonizador. Actualmente, los enclaves son territorios de la Unión India, a excepción de Goa, que conforma un estado.

³⁸ Enclave portugués desde 1680. Benín –entonces república de Dahomey– lo tomó por las armas en 1961, un año después de su independencia de Francia.

³⁹ Si bien la mayoría del actual territorio de Namibia fue colonia alemana, Walvis Bay había sido ocupada por los británicos en 1840. Luego de la Primera Guerra Mundial, Namibia –África Suroccidental Alemana– junto a Walvis Bay, quedó bajo el control de Sudáfrica, según las disposiciones de la Sociedad de Naciones. Sudáfrica aceptó una Namibia independiente recién en 1990, luego de una larga guerra y de fuertes presiones internacionales. Pero conservó el enclave de Walvis Bay, que se vio obligada a ceder en 1994.

⁴⁰ Belice fue parte de la Capitanía General de Guatemala, bajo dominio español. Pero estuvo bajo ocupación británica, la cual continuó luego de la independencia de Guatemala. En 1840, el Reino Unido la declaró colonia, e, incumpliendo lo pactado con Guatemala, le otorgó la independencia en 1980. Guatemala recién reconoció la independencia en 1993, pero actualmente aún reivindica partes del territorio.

⁴¹ Kuwait, protectorado británico desde 1889, consiguió la independencia en 1961. Irak no lo reconoció hasta 1963, pero aún entonces continuó reivindicando partes del territorio. El hecho de que Kuwait fuese en realidad una provincia iraquí, que debía de retornar a Irak, fue uno de los grandes argumentos –junto con la denuncia de guerra económica en su contra–, que llevó a Sadam Hussein a invadir el emirato en 1990, dando origen así a la *Guerra del Golfo de 1990-1991* –*Primera Guerra del Golfo*, o *Segunda Guerra del Golfo*, según la nomenclatura escogida en consideración a la anterior guerra Iraq-Irán.

⁴² Sudáfrica la administró bajo mandato de la Sociedad de las Naciones, tras la derrota de la antigua potencia colonial, Alemania, en la Primera Guerra Mundial. Terminada la Segunda Guerra Mundial, se negó a colocarla bajo el fideicomiso de las Naciones Unidas, y dispuso sobre ella como si fuese parte de su territorio.

En 1966, la Asamblea General, en su resolución 2145, declaró vencido el mandato sudafricano. En 1971, la Corte Internacional de Justicia estableció que Sudáfrica estaba obligada a retirarse del territorio. Por presiones internacionales, ésta accedió a conceder la independencia a Namibia en 1990. Sobre la cuestión especial de Walvis Bay ya hemos hablado.

y de Indonesia sobre Timor Oriental⁴³. Indonesia, a su vez, buscó justificar en la voluntad popular su ocupación de Irian Jaya⁴⁴ –*Nueva Guinea Occidental*–.

VIII.2. Problemas subsistentes.

Va de suyo que la reunión de los requisitos por parte de una situación concreta para entrar dentro de uno de los criterios dados para impedir la autodeterminación, también puede ser discutida. Así, puede ser polémico cuándo un territorio estaba deshabitado al momento de la colonización, cuándo existía un Estado que cedió territorio a otro para una colonia y cuándo se está frente a un verdadero enclave territorialmente reducido.

Un movimiento separatista o un Estado que pretenda conservar o adquirir un territorio, entonces, puede pretender la existencia de un derecho de autodeterminación -si esto va a favor de sus intereses- con una lectura tendenciosa de la realidad y restrictiva en relación a los referidos criterios de exclusión.

La discrepancia puede dar lugar también a reivindicaciones territoriales. Así, por ejemplo, Marruecos, niega que el pueblo del Sahara Occidental -que, *de facto*, controla pero que *de iure* continúa formalmente bajo situación colonial- tenga derecho a la autodeterminación.⁴⁵

⁴³ Al recibir su independencia de Portugal en 1975, Timor Oriental fue invadido por Indonesia –antigua colonia holandesa–. Por presiones internacionales y ante un fuerte movimiento separatista, Indonesia permitió la celebración de un referéndum de autodeterminación en el año 2009, a partir del cual concedió la emancipación a Timor Oriental.

⁴⁴ Independiente de los Países Bajos en 1959. Indonesia la reclamó como parte de su territorio, con el apoyo de la Unión Soviética. Los Estados Unidos, para evitar un acercamiento entre aquél Estado y el bloque del Este, respaldaron también la petición. Indonesia invadió el territorio en 1959 y ese mismo año consiguió que un millar de jefes tribales locales dieran su beneplácito a la incorporación, justificando así su accionar. Sobre el separatismo en Papúa Occidental hablaremos en detalle oportunamente.

⁴⁵ El Sahara fue colonia española, y *de iure* lo sigue siendo. Fue ocupada por Marruecos y Mauritania tras la retirada de España en 1976; posteriormente, Mauritania renunció a la fracción que se le había asignado, en favor de Marruecos.

El argumento de Marruecos es que forma parte de su territorio histórico, pues dinastías que gobernaron Marruecos, como los almohades o los benimerines, gobernaron también el Sahara. Sin embargo, no es correcto entender que España quitó el territorio a Marruecos, pues el Estado de Marruecos no existía a la llegada de los españoles. Y tampoco corresponde entender que en ese momento el territorio estaba deshabitado y que por lo tanto la población actual no tiene derecho de autodeterminación.

La República Árabe Saharaui Democrática, en el territorio del Sahara, es reconocida como Estado por cerca de ochenta países. Existe una fuerte presión internacional para que Marruecos permita que en el territorio del Sahara se celebre un referéndum para decidir su futuro.

Asimismo, Marruecos alega que la soberanía española sobre Ceuta y Melilla afecta la integridad territorial de su Estado y postula que la situación es semejante a la de Gibraltar -cuya soberanía británica cercena la integridad territorial de España-.⁴⁶

IX. Problemas de la configuración parcial de las excepciones.

Hemos apuntado ya que el derecho a la autodeterminación no corresponde en los territorios que, antes de su ocupación por una potencia colonial, no tenían población o bien, teniéndola, ésta ha sido desplazada y reemplazada por población llegada de otros lugares.

Más allá de las posibles dudas sobre estos hechos, el primer problema de configuración parcial podemos advertirlo frente al supuesto en el cual la población originaria no fue expulsada del territorio en cuestión, pero a ésta se ha sumado población foránea, cambiando drásticamente su composición.

En este caso, se ha alegado que el deseo del conjunto de los habitantes del territorio no puede ser atendido, o, al menos, no puede ser atendido como vinculante del mismo modo en el que lo sería si la población fuera completamente autóctona.

Esta situación puede advertirse, de un modo peculiar, en el norte de la isla de Irlanda -Irlanda del Norte, parte integrante del Reino Unido, en donde existe un conflicto separatista que busca la unificación del norte de la isla con el Estado soberano de Irlanda-.⁴⁷

Por su parte, en el marco del conflicto del Sahara Occidental -antes referido-Marruecos ha intentado cambiar la composición demográfica del territorio, por si a futuro se viera obligado a aceptar un referéndum de autodeterminación,

⁴⁶ Sin embargo, parece claro que Ceuta y Melilla no son colonias españolas. Sus habitantes no tienen rasgos nacionales radicalmente diferentes al resto de los españoles -salvo por la gran presencia de población no cristiana-, y difícilmente pueda entenderse que existe una división geográfica relevante entre los territorios -máxime en relación a Ceuta, que está a unos diecinueve kilómetros -el ancho del Estrecho de Gibraltar- de Tarifa (Andalucía). E, incluso en el caso de que las ciudades autónomas fuesen consideradas colonias, nunca pertenecieron a Marruecos. Por lo tanto, correspondería su emancipación y en ningún caso una hipotética "devolución".

⁴⁷ La población norirlandesa que postula mantener Irlanda del Norte como parte del Reino Unido, en su gran mayoría es descendiente de los inmigrantes ingleses y escoceses que llegaron a Irlanda luego de que ésta fuera conquistada por Cromwell a mediados del siglo XVII.

o, incluso, para aceptar dicho referéndum si fuese clara la victoria de la opción no separatista.

Asimismo, la controversia se encuentra también presente en Nueva Caledonia, donde, en respuesta a la demanda de movimientos separatistas *kanakos*, el gobierno francés acordó con ellos que las islas podrían decidir -mediante tres referéndums a realizarse en 2018, 2020 y 2022-, su destino. En los que se realizaron en 2018 y 2020 ganó el “no” a la independencia, con lo cual, conforme a los acuerdos celebrados previamente, en 2022 se realizará la última consulta que consolidará finalmente el estatus político de ese territorio.⁴⁸ El problema que se produce aquí tiene que ver con la composición demográfica de la población que habita en la todavía colonia francesa.⁴⁹

Otro conflicto de configuración parcial puede identificarse en el caso de la creación del Estado reclamante a partir de un territorio colonial cercenado. Como se indicó en apartados anteriores, no corresponde el derecho a la autodeterminación en un territorio que fue cedido por un Estado para que sea colonia de otro pues, al finalizar dicha colonia, el territorio debe retornar al Estado que lo había cedido.

Sin embargo, existen casos en los que no ha existido un Estado que haya cedido parte de su territorio a la potencia colonial, sino que dicha potencia ha dado independencia a un nuevo Estado a partir de una fracción de territorio colonial. Así, ha cercenado parte de dicho territorio para mantener una porción de él bajo su dominio.

Se postula, entonces, que ese territorio segregado no goza del derecho de autodeterminación (ni siquiera, aunque toda su población sea autóctona), en respeto de la integridad del Estado que ha surgido de la descolonización. Se procura así evitar las maniobras segregacionistas de las potencias administradoras.

En esta línea de pensamiento, la resolución 1514 (XV) de la AGNU es clara al prohibir la fragmentación de las colonias previo al otorgamiento de su inde-

⁴⁸ En los Acuerdos de Matignon, en 1988, se pactó, en un plazo de diez años, garantizar que los habitantes de Nueva Caledonia puedan decidir sobre su independencia. En 1998, ante la presión internacional, Francia firmó, junto a los líderes separatistas, el Acuerdo de Numea, de los que surgen las consultas reseñadas.

⁴⁹ Sus habitantes se dividen en forma dicotómica entre los *caldoches* -colonos de origen francés que arribaron a Nueva Caledonia a mediados de siglo XVIII- y los *kanakos* -pueblo autóctono del archipiélago-. En los referéndums mencionados, votaron ambos grupos étnicos, lo que produjo que los movimientos *kanakos* más radicales manifiesten que a los *caldoches*, como rémora del colonialismo, no les corresponde el derecho a la libre determinación.

pendencia. Sin embargo, esto es lo que ha ocurrido en el caso de las islas Malgaches⁵⁰ y de Mayotte⁵¹ por parte de Francia y en el archipiélago de Chagos⁵² por parte del Reino Unido.

⁵⁰ El caso de las Malgaches refiere a cuatro pequeñas islas ubicadas en el Canal de Mozambique (isla Europa, Bassas da India, Juan de Nova y las islas Gloriosas) que son motivo de disputa entre Francia y Madagascar. El conflicto tuvo su origen en 1960, cuando, unos meses antes de que Madagascar accediera a su independencia, el gobierno francés separó del territorio colonial a las cuatro islas, que estaban principalmente habitadas por científicos y militares franceses, y continúan siendo oficialmente francesas, perteneciendo a las Tierras Australes y Antárticas francesas.

⁵¹ En el caso de la isla Mayotte, Francia utilizó otra estrategia: acudió a la consulta popular isla por isla en lugar de apreciar la voluntad del conjunto archipelágico de las Comoras. Esto trajo como resultado que los habitantes de la isla de Mayotte, perteneciente al archipiélago, se pronunciaran por seguir bajo la bandera de Francia, a diferencia de la voluntad de los habitantes de las otras islas. Francia aceptó el pronunciamiento de los habitantes de Mayotte, a pesar de los reclamos de las Comoras. Conforme. Remiro Brotóns, *op.cit.*, p. 173.

La Asamblea General de las Naciones Unidas apoya la reivindicación de las Comoras sobre Mayotte, y sostiene que debe prevalecer la unidad de su territorio.

⁵² En 1965, tres años antes de otorgar la independencia a Mauricio, Gran Bretaña separó el archipiélago de Chagos de Isla Mauricio y Al Aldraba, Farquhar y Desroches de las Islas Seychelles y creó el Territorio Británico del Océano Índico.

Este acto configuró una maniobra segregacionista incompatible con la resolución 1514 (XV) de la AGNU que prohíbe la fragmentación de las colonias previo al otorgamiento de su independencia, y recibió la condena expresa de la AGNU, que mediante la resolución 2066 (XX) de 1965, en su artículo 4, indicó al Reino Unido que no debía adoptar ninguna medida que pudiera desmembrar el Territorio de la Isla Mauricio y violar su integridad territorial.

Por cuestiones de espacio, no profundizaremos aquí los motivos por los cuales Gran Bretaña separó Chagos de Mauricio como territorio colonial. Una buena reseña de los mismos puede encontrarse en Vine, D. (2006). *Empire's Footprint: Expulsion and the United States Military footprint: Expulsion and the United States Military Base on Diego Garcia*, New York, City University of New York (CUNY) y Erikson, A., Ladwig III, W.C., y Mikolay, J.D. (2010). "Diego Garcia and the United States' Emerging Indian Ocean Strategy", en *Asian Security*, vol. 6, no. 3, pp. 214–237. Los habitantes del archipiélago de Chagos, fueron expulsados de allí por el Reino Unido en 1971, mediante una Ordenanza. Se forzó a quienes aún vivían allí a abordar barcos de carga y fueron deportados Mauricio y Seychelles (Lunn, J. *The Chagos Islanders*. House of Commons Library, International Affairs and Defence Section, 2012).

La Corte Internacional de Justicia, en su Opinión Consultiva sobre las Consecuencias legales de la separación del Archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965, sostuvo que "La descolonización de Mauricio no fue conducida de forma consistente con el derecho a la libre determinación de los pueblos, de lo que se sigue que la continua administración del Archipiélago de Chagos por el Reino Unido constituye una acción antijurídica que configura la responsabilidad internacional de ese Estado" (párr. 177).

En esta misma línea se ubica la opinión que vertieron los árbitros James Kateka y Rüdiger Wolfrum en un proceso arbitral que entablaron el Estado de Mauricio y el Reino Unido: "si el pueblo mauriciano, a través de un gobierno elegido por ellos hubiese tomado una decisión libre de toda coerción, podrían haber válidamente decidido, en su período pre independentista, escindir Chagos de su soberanía, pero éste no fue el caso" Chagos Marine Protected Area

Quizás el caso de Mayotte sea el más complejo pues allí no se está frente a un territorio sin población originaria ni frente a un desplazamiento poblacional y reemplazo de habitantes que haga operar las excepciones antes reseñadas al principio de libre determinación.

X. La propuesta de concordia

Para moderar la negación de la autodeterminación a las colonias en los tres supuestos principales antes descriptos, Remiro Brotóns entiende que

“La libre determinación requiere, pues, la acomodación libremente consentida de los intereses legítimos de todas las partes. En lugar de insistir en negar a la población local la titularidad del derecho a participar en la determinación del destino de su territorio, que es su propio destino, más acertado es insistir en que dicha titularidad no es en estos casos exclusiva. La solución pasa por un consentimiento a tres”⁵³

Esta solución, empero, es por demás problemática. La falta del referido acuerdo puede ser alegada por el Estado colonialista para negarse a poner fin a la situación colonial y burlar indefinidamente los derechos del Estado reclamante. Tal es el caso de Gibraltar y Malvinas⁵⁴.

O incluso puede suceder que, de reconocerse un verdadero conflicto entre tres partes, dos de ellas –la colonialista y la colonia–, fijen postura común y terminen imponiéndose “por mayoría” al Estado reclamante.⁵⁵

Arbitration, *Mauritius v. United Kingdom*, Dissenting and Concurring Opinion, 18th March 2015, par. 74-77.

Podemos agregar que el derecho de la libre determinación del pueblo chagosiano es desconocido por el Reino Unido, lo cual es contradictorio con el reconocimiento del mismo derecho para los habitantes de las Islas Malvinas.

⁵³ Brotóns, Remiro, op. cit., pág. 178.

⁵⁴ Para profundizar la estrategia actual que lleva adelante el Reino Unido para dilatar la resolución de la disputa con Argentina, remitimos a Fernandez Peña, M. G., “La manipulación del principio de la libre determinación de los pueblos como estrategia neocolonial de Gran Bretaña: el caso Malvinas y el caso Diego García” *CLACSO* (en prensa para su publicación), 2021.

⁵⁵ Hooft y Farinella entienden que ha existido un peligro real de que las Malvinas se declararan Estado independiente. Que quedó reducido en buena medida por el tratado firmado en Nueva York en 1995 en donde se establecen negociaciones bilaterales entre el Reino Unido y la Argentina, y se afirma la existencia de una disputa de soberanía territorial entre dos Estados. Conforme Hooft y Farinella, op. cit., págs. 202 y 204.

Posiblemente el respeto a las diferencias de los habitantes de la colonia reclamada, pase por el reconocimiento de un régimen especial dentro del Estado que los ha de incorporar. Así lo hizo la India con los enclaves franceses y portugueses, formando con ellos territorios de la Unión, o incluso en un caso –Goa-, un Estado separado. Así lo hizo China con Hong Kong y Macao: creando zonas diferenciadas bajo el lema “*un país, dos sistemas*”. Y así pueden hacerlo también España y la Argentina, pudiendo valerse incluso de los mecanismos que para ello dan sus constituciones.

XI. Palabras finales

Tanto el separatismo como las reivindicaciones territoriales suponen problemáticas para la paz y la estabilidad política de uno o más Estados. Generalmente, se está frente a una dificultad aún mayor cuando los conflictos se solapan, máxime si se da una situación en la que existen tres partes involucradas, cada cual con sus propios intereses.

Esto se suele agravar por el hecho de que un mismo argumento -el derecho a la autodeterminación- suele ser esgrimido por los distintos actores. De allí la importancia de buscar, en la medida, clarificar dicho principio.