

Cañardo, Hernando V.

Análisis de la validez del principio de auto-determinación de los pueblos, la secesión, y los conceptos de uti possidetis y terra nullius en la adquisición de territorios

Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional N° 3, 2015

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Cañardo, H. V. (2015). Análisis de la validez del principio de autodeterminación de los pueblos, la secesión, y los conceptos de *uti possidetis* y *terra nullius* en la adquisición de territorios [en línea], *Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, 3.

Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/analisis-validez-pueblos-secesion.pdf> [Fecha de consulta:.....]

ANÁLISIS DE LA VALIDEZ DEL PRINCIPIO DE AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS, LA SECESIÓN, Y LOS CONCEPTOS DE *UTI POSSIDETIS* Y *TERRA NULLIUS* EN LA ADQUISICIÓN DE TERRITORIOS

HERNANDO V. CAÑARDO¹

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se intenta analizar, primeramente, en profundidad el llamado principio de autodeterminación de los pueblos a través de la Historia. En segundo lugar, se estudia la secesión y su validez dentro del mencionado principio en relación con la integridad territorial de los Estados y las posibles causales que la justifican.

Finalmente, se procede a la investigación de dos principios, como lo son el *uti possidetis* y el *terra nullius*, que juegan en la adquisición o modificación de los títulos sobre el territorio, y en definitiva en cualquier reclamo territorial de autodeterminación.

1. Profesor Titular de Derecho Internacional Público, Universidad Católica Argentina, "Santa María de los Buenos Aires". Profesor Titular Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica Argentina, "Santa María de los Buenos Aires".

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS. SU LEGITIMIDAD

El principio de la autodeterminación es considerado históricamente como una de las raíces de la democracia. De allí el pedigrí del mismo, el cual postula el derecho de un pueblo organizado en un territorio establecido a determinar su destino político como comunidad o entidad colectiva.

Sus orígenes históricos, como aspiración que anima al principio, pueden rastrearse en el *Éxodo* de los Hebreos de Egipto, que se estima fue en el año 1000 a.C.². Pero sus raíces modernas de carácter universal aparecen con el Tratado de Versalles, más precisamente en la Conferencia de Paz que dió lugar al mismo, y que modifica las bases sentadas en el Congreso de Viena, el cual no había tenido en cuenta las sensibilidades étnicas al dibujar el mapa de la Europa posnapoleónica.

El Presidente Wilson decidió así que Europa debía volver a diseñarse. Frente a las dudas de su propio Secretario de Estado, Robert Lansing³, envió junto a los negociadores un contingente de historiadores, geógrafos y etnólogos, para argüir sobre la efectividad y supremacía de la norma sobre cualquier consideración política o económica. La delegación americana reunió datos sobre las condiciones demográficas y evidencias de etnicidades al solicitar la libertad de elección para los “pueblos”. A lo largo de las negociaciones de Versalles, Wilson insistiría en que los acuerdos debían basarse en hechos que significaban “aspectos raciales, antecedentes históricos y elementos económicos y comerciales”⁴.

Con este arsenal, la Conferencia autorizó veintiséis consultas de diferentes grupos que buscaban la autodeterminación. Así los dina-

2. *Éxodo* 1:2.

3. “The phrase self-determination is simply loaded with dynamite. It will raise hopes which can never be realized”. LANSING, R., *The peace negotiations*. A personal narrative, page 97, 1921. BRILMAYER, *Secession and Self-Determination: A Territorial Interpretation*, 16 Yale Journal International Law, page 177, 1991.

4. BAKER, R. S., *Woodrow Wilson and World Settlement*, page 187 Doubleday, Page & co. New York, 1922.

marqueses de Schleswig, que habían sido anexados por la Alemania de Bismarck en 1864, pudieron asegurarse de que la frontera entre Alemania y Dinamarca fuera fijada de acuerdo a los deseos de la población.

En 1920 Schleswig del Norte votó ser parte de Dinamarca, y la Conferencia de Paz lo aprobó⁵. Wilson también se aseguró que todas las ramas de los Eslavos estarían libres tanto de Alemania como de Austria, en lo que se convertiría en Checoslovaquia. Asimismo resistió los esfuerzos de Georges Clemenceau de establecer un Estado Renano independiente, lo cual resulta en la creación del Territorio del Sarre, que sería administrado por la Liga. Si bien sus habitantes no estaban representados en el Reichstag Alemán, su educación, lengua, derecho y nacionalidad permanecen⁶.

Checoslovaquia, no obstante, nace con minorías de alemanes en la región de los Sudetes; así como en la Alta Silesia cedida a Polonia. También se crea el Reino de los Eslavos del Sur, o Reino de los Serbios, Croatas y Eslovenos, lo que más tarde se convertiría en Yugoslavia; y entre esta e Italia, el Estado libre de Fiume, de breve existencia. Asimismo aparece la Ciudad Libre de Danzig, con la protección de Polonia.

En lo que respecta a la creación de Polonia se aplica el principio de la autodeterminación de acuerdo a bases históricas y étnicas. La Alta Silesia se divide por el Consejo de la Liga de acuerdo a líneas étnicas estrictas, si bien quedan en la parte polaca minorías alemanas; Inglaterra también lo invoca en la partición de Irlanda⁷.

Este principio de autodeterminación del cual Wilson fue campeón liberó a las minorías que habitaban dentro de los Imperios de Alemania, Rusia y Austria-Hungría.

5. WAMBAUGH, Sarah, *Plebiscites Since The World War*, page 14, Carnegie Endowment for International Peace, 1933 - 603 pages, *A History of the Peace Conference of Paris*, page 2055 (H. W. V. Temperley ed. 1920).

6. *Ibidem*.

7. BALFOUR, *The Irish Question*, Nov. 25, 1919, PRO CAB 24/93, citado en FRASER, T. G., *Partition in Ireland, India and Palestine: Theory and Practice*, London, Macmillan, 1984.

En el resto de Europa, si bien se aplica a Irlanda, se le niega a las Islas Aaland, que querían unirse a Suecia y separarse de Finlandia, la cual a su vez se había emancipado de Rusia. Una Comisión de Juristas estableció que el Covenant de la Liga no lo mencionaba al principio y que el mismo no tenía estatus de derecho positivo⁸.

Debe hacerse notar que una regla puede ser coherente, determinada, es decir clara y válida y aún así no ser justa. La autodeterminación propugnada por Wilson podía ser legítima pero causar al mismo tiempo una injusticia transfiriendo territorios y recursos de acuerdo al principio de etnicidad, pero ignorando otras consideraciones de carácter económico, o de justicia distributiva.

El principio mencionado no se aplicó a los territorios alemanes de Ultramar que fueron otorgados en forma de Mandatos a Gran Bretaña, Francia, Bélgica, Nueva Zelanda y Sudáfrica; ni tampoco a los territorios del Imperio Otomano, que también fueron llevados, en muchos casos contra los deseos de sus poblaciones, al mismo sistema. Armenia, que tuvo una breve existencia como Estado Independiente, deseaba convertirse en un Mandato⁹.

8. League of Nations. Council. Advisory Committees. 1920 (Aland Islands). League of Nations. Official journal. Special supplement, N° 3, oct. 1920.

9. Al final de la guerra, se decidió dividir el Imperio Otomano. Firmado entre las potencias aliadas y el Imperio Otomano, el 10 de agosto de 1920, el Tratado de Sèvres prometió mantener la existencia de Armenia y unir los territorios del Imperio Otomano parcialmente poblados por armenios otomanos. Debido a que las nuevas fronteras de Armenia debían ser dibujadas por el presidente norteamericano, Woodrow Wilson, la Armenia otomana también es conocida como "Armenia Wilsoniana". Se consideró incluso la posibilidad de convertir Armenia en un protectorado con tutela de los Estados Unidos. El tratado, sin embargo, fue rechazado por el movimiento nacional turco, y nunca entró en efecto. El movimiento comandado por Mustafa Kemal utilizó el tratado como la ocasión para declararse el gobierno legítimo de Turquía y sustituyó la monarquía con capital en Estambul por una república con la suya en Ankara.

En 1920, Armenia y Turquía entraron en guerra, en un conflicto que terminó con el Tratado de Alexandropol (2 de diciembre de 1920). Este tratado obligó a Armenia a desarmar a la mayoría de sus fuerzas militares, ceder más de la mitad de su territorio antes de la guerra y renunciar a todos los territorios conferidos a su favor en el Tratado de Sèvres. Al mismo tiempo, la Unión Soviética invadió Armenia en Caravanserai el 29 de noviembre. El 4 de diciembre las fuerzas soviéticas llegan a Ereván y la efímera República de Armenia se derrumbó.

No fueron solo Wilson y las Potencias Occidentales quienes enarbolaron este principio en la posguerra.

El Programa del Partido Nacional Socialista, proclamado el 24 de febrero de 1920, contenía la mención del mismo afirmando en su Primer Punto:

“Reivindicamos la reunificación de todos los alemanes, sobre la base del derecho de los Pueblos a la autodeterminación, a fin de crear una Gran Alemania”¹⁰. Este principio fue posteriormente invocado por Hitler frente a Polonia, Checoslovaquia y otros territorios. Después de la Guerra por el Acuerdo de Potsdam se revierte con la expulsión de las minorías alemanas de muchos Estados de la Europa Oriental¹¹.

También Lenin defendió el derecho de libre determinación de las naciones, entendido como derecho a la secesión, si bien subordinándolo a la lucha de clases. Cuando los bolcheviques alcanzaron el poder tras la Revolución de octubre, el principio de autodeterminación se proclamó oficialmente en la Declaración de Derechos de los Pueblos de Rusia, del 15 de noviembre de 1917: en su Punto III, y en el Artículo 10 de la Constitución. En virtud de la misma se reconoció la independencia de Finlandia¹², y de

10. http://web.archive.org/web/20031208083823/http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/document/nca_vol4/1708-ps.htm.

11. La expulsión se produce sobre todo en Polonia, Checoslovaquia y Hungría, mencionados en el Acuerdo de Potsdam, así como en Rumania, donde se deporta a los sajones de Transylvania, en Yugoslavia, en la Unión Soviética y en los Países Bálticos, como la región de Klaipeda.

12. “III. 1. Al expresar su inquebrantable voluntad de arrancar a la humanidad de las garras del capital financiero y del imperialismo, que han inundado en sangre el mundo en la guerra actual, la más criminal de todas, la Asamblea Constituyente apoya totalmente la política seguida por el poder soviético de denunciar los tratados secretos, organizar la más extensa confraternización con los obreros y campesinos de los ejércitos actualmente en guerra, y obtener, a cualquier precio, por medios revolucionarios, una paz democrática entre los pueblos, sin anexiones ni indemnizaciones, sobre la base de la libre autodeterminación de las naciones.

2. Con el mismo fin, la Asamblea Constituyente insiste en la completa ruptura con la bárbara política de la civilización burguesa, que ha construido la prosperidad de los explotadores de unas pocas naciones elegidas, sobre la esclavitud de cente-

otros territorios¹³. Con el fin de la Segunda Guerra Mundial, la autodeterminación cobra un nuevo dinamismo. Las antiguas colonias de Japón, Italia y Alemania entran al sistema de las Tutelas por parte de las Potencias victoriosas, y en un caso por una de las vencidas, que era la Somalia administrada por Italia, en agradecimiento por haber cambiado de bando en pleno conflicto.

Los Estados que administraban las Tutelas tenían la obligación de “promover el progresivo desarrollo hacia el autogobierno y la independencia de acuerdo con los deseos expresados libremente por los pueblos”¹⁴.

nares de millones de trabajadores en Asia, en las colonias en general y en los países pequeños.

La Asamblea Constituyente saluda la política del Consejo de Comisarios del Pueblo, que ha proclamado la completa independencia de Finlandia, que ha comenzado a retirar las tropas de Persia y proclamado la libertad de autodeterminación para Armenia.

10. Autodeterminación de los pueblos.

En su propósito de crear una alianza efectivamente libre y voluntaria y, por consiguiente, más firme y estable entre las clases trabajadoras de todas las naciones se deja a los obreros y campesinos de cada nación decidir independientemente en su propio y autorizado Congreso de Soviets, si desean y en qué condiciones, participar en el gobierno federal y en las demás instituciones soviéticas federales”.

13. La República Popular de Ucrania se independiza en 1918, así como Polonia, Letonia, Lituania y Estonia. Moldavia se unió a Rumanía y Finlandia se independiza en 1917. También en ese año lo hace la República Democrática Federal de Transcaucasia, que luego se dividiría en la República Democrática de Georgia, la República Democrática de Armenia y la República Democrática de Azerbaiyán. En 1919, la República Popular de Ucrania desaparece después de la Guerra Polaco-Soviética, en la que la República de Polonia y la URSS se repartieron los territorios de esta, y la mayoría del territorio se la quedaron los soviéticos.

14. “Article 76. The basic objectives of the trusteeship system, in accordance with the Purposes of the United Nations laid down in Article 1° of the present Charter, shall be:

1. To further international peace and security;
2. To promote the political, economic, social, and educational advancement of the inhabitants of the trust territories, and their progressive development towards self-government or independence as may be appropriate to the particular circumstances of each territory and its peoples and the freely expressed wishes of the peoples concerned, and as may be provided by the terms of each trusteeship agreement;

3”.

Esta evolución no cesa sino que la autodeterminación se convierte en el vehículo para la descolonización, y de acuerdo al Artículo 1° de la Carta de las Naciones Unidas, adquiere el estatus de derecho fundamental de los pueblos como necesario prerequisite para el desarrollo de “relaciones amistosas entre las naciones”.

El concepto no solo se universaliza sino que se internacionaliza; ya que era un deber de todos los gobiernos hacia sus pueblos y de cada gobierno frente a los demás miembros de la Comunidad Internacional. Después de la Segunda Guerra Mundial, el principio se aplicará en teoría a todas las Colonias y a Europa, a vencedores y vencidos; y así lo establece el Artículo 1° de la Carta de las Naciones Unidas¹⁵.

En el mundo de posguerra las negativas a la autodeterminación no eran ya cuestiones de jurisdicción doméstica, y la represión a los grupos que la procuraban generaron fricciones con Estados vecinos donde a estos grupos se les ofrecía santuario y ayuda.

Los casos de Israel, Argelia, Vietnam, Bangladesh, Eritrea y Sudán, por mencionar algunos ejemplos, demostraron, sin embargo, que la negación de la autodeterminación provocaba conflictos graves.

15. “Article 1°

The Purposes of the United Nations are:

1. To maintain international peace and security, and to that end: to take effective collective measures for the prevention and removal of threats to the peace, and for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace, and to bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace;

2. To develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace;

3. To achieve international co-operation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion; and

4. To be a centre for harmonizing the actions of nations in the attainment of these common ends.

5”.

Aparece así un vínculo entre la autodeterminación y la principal tarea de la ONU que era la de prevención de conflictos, lo cual es una paradoja.

Entre 1945 y 1970 la autodeterminación de los pueblos modificó el mapa mundial, pero si bien la norma parecía establecida claramente con tintes secesionistas, en el sentido de legitimar la separación de las Colonias de los Imperios, también evolucionó en el sentido de no permitir o legitimar la autodeterminación de minorías dentro de una ex colonia.

La Asamblea General advierte así contra los intentos de afectar la integridad territorial, en el caso de los Ibos en Nigeria, pero permite la partición de la India y Pakistán al concederles Gran Bretaña la Independencia en 1948.

Las principales potencias coloniales con más o menos entusiasmo siguieron este principio, como Gran Bretaña, Francia, Holanda, Bélgica, España, Portugal y Sudáfrica. Si bien las mismas protestaban al principio por la invocación por la Asamblea General en base al Artículo 73 (c)¹⁶ para monitorear los desarrollos políticos en las colonias, esa resistencia fue decreciendo. Este principio se afirmó pues con le-

16. "Article 73. Members of the United Nations which have or assume responsibilities for the administration of territories whose peoples have not yet attained a full measure of self-government recognize the principle that the interests of the inhabitants of these territories are paramount, and accept as a sacred trust the obligation to promote to the utmost, within the system of international peace and security established by the present Charter, the well-being of the inhabitants of these territories, and, to this end:

1. to ensure, with due respect for the culture of the peoples concerned, their political, economic, social, and educational advancement, their just treatment, and their protection against abuses;

2. to develop self-government, to take due account of the political aspirations of the peoples, and to assist them in the progressive development of their free political institutions, according to the particular circumstances of each territory and its peoples and their varying stages of advancement;

3. to further international peace and security;

4. to promote constructive measures of development, to encourage research, and to co-operate with one another and, when and where appropriate, with specialized international bodies with a view to the practical achievement of the social, economic, and scientific purposes set forth in this Article; and

gitimididad poderosa y pocas reglas de derecho internacional han tenido un impacto tan dramático. Este ímpetu a la descolonización, en la gran mayoría de los casos, fue hecho sin derramamiento de sangre, y es un mérito que daba legitimidad a la norma. La ONU tuvo una participación importante en el trabajo de las administraciones coloniales y en la supervisión de elecciones y plebiscitos de los territorios no autónomos en su camino a la independencia. Se entendía, así, que la autodeterminación requería una consulta democrática con los pueblos coloniales, legitimada por la presencia internacional, antes del momento de la independencia.

Pero la coherencia no se mantuvo y al mismo tiempo que la descolonización ocurría, se negaba la autodeterminación a los países de Europa del Este. Territorios habitados por Letones, Polacos, Alemanes, Rumanos, Húngaros y Eslovacos eran anexados y sus poblaciones expulsadas o se convertían en refugiados. Una de las ironías era que las propias naciones descolonizadas, gracias a la regla de autodeterminación, a su vez no condenaron las intervenciones de la Unión Soviética en Hungría en 1956 y en Checoslovaquia en 1968. La India independizada denegó autodeterminación al principado de Cachemira, que podría tener ese derecho en razón de sus caracteres étnicos y religiosos. Nigeria y la Organización de la Unidad Africana (OUA) no permitieron la autodeterminación a la nación Ibo que buscó convertirse en el Estado de Biafra¹⁷. En consecuencia, el principio se fue deteriorando por tales incoherencias, desde el mismo momento en que parecía haber alcanzado su máximo esplendor. Peor aún cuando

5. to transmit regularly to the Secretary-General for information purposes, subject to such limitation as security and constitutional considerations may require, statistical and other information of a technical nature relating to economic, social, and educational conditions in the territories for which they are respectively responsible other than those territories to which Chapters XII and XIII applies;

6”.

17. “Biafra declared its independence on May 30, 1967, but only five nations recognized its claim to independence. Neither the United Nations nor the OAU supported (es correcto así?) Biafran independence and the United Nations never even considered the issue”. NANDA, *Ved, Self-Determination in International Law*, 66 AJIL 321, 326-27 (1972). Ver asimismo 66 ASIL PROC. 58, 175 (1972).

en 1960 la Asamblea General emite la *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*¹⁸, la cual afirmaba por un lado que todos los pueblos tienen el derecho inalienable a la libertad, pero solo se aplicaba a territorios aún no independientes y a la vez se cuidaba de no atacar en forma parcial o total la unidad nacional y la integridad territorial de cualquier país¹⁹.

Hoy el proceso de descolonización está casi completo, y continúa vigente el principio de autodeterminación, con sus más y sus menos, habiendo contribuido a que la Unión Soviética retirara sus fuerzas armadas y el control político sobre Europa del Este y más adelante admitiera la independencia de los Estados Bálticos. También a que Sudáfrica se retirase de Namibia y cuando otro vestigio de una descolonización imperfecta, que era la guerra civil en Angola, terminó se realizaron elecciones libres y monitoreadas, para darle de una vez por todas un gobierno del cual carecía desde su independencia caótica. Asimismo el Acuerdo de París sobre Camboya finaliza la guerra civil en ese Estado²⁰.

En esta forma observamos cómo la autodeterminación ha ido convirtiéndose en un proceso de validación política que aun es aplicado a Estados poscoloniales como Angola y Nicaragua, si bien no permitiendo la secesión dentro de Estados soberanos.

Esta flexibilización y modificación de la regla a lo largo del tiempo sostiene su legitimidad como principio; pero siempre con problemas de coherencia en su aplicación.

Así renace la idea de *la santidad* de las fronteras y de la resistencia a la secesión, que ya había sido invocada por los países de América Latina a través del *uti possidetis* y en cierta forma también por Estados Unidos desde su Independencia, particularmente en su Guerra de Secesión, aunque siempre con excepciones pragmáticas según su interés y conveniencia²¹.

18. GA Res. 1514, 15 UN GAOR Supp. (No. 16) at 66, UN Doc. A/468 4 (1960).

19. GA Res. 1514, Art 5

20. Final Act of the Paris Conference on Cambodia, UN Doc. A/46/608-S/23177, Annex (1991).

21. Como dijera Abraham Lincoln: "My paramount object in this struggle is to save the Union. If I could save the Union without freeing any slave I would do it, and

Es el mismo principio que se aplicará en África después de la Conferencia Cumbre de El Cairo, en 1964, de la Organización de la Unidad Africana, referida a *la intangibilidad de las fronteras heredadas de la colonización*.

Sin embargo, en la práctica de su aplicación se advierte un *doble estándar*, en algunos casos se la invoca y en otros no. Los límites del principio se han vuelto nebulosos e incoherentes, y los parámetros para su aplicación no permiten encontrar pautas racionales de carácter general. Estas inconsistencias se evidencian en que a Argelia se le reconoció la autodeterminación y a Biafra no²².

¿Es acaso diferente Argelia porque está separada por el mar de Francia, y Biafra es parte de la masa territorial de Nigeria? No sería este un criterio válido, ya que muchos Estados como Estados Unidos, las Filipinas, Canadá, Indonesia, India, China y la URSS tienen provincias o regiones separadas por el mar. La autodeterminación no abarca el principio de territorio ultramarino. Es decir, este criterio no es válido, por eso nunca se lo ha reconocido como base.

El otro criterio para hacer distinción entre quienes tienen el derecho y quienes no sería la opresión. Los oprimidos lo tienen, los no oprimidos carecen del mismo. Esto parece atractivo pero nunca se aplicó coherentemente. Así la India tenía más democracia antes de la independencia que Letonia o Sudán del Sur, pero se la apoyó y no, en cambio, a los segundos.

Otro criterio sería el de la viabilidad económica, pero tampoco es satisfactorio. Katanga hubiera prosperado más que lo que lo ha hecho

if I could save it by freeing all the slaves I would do it; and if I could save it by freeing some and leaving others alone I would also do that". Letter from Abraham Lincoln to Horace Greeley, Aug. 22, 1862, 5 The Collected Works of Abraham Lincoln Pagina 388 (R. Basler ed. 1953).

22. Con respecto a Biafra dijo el Parlamento Británico: "An independent and united Nigeria was perceived to be a 'model for Africa', a 'key' to that continent's future stability and prosperity, because of its material wealth and rich culture. The 'progressive Balkanization' of Nigeria, with its concomitant vast waste of human and social resources, was viewed with great anxiety as a tragedy for all Africa". 283 PARL. DEB. (5th ser.) 1367-76 (1967).

sin poder secesionarse del Congo, y quién sabe si Francia y Argelia unidas no hubieran tenido mayor desarrollo económico²³.

Una distinción más poderosa es cuando los pueblos son tratados en forma discriminatoria por sus gobiernos. Así se explicaría por qué los habitantes de las Colonias inglesas o francesas tendrían derecho a la autodeterminación y los Ibos no. Si bien Argelia antes de su independencia elegía miembros para la Asamblea Nacional de Francia y el Senado, esto no era en igualdad de condiciones, pues el sistema de "colleges" daba a un europeo un voto diez veces con mayor peso que a un árabe. En Biafra, en cambio, los Ibos tenían los mismos derechos que el resto de los nigerianos. Otra paradoja es que esta causal puede negarle el derecho a pueblos más oprimidos, que a aquellos a los que se les otorga. El principio se explicaría de la siguiente forma, en los Estados donde se trata a todos por igual no habría el derecho, pero si a un grupo se le negaran algunos derechos y a otros no, es decir, si hubiera grupos privilegiados, el derecho tendría fundamento. Sin embargo, si bien parece correcto y coherente, también puede generar discriminación; de allí que muchas veces es difícil saber si la discriminación causa la secesión, o si la secesión causa la discriminación.

Cabe concluir en la necesidad de determinar patrones razonables y discernibles para la aplicación del principio, pues de lo contrario la incoherencia aumentará, y su legitimidad decrecerá.

2. LA SECESIÓN. TENSIÓN ENTRE LOS PRINCIPIOS DE AUTODETERMINACIÓN E INTEGRIDAD TERRITORIAL. ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES CUESTIONES

Una vez analizado el principio de autodeterminación, es necesario tratar esta cuestión de la secesión, íntimamente relacionada con el mismo y de rigurosa actualidad.

23. The United Nations rechaza completamente el reclamo de Katanga a su independencia como Estado soberano. Ver SC Res. S/5002, 16 UN SCOR (Res. & Dec.) at 3, UN Doc. S/INF/I6/Rev.1 (1961).

Hasta la década de 1990 no se creía que la secesión fuera un tema de importancia, pero cuando los Estados Bálticos se independizan de la Unión Soviética, se desmembra Yugoslavia, y Checoslovaquia se divide; la cuestión comienza a despertar nuevo interés. También Eritrea se separa de Etiopía y Timor Leste de Indonesia, tras una guerra y un referéndum. Debe tenerse en cuenta que antes de 1991 sólo se habían dado dos casos de secesión: Singapur y Bengala Occidental²⁴.

La secesión puede ser un remedio para una anexión ilegal de territorio, con fundamentos históricos, y que en algunos casos son similares a las descolonizaciones ocurridas a fines de la posguerra y hasta la década del setenta. La conducta común sería en todos los casos de secesión como reacción a una anexión ilegal. Estos Estados no solo quieren ser libres, sino que tienen derecho a un territorio que les fue quitado ilícitamente. Es que en muchas oportunidades al fundarse la autodeterminación se pone el foco en la homogeneidad étnica, religiosa o lingüística y se olvida el supuesto de la anexión ilegal del territorio.

En la historia del derecho internacional, al estudiarse el reclamo a la secesión, hay así dos aspectos en los que enfocarse: tradicionalmente, el primero se centraba en la cohesión del grupo: si era un "pueblo" en el sentido lingüístico, religioso o étnico. El segundo elemento es la validez del reclamo, que depende de la circunstancia histórica.

En consecuencia, surgirá una tensión entre dos principios del derecho internacional, ambos fundamentales: el derecho de los Estados a preservar su integridad territorial y el derecho de autodeterminación de los pueblos con legitimidad de reclamo por razones históricas.

Sin embargo, el principio de autodeterminación no identifica con precisión qué "pueblos" tienen ese derecho. La evolución histórica del concepto demostraría que por lo menos debe tratarse de un grupo políticamente autoconsciente, geográficamente concentrado y étnico, a la vez diferente del resto de la población de un Estado.

24. NANDA, Ved P., *Self-Determination in International Law: The Tragic Tale of Two Cities: Islamabad (West Pakistan) and Dacca (East Pakistan)*, 66 AM. J. INT'L L. 321 (1972).

En estas condiciones podría considerarse un pueblo y en la mayoría de los casos así se reconoce. La base normativa estaría fundada en las nociones de gobierno propio o autogobierno democrático y en parte en la noción de Nación como comunidad política, étnica y cultural. Después de la Primera Guerra Mundial esta concepción étnica de la autodeterminación hizo que los Aliados redibujaran el mapa de Europa, pero era un principio de carácter político, a ser aplicado cuando fuera posible y de acuerdo a los intereses de los Aliados, es decir, no era un derecho exigible *erga omnes*.

Por eso nunca se terminó de aceptar en derecho internacional una interpretación amplia de tal autodeterminación, ya que si esto se lleva al extremo, cualquier grupo con cierta cohesión y sustrato étnico podría decidir formar su propio Estado.

Puede decirse que en este sentido es muy relevante el contexto. Así fue más amplio en las décadas de posguerra, siendo el vehículo de la descolonización, y hasta 1990. Si bien los instrumentos legales no dejan de ser ambiguos o indeterminados, se reafirma su otra faz, el derecho del Estado de preservar su integridad territorial en situaciones donde no hay una dominación extranjera o una subyugación de carácter colonial.

Los argumentos sobre descolonización se enfocan sobre todo en si el grupo es un pueblo o una nación. Si lo es, puede secesionarse, pero en equilibrio con el principio de integridad territorial, es decir, el derecho del Estado a mantenerla. Brilmayer entiende que ambos criterios bien entendidos, el del pueblo y el del territorio, trabajan en tándem²⁵. Aplicando los principios de la teoría política, Brilmayer rechaza la noción de que los principios democráticos apoyan el derecho de un grupo étnico a la secesión. Y remarca la cuestión crítica del reclamo al territorio en que se funda el nuevo Estado.

Así afirma esta autora: "*My thesis is that every separatist movement is built upon a claim to territory, usually base on an historical grievance, and that without a normatively sound claim to territory, self-determination*

25. BRILMAYER, Lea, *Secession and Self-Determination: A territorial Interpretation*, 16 Yale Int'l Law, pages 177-178 (1991).

arguments do not form a plausible basis for secession"²⁶. Esta interpretación resolvería la tensión entre los principios de autodeterminación y de integridad territorial, porque permite la secesión solo cuando la soberanía sobre el territorio es ilegítima, es decir, en una situación donde el principio de integridad territorial no está en juego. ¿Qué ejemplos apoyan esta tesis? En primer lugar, los reclamos históricos: así sería la anexión de Rusia de los Estados Bálticos, y de las colonias europeas en Asia y África. En ambas situaciones la independencia fue el remedio a una situación de injusticia, y no podía existir un reclamo legítimo de los poderes ocupantes y o coloniales.

Sin embargo, en la mayoría de los casos las injusticias históricas no dan mucha ayuda práctica en los casos de separatismo; ya que hay pocos ejemplos tan claros de colonialismo o de anexión. Estos casos, además, pueden decidirse sin referirse a la secesión o autodeterminación.

Cuando Irak anexó Kuwait la impugnación se fundó no solo en la autodeterminación sino en la integridad territorial y en la violación a la prohibición del uso de la fuerza. Con los Estados bálticos se entendió el fin de una ocupación ilegítima.

En la mayoría de las disputas sobre secesión, como el caso de los Balcanes, los hechos históricos son tantos y tan antiguos, que las partes presentan una maraña difícil de desenredar. Los conflictos militares y otros acontecimientos no son relevantes para el derecho, pero pueden ser un punto de partida para analizar la cuestión.

Es verdad asimismo que las disputas territoriales en muchos casos acompañan los reclamos separatistas. La fuerza detrás de estos acontecimientos está en el oportunismo político y los miedos reales o percibidos de marginación social y política de esos grupos que se sienten vulnerables. La respuesta contemporánea a este problema no ha sido rediseñar las fronteras, sino expandir los derechos de esas minorías, en la expectativa de que al hacerlo sus intereses y derechos puedan realizarse en los confines del Estado existente; así la autonomía local, derechos de participación, o aun subsidios culturales. Este enfoque, sin embargo, también presenta problemas ya que la exten-

26. Ídem, pág. 192 (1991).

sión de los derechos y los grupos que pueden reclamarlo continúan siendo tema de debate y discusión.

Es irónico que el principio de autodeterminación sea tan *indeterminado* y variable. *Tal indeterminación es saber si le corresponde a un grupo, a un pueblo, a una nación y cuál es exactamente lo que ese derecho confiere, es decir, su contenido.*

Los separatistas quieren ser mayoría en su Estado y no minoría en otro, pero otorgar derechos a estos grupos puede generar resentimientos en la mayoría de la población del Estado tradicional que no quiere la secesión. En consecuencia, no hay un estándar claro para resolver las disputas de secesión. La falta de una definición precisa de lo que es el derecho de autodeterminación produce una serie de problemas tanto para los Estados como para los grupos.

En años recientes, muchos grupos que constituyen minorías dentro de sus Estados han invocado el derecho de autodeterminación en sus demandas por autonomía o han buscado, a través de la secesión, su independencia. A veces estos grupos reclamaban y reclaman la autodeterminación para terminar con un régimen de represión contra los derechos humanos, por parte de grupos mayoritarios étnicos, o por parte del Gobierno del Estado.

En muchos casos estos ejemplos de búsqueda de autodeterminación, y el aumento de las situaciones relacionadas al mismo, son el resultado no de un fenómeno abstracto, sino de la aplicación de ideas occidentales como la democracia y los derechos humanos, siendo que la mayoría de estos pueblos fuera de Occidente no tienen en su experiencia social e histórica iguales nociones de Estado y soberanía y no están preparados para adherirse a las nociones de indisolubilidad de las fronteras, *uti possidetis iuris*, o intangibilidad de las fronteras. El potencial de violencia e inestabilidad que puede darse en algunas regiones es muy importante.

Como ya se afirmó, desgraciadamente, el derecho internacional no aporta reglas claras y de posible aplicación general, por lo que no siempre puede solucionar cuestiones con ingredientes políticos y territoriales.

Al no haber una definición clara hay varias interpretaciones, y ninguna explica la vía a tomar cuando una nación o subgrupo étnico tiene aspiraciones de autogobierno.

Sin duda una definición de autodeterminación debe incluir los estándares consuetudinarios sobre derechos humanos (respeto al individuo y a las minorías) y aplicarlo antes de llegar al estadio de la lucha armada. Desde ya que hay categorías intermedias antes de llegar a la secesión para receptor y aplicar esos derechos, intereses y aspiraciones. La opción no sería necesariamente Estado o asimilación, sino algo intermedio como la posición de Taiwán en el GATT. Frente al principio de integridad territorial, la secesión es válida si es respuesta a gruesas y sistemáticas violaciones de derechos humanos y además la entidad debe ser política y económicamente viable. El deseo de los grupos nacionales de buscar la autodeterminación no es algo simple ni tiene una sola causa, sino múltiples, así la negación de derechos, disputas territoriales, aspiraciones nacionalistas y la creencia de viabilidad política y económica, entre otras.

Si este deseo no encuentra una salida pacífica puede llevar a la violencia y la secesión.

El principio de autodeterminación abarca así muchas cuestiones: como los derechos individuales y de las minorías, la autonomía regional, la represión gubernamental, la integridad territorial, la soberanía estatal y los reclamos de secesión o independencia.

Debe tenerse en cuenta asimismo que ya con el fin de la Primera Guerra Mundial y más específicamente de la Segunda se estableció un sistema de Estados fundado en fronteras consideradas inviolables, sin importar cómo fueron determinadas. Pero estos Estados son en su gran mayoría Estados plurales y no Estados-Nación y a veces no hay sintonía entre los elementos que la componen. Es así que muchos pueblos o "naciones" no tienen su Estado Nación y son minorías en un Estado o están divididos en varios Estados.

Las Naciones Unidas defienden el sistema de Estados en su Carta y también el de autodeterminación, pero su interpretación ha variado con el tiempo.

En consecuencia se plantean interrogaciones fundamentales: ¿Está implícito el derecho a la secesión en el de autodeterminación? ¿Debe separarse el derecho de la autodeterminación del derecho de secesión para la creación de un nuevo Estado?

Cada vez más grupos nacionales demandan algún nivel de reconocimiento, y las razones citadas o invocadas contra la secesión,

“la necesidad de estabilidad y la inviolabilidad de las fronteras”, son consideradas por muchos como una excusa para perpetuar un orden vigente que estiman injusto.

Las demandas de un grupo étnico de igualdad pueden llegar a la lucha armada, y esto dependerá de la naturaleza del gobierno, que tiene soberanía sobre ese grupo. Si se deniegan derechos culturales, lingüísticos y políticos, es más posible que se desemboque en lucha armada, que si se reconocen autonomías locales.

No obstante, aun existiendo democracia y respeto a los derechos humanos, con cierto grado de autonomía, esto puede resultar insuficiente para evitar los conflictos. Ejemplos abundan y van desde el caso de la Provincia Quebec a territorios como Cataluña y naciones como Escocia²⁷.

Debe tenerse en cuenta que en su primera etapa el principio de autodeterminación era de carácter político y además distinguía entre las interpretaciones internas y externas de la autodeterminación. El interno sería el derecho de los pueblos a elegir sus formas de gobierno, sin presiones externas. El aspecto externo era el establecimiento de un Estado independiente. Con el fin de la Segunda Guerra Mundial se desarrolló, como se ha dicho, una segunda etapa, y la Carta lo menciona en dos oportunidades pero el término en realidad se aplica a los Estados y no a los pueblos o grupos.

Pero cabe reiterar, si bien el derecho adquirió otra dimensión, nunca se lo consideró absoluto o ilimitado.

Sin duda el documento más importante en la formación y el desarrollo del derecho a la autodeterminación, el cual nos presenta una idea bastante precisa de su significado en esa época, fue la Declaración de las Naciones Unidas de 1960 para el Otorgamiento de la Inde-

27. The Acts of Union eran dos Actas del Parlamento: “The Union with Scotland Act”, de 1706, aprobada por el Parlamento Inglés y la “Union with England Act”, aprobada en 1707 por el Parlamento de Escocia. Las mismas hacen efectivos los términos del Tratado de Unión acordado el 22 de julio de 1706. Las Actas unieron los dos Reinos que eran Estados separados con Parlamentos separados pero con un mismo soberano en un solo reino denominado Gran Bretaña. Los dos países tenían un mismo soberano desde la Unión de las Coronas en 1603 cuando Jacobo VI de Escocia lo hereda de Isabel. En realidad eran, sin embargo, dos coronas en el mismo soberano.

pendencia a los Pueblos Coloniales. La autodeterminación era sinónimo de descolonización, sin que fuera relevante la existencia de una etnicidad diferenciada, o diferente lenguaje o cultura.

Son cuatro las características que marcan ese momento:

- 1) *La autodeterminación se refería solo a la descolonización.*
- 2) *No se aplicaba a pueblos sino a territorios.*
- 3) *Era un derecho absoluto en cuanto se aplicara a colonias, lo que marca una diferencia con etapas anteriores.*
- 4) *Finalmente la autodeterminación no permitía la secesión, por lo que así se aseguraba la integridad territorial tanto de los Estados existentes como de los nuevos Estados poscoloniales.*

La tercera etapa, la más problemática, comienza luego de concluidas las grandes descolonizaciones a finales de la década del setenta, y continúa hasta el presente. Podría caracterizarse como un propósito de fusión de elementos de las anteriores etapas: es decir, combinar los elementos o derechos étnicos y culturales de las minorías que Wilson mencionaba y apoyaba con el absolutismo territorial de la descolonización.

Esta tendencia incluiría a cada grupo nacional o etnia que así tendría derecho a la secesión e independencia. Esta interpretación no ha sido sin embargo aceptada pacíficamente en el ámbito del derecho internacional, ni por los Estados.

Lo cierto es que la combinación de la definición original de la autodeterminación y las interpretaciones posteriores han causado una confusión considerable. De allí que el objetivo hoy en día sea identificar y definir con determinación y claridad el derecho de autodeterminación y qué entidades tienen ese derecho. Para una determinación exacta de los alcances de este derecho, podría proponerse que no necesariamente implique su ejercicio alcanzar la estatalidad, es decir, la categoría de Estado independiente.

Hay situaciones fácticas en el mundo actual que no pueden ser ignoradas. En primer lugar, las fronteras de los Estados son en muchos casos artificiales, aleatorias y accidentales. En segundo lugar, si bien en general hay un balance entre lo étnico y territorial, en la mayoría de los Estados occidentales no ocurre así en otras áreas. Es decir, hay Estados en que grupos étnicos diferentes conviven forzosamente dentro de las fronteras de uno o de varios Estados.

En tercer lugar, la preocupación actual con la autodeterminación no es solo un efecto del quiebre de la Ex Unión Soviética, sino que muchos otros grupos o “pueblos” están redescubriéndose y buscan liberarse para retomar su propia historia. Mucho ha tenido que ver la aplicación de conceptos como las nociones de democracia y derechos humanos; la atracción a estos valores que en algunos casos son “corrosivos” a la estatalidad, y lleva a la aparición de reclamos étnicos o, como ocurre en el mundo islámico, diferencias religiosas que pueden generar movimientos secesionistas. Los medios masivos de comunicación son también en parte responsables de esparcir estas ideas, la introducción de valores democráticos como la libertad de expresión, de reunión y de prensa acelera el desarrollo de la conciencia de esos grupos minoritarios en la búsqueda de la autonomía y quizás de la independencia.

El nacionalismo, la etnicidad y la religión son utilizados en muchos casos como expresión de resentimiento, y esto se observa en los países que han tenido un desarrollo económico rápido y urbanización con malos servicios por parte de su Estado. Es aquí que los grupos marginalizados buscan nuevas formas de identidad y de lealtad que aquellas que les ofrece el Estado que en cierta forma consideran que los abandonó.

Así se adoptan formas alternativas de identidad, como la etnicidad y la religión y su utilización como instrumentos políticos, para crear un proyecto nacional.

La respuesta internacional en los Balcanes exacerbó este problema, si bien debe tenerse en cuenta que gran parte de la guerra civil en la Ex Yugoslavia ocurrió antes de la partición en 1992. Esto significa que la violencia fue anterior al reconocimiento. De allí que es difícil prohibirle la fuerza a otros grupos cuando ocurrió la partición de Yugoslavia y la misma fue sancionada con la aquiescencia de Europa y Occidente en general.

2.1. Tipos de autodeterminación

La autodeterminación tiene varias lecturas: como se ha visto, aparece vinculada al fin del colonialismo y la creación de nuevos Es-

tados, producto del fin de los Imperios. Pero hay otra que se refiere a que la autodeterminación es un derecho de los Estados, la prerrogativa soberana que define las relaciones entre Estados existentes. Así el derecho a definir su futuro político y a la igualdad jurídica con los demás Estados. Una tercera definición se relaciona más con la protección de los derechos individuales y colectivos así como el gobierno democrático.

El problema es que ninguna de estas definiciones se refiere al núcleo de cómo responder a las aspiraciones de un grupo que quiere construir su propio Estado.

Ni siquiera la definición referida a la democracia responde al interrogante, pues la democracia es esencialmente el gobierno de las mayorías, y en estos casos es la mayoría la que no permite el ejercicio de esos derechos por la minoría.

La autodeterminación no es sin embargo un pacto de suicidas, en el sentido de que no obliga a los Estados a subordinar o subyugar su propio interés. El derecho a la autodeterminación debe ser visto a la luz de las normas de los derechos humanos, especialmente a estos grupos, que sin embargo tienen otras opciones antes de llegar a ser Estados; tales como: participación en asambleas, gobiernos autónomos o comisiones regionales. Asimismo hay ejemplo de entidades territoriales que no son Estados, pero pueden participar en Organizaciones. Por ejemplo, la situación Taiwán en el Banco de Desarrollo Asiático, o de Hong Kong y Macao en la OMC.

Se entiende entonces que la autodeterminación es, entre otras cosas, el derecho a la independencia cultural, a la libertad religiosa y al uso del lenguaje, pero no a la secesión.

Un caso específico fue el de Chechenia, en 1991, donde su Presidente, Dzhokhar Dudayev, declaró la independencia de la Unión Soviética. Los Estados Unidos defendió el derecho a la integridad territorial de la URSS, si bien quizás no concordaban con los métodos para restablecer esa soberanía²⁸. Tartaristán, entre otras Repúblicas, negoció una serie de acuerdos, bastante imprecisos con Rusia, sobre

28. Para el conflicto en Chechenia ver <http://www.wmd.org/resources/whats-being-done/ngo-participation-peace-negotiations/history-conflict-chechen-republic>.

su estatus, evitando así la violencia. Sin embargo, la historia de los Tártaros y Rusia es diferente de la de este Estado con los Chechenos. Los Tártaros han sido parte de Rusia desde el siglo XVI, en cambio los Chechenos solo desde el siglo XIX, después de una campaña brutal y sangrienta que continuó con Stalin y la política de relocalización de toda su población después de la Segunda Guerra Mundial, es decir, han estado siempre sujetos, lo cual no quiere decir que deban seguir siendo oprimidos.

El derecho de secesión no ha sido reconocido por el derecho internacional. Quedaría autorizada o se legitimaría solo en casos en los que haya graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos hacia ese grupo y esa entidad es económicamente viable.

Como se puede observar no hay soluciones simples a los dilemas de la autodeterminación, y no existen porque no hay una sola causa para la autodeterminación. Es deseable, en consecuencia, que estos grupos tengan alternativas, pero sin tener que llegar a la secesión y al uso de la fuerza como *ultima ratio*.

2.2 ¿El derecho de autodeterminación prevalece sobre el de integridad territorial?

El choque entre los principios de autodeterminación y de integridad territorial es una cuestión compleja, delicada y cargada de controversias. El territorio es un elemento esencial del Estado, pero el derecho a determinar el destino pertenece a la población. El principio de integridad territorial es de importancia para mantener la seguridad y estabilidad y también es de importancia el de autodeterminación.

El principio de autodeterminación es amplio y para propósitos didácticos se lo divide en interno y externo. El interno es la democracia participativa dentro de las fronteras de un Estado, de allí que no se afecta la integridad territorial. Sin embargo, la historia del principio de autodeterminación está más conectada a reclamos territoriales, secesión e independencia.

El tema a tratar es aquí la autodeterminación externa. La misma puede definirse como el derecho a decidir sobre el estatus político de un pueblo y su lugar en la comunidad internacional en relación con

otros Estados, incluido el derecho de separarse o de secesión, del cual ese pueblo forma parte, y crear o establecer un nuevo Estado. Para algunos el principio de autodeterminación se halla por encima del de integridad territorial, basándose en los Pactos de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en Resoluciones de la Asamblea General así como en Tratados y otras fuentes del derecho internacional.

Se procederá, en consecuencia, a analizar ambos principios.

2.3. El principio de integridad territorial y su ámbito

Este principio es considerado fundamental para lograr y mantener la seguridad y la estabilidad de la Comunidad Internacional. Mantener la paz y la seguridad internacional es el propósito primario de la Carta de las Naciones Unidas²⁹. El principio de integridad territorial se basa en el de no intervención en los asuntos internos de otros Estados, y sirve para la paz y estabilidad. De allí que sea uno de los principios más fundamentales y mejor establecidos en el derecho internacional³⁰. Había sido ya establecido por la Liga de las Naciones³¹ y en la Carta de las Naciones Unidas, en su paradigma del Artículo 2º, Párrafo 4, donde se lo menciona como uno de los elementos esenciales del Estado³².

La amenaza o el uso de la fuerza infringe la integridad territorial, pero declaraciones de carácter diplomático o político no lo hacen. Este principio se aplica solo entre Estados, ya que solo estos son los Miembros de la ONU³³.

29. Carta de las Naciones Unidas, 26 de junio de 1945. 59 Stat. 1031 T.S.Nº 993.

30. MUSGROVE, Thomas D., *Self-Determination and National Minorities*, Oxford Clarendon Press 2000, 338, págs. 181-197.

31. "The Members of the League undertake to respect and preserve as against external aggression, the territorial integrity [...] of all Members of the League", Covenant of the League, Article 10.

32. Artículo 2º, Párrafo 4, Carta de las Naciones Unidas.

33. Artículo 3º, Carta de las Naciones Unidas: "The original Members of the United Nations shall be States".

De acuerdo a esta línea de pensamiento, el principio de integridad territorial es un principio que se aplica entre Estados y no dentro de cada Estado. En cambio, los aspectos de la unidad o integridad en cada Estado son de jurisdicción interna y no cae en el ámbito del derecho internacional.

2.4. El principio de autodeterminación de los pueblos y su ámbito

El principio de autodeterminación es otro principio fundamental del derecho internacional. Formulado en el siglo XVIII, se mantuvo como principio político durante la etapa de la Liga de las Naciones, y su grado de carácter político puede observarse en el Reporte de la Comisión de Juristas sobre las Islas Aaland y en el llamado Reporte Lytton sobre la situación de Manchuria³⁴, hasta la adopción de la Carta de las Naciones Unidas³⁵. Sin embargo, es un principio y no una regla precisa, de allí el alto grado de generalidad, abstracción e indeterminación. La mayoría de los instrumentos internacionales relacionados a la autodeterminación se refieren a los pueblos, de allí que algunos entiendan que es colectivo. La Carta de las Naciones Unidas también lo menciona, cuando dice que uno de los propósitos es desa-

Artículo 4º: "Membership of the United Nations is open to all other peace-loving States".

34. Para un análisis del Reporte Lytton sobre Manchuria y la Invasión japonesa ver: <http://hansard.millbanksystems.com/lords/1932/nov/02/manchuria-report-of-the-lytton-commission>. En él se mencionan los deseos de la población, si bien de poco sirvió: "There is in Part III of the Report an extremely interesting account of the opinions of the inhabitants of Manchuria, which are very carefully gone into, not only the different interests and the officials and the farm workers, but the different races, Mongols, Manchus and Koreans. The Commission sum up their conclusion in a paragraph which I will read: Such are the opinions of the local population, conveyed to us during our tour in Manchuria. After careful study of the evidence presented to us in public and private interviews, in letters and written statements, we have come to the conclusion that there is no general Chinese support for the 'Manchukuo Government', which is regarded by the local Chinese as an instrument of the Japanese".

35. CASSESE, Antonio, *Self-Determination of peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge University Press, 1995, pág. 32.

rollar o promover relaciones amistosas entre los Estados basadas en los principios de igualdad de derechos y autodeterminación de los pueblos. También menciona que se deben tomar medidas apropiadas para fortalecer la paz universal.

Pero no hay una definición precisa de qué es la autodeterminación, ni se les impone obligaciones directas a los Estados Miembros en esa área.

Las provisiones legales referentes a la autodeterminación aparecen en el Artículo 1° del Pacto de Derechos Civiles y Políticos³⁶ y en el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁷: *“All peoples have the right of self determination. By virtue of that right they freely determine their political status, and freely pursue their economic, social and cultural development. The States Parties to the present Covenant, including those having responsibility for the administration of Non-Self-Governing and Trust Territories, shall promote the realization of the right of self-determination, and shall respect that right, in conformity with the provisions of the Charter of the United Nations”*.

También puede mencionarse la Resolución de la Asamblea General 51/84, del 28 de febrero de 1997, que reafirma la “realización universal del derecho de los pueblos a la autodeterminación”.

En consecuencia es un derecho *erga omnes*³⁸, así cualquier Estado si observa su incumplimiento puede demandar el mismo y el Estado acusado debería cumplir con su deber.

Es importante entonces saber qué debe entenderse como “pueblo”: ¿Una Nación, una minoría, un grupo étnico, los llamados pueblos originarios?

El temor de los Estados cuando aceptan el principio en los Pactos, aunque los mismos no tienen ningún mecanismo de cumplimiento, es que el derecho se extienda a las minorías, de allí que de acuerdo a los *travaux préparatoires* se limita su alcance al excluirse las minorías

36. International Covenant on Civil and Political Rights 999 UNTS 71.

37. International Covenant on Economic, Social and Cultural Right 993 UNTS 3.

38. La Corte Internacional de Justicia lo afirma en el East Timor Case Concerning East Timor (“Portugal vs. Australia”), Judgment of 30 June 1995 y en la Opinión Consultiva sobre Legal Consequences of the Construction of a wall in the Occupied Palestinian Territory Advisory Opinion of 9 July 2004.

del vocablo pueblo³⁹. La reunión Mundial de Expertos de la UNESCO para la Elucidación de los Conceptos de Derechos de los Pueblos, celebrada en 1989, desarrolla una definición de pueblo como un grupo de individuos que tiene alguna de estas características en común:

- a) Una tradición común histórica.
- b) Identidad racial o étnica.
- c) Homogeneidad cultural.
- d) Unidad lingüística.
- e) Afinidad religiosa e ideológica.
- f) Conexión territorial.
- g) Vida económica en común.

Además de estos factores que serían objetivos, está el subjetivo de su propia conciencia de los mismos y de mantener la distinción en base a los caracteres objetivos. El pueblo sería la población completa de una entidad territorial particular, y esto demuestra la conexión entre pueblo y territorio.

2.5. *Interrelación entre ambos principios*

La principal interrelación entre los principios de autodeterminación y de integridad territorial es que la reclamación a la autodeterminación externa cubre un reclamo territorial. Aquí aparece la cuestión de la secesión vinculada con el principio de integridad territorial⁴⁰. El principio de autodeterminación se invoca en conexión con una secesión unilateral sin consentimiento del Estado y sin sanción constitucional⁴¹.

Como en el planeta, todo el territorio ya está reclamado por un Estado u otro, y el uso de la fuerza para adquirir territorios no es per-

39. CASSESE, Antonio, ob. cit., pág. 50.

40. MUSGROVE, Thomas D., *Self-Determination and National Minorities*, Oxford Clarendon Press, 2000 338, páage 181.

41. Secesión constitucional es cuando hay un derecho explícito en la Constitución, o una enmienda al respecto.

mitido, la secesión es el único medio o método de creación de un nuevo Estado, salvo la fusión.

Ambos principios así se conectan y esto se observa en la Declaración de las Naciones Unidas sobre el otorgamiento de la Independencia a los Pueblos Coloniales de 1960, y la Declaración de los Principios de Derecho Internacional concernientes a las Relaciones Amistosas y de Cooperación entre los Estados de 1970.

Asimismo, el Acta Final de Helsinki, adoptada en la Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa de 1975, así como la Declaración de Viena y el Programa de Acción de 1993.

Sin embargo, estas Resoluciones y Declaraciones no tienen un valor jurídico de obligatoriedad claro, y no constituyen fuentes en el sentido formal de acuerdo al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁴². Debe recordarse que la Asamblea General de la ONU no tiene Poder Legislativo para crear normas obligatorias, salvo en lo organizativo y administrativo⁴³.

La doctrina y alguna jurisprudencia establecen que las Resoluciones de la Asamblea General son evidencia de derecho consuetudinario⁴⁴, más si han sido adoptadas por unanimidad. Otros, en cambio, entienden que no tienen *usus* ni *opinio juris*⁴⁵. En definitiva, la práctica establece que las Resoluciones de la ONU sobre autodeterminación se refieren a pueblos coloniales y/o con ocupación militar.

2.6. Análisis comparativo de los principios de autodeterminación de los pueblos y de integridad territorial

Las reglas más específicas concernientes al principio de autodeterminación o derecho se refieren a los pueblos coloniales y a su implementación, pero esta labor está casi completa con excepción de

42. Artículo 38, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. 59. Stat. 1055. T.S. N° 993.

43. SCHACHTER, Oscar, *International Law in Theory and Practice*, M. Nijhoff, 1991, págs. 138-139.

44. Ídem, pág. 140.

45. CASSESE, Antonio, ob. cit., pág. 69.

algunos territorios. De acuerdo a la Resolución 59/134⁴⁶, en el proceso de descolonización no hay alternativa al principio de la autodeterminación⁴⁷.

La Resolución 1514 (XV), Declaración de la Concesión de la Independencia a los Pueblos Coloniales⁴⁸, y la Resolución 2625 (XXV), sobre la Declaración de los Principios del Derecho Internacional Concernientes a las Relaciones Amistosas y de Cooperación entre Estados de acuerdo a la Carta de la ONU⁴⁹: ambos documentos proclaman el fin del colonialismo en todas sus formas.

Con la Resolución 1514 el cambio del estatus colonial al de independencia no debe incluir ningún cambio territorial. Así expresa la misma: “[...] *any attempt aimed at the partial or total disruption of the national unity and territorial integrity of a country is incompatible with the purposes and principles of the Charter of the United Nations*”. “*A country under the Resolution is considered not only a sovereign state, but also a non self-governing territory*”. En virtud del principio de autodeterminación se convertía en Estado independiente, pero sin modificación de fronteras. *Esta sería la autodeterminación externa.*

El párrafo 1° de la Resolución 2625 (XXV) establece, asimismo: “[...] *by virtue of the principles of equal rights and self determination [...] all peoples have the right freely to determine without external interference, their political status*”. *Aquí, en cambio, se está refiriendo a la autodeterminación interna.*

Sin embargo, tanto la Resolución 1514 como la 2625 definen pueblo como la población entera de una unidad territorial, y se impide a los grupos étnicos que dentro de esos territorios no autónomos sean considerados como “pueblos”. Así esos grupos al no poder secesionarse no pueden determinar su futuro político. *En consecuencia, el tér-*

46. U.N. General Assembly, Resolution 59/134 del 25 de enero de 2005 menciona a Samoa Americana, Anguilla, Bermudas, las Islas Vírgenes Británicas, las Islas Cayman, Guam, Montserrat, Pitcairn, Saata Helena Turcos y Caicos, y las Islas Vírgenes Americanas.

47. UN General Assembly Resolution 59/134 del 25 de enero del 2005. Parte A Parrafo 2

48. UN GA Resol. 1514 (XV) 1960.

49. UN GA Resol. 2625 (XXV) 1970.

mino pueblo al referirse a los territorios no autónomos, solo considera o tiene en cuenta a la población total del territorio,

De allí que el principio de integridad territorial se confiere a los territorios antes que se transformen en Estados en el derecho internacional. La secesión para las colonias era la separación de los Imperios Coloniales pero sin modificaciones territoriales dentro de un territorio particular, en consecuencia, sin reconocer derecho de secesión. El principio entonces aplicable es el de *uti possidetis*, asegurando que las fronteras de los territorios no autónomos se mantendrían constantes cuando el territorio llegase a la independencia, así el principio de la intangibilidad de las fronteras establecido en la OUA.

El párrafo 4° de la Resolución 2625 (XXV) establece los modos de implementación: *“The establishment of sovereign and independent state, the free association or integration with an independent state, or the emergence into any other political status freely determined by people, constitute modes of implementing the right of self-determination by that people”*.

El lenguaje así cubre la fusión y secesión pero el derecho a decidir pertenece a toda la población de una entidad territorial.

Detrás de esto estaba el pragmatismo de la comunidad internacional porque en una “descolonización rápida” es casi imposible considerar la opinión de todos y cada uno de los grupos étnicos, es decir, quién quiere unirse con quién y quién quiere secesiones. Históricamente el modelo colonial no tuvo en cuenta a las etnias y la división territorial, lo cual produce naciones divididas, y eso no se soluciona fácilmente. Ahora la secesión una vez lograda la independencia no está prohibida en sí misma. En consecuencia, el principio de autodeterminación prevalece con la condición de que el término “pueblo” se aplica a la población total de un territorio no autónomo.

2.7. Casos de ocupación militar extranjera

El reconocimiento del derecho de autodeterminación de los pueblos, con ocupación militar extranjera, es al mismo tiempo una condena a la amenaza y uso de la fuerza contra la integridad territorial

e independencia política contrario a los Propósitos y Principios de la ONU y al Artículo 2º, Párrafo 4º, de la Carta. En la práctica, el concepto de dominación extranjera está limitado al uso de fuerza armada seguido de ocupación.

La Carta no se refiere al vínculo entre autodeterminación y los pueblos con ocupación extranjera; esta conexión aparece en la Declaración 2625 (XXV): “[...] *subjection of peoples to alien subjugation, domination, and exploitation constitutes a violation of the principle of self determination, as well as a denial of fundamental human rights, and is contrary to the Charter*”⁵⁰.

El retiro de la potencia ocupante del territorio *ipso facto* restablece el derecho de autodeterminación. El simple retiro de la autoridad no es suficiente si la población sigue sojuzgada por un poder extranjero. La autodeterminación externa se ejecutará por la elección libre de nuevos gobernantes representativos.

El requisito de que los Estados cumplan sus obligaciones de buena fe⁵¹ en caso de que se lleven a cabo plebiscitos o referéndums lleva aparejada la libre determinación y elección de la población.

En consecuencia, está prohibido el movimiento o desplazamiento de poblaciones en los territorios en cuestión para modificar el resultado de los referéndums. Hay innumerables Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de la Comisión de Derechos Humanos referidas al derecho de la autodeterminación de los pueblos y otros derechos humanos como resultado de la intervención militar extranjera, agresión y ocupación. Algunos ejemplos de ocupación son el caso de los Estados Bálticos en 1940, la ocupación del Tíbet por China en 1959, la invasión y ocupación soviética de Afganistán en 1979, la ocupación israelí de territorios árabe en 1967, la ocupación turca en Chipre en 1974, y el caso paradigmático de la invasión de Iraq a Kuwait en 1990.

La Asamblea General adopta asimismo una serie de disposiciones referidas a los Territorios Palestinos ocupados, “reafirmando el derecho del pueblo Palestino a su autodeterminación, incluyendo el

50. Resolución 2625 (XXV), Párrafo 2º.

51. Carta de la ONU, Artículo 2º, Párrafo 2º.

derecho a un Estado Palestino”⁵². En consecuencia, las Resoluciones de la Asamblea General, los Pactos y la práctica estatal establecen claramente que los pueblos sujetos a ocupación extranjera tienen el derecho a la autodeterminación externa. No hay contradicciones con el principio de integridad territorial porque no hay desintegración de un territorio, que no fue legalmente integrado. Así, para pueblos con ocupación militar el principio está reconocido como ilimitado y el Estado ocupante no puede reclamar la aplicación del principio de integridad territorial.

Por otro lado, el Estado con ocupación puede reclamar la aplicación de ambos principios, el de autodeterminación y el de integridad territorial, que se refuerzan uno al otro en este caso. Se refuerzan porque la ocupación militar infringe el principio de integridad territorial, o unidad territorial del Estado ocupado, y el pueblo tiene derecho a la autodeterminación. El caso de Lituania y otros Estados del Báltico son un buen ejemplo.

La primera vez que Lituania declara su independencia en 1918, es invocando el derecho a la autodeterminación, incorporado en la Constitución y en la Declaración de la Independencia, pero en ese tiempo era un concepto político utilizado por los Estados Occidentales.

La segunda vez que declara su Independencia en 1990, lo hace frente a la Unión Soviética y con la restauración a las fronteras anteriores a 1940, enfatizándose no solo la autodeterminación, sino la ilegalidad del Pacto Ribbentrop-Molotov de 1939, si bien la fuerza no era prohibida en ese momento. Así que además de la autodeterminación está la ilegalidad de los actos de la potencia invasora y ocupante: la Unión Soviética.

Sin embargo, en la realidad de la Comunidad Internacional, muchos pueblos habitan en territorios ocupados por un Estado extranjero, sin que la ocupación sea contraria a la prohibición internacional del uso de la fuerza armada.

Esto es así porque si bien es obvio que en la actualidad la ocupación militar no otorga un título válido, en el pasado sí lo hizo. Peter Malanczuk, en su Revisión a la obra de Michael Akehurst, analiza el

52. UN GA Resolución 59/179, 3 de marzo de 2005.

problema del derecho intertemporal, es decir, la ley de qué tiempo debería aplicarse para determinar el título válido sobre un territorio⁵³.

Pueblos sin representación

Algunos entienden que hay una excepción permitiendo las mudanzas territoriales aún dentro del Estado soberano e independiente si el gobierno no representa a una parte de la población del Estado. Si no hay representación las porciones no representadas de un pueblo se separan y el derecho a la secesión aparece como un remedio extremo.

Uno de los propósitos de las Naciones Unidas, mantener la paz y seguridad internacionales, no podría cumplirse si el Gobierno de un Estado amenaza la vida o no tiene en cuenta el bienestar general de parte de la población viviendo en ese territorio, ya que el conflicto más tarde o más temprano sería inevitable.

La Declaración sobre las Relaciones Amistosas y de Cooperación entre Estados, Resolución 2625 (XXV), establece al respecto: *"Nothing [...] shall be construed as authorizing or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self determination of peoples [...] and thus possessed of the government representing the whole people belonging to the territory without distinction as to race, creed and color"*⁵⁴.

De acuerdo a este instrumento, entonces, la integridad territorial y unidad política de un Estado soberano es sagrada excepto cuando el Estado no se comporta de acuerdo a los principios de derechos iguales y de autodeterminación de los pueblos, entendiéndose pueblo como la población total de un Estado o unidad territorial. El Gobierno así no sería representativo de toda la población. Este es el vínculo

53. MALANCZUK, Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th Revised Edition, 1997, pág. 155.

54. Resolución 2625, Párrafo 7.

lo entre la secesión posible, si no hay autodeterminación. El Gobierno representativo es posible en una sociedad democrática donde la misma puede elegir a sus representantes. El voto y la decisión de las mayorías no son falta de representatividad, si todos los ciudadanos tienen un voto. Ahora en un Estado no democrático la secesión sería permitida.

La Resolución 2625 hace dos distinciones: raza y creencias religiosas, ya que raza y color es lo mismo; y si se interpretan estrictamente los grupos étnicos en un Estado soberano se les negaría la autodeterminación aun si no están representados.

Sin embargo, la no representación en sí misma no otorga el derecho a la secesión ya que primero se debe reclamar la autodeterminación interna y llegar si es posible a la representación dentro de la estructura estatal. Debe haber graves violaciones a los derechos humanos y la exclusión de cualquier solución pacífica. La secesión sería así el último recurso; de acuerdo a Buchanan, desde el punto de vista del derecho internacional el derecho unilateral a la secesión, es decir, sin el acuerdo de la totalidad de la población o autorización o enmienda constitucional, sería el remedio o un último recurso a graves injusticias, es la llamada *Remedial Right Only Theory*⁵⁵.

Los Estados que no practican estas graves o serias injusticias están inmunes a la secesión en esta cláusula y tienen el apoyo de la Comunidad Internacional o deberían tenerlo en relación al mantenimiento de su integridad territorial. Un Estado que oprime, destruye o explota a un pueblo o comunidad en vez de protegerlo o representar sus intereses no tiene un derecho legítimo de invocar el principio de integridad territorial sobre ese pueblo o comunidad.

El principio se invocaría frente a otros Estados Soberanos que pueden apoyar el movimiento de secesión como un remedio para parte de su población no representada reconociéndola como pueblo con derecho a un Estado separado.

Es obvio que la excusa de la no representación no autorizaría a ocupar un territorio y controlarlo por un Estado extranjero ya que así no habría

55. BUCHANAN, Allen, *Justice, Legitimacy and Self-Determination*, Oxford Scholarship Online, 2003.

verdadera autodeterminación. Sin embargo, otorgarle autodeterminación externa a pueblos o etnias o grupos no representados (salvo colonización u ocupación militar) no es aún derecho internacional consuetudinario.

La práctica de los Estados en las Naciones Unidas, desde la década de los setenta, muestra evidencia de que darle autonomía y autodeterminación interna a grupos raciales o étnicos perseguidos por el gobierno central es derecho consuetudinario, pero la posibilidad de secesión no es derecho internacional aún.

Pero quizás la regla esté en proceso de creación. Así la Resolución de la Asamblea General de la ONU 45/130 reafirma “la legitimidad de la lucha de los pueblos por la independencia y la liberación [...] del apartheid, por todos los medios posibles”⁵⁶.

Por su parte, la Corte Suprema de Canadá en su Opinión Consultiva sobre la secesión de Quebec⁵⁷ basa su opinión en el derecho de autodeterminación externo de los pueblos sin representación. Así menciona las colonias de pueblos oprimidos con ocupación militar extranjera y la situación, diciendo: “[...] *where a definable group is denied meaningful access to government and their political, economic, social and cultural devolvment*”⁵⁸.

La Corte enfatiza que en esas tres situaciones el pueblo está con derecho a la autodeterminación externa, aun reconociéndose el derecho a la secesión el principio de integridad territorial prevalece y el derecho a la autodeterminación sería un último recurso.

2.8. Estados independientes

Si pueblo se interpreta como la población integra o completa de una unidad territorial determinada, el principio de autodeterminación de los pueblos y el principio de integridad territorial se aplican a los Estados independientes y ambos ayudarían a preservar la so-

56. UN GA Resolución 45/7130 (es correcto el número así?), 14 December 1990, Para. 2°.

57. Supreme Court of Canada Re Secession of Quebec, 2 .S.C.R. 217 (1998).

58. Supreme Court of Canada Re Secession of Quebec, 2 .S.C.R., Paragraph 158.

beranía e integridad territorial. El principio de autodeterminación se aplicaría así a la totalidad de la población, de allí que cualquier cambio, de territorio o mudanza, requiere la decisión de la población. El principio de la integridad territorial requiere, asimismo, el respeto de los demás Estados, lo cual lo vincula directamente con el principio de la no intervención.

Si un sector dentro del Estado reclama un cambio territorial sobre la base del principio de autodeterminación, el reconocimiento internacional de este derecho puede socavar el principio de integridad territorial. De allí que cualquier discusión sobre el derecho de autodeterminación para la población (minorías o poblaciones indígenas), dentro de los Estados soberanos, genera temor en los mismos de que cualquier acción al respecto interfiera en los asuntos domésticos, y así se viole por parte de otros Estados el principio de no intervención.

Es por eso que en muchos casos las Naciones Unidas se quedan en silencio con respecto a reclamos de autodeterminación de minorías étnicas o religiosas, y no han sido efectivos en su accionar.

Sin embargo, las siguientes excepciones deben de tenerse en cuenta:

a) Los pueblos con ocupación militar tienen el derecho de autodeterminación como pueblos separados y reconocidos por el derecho internacional.

b) Los pueblos sin representación y oprimidos son considerados pueblos separados.

El Principio N° 8 de la Declaración de Helsinki referido en especial a los países de Europa, y con el propósito de la reunificación de lo que era entonces las dos Alemanias, declara: “[...] *all peoples always have the right in full freedom, to determine when and as they wish their internal and external political status, without external interference, and to pursue as they wish their political economic, social and cultural environment*”⁵⁹.

Sin embargo, hay una condición que limita el alcance de estas cláusulas, que es la conformidad con los propósitos y principios de la Organización de las Naciones Unidas y las normas relevantes, in-

59. Helsinki Final Act. Conference on Security and Cooperation in Europe (OSCE), August 1st, 1975, 14.ILM, 1992, Principle 8.

cludidas las referidas a la integridad territorial de los Estados⁶⁰. La Declaración de Helsinki se aplica a los pueblos de los Estados soberanos pero no hay un derecho de autodeterminación otorgado a las minorías y no hay derecho de secesión porque se le otorga más importancia a la integridad territorial⁶¹.

En consecuencia, para Estados independientes el principio de autodeterminación de los pueblos prevalece sobre el de integridad territorial pero solo con el entendimiento o interpretación de que "pueblo" es toda la población del Estado.

2.9. *La secesión como cuestión de jurisdicción doméstica*

Una secesión dentro del Estado también puede ser considerada como una cuestión de jurisdicción doméstica y así colocar la cuestión fuera del derecho internacional. Así se pueden secesionar y, como expresa Peter Malanczuk: "[...] *there is no rule of international law which forbids secession from an existing state, nor is there any rule which forbids the mother state from crushing the secessionary movement*"⁶².

60. Ídem.

61. Helsinki Final Act. Conference on Security and Cooperation in Europe (OSCE), August 1st 1975.

"VIII. Equal rights and self-determination of peoples

The participating States will respect the equal rights of peoples and their right to self-determination, acting at all times in conformity with the purposes and principles of the Charter of the United Nations and with the relevant norms of international law, including those relating to territorial integrity of States.

By virtue of the principle of equal rights and self-determination of peoples, all peoples always have the right, in full freedom, to determine, when and as they wish, their internal and external political status, without external interference, and to pursue as they wish their political, economic, social and cultural development.

The participating States reaffirm the universal significance of respect for and effective exercise of equal rights and self-determination of peoples for the development of friendly relations among themselves as among all States; they also recall the importance of the elimination of any form of violation of this principle".

62. MALANCZUK, Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th Revised Edition, 1999, page 78.

Pero una guerra o aplastar la secesión llevaría a violaciones de derechos humanos, crímenes de guerra y quizás hasta un posible genocidio.

El principio de autodeterminación tiene aquí un ámbito más limitado y la secesión es o puede ser el resultado de un conflicto que puede acarrear una intervención extranjera; si bien en esta posición la secesión sería doméstica, tiene consecuencias internacionales, además de las ya mencionadas, la aparición de un nuevo Estado si el mismo reúne los requisitos que el derecho internacional establece.

2.10. Irredentismo

La secesión no puede ser considerada una cuestión de jurisdicción doméstica si envuelve a grupos étnicos o pueblos que están en más de un Estado: es el llamado irredentismo. El caso más común es el de grupos étnicos que viven o habitan en más de un Estado y buscan secesionarse de un Estado y unirse a otro o formar un nuevo Estado.

El principio de integridad territorial prohíbe que un Estado haga reclamaciones territoriales contra otro pero si los pueblos de los dos Estados o unidades territoriales están de acuerdo en reclamar la unión no hay problema, es el ejemplo de la reunificación alemana.

Pero las minorías étnicas no pueden invocarlo porque no son pueblos de acuerdo al derecho internacional. En consecuencia, en los casos de irredentismo el principio de autodeterminación prevalece sobre el de integridad territorial pero con dos condiciones:

a) Primera, que el vocablo pueblo se entienda como la población total de una unidad territorial determinada.

b) Segunda, que el deseo de fusión se exprese por las poblaciones de todas las unidades territoriales.

2.11. Minorías

Los Estados se han opuesto siempre a que el derecho de autodeterminación internacional o externo se otorgue a minorías lingüísticas

étnicas o religiosas. Los Pactos Internacionales por eso no consideran a las minorías como *pueblos*.

Las minorías no gozan de autodeterminación porque los pueblos la tienen otorgada por el Artículo 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a las minorías que están protegidas por el Artículo 27 no se les otorga ese derecho⁶³.

En realidad no tienen solo esos derechos culturales, religiosos o lingüísticos; pero los *travaux préparatoires* indican que los redactores no tenían la intención de tratarlos como a pueblos.

Si se reconociera ese derecho a las minorías como pueblos separados, esto conduciría a un derecho incondicional y continuo a la secesión y a la fragmentación de los territorios en múltiples Estados. Así se abre la discusión entre quienes entienden que todos los grupos étnicos tienen derecho a la secesión y a la formación de un nuevo Estado y los que defienden el *status quo* y la integridad territorial de los Estados a toda costa. La negativa de los Estados en muchos casos de reconocer la autodeterminación ha causado conflictos. Se vuelve así al problema de la adquisición del territorio a través de título originario o derivado y por el uso de la fuerza antes de 1945, y a la cuestión del derecho intertemporal.

En consecuencia, no hay derecho de autodeterminación para las minorías, prevaleciendo la integridad territorial, salvo ocupación militar o los casos de descolonización.

2.12. Autodeterminación, la integridad territorial e intervención humanitaria

El debate sobre la cuestión de Kosovo ha traído a referencia el vínculo entre las normas sobre autodeterminación, integridad territorial, intervención humanitaria y el uso de la fuerza⁶⁴.

63. Artículo 27 ICCPR, "In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exists, persons belonging to such minorities shall not be denied the right [...] to enjoy their own culture, profess and practice their own religion, or use their own language".

64. Para un análisis del juego de los principios políticos y jurídicos en el caso de Kosovo ver Asil Insights Kosovo's Declaration of Independence: Self-Determination, Secession and Recognition, February 29, 2008, Volume: 12, <http://www.asil.org/>

Hay así una serie de normas que pueden entrar en conflicto: la prohibición de la Carta de usar la fuerza solo como último recurso y en legítima defensa⁶⁵, la preservación de la integridad territorial de los Estados⁶⁶, la exaltación del derecho de autodeterminación de los pueblos en la Carta⁶⁷, los Tratados Internacionales⁶⁸ y muchos otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos⁶⁹.

Aparece, entonces, la tensión entre el derecho de autodeterminación que confiere a un Estado el derecho de determinar su propio gobierno sin interferencias externas y el derecho de los pueblos de acudir y recibir ayuda en la búsqueda de esa autodeterminación.

La secesión dentro de un Estado es un acto de confrontación y es inevitable que el Estado establecido responderá en términos de uso de la fuerza.

Las normas del derecho internacional que reconocen la integridad territorial de un Estado establecido y el uso de la fuerza por un Estado en legítima defensa son consideradas como normas de *jus cogens*.

La secesión no puede ser equivalente a la autodeterminación, si no el derecho estaría dando pie al uso de la fuerza con la excusa de la autodeterminación y condenar la respuesta del Estado a su autopreservación. Si hay un postulado claro que surge de la Carta es que la fuerza solo debe ser usada como un recurso extremo⁷⁰.

insights/volume/12/issue/2/kosovos-declaration-independence-self-determination-secession-and-recognition.

65. UN Charter Art. 2º, Paragraph 4. Art. 51.

66. UN Charter Art. 2º, Paragraph 7.

67. UN Charter Art. 1º, Paragraph 2.

68. ICESCR Dec. 16, 1966, 993 UNTS 3, ICCPR. Dec. 19, 1966, 993 UNTS 171.

69. UN Charter, Arts. 1º, 53, 73, 67 (6) Universal Declaration of Human Rights, Dec. 1 1948. Arts. 1º, 37, UNGAOR 3d Session Pt 1, at 71, UN Doc. A/81 (1948); Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, Dec. 14, 1960, G.A. Resolution 1514, UN GAOR, 15th Session Supp N° 16 at 66, UN Doc. A/4684 (1961); Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations, Oct. 24, 1970. General Assembly Resolution 2625 UN GAOR 25th Session Supp N° 28 at 121 UN Doc. A/8028. 1971.

70. UN Charter, Art. 2º, Paragraph 4. Art. 51.

Esta proposición también debe aplicarse al movimiento de secesión y al Estado establecido, si no las reglas favorecerían a un Estado sobre el otro, y lo que es peor, a un principio por sobre otro, es decir, autodeterminación *versus* integridad del territorio, en la respuesta.

Si hay un aspecto de la autodeterminación que no se discute es el derecho de la población de un Estado a decidir su gobierno. Pueden elegir ese gobierno a través de la violencia o de la guerra civil y aun así no violar el derecho internacional, dentro del Estado. Pero cuando se usa la fuerza y esta apunta hacia la secesión debe justificarse como una medida de último recurso para la autodeterminación.

Aceptar estas premisas reconcilia las normas de autodeterminación y las de preservación territorial.

Los derechos humanos se aplican a todos los individuos dentro del Estado, y cuantos más derechos se niegan se termina con la negación del derecho colectivo de autodeterminación que tiene la población para elegir su forma de gobierno, derecho que puede obtener aun por medio de la fuerza armada.

Si la negación de derechos afecta a una minoría nacional, o infringe los derechos enumerados en el Artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷¹, o los derechos de grupos de indígenas y sus derechos son violados como grupos y como individuos, esto no significa que se les esté negando el derecho de autodeterminación, como derecho separado y diferente del derecho de la población a elegir su propio gobierno. Es a la población como un todo que se le otorga el derecho de determinar su propio gobierno, aun con la fuerza y en toda circunstancia.

En cambio, las minorías nacionales o grupos étnicos no tienen el derecho de autodeterminación y mucho menos por la fuerza.

Solo cuando la negación de derechos individuales o grupales es muy severa y esto da como resultado que el grupo no puede determinar su *estatus político en libertad y perseguir o gozar de su desarrollo económico social y cultural* es que aparece una grave y clara violación al derecho de autodeterminación⁷².

71. ICCPR Dec. 19, 1966, Art. 27, 999, UNTS 171, 179.

72. UN, Charter, Paragraph 1.

Solo entonces la fuerza armada sería posible ya que los procesos políticos o mecanismos de la sociedad civil no responden para rectificar esa situación. Así la secesión y el uso de la fuerza serían el último recurso.

Ahora con respecto a la *intervención humanitaria* si las víctimas no tienen justificación para usar la fuerza, es evidente que los terceros Estados no pueden intervenir ni individual ni colectivamente a través de la intervención ya mencionada.

En consecuencia, el paradigma es el siguiente: *Para o en el ejercicio de su autodeterminación, la población de un Estado puede elegir su Gobierno, aún por la fuerza. Los subgrupos o grupos étnicos, o "pueblos" dentro de esa población, pueden recurrir a la fuerza cuando hay negación de sus derechos individuales o grupales y esa denegación es equivalente a la negación del derecho a su propia autodeterminación. Si la autodeterminación no puede ejercerse dentro del Estado establecido la secesión será un último recurso.*

La intervención humanitaria así se justifica si al pueblo se le priva del derecho de autodeterminación pero no si el pueblo quiere elegir un gobierno ya que si se interviene se violan los principios de autodeterminación y no intervención.

3. ANÁLISIS DEL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN Y LA INTEGRIDAD TERRITORIAL A TRAVÉS DE LOS PRINCIPIOS DEL *UTI POSSIDETIS JURIS* Y *TERRA NULLIUS*

*"Truly, this period in our history has been well defined as the boundary-making era. [...] such endless vista of political geography arises before us [...] such a vision of great burdens for the white man to take up in far-off regions, dim and indefinite as yet"*⁷³.

Tras haber analizado la autodeterminación y la integridad territorial, es el momento de referirnos a las herramientas jurídicas que se utilizan en los conflictos jurídicos en donde entran en juego tales principios. Los mismos se relacionan con los modos de adquisición

73. HOLDICH, Thomas, *The Use of Practical Geography Illustrated by Recent Frontier Operations*, 13 *The Geographical Journal*, pages 465, 466 (1899).

del territorio para otorgar título; y donde las nociones más importantes son las del *uti possidetis juris* y la *terra nullius*.

3.1. El Estado, los derechos territoriales y la autodeterminación

En primer lugar debe tenerse en cuenta que el Estado soberano⁷⁴ es aún el centro de todo el sistema de derecho internacional y su actor principal⁷⁵.

La Convención de Montevideo sobre Derechos y Deberes de los Estados de 1934 establece la recepción de la normativa consuetudinaria sobre los Estados y los atributos claves de la soberanía: territorio, población y gobierno⁷⁶.

Si bien cada uno de los conceptos mencionados presenta problemas, la noción de territorio definido es fundamental para la cuestión del Estado y el concepto de soberanía que lo acompaña; el cual, a su vez, va a repercutir en los principios de integridad territorial y autodeterminación.

Para identificar ese territorio delimitado el derecho internacional usa las nociones de *uti possidetis iuris* y de *terra nullius*. A pesar de sus orígenes en el derecho romano, como interdicto posesorio, el concepto del *uti possidetis* demuestra su importancia en el derecho internacional en relación a la noción de territorio⁷⁷.

74. De allí que el Artículo 2º, Párrafo 7 de la Carta establece: "Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any State or shall require the Member to submit such matter to settlement under the present Charter, but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII".

75. ANDREWS, J. A., *The Concept of Statehood and the Acquisition of Territory in the Nineteenth Century*, 94 L.Q. REV. 408 (1978).

76. Convención de Montevideo, 1933, Artículo 1º. La misma afirma: "The state as a person of international law should possess the following qualifications: a) permanent population. b) defined territory. c) Government. d) capacity to enter into relations with other States.

77. PELLET, Allain, "The Opinions of the Badinter Arbitration Committee: A second Breath for the Self Determination of Peoples", 3, *European Journal of International Law*, page 178 (1998). Aquí se discute la doctrina del *uti possidetis juris* en el

Esta doctrina del *uti possidetis* garantiza a quien posee el territorio, y establece que los nuevos Estados que se independizan tienen las mismas fronteras que tenían cuando eran una unidad administrativa dentro del territorio de la potencia colonial.

De esta forma aparece la noción fundamental del orden en la estructura del derecho internacional, que es fundamental, especialmente en tiempos de transición, cuando puede haber situaciones de caos y de insurgencias.

Si bien Grocio no se refiere directamente al tema en su obra *De Iure Belli ac Pacis*, entiende que el orden es uno de los requisitos primarios en el derecho internacional⁷⁸.

La doctrina, como tal, tiene sus orígenes en el derecho romano, en el *jus civile* y la norma *uti possidetis ita possideatis*, que significa “como posees así poseerás”⁷⁹. El interdicto posesorio era utilizado en el derecho pretoriano para prevenir que se perturbara el estado existente en la posesión de bienes inmuebles entre individuos⁸⁰.

El derecho internacional es, como afirmaba Sir Hersch Lauterpacht, deudor del derecho privado. En su tesis, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, citando a T. E. Holland, afirma: “*The Law of Nations is but private law 'writ large'. It is an application to political*

contexto de la Comisión y el impacto en la desintegración de Yugoslavia. La llamada Arbitration Commission on the Conference on Yugoslavia, conocida como Badinter Arbitration Committee, fue establecida por el Consejo de Ministros de la Comunidad Económica Europea el 27 de agosto de 1991, para dar asistencia legal a la Conferencia sobre Yugoslavia. Emite una serie de Opiniones sobre temas legales relacionados con el conflicto de las Repúblicas de la Ex Yugoslavia. RICH, Roland, “Recognition of States: The Collapse of Yugoslavia and the Soviet Union”, *European Journal of International Law*, 4. 1. Ver también RADAN, Peter, *Post-Succession International Orders: A Critical Analysis of the Workings of the Badinter Commission*, 24 MELB. U. L. REV. 50 (2000).

78. HIGGINS, Rosalyn, “Grotius and the Development of International Law in the United Nations Period”, in *Hugo Grotius and International Relations*, page 267 (Hedley Bull, Benedict Kingsbury, & Adam Roberts Eds., 1992).

79. MUIRHEAD, James, *Historical Introduction to the Private Law of Rome*, pages 89-212 (Henry Goudy & Alexander Grant eds.), 3d ed., 1911.

80. CASTELLINO, Joshua & ALLEN, Steve, *The Doctrine of Uti Possidetis: Crystallization of Modern Post-Colonial Identity*, 43 German Yearbook of International Law, page 205, 2000.

communities of those legal ideas which were originally applied to relations between individuals"⁸¹.

El derecho internacional, así, en la doctrina y en la práctica no solo abreva en el derecho privado, sino que muchas de sus raíces son provenientes del derecho romano. Esta afirmación en parte iba contra el positivismo voluntarista reinante en esa época, que concebía solo como fuentes válidas al Tratado y la costumbre que obligaban a los sujetos a través del consentimiento del Estado, reconociéndose de esta forma la gran importancia de los principios generales del derecho.

En el derecho romano, la *occupatio* originalmente no se consideraba como forma de adquisición de territorio. Había tres situaciones donde la ocupación podía invocarse. En primer lugar, era una forma de adquirir *res nullius*. En la práctica, se aplicaba solo a animales salvajes, peces y *res hostilis*, es decir, la propiedad capturada al enemigo, de acuerdo al derecho romano de guerra y tomada en suelo romano⁸².

Fue Gayo quien primero formula la regla general de que todo lo que no perteneciera a nadie podía ser adquirido por ocupación. Él se refería a lo que podía encontrarse en el mar, la tierra y el aire, pero el territorio no estaba incluido⁸³. Solo en un caso se mencionaba el territorio, que era el caso de la isla que surgía del mar (*insula in mari nata*)⁸⁴.

En segundo lugar, estaban la *res derelictae* o cosas abandonadas, que podían estar sujetas a ocupación, y aquí sí se incluía el territorio⁸⁵. La ocupación daba título en el derecho civil si la cosa además de ser *res derelictae* era *res nec mancipi*. Así quedaba excluido el territorio en Italia⁸⁶. Bajo el *jus civile* el territorio era del Estado, de allí que solo se podía adquirir por el *jus gentium*. En tercer lugar, se podía ocupar y

81. HOLLAND, T. E., *Studies in International Law and Diplomacy*, 1898, page 152.

82. Gaii. Inst. 2.66-69; Dig. 41.1.3-6; Dig. 41.2.1.1.

83. Gaii. Inst. 2.66; Dig. 41.1.3 pr.: "What presently belongs to no one becomes by natural reason the property of the first taker": The Digest of Justinian (trans. A. Watson, 1998), Inst. 2.1.12.

84. Inst. 2.1.22 = Dig. 41.1.7.3.

85. Dig. 41.7.1.

86. Para la adquisición de una cosa abandonada que era *res mancipi* se necesitaba la prescripción.

adquirir propiedad sobre un tesoro perdido y encontrado después de un período tal que no se supiera quién era su dueño⁸⁷.

Era entonces una herramienta para proveer y mantener el orden⁸⁸. De acuerdo al derecho civil el objeto del interdicto era mantener y reconocer el *status quo* en cualquier situación contenciosa referida a la propiedad inmueble⁸⁹. Es decir, protegía la situación actual sin tener en cuenta los méritos de la disputa; sin embargo, la posesión debía ser adquirida *nec vi, nec clam, nec precario*, es decir, sin violencia, secreto o permiso.

Estas restricciones se desarrollan para que el poseedor de *facto* ejerciera su reclamo y otros que reclamasen también podían discutir.

En consecuencia, no hay mucho en el derecho romano referido a la ocupación de *terra nullius*, y también es de limitada aplicación en la actualidad. Inicialmente el mismo se aplicaba para designar territorios que no estaban ocupados⁹⁰, y así eran libres para ser colonizados.

87. Inst. 2.1.39.

88. BASSETT MOORE, John, "Memorandum on Uti Possidetis: Costa Rica-Panama Arbitration 1911", in *The Collected Works of John Bassett Moore*, pages 328, 328, 1944.

89. BUCKLAND, W. W., *A Textbook of Roman Law From Augustus to Justinian*, pages 205-08, 3d ed., 1963.

90. La doctrina del *uti possidetis juris* ha sido utilizada en 1992 por la Comisión Badinter sobre la desintegración de Yugoslavia. Ver CRAVEN, Matthew C. R., *The European Community Arbitration Commission on Yugoslavia*, 66 *British Yearbook of International Law*, 333, 1995; WELLER, Marc, *The International Response to the Dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia*, 86 *AJIL*. 569, 1992. También se la ha mencionado en múltiples casos ante la Corte Internacional. Así en Territorial and Maritime Dispute ("Nicaragua vs. Colombia") (Dec. 13, 2007); Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea ("Nicaragua vs. Honduras") (Oct. 8, 2007); Frontier Dispute ("Benin vs. Niger"), 2005 I.C.J. 90 (July 12); Application for Revision of the Judgment of 11 September 1992 in the Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute ("El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening") ("El Salvador vs. Honduras"), 2002 I.C.J. 392 (Dec. 18); Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan ("Indonesia vs. Malay"), 2001 I.C.J. 575 (Oct. 23); Kasikili/Sedudu Island ("Botswana vs. Namibia"), 1999 I.C.J. 1045 (Dec. 13); Request for Interpretation of Judgment of 11 June 1998 in the Case Concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria ("Cameroon vs. Nigeria"), Preliminary Objections ("Nigeria vs. Cameroon") 1999 I.C.J. 31 (Mar. 25); Land and Mar-

El concepto de *terra nullius* fue modificado y en 1975 la Corte Internacional lo aplica a territorios donde los pueblos que lo habitaban no

itime Boundary between Cameroon and Nigeria (“Cameroon vs. Nigeria: Equatorial Guinea intervening”), 1998 I.C.J. 275 (June 11); Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (“Qatar vs. Bahr”), 1994 I.C.J. 112 (July 1^o); Territorial Dispute (“Libya/Chad”), 1994 I.C.J. 6 (Feb. 3); Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (“Denmark vs. Norway”), 1993 I.C.J. 38 (June 14); Land, Island and Maritime Frontier Dispute (“El Salvador vs. Honduras; Nicaragua Intervening”), 1992 I.C.J. 351 (Sept. 11); Arbitral Award of 31 July 1989 (“Guinea-Bissau vs. Senegal”), 1991 I.C.J. 53 (Nov. 12); Frontier Dispute (“Burkina Faso vs. Mali”), 1986 I.C.J. 554 (Dec. 22); Case Concerning the Continental Shelf (“Tunisia vs. Libya”), 1985 I.C.J. 192 (Dec. 10); Continental Shelf (“Libya vs. Malta”), 1985 I.C.J. 13 (June 3); Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (“Canada vs. United States”), 1984 I.C.J. 246 (Oct. 12); Continental Shelf (“Tunisia vs. Libya”), 1982 I.C.J. 18 (Feb. 24); Aegean Sea Continental Shelf (“Greece vs. Turkey”), 1978 I.C.J. 3 (Dec. 19); Fisheries Jurisdiction (“F.R.G. vs. Iceland”), 1973 I.C.J. 56 (Feb. 3); Fisheries Jurisdiction (“United Kingdom & Northern Ireland vs. Iceland”), 1973 I.C.J. 3 (Feb. 2); North Sea Continental Shelf (“Federal Republic of Germany vs. Denmark”), 1969 I.C.J. 3 (Feb. 20); North Sea Continental Shelf (“Federal Republic of Germany vs. Netherlands”), 1969 I.C.J. 3 (Feb. 20); Northern Cameroons (“Cameroon vs. United Kingdom”), 1963 I.C.J. 15 (Dec. 2); South West Africa (“Ethiopia vs. South Africa”), 1962 I.C.J. 319 (Dec. 21); South West Africa (“Liberia vs. South Africa”), 1962 I.C.J. 319 (Dec. 21); Temple of Preah Vihear (“Cambodia vs. Thailand”), 1961 I.C.J. 17 (May 26); Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906 (“Honduras vs. Nicaragua”), 1960 I.C.J. 192 (Nov. 18); Sovereignty over Certain Frontier Land (“Belgium vs. Netherlands”), 1959 I.C.J. 209 (June 20); Right of Passage over Indian Territory (“Portugal vs. India”), 1957 I.C.J. 125 (Nov. 26); Minquiers and Ecrehos (“France vs. United Kingdom”), 1953 I.C.J. 47 (Nov. 17); Fisheries (“U.K. vs. Norway”), 1951 I.C.J. 116 (Dec. 18); Dispute Regarding Navigational and Related Rights of Costa Rica on the San Juan River (“Costa Rica vs. Nicaragua”) (Sept. 29, 2005); Maritime Delimitation in the Black Sea (“Romania vs. Ukraine”) (Sept. 16, 2004); Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (“Malay vs. Singapore”) (Special Agreement) (July 24, 2003); Maritime Delimitation Between Guinea-Bissau and Senegal (“Guinea-Bissau vs. Senegal”) (Application Instituting Proceedings) (Mar. 12, 1991), Antarctica (“United Kingdom vs. Chile”) (Application Instituting Proceedings) (Mar. 16, 1956); Antarctica (“United Kingdom vs. Argentina”) (Application Instituting Proceedings) (May 4, 1955).

En cambio el principio de *terra nullius* ha tenido cierta importancia en el contexto de las discusiones de soberanía y/o posesión de la Antártida y el Espacio Exterior. Ver JESSUP, Philip C. & TAUBENFELD, Howard J., *Outer Space, Antarctica, and the United Nations*, 13 International Organizations, page 363, 1959.

estaban social y políticamente organizados⁹¹. La Corte sanciona una definición ampliada del *terra nullius* de su origen como territorio deshabitado a territorio habitado. Esta definición sirvió para legitimar la adquisición de grandes porciones de territorio en el siglo XIX y en el siglo XX y tuvo un efecto adverso en las poblaciones nativas.

Una vez que el territorio es ocupado, las líneas de demarcación o líneas de frontera establecen los límites del dominio, y estos límites serán eventualmente reconocidos como las fronteras sobre las que se basan los Estados y el derecho de integridad territorial sobre las mismas. Así, el *uti possidetis* ordenaba y ordena en el derecho internacional el congelamiento de las fronteras.

Ambos principios, el *uti possidetis juris* y el *terra nullius*, crean entidades geográficas rígidas. Para validar y legitimar esa adquisición, el derecho internacional hace entrar en acción el llamado *derecho intertemporal* y sus reglas que evitan que acciones cometidas en épocas pasadas se puedan juzgar a la luz de nuevos principios⁹².

De esta forma el derecho evita muchas cuestiones legales y correcciones de los tiempos del colonialismo. Estas normas del derecho internacional son reforzadas por normas del derecho interno de los Estados coloniales, que establecen que el régimen de la propiedad privada no se extendería a los territorios coloniales anexados, así como otros institutos. En definitiva, los impulsos coloniales en cualquier época crearon títulos jurídicos artificiales. El análisis objetivo sobre la regla temporal demuestra que la aplicación de la misma impide que las Cortes, en la gran mayoría, revean los casos sobre títulos⁹³.

En relación con el derecho a la autodeterminación, este es practicado en el período de la independencia de los países de América Latina en el siglo XIX, siendo el antecedente más claro de la descolonización en el siglo XX. Su posterior evolución histórica ya ha sido analizada, por lo cual no se volverá sobre el tema.

91. Western Sahara, Advisory Opinion, 1975 I.C.J. 12, 39 (Oct. 16).

92. Ver MCWHINNEY, E., *Conflict and Compromise*. International Law and World Order in a Revolutionary Age, pages 26-27, 65-66, 1981.

93. TASILIM, O. Elias, *The Doctrine of Intertemporal Law*, 74 AJIL. 285, 1980.

La autodeterminación fue el vehículo para la descolonización si bien entendía que el territorio que emergía como Estado “tenía las fronteras establecidas por el legado colonial”⁹⁴.

Tres preguntas permanecen no obstante:

- 1) ¿Tiene validez en el mundo o en la comunidad internacional poscolonial?⁹⁵
- 2) ¿A quién le corresponde reclamar el derecho de autodeterminación?
- 3) ¿Cómo la misma juega con la realidad, es decir el conflicto entre los principios y las circunstancias?.

3.2. *Teoría y derecho sobre la adquisición del territorio en el derecho internacional*

Para entender el marco legal que rige la adquisición del territorio deben tenerse en cuenta los antecedentes fundamentales del derecho internacional.

Los griegos realizaron avances importantes en la ciencia del derecho pero nunca llegaron a la doctrina consistente y la práctica lógica que los romanos alcanzaron. Por de pronto, no poseían un término similar al *jus romano*, un sistema ordenado donde la *lex individual* es solo un ejemplo. Asimismo, la idea de la aplicación común de la ley para todas las personas que habitaban un territorio no era reconocida en Grecia, y tampoco existía la idea del *jus gentium* desarrollada. Fue Roma quien instaura la universalidad de la ley que trasciende

94. GA Res. 1541 (XV), at 19. See generally GA Res. 1514 (XV), at 67 (“[A]ll peoples have an inalienable right to complete freedom, the exercise of their sovereignty and the integrity of their national territory [...]”); GA Res. 2625 (XXV), at 123 (“[A]ll peoples have the right freely to determine, without external interference, their political status and to pursue their economic, social and cultural development, and every State has the duty to respect this right in accordance with the provisions of this Charter”).

95. Se refiere a la descolonización de los países europeos que ceden su dominio a países no europeos.

los postulados sofistas de naturaleza y convención y corporeiza en un grupo de normas el orden de un Estado.

La Ley de las Doce Tablas, inscriptas en piedra, es la primera forma de codificación del derecho romano, realizada tras el estudio de las leyes griegas y de las ciudades Estado de la Magna Grecia. Las mismas fueron la base del *jus civile* en Roma aplicándose a los ciudadanos romanos. Más adelante surgirá el *jus gentium*, y de allí tienen sus orígenes los modos de adquisición del territorio, pero al referirse a la propiedad privada no siempre resultan adecuados, trasladándolos al derecho internacional.

Como afirma Oppenheim: “The acquisition of territory by a state normally means the acquisition of sovereignty over such territory. In these circumstances the Roman law scheme of ‘modes’ concerning the acquisition of private property are no longer wholly appropriate”⁹⁶.

Sin tener en cuenta la distinción entre los modos históricos de adquisición del territorio basado en los modos privados del derecho civil y los contemporáneos que tienen un control mayor por parte de la Comunidad Internacional, los mismos hasta hoy permanecen casi iguales en el derecho internacional⁹⁷. Estos son:

1. *Cesión*: a través de la transferencia de soberanía por un Estado⁹⁸.

2. *Ocupación*: un Estado se apropia de un territorio sobre el cual ningún Estado es soberano⁹⁹.

96. Oppenheim’s International Law, Peace, pages 678-79 (Robert Jennings & Arthur Watts eds., 9th ed. 1992).

97. BROWNLIE, Ian, *African Boundaries: A Legal and Diplomatic Encyclopedia*, 1979.

98. VERZIJL, J. H. W., *3 International Law in Historical Perspective*, pages 11-13, 1970. Oppenheim’s International Law, Peace, págs 679-82, donde se explica que la cesión puede tener diferentes formas, incluida la venta de territorio, como el caso de Alaska en 1867 y las Indias Occidentales Danesas en 1916. Otro ejemplo de cesión es dar territorio en dote como cuando Portugal entrega Bombay a Inglaterra como parte de la dote de Catalina de Braganza, quien se casa con Carlos II.

99. KELLER, Arthur S.; LISSITZYN, Oliver J. & MANN, Frederick J., *Creation of Rights of Sovereignty Through Symbolic Acts 1400-1800* (1938).

3. *Accesión*: un Estado adquiere territorio a través de formaciones naturales o artificiales sin violar la soberanía de otro Estado¹⁰⁰.

4. *Debellatio* o *subyugación*: el Estado adquiere territorio por conquista y anexión, desde 1945 se aplica cuando la guerra no sea ilegal¹⁰¹.

5. *Prescripción o consolidación histórica*: el Estado adquiere territorio a través de un continuo e ininterrumpido ejercicio de la soberanía sobre el mismo; este modo en la práctica va unido a la ocupación efectiva y a la aquiescencia, ya que pocos Laudos y Sentencias utilizan el primer término por sí mismo¹⁰².

100. Oppenheim's International Law, Peace, pages 696-698. La accesión o acreción incluye la construcción de gradas, puertos y diques, así como aumentos naturales como aluvión, delta, islas emergentes y lechos de río abandonados. Ver Application for Revision of the Judgment of 11 September 1992 in the Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute ("El Salvador vs. Honduras: Nicaragua intervening") ("El Salvador vs. Honduras"), 2002 I.C.J. 392 (Dec. 18) (donde se refiere a un reclamo de avulsión del Río Goascorán).

101. BROWNLIE, Ian, *International Law and the Use of Force by States*, pages 112-22, 1963.

102. Oppenheim's International Law, Peace, págs. 705-08. Así en el caso Boundary Dispute between British Guiana and Venezuela (1899) 92 BFSP944, las condiciones establecidas por Phillimore se citan para la prescripción: "publicity, continued occupation, absence of interruption, aided no doubt generally both morally and legally by the employment of labour and capital [...] or the absence of any attempt to exercise proprietary rights by the former possessor". En el Caso Grisbadarna (1909) RIAA 11, at 155, 161, las Partes basan sus reclamaciones en la prescripción. Si bien los árbitros no usan el término prescripción, reconocen que "it is a well-established principle that it is necessary to abstain as much as possible from changing the order of things", 129. En el Caso del Chamizal Tract (1911), los Estados Unidos reclaman título sobre el territorio en disputa con México, sobre la base de la prescripción que es definida como "the undisturbed, uninterrupted, and unchallenged possession since 1848". Los árbitros igual no discuten si el principio de la prescripción es aceptado por el Derecho Internacional. RIAA 11, at 309, 328. La consideración de importancia en este y otros casos para dar título es la aquiescencia frente a actos de soberanía de la otra Parte. En el ya mencionado Caso de la Isla de Palmas, clásico punto de referencia en la doctrina de la ocupación efectiva, el árbitro Max Huber afirmó que hay una raíz común entre la prescripción y la ocupación, que es la posesión pacífica. Huber atribuía a esta posesión un poder autónomo para crear título. Los actos de ocupación o posesión así generaban el título, y en el contexto de la prescripción solo estos actos son evidencia

De todos estos modos los más empleados como conceptos de la doctrina referida a la territorialidad, especialmente al analizar el nexo entre autodeterminación y territorio, son la ocupación y la *debellatio* o subyugación.

La ocupación, como se entiende en este contexto, es un modo originario de adquisición y es diferente de aquel cuando el Estado adquiere el controla través de la fuerza militar, es decir, la ocupación militar¹⁰³. La ocupación debe realizarse por el Estado que actúa en su función de tal, y el mismo debe confirmarlo cuando la realiza¹⁰⁴.

La misma tiene dos elementos esenciales, posesión y administración¹⁰⁵. En primer lugar, el territorio debe ser *terra nullius*, es decir, ocupado por ningún Estado al momento de la posesión¹⁰⁶. Como expresa Oppenheim: “*The only territory which can be the object of occupation is that which does not already belong to any state, whether it is unin-*

de la posesión, la cual es a su vez una condición para la prescripción. El elemento de la posesión era entendido como “una continua y pacífica demostración de soberanía territorial”. En el Caso de Eastern Greenland (1931), la Corte Permanente de Justicia Internacional establece que para constituir título, el “continuo despliegue de autoridad” necesitaba la “intención de y la voluntad de actuar como soberano y el actual ejercicio o despliegue de esa autoridad”. Así el elemento intencional o *animus* tiene un aspecto positivo y uno negativo, el Estado que ocupa reclama soberanía y no acepta la soberanía de otros Estados. Qué es un despliegue de soberanía territorial, sin embargo, debe analizarse a la luz de las circunstancias, ya que las manifestaciones de soberanía territorial asumen diferentes formas de acuerdo a las condiciones de tiempo y lugar específicas de cada caso. Si bien continúa en principio, la soberanía tampoco puede ejercerse en los hechos en cada momento y en cada lugar de un territorio. En consecuencia la doctrina de la ocupación efectiva se construye en base a elementos, tanto de la ocupación de *terra nullius* como de la prescripción adquisitiva.

103. Oppenheim’s International Law, Disputes, War, and Neutrality (Robert Jennings & Arthur Watts eds., 9th ed. 1992).

104. Oppenheims International Law, Peace, page 687.

105. *Ibidem*, page 688. La ocupación real se diferencia de la ficticia y se la denomina efectiva.

106. El elemento de la posesión se refleja en un caso de “Australia Mabo vs. Queensland II” (1992), 175 C.L.R. 1 (Austl.), donde se discute el caso del estatus de ciertos territorios y su relación con las poblaciones aborígenes al tiempo de la colonización reconociéndoles el título originario. Ver Sentencia Completa en “Mabo and others vs. Queensland”, N° 2 1992, HCA 23 (1992) 175 CLR, www.Austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/1992/23.html.

habited, or inhabited by persons whose community is not considered to be a state; for individuals may live on a territory without forming themselves into a state proper exercising sovereignty over such territory. The territory of any state however is obviously not a possible object of occupation; and it can only be acquired through cession or, formerly, by subjugation"¹⁰⁷.

Así los individuos pueden vivir en el territorio sin organizarse en un Estado que ejerza soberanía sobre el territorio.

En consecuencia, el criterio objetivo de la ocupación, la *terra nullius*, es alterado por un elemento subjetivo que toma en cuenta la organización social y política que pueda existir en ese territorio. En el Caso del Sahara Occidental la Corte Internacional determina que los Saharauis no eran social y políticamente organizados, en consecuencia no eran ocupantes del Sahara Occidental¹⁰⁸.

Aún cuando la posesión del Estado ocupante ha sido reconocida, el mismo debe establecer una administración sobre todo el territorio¹⁰⁹. Para que una ocupación sea efectiva y genere título es necesario que el Estado adquiera la soberanía (*animus*) sobre el territorio (*corpus*), la intención es el llamado *animus*¹¹⁰.

Debe haber algún establecimiento, con un acto formal, que anuncie el acto de ocupación y la determinación de extender la soberanía sobre el territorio. El segundo elemento surge del primero: el Estado ocupante asume una forma de administración que demuestra el ejercicio de la soberanía por parte del mismo en ese territorio. Si no se establece una administración sobre el mismo se pondría en duda la efectividad de la ocupación y, en teoría, quedaría el territorio libre para ser adquirido por otros Estados soberanos.

En muchas circunstancias, y aún en el siglo XX, banderas coloniales fueron izadas en territorios recién descubiertos o demarca-

107. Oppenheim's International Law, Peace, page 687.

108. Western Sahara, Advisory Opinion, 1975 I.C.J. 12, 39 y 83-102 (Oct. 16).

109. Oppenheim's International Law, Peace, pages 688-89.

110. Esta noción deriva directamente del derecho romano, y sus reglas sobre adquisición de la propiedad. BUCKLAND, W. W. & MCNAIR, A., *Roman Law and Common Law. A Comparison in Outline*, page 70 (2d. ed. 1952).

dos, sin tener un control efectivo sobre toda la población, ni el territorio¹¹¹.

En consecuencia, la ocupación se basaba en fallas con respecto a las condiciones establecidas y, en este sentido, puede afirmarse que la colonización de África, y en menor medida de Asia, transcurre a la sombra de las reglas adoptadas por la Conferencia Africana de Berlín, y las acciones anteriores a esta situación también en muchos casos fueron defectuosas¹¹².

La subyugación o *debellatio* es el segundo de los modos de adquisición a través de la conquista y la posterior adquisición cuando la guerra era un derecho soberano.

Para adquirir un territorio por *debellatio*: 1) la Potencia o Estado debe establecer la conquista; 2) el estado de guerra debe haber finalizado y 3) el Estado debe anexar el territorio formalmente¹¹³. Esto fue menos común en el siglo XX debido a que la Liga había prohibido la guerra para adquirir territorios, y casi desaparece después de 1945¹¹⁴. Si bien no se afirma que las guerras antes del Artículo 10 y del Pacto Briand Kellogg fueran siempre legales, se entiende en la mayoría de los casos que esos comportamientos no se pueden juzgar a la luz de derecho actual, sino a la luz del derecho intertemporal. Los principios del derecho privado han sido utilizados para el desarrollo del derecho internacional público, pero el respeto a la propiedad privada no

111. Es la situación en tiempos relativamente recientes de ciertos pueblos indígenas en la región del Amazonas en Brasil.

112. The Scramble for Africa. Documents on the Berlin West African Conference and Related Subjects, 1884/1885 (R. J. Gavin & J. A. Betley eds., 1973).

113. Oppenheim's International Law, Peace, page 699. Explica la *debellatio* así: "At no period did conquest alone and ipso facto make the conquering state the territorial sovereign of the conquered territory, even though such territory came through conquest for the time being under the sway of the conqueror. Conquest was a mode of acquisition only if the conqueror, after having firmly established the conquest, and the state of war having come to an end, then formally annexed the territory. If a belligerent conquered part of the enemy territory and afterwards made the vanquished state cede the conquered territory in the treaty of peace the mode of acquisition was not subjugation but cession. Such a treaty of cession, however, would now be qualified by Article 52 of the Vienna Convention on the Law of Treaties [...]"

114. League of Nations Covenant, Art. 10.

se extendía a los modos de adquisición de territorio más allá del territorio metropolitano de las Potencias Coloniales¹¹⁵.

Los Tratados de cesión de territorios firmados en condiciones desiguales hoy no serían válidos de acuerdo al Artículo 52 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que considera nulos los tratados celebrados a través de la amenaza o el uso de la fuerza en violación al derecho internacional¹¹⁶.

3.3. *Los principios y el impacto de las doctrinas del uti possidetis juris y de la terra nullius*

El principio de la *terra nullius* derivado del *jus gentium* aparece como importante o surge en el contexto de la expansión europea en América¹¹⁷ pero el *uti possidetis* viene del derecho civil y no del *jus gentium*. El *uti possidetis* será la piedra fundamental de la autodeter-

115. Ver más adelante la inyección de los principios del *jus civile* en el *jus gentium* en el contexto de los orígenes del *uti possidetis juris*. *In re Southern Rhodesia* [1919] A.C. 211 (P.C. 1918). The English Court of Appeals' application of terra nullius to indigenous peoples was based on the notion of native peoples that were "so low in the scale of social organization" that "it would be idle to impute to such people some shadow of the rights known to our law and then to transmute it into the substance of transferable rights of property as we know them". Id. at 234-34.

116. Vienna Convention on the Law of Treaties Art. 52, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331. Article 52 of the Vienna Convention on the Law of Treaties is titled "Coercion of a State by Threat or Use of Force" and states: "A treaty is void if its conclusion has been procured by the threat or use of force in violation of the principles of international law embedded in the Charter of the United Nations". Id. In the context of colonization, colonial powers could argue that the entity coming under colonization was not a state, and therefore beyond the remit of such protection. However, this defense, and the argument that the Vienna Convention of 1969 differs from the standard prevailing at the time of colonization, remain unconvincing in light of the intent of the drafters. Vienna Convention on the Law of Treaties: Travaux Préparatoires, págs. 361-69 (1978).

117. PASTOR BODMER, Beatriz, *The Armature of Conquest: Spanish Accounts of the Discovery of America 1492-1589*, Stanford University Press, 1992.

minación cuando las élites criollas se emancipan de las metrópolis ibéricas¹¹⁸.

El jurista Alejandro Álvarez explicaba la situación en el Continente cuando escribió a principios del siglo XX: "Europa está formada por hombres de una sola raza: la blanca, mientras que América Latina está compuesta de una población nativa a la que en tiempos coloniales se le agrega en proporciones variadas una mezcla de la raza conquistadora, emigrantes de la madre patria, negros del África, y los criollos, es decir, aquellos nacidos en América pero de padres europeos. De esta amalgama de razas, los aborígenes, los blancos, los negros, y el elemento criollo, hacen que América Latina presente un producto étnico peculiar como el contorno físico. Así el producto que es la sociedad colonial es *sui generis*: en ella los blancos, si bien en minoría ejercían el control y guía sobre una población en gran parte ignorante y analfabeta"¹¹⁹.

La entrada europea en América Latina fue facilitada por la noción de *terra nullius* característica de la etapa colonial y basada en la premisa de que los pueblos indígenas que habitaban el continente no estaban social y políticamente organizados.

Al independizarse de la Corona Española y Portuguesa, los criollos se convierten en elite gobernante, y luchan por ese derecho de autodeterminación, pero aceptando los valores europeos y las normas del derecho internacional, es una guerra de independencia para liberarse de la subyugación y no entra en ningún modo de adquisición de territorio de los ya mencionados, ya que no se adquieren nuevos territorios sino que se expulsa un régimen por sus súbditos, si bien de diferentes formas, ya que el proceso en la América Española es más sangriento que en la América Portuguesa, es decir, Brasil. El precedente en el derecho internacional será el *jus resistendi ac secessionis*¹²⁰.

118. PICON SALAS, Mariano y LEONARD, Irving, *Una Historia Cultural de la América Española desde la Conquista a la Independencia*, University of California, 1962.

119. ÁLVAREZ, Alejandro, *Latin America and International Law*, 3 AJIL, pages 269, 271, 1909.

120. NEUBERGER, Benyamin, *National Self-Determination in Post Colonial Africa*, 1986.

Estas acciones serán, en consecuencia, el modelo para la descolonización que se produce después de la Segunda Guerra Mundial, en África y Asia. Las doctrinas del *uti possidetis juris* y el principio de la *terra nullius* son invocadas en el proceso de emancipación para consolidar, en primer lugar, el territorio bajo su jurisdicción y enviar un mensaje claro frente a las Potencias Europeas que querían volver a conquistarlos¹²¹. Aparecen dos dificultades, sin embargo. En primer lugar, la dificultad de la demarcación de los límites entre los Estados emergentes, y en segundo, la amenaza de que partes de territorio que no estaban ocupadas efectivamente por el nuevo soberano pudieran ser presas de otros Estados o de Potencias extracontinentales. El caso de las Islas Malvinas es paradigmático.

3.4. La doctrina del uti possidetis como freno a los conflictos territoriales en el Continente Americano

En respuesta el primero de los desafíos, los nuevos Estados buscan demarcar sus límites geográficos, no solo en los hechos sino en instrumentos constitucionales y en este proceso se extiende el título a porciones de territorio que no estaban bajo control efectivo. La adopción del *uti possidetis juris* era así fundamental a la creación de los nuevos Estados, que nacen de los dominios coloniales, y aun hoy sigue habiendo correcciones y controversias de límites en el Continente, donde se aplica ese principio¹²².

121. Es decir una re colonización. Ver ÁLVAREZ, Alejandro, ob. cit., págs. 290-291, 310-312.

122. Los casos sobre territorio y delimitación han aumentado en el continente en los últimos años, así se pueden mencionar Territorial and Maritime Dispute (“Nicaragua vs. Colombia”) (Dec. 13, 2007), Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (“Nicaragua vs. Honduras”) (Oct. 10, 2007); Dispute Regarding Navigational and Related Rights of Costa Rica on the San Juan River (“Costa Rica vs. Nicaragua”) (Application Instituting Proceedings) (Sept. 29, 2005); Application for Revision of the Judgment of 11 September 1992 in the Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute (“El Salvador vs. Honduras: Nicaragua intervening”) (“El Salvador vs. Honduras”), 2002 I.C.J. 392 (Dec. 18); Land, Island and Maritime Frontier Dispute (“El Salvador vs. Honduras: Nicaragua

Es así que se adopta una regla que tuvo su origen en el *jus civile* y se la traslada al derecho internacional, convirtiéndose en un modo de solución y aplicándose a la noción de territorio lo que en su origen fue una herramienta para solucionar pleitos entre individuos.

Sin embargo, se pierde en este proceso la distinción entre el *uti possidetis de jure* y el *de facto*. En el derecho romano, la propiedad disputada se consideraba que estaba de *facto* en posesión de una de las partes, mientras se hacía la determinación de *jure* en el proceso. El *uti possidetis de facto* solo reconocía la posesión actual que podía o no convertirse después en de *jure* dependiendo de la resolución del proceso. Era así solo una posición procesal, esperando la decisión del pretor en Roma. En cambio, al adoptarse esta teoría en América Latina, no se establece claramente esta distinción, tratando al territorio dentro de las fronteras heredadas como teniendo la posesión de *jure* y de *facto*. Se introducirá, en consecuencia, un concepto de gran importancia que es la llamada "fecha crítica" o "dato crítico", que se convierte en el punto de inflexión que cristaliza la posesión de un territorio y determina la identidad del poseedor de *jure*¹²³.

Los datos críticos son así un elemento central en una disputa territorial entre Estados y su interpretación moderna surge del arbitraje de Max Hüber en el Caso de la Isla de Palmas o Miangas, entre Estados Unidos y Holanda¹²⁴.

En este caso, casi un siglo después de su uso por los Estados de Latinoamérica, en su emancipación se establece: "*If a dispute arises as to the sovereignty over a portion of territory, it is customary to examine*

intervening"), 1992 I.C.J. 351 (Sept. 11); Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906 ("Honduras vs. Nicaragua"), 1960 I.C.J. 192 (Nov. 18).

Los reclamos sobre la Antártida e Islas vecinas también demuestran el interés por la seguridad y el control territorial. Así Antártica ("U.K. vs. Chile") (Application Instituting Proceedings) (Mar. 16, 1956), Antártica ("U.K. vs. Argentina") (Application Instituting Proceedings) (May 4, 1955). En todos los casos de América Latina, ya sea explícita o implícitamente, se ha aceptado la importancia del principio del *uti possidetis juris*.

123. La noción se aplica también en África. Ver Frontier Dispute ("Burk Faso vs. Mali"), 1996 I.C.J. 554, 586-87 (Dec. 22).

124. Island of Palmas (or Miangas) ("United States vs. Netherlands"), 2 R. Int'l Arb. Awards 829 (Perm. Ct. Arb. 1928).

*which of the States claiming sovereignty possesses a title –cession, conquest, occupation, etc.– superior to that which the other State might possibly bring forward against it. However, if the contestation is based on the fact that the other Party has actually displayed sovereignty, it cannot be sufficient to establish the title by which territorial sovereignty was validly acquired at a certain moment; it must also be shown that the territorial sovereignty has continued to exist and did exist at the moment which for the decision of the dispute must be considered as critical”*¹²⁵.

Analizado esto en conjunción con la fecha crítica en la emancipación latinoamericana que es la partida del gobierno colonial, el título de *jure* a los nuevos territorios fue otorgado a los nuevos Estados basados en las divisiones administrativas del Imperio Español. El nuevo Estado así ejercía soberanía sobre el territorio y cualquier reclamo o modificación perturbaban el orden y la paz. Pero esto era una desviación del derecho romano que solo hacía un “*estoppel*” o detenía los reclamos de un aspirante hasta que el asunto fuera analizado. Este *uti possidetis juris* reformado es similar al principio “quien encuentra, guarda” o “la posesión vale título”¹²⁶.

La interpretación actual de la doctrina del *uti possidetis juris* le ofrece, sin embargo, orden a la Comunidad Internacional¹²⁷. De allí que la Corte Internacional y otros Tribunales la han aplicado en forma consistente en los casos de disputas territoriales¹²⁸.

125. Island of Palmas (or Miangas) (“United States vs. Netherlands”), 2 R. Int’l Arb. Awards 829 (Perm. Ct. Arb. 1928 at 839). Ver también Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland Case (“Norway vs. Denmark”), 1932 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 53 (Aug. 3).

126. Este es el *leading case* del principio quien encuentra guarda, y su lectura completa se asemeja a una novela de Charles Dickens. Ver BALLANTINE, Henry W., *Title by Adverse Possession*, 32 Harvard Law Review, 135, 1919.

127. BULL, Hedley, *The Anarchical Society: A Study in Order in World Politics*, pages 74-94 (2d. ed. 1995). Bull define el orden como un arreglo de la existencia que promueve una serie de fines y valores. Tres fines esenciales al orden son: (1) seguridad contra la violencia, (2) confirmación de que las promesas serán mantenidas y (3) posesión estable de la propiedad.

128. Con respecto a la disolución de Yugoslavia ver TERRET, Steve, *The Dissolution of Yugoslavia and the Badinter Arbitration*, 2000.

Con su énfasis en mantener el *status quo* esta doctrina restringe los conflictos y consolida las posiciones de *facto* en un momento de transición al finalizar las hostilidades, santificando el otorgamiento de la soberanía territorial.

*Así el destino del territorio es determinado judicialmente en base a la evidencia de la posesión física, en la fecha crítica y no en base a otros factores como históricos, tribales o étnicos o aún referidos a la cohesión social en una unidad territorial*¹²⁹.

129. Es interesante a este respecto el Fallo de “Eritrea vs. Yemen” First Stage 9th October 1998, Permanent Court of Arbitration Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage - Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute October 9, 1998.

En este caso Eritrea reclamaba la soberanía territorial sobre las Islas del Mar Rojo, de acuerdo a los principios de la ocupación efectiva y manteniendo el título en 1993 al secesionarse de Etiopía, quien a su vez lo hereda de Italia. En el alegato no le otorga importancia a los documentos o mapas. Yemen, en cambio, se basaba en títulos documentarios, originales, e históricos yendo hasta el *Bilad el Yemen* en el Siglo VI d.C. Asimismo, Yemen entiende que el título se basa en el principio de la unidad geográfica o natural e insiste también en el argumento del *uti possidetis* para explicar la posición legal de las Islas, a su favor, demostrando documentación del Imperio Otomano, ya que había *firmans* del Imperio de 1841, 1866 y 1873 donde la Sublime Puerta le da al Khedive de Egipto la guarda sobre la Costa Africana del Mar Rojo. Lo más importante en el caso en relación al tema que nos ocupa está en el Párrafo 462, cuando se dice: “la contigüidad territorial o proximidad no crea título sino que son presunciones al título entendiendo el mismo como parte de una unidad”.

Así en el fallo se destaca:

“Yemen’s pleadings insist strongly on what it calls ‘the principle of natural or geophysical unity’ in relation to the Hanish group of islands; Yemen uses the name of the ‘Hanish Group’ both in its texts and in its illustrative maps to encompass the entire island chain, including the Haycocks and the Mohabbakahs (the present comments do not refer of course to the northern islands of Jabal al-Tayr and the Zubayr group, which will be considered separately later on) [...]”

461. This ‘principle’ is described in Chapter 5 of the Yemen Memorial, where impressive authority is cited in support of it, including Fitzmaurice, Waldock and Charles de Visscher. That there is indeed some such concept cannot be doubted. But it is not an absolute principle. All these authorities speak of it in terms of raising a presumption. And Fitzmaurice is, in the passage cited, clearly dealing with the presumption that may be raised by proximity where a state is exercising or displaying sovereignty over a parcel of territory and there is some question whether this is presumed to extend also to outlying territory over which there is little or no factual impact of its authority. The Tribunal has no difficulty in accepting these statements of

El resultado inevitable es que la fecha crítica, que es generalmente una fecha arbitraria que se basa en el momento en que la Potencia colonial se retira, es el factor determinante de la estatalidad moderna¹³⁰. Esto es así aunque el país que surge haya sido creado o unificado por la potencia colonial, a través de la fuerza¹³¹.

No puede otorgarse flexibilidad a la fecha o datos críticos, si los mismos pudieran ser desafiados habría desacuerdo sobre la importancia de determinados eventos y fechas y del destino del territorio en última instancia¹³².

high authority; but what they are saying is in fact rather more than a simple principle of unity. It will be useful to cite Fitzmaurice again: The question of 'entity' or 'natural unity'. This question can have far-reaching consequences. Not only may it powerfully affect the play of probabilities and presumptions, but also, if it can be shown that the disputed areas (whether by reason of actual contiguity or of proximity) are part of an entity or unity over which as a whole the claimant State has sovereignty, this may (under certain conditions and within certain limits) render it unnecessary – or modify the extent to which it will be necessary – to adduce specific evidence of State activity in relation to the disputed areas as such – provided that such activity, amounting to effective occupation and possession, can be shown in the principle established by the Island of Palmas case that 'sovereignty cannot be exercised in fact at every moment on every point of a territory'.

462. Thus, the authorities speak of 'entity' or 'natural unity' in terms of a presumption or of probability and moreover couple it with proximity, contiguity, continuity, and such notions, well known in international law as not in themselves creative of title, but rather of a possibility or presumption for extending to the area in question an existing title already established in another, but proximate or contiguous, part of the same 'unity'".

130. Sobre el tema, MARQUES ANTUNES, Nuno Sérgio, *The Eritrea-Yemen Arbitration: First Stage - The Law of Title to Territory Re-Averred*, 48 INT'L & COMP. L.Q. 362, 363–65 (1999) (donde se evidencia que Eritrea había sido designada como entidad separada por el dominio colonial, luego se vuelve a unir a Etiopía y más tarde se secesiona y se vuelve un Estado soberano, aunque tenga vínculos históricos o políticos con Etiopía).

131. En el caso Western Sahara, Advisory Opinion, 1975 I.C.J. 12, 45 (Oct. 16), se analizan la veracidad de las reclamaciones y la distinción entre las de carácter temporal y las religiosas que están en el corazón del contencioso. El precursor del Estado actual de Marruecos, el llamado Estado Jerifiano que ejercía soberanía no basado en la territorialidad sino en base a elementos religiosos sobre gran parte del Maghreb.

132. El caso donde esto no se aplica es por supuesto Israel y los Territorios Ocupados, problema que presenta serios obstáculos para su resolución. Ver CAVANA-

Si se permiten desviaciones, se corre el riesgo de abrir procesos en forma continua. Así la doctrina del *uti possidetis* y una interpretación restrictiva de las fechas críticas sirven como precondition para el orden internacional.

Estos parámetros están bien expuestos en la Sentencia de la Corte sobre la disputa fronteriza entre Burkina Faso y Mali, donde el Tribunal establece: “*The essence of the principle lies in its primary aim of securing respect for the territorial boundaries at the moment when independence is achieved. Such territorial boundaries may be no more than delimitations between different administrative divisions or colonies all subject to the same sovereign. In that case, the application of the principle of uti possidetis resulted in administrative boundaries being transformed into international frontiers in the full sense of the term*”¹³³.

El momento o punto de inflexión en el cual la frontera se demarca es de gran importancia porque no puede haber cambios posteriores sin el acuerdo de los Estados interesados. Todas las fronteras igual tienen un grado de artificialidad. De allí que una forma de determinar la legitimidad de estos límites territoriales sería examinando el modo en que las fechas o datos críticos fueron decididos y testear la validez de los mismos frente a los Tratados de cesión o adquisición firmados entre el colonizador y las tribus o poblaciones indígenas, si es que los hubiere, como en el caso de el continente africano¹³⁴. Sin embargo, cualquier intento en ese sentido chocaría contra el principio todopoderoso del derecho intertemporal.

En consecuencia, las herramientas doctrinales que rigen el título al territorio, *terra nullius* y *uti possidetis*, en apariencia tienen su mérito, pero solo sirven para mantener el *status quo*, e inclusive si se analiza en profundidad son contradictorias, ya que si se respetara el *uti*

UGH, Kathleen, *Rewriting Law: The Case of Israel and the Occupied Territories*, in *New Laws New Wars? Applying the Laws of War in 21st Century Conflicts*, page 227. David Wippman & Matthew Evangelista, Eds., 2005.

133. Frontier Dispute (“Burkina Faso vs. Mali”), 1996 I.C.J. 554, 566 (Dec. 22).

134. ALEXANDROWICZ, Charles Henry, “The Role of Treaties in the European-African Confrontation in the Nineteenth Century”, in *African International Legal History* 27-68 (Kodwo Mensah-Brown ed., 1975).

possidetis de los habitantes originarios no se considerarían *terra nullius* esos territorios, para ser posteriormente colonizados o anexionados.

3.5. *El principio del terra nullius*

De acuerdo al principio del *terra nullius*, se entendía que un territorio no habitado estaba sujeto a adquisición u ocupación. Como ya se analizó al estudiar la ley que regía la ocupación, el principio del *terra nullius* se expande de una noción de territorio en blanco, sin ocupantes, basado en un criterio objetivo, a un análisis subjetivo de la calidad social de los habitantes, para determinar si el territorio era o no *terra nullius*.

El principio que establecía que solo el territorio considerado *terra nullius* podía ser ocupado, fracasó en proteger a los pueblos indígenas o a las tribus de la ocupación colonial. En muchas circunstancias, el territorio se adquiere por cesión, a través de Tratados desiguales y aun fraudulentos, a través de la subyugación.

El principio, sin embargo, no figura como preponderante en las discusiones de los juristas sobre los títulos de adquisición del territorio fuera del contexto de la América Latina¹³⁵.

El principio era utilizado sobre todo en América Latina para prevenir actos de potencias extracontinentales, pero no era de tanta importancia para las potencias europeas del siglo XIX que determinaban política y militarmente la extensión geográfica de sus esferas de influencia. Así los territorios eran ocupados sin preocuparse si eran o no *terra nullius* en el sentido estricto del término. Si bien muchos territorios se obtenían a través de Tratados de cesión¹³⁶, en algunos casos estos eran fraudulentos y no hubieran sido válidos en el derecho interno de la potencia ocupante¹³⁷. Pero ningún tribunal interno de las Potencias ejercitaba jurisdicción fuera de sus Estados metropolitanos y así no hubo desafíos legales sobre estos actos.

135. Ídem.

136. Oppenheim's International Law, Peace, pages 679-86.

137. BROWNLIE, Ian, *Treaties and Indigenous Peoples* (1992).

El derecho se convierte, en consecuencia, en un instrumento al servicio del poder, y se inicia una feroz competencia por el control de los territorios, sin tener en cuenta a los pueblos que los ocupaban.

Esta interpretación creativa o amplia lleva al llamado reparto de África¹³⁸, iniciado con el Rey Leopoldo, que consideraba al Congo como de su propiedad personal, y que más tarde lo vendería a Bélgica¹³⁹. En consecuencia, los territorios no habitados por europeos se vuelven vulnerables a la ocupación y anexión¹⁴⁰. La descolonización en África se realiza con nuevos Estados formados con las fronteras seguras fundadas en las administraciones coloniales previas, con el objetivo de mantener el orden en los territorios del Continente¹⁴¹.

En América Latina, sin embargo, el principio de la *terra nullius* tuvo una interpretación diferente, ya que servía para afirmar que todo el territorio estaba ocupado en forma efectiva por los Estados soberanos, si bien había vastas porciones del Continente que no estaban al tanto de los cambios en la soberanía, por no tener contacto. De allí que muchos Estados reclaman soberanía sobre territorios sin tener los elementos de *posesión y administración*, es decir, sin título.

En este continente, los conflictos son principalmente de límites y de demarcación, y no tanto de carácter territorial, es decir, una especie en el género, aunque también ha habido casos así en el África poscolonial¹⁴².

En definitiva, originalmente el principio de *terra nullius* no era problemático ya que si un territorio no estaba habitado se lo podía reclamar a través de la ocupación. Pero la corrupción del principio, sin

138. AXELSON, *The Scramble For Africa*, Documents on the Berlin West African Conference and Related Subjects 1884, 1885. PACKENHAM, Thomas, *The Scramble for Africa*, 1991.

139. *Bismarck, Europe, and Africa*, page 469 (Sig Förster, Wolfgang J. Mommsen & Ronald Robinson eds., 1988).

140. FERRO, Marc, *Colonization, A Global History*, pages 104-62, 186-210, 1997.

141. MEREDITH, Martin, *The Fate of Africa, From the Hopes of Freedom to the Heart of Despair*, 2005.

142. Kasikili/Sedudu Island ("Botswana vs. Namibia"), 1999 I.C.J. 1045 (Dec. 13) (discutiéndose los temas referidos a los casos de ocupación y de generación de título, y no solo adjudicando el límite en un caso de demarcación territorial). En el mismo sentido, Territorial Dispute (Libya/Chad), 1994 I.C.J. 6 (Feb. 3).

embargo, podía discernirse en la interpretación ya desde los tiempos del *jus civile*.

Vitoria expresamente menciona que las tierras de los nativos no podían ser consideradas *terrae nullius*, ya que los bárbaros poseían un verdadero dominio público y privado. Pero al mismo tiempo, reconocía que la ocupación de *terra nullius* era un título válido al territorio bajo el *jus inter gentes*¹⁴³. La misma entendía que los bienes sin dueño pasan a quien los ocupa, pero en este caso tenían un dueño así que no podían caer en los alcances de este título¹⁴⁴. Vitoria también entiende que los indios no pueden ser desposeídos del dominio sobre sus bienes en base a una pretendida falta de uso de educación¹⁴⁵. Pero se basará en otros criterios para justificar la conquista y colonización española en América, ya que para Vitoria no eran títulos legítimos ni la autoridad del Emperador ni la del Papado así como tampoco lo era el hecho del descubrimiento.

El primer título en el que se basa puede denominarse de la sociedad y comunidad natural. Así, “Los españoles tienen derecho de recorrer aquellos territorios y de permanecer allí sin que puedan prohibírseles los bárbaros pero sin daño alguno para éstos, por el derecho de gentes que o es derecho natural, o del derecho natural se deriva”. Además, “si hay cosas entre los bárbaros que son comunes tanto a los ciudadanos como a los huéspedes, no les es lícito a los bárbaros prohibir a los españoles la comunicación y participación de esas cosas”. Es este el *jus communicationis*.

Si intentados todos los medios, los españoles no pueden conseguir la seguridad de los bárbaros sino ocupando sus ciudades y sometiéndolos, pueden hacerlo lícitamente. El fin de la guerra es la paz y la seguridad. Si después que los españoles han mostrado con toda diligencia, con palabras y obras, que no son impedimento algu-

143. A la cabeza de quienes defendían la licitud de las guerras de conquista de las tierras de los indios –ya que, entre otras razones, éstos por su naturaleza y condición habrían nacido no para ser libres sino para vivir sujetos a otros–, se puede citar GINÉS DE SEPULVEDA, Juan, con su obra *Democrates alter, sive Dialogus de iustisbelti causis adversus Indos*,

144. Vitoria, *De Indis*. 2.3.

145. Vitoria, *De Indis*. 2.3.

no para que los bárbaros vivan pacíficamente y sin perjuicio alguno para sus cosas, los bárbaros perseverasen en su malicia y trabajaren la perdición de los españoles, entonces éstos pueden actuar no como si se tratara de inocentes, sino de pérfidos enemigos, y cargar sobre ellos todo el peso de la guerra y despojarlos y reducirlos a cautiverio y destituir a los antiguos señores y establecer otros nuevos”.

El segundo Título es la propagación del Evangelio: “Si los bárbaros impidieren a los españoles anunciar libremente el evangelio, pueden éstos, dando antes razón de ello a fin de evitar escándalo, predicarles aún contra su voluntad y entregarse a la conversión de aquella gente y, si fuere necesario, aceptar la guerra o declararla, hasta que den oportunidad y seguridad para predicar el evangelio. Y lo mismo si, permitiendo la predicación, impide las conversiones, matando o castigando de cualquier otra manera a los ya convertidos a Cristo, o amedrentando de otros modos a los demás con amenazas. En esto los bárbaros hacen agravio a los cristianos; luego ya tienen justa causa para declarar la guerra. Además los españoles pueden guerrear en favor de los oprimidos y que padecen injusticias, ya que sus príncipes no pueden impedir en justicia la predicación. Si no se puede proveer de otro modo el asunto de la religión, es lícito a los españoles ocupar sus tierras, establecer nuevos señores”¹⁴⁶.

Aunque Vitoria contradujo la tesis de Ginés de Sepúlveda de que la conquista no se justifica a partir de la tesis de la *res nullius* o del apropiarse de las cosas de nadie, tampoco acoge las tesis de Bartolomé de las Casas, que venía defendiendo los derechos humanos de los indígenas sometidos a servilismo y a la esclavitud de los españoles. Vitoria se convierte en un defensor de la apropiación de las Indias por parte de los conquistadores con su concepto de *ius gentium*. Dicha idea tiene como finalidad justificar la conquista entre naciones utilizando el argumento de que los españoles solo se estaban defendiendo de una agresión externa de los bárbaros –los indígenas– y que la guerra es justa y se permite cuando es defensiva. Si bien no corresponde al tema tratado se puede observar en esta concepción un antecedente de la llamada legítima defensa preventiva.

146. Vitoria, De Indis.

Para el fin del siglo XVI, la ocupación de la *terra nullius* era un modo válido de adquirir territorio para el derecho internacional. Así los neo-escolásticos españoles, como Domingo de Soto¹⁴⁷ (1495-1560), y los protestantes, como Alberico Gentili¹⁴⁸, y aún el mismo Grocio, lo aceptaron. Para este, al contrario que Vitoria, las tierras de los nativos, aunque habitadas, debían ser consideradas *terra nullius*¹⁴⁹. Un ejemplo importante también es la posición de Inglaterra expresada en algunas sentencias como la del jurista inglés Coke¹⁵⁰.

En la opinión disidente del Juez Ammoun en el Caso del Sahara Occidental, se menciona que en el derecho romano se establecía que todo el territorio no romano era considerado como *terra nullius*, implicando así que solo el derecho romano podía crear legitimidad y títulos que otorgaran derechos¹⁵¹.

En el siglo XIX las tribus no civilizadas no eran reconocidas y así el territorio era *terra nullius* a pesar de su presencia¹⁵². El resultado fue la ocupación de África por las potencias y el tratamiento de sus poblaciones sin tener en cuenta ese principio¹⁵³.

147. De Iustitia et Iure. 1553.

148. De iure belli libri tres Alberico Gentili, Published 1933 by The Clarendon press, H. Milford in Oxford, London.

149. La aplicación de esta doctrina, sin embargo, se discutió a veces en el siglo XVI por algunos soberanos. Ver VAN DER HEYDTE, *Discovery, Symbolic Annexation and Virtual Effectiveness in International Law*, 29 AJ (1935) 459.

150. Lord Coke estableció en el *Calvin Case* of 1602 que "if a Christian King should conquer a kingdom of an infidel, and bring them under submission, there *ipso facto* the laws of the infidel are abrogated, for that they be not only against Christianity, but against the law of God and of nature, contained in the Decalogue". "Calvin vs. Smith", 7 Cooke Rep. 1a, 77 Eng. Rep. 377, 397-8 (K. B. 1608).

151. See Western Sahara, Advisory Opinion, 1975 I.C.J. 12, 83-87 (Oct. 16) (Separate opinion of Judge Ammoun).

152. Western Sahara, Advisory Opinion, 1975 I.C.J. 12, 83-87 (Oct. 16) (separate opinion of Judge Ammoun).

153. Colonialism in Africa 1870-1960 (L. H. Gann & Peter Duignan eds., 1969), FLINT, John, "Chartered Companies and the Transition from Informal Sway to Colonial Rule in Africa", in *Bismarck, Europe and Africa*, page 69 (Sig Förster, Wolfgang J. Mommsen & Ronald Robinson eds., 1988), en relación a las Compañías Comerciales que ocupaban en nombre de los Estados.

4. DESAFÍOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Habiendo analizado la forma en que estas doctrinas evolucionan a través de la Historia, es importante destacar cómo la Corte ha contribuido a clarificar el contenido de los mismos, especialmente en relación a cuatro temas:

A. El *locus standi* en temas de disputas territoriales.

B. La importancia de documentar un reclamo territorial, especialmente el valor de los mapas en el transcurso del proceso.

C. El examen de las acciones que indican una actividad generadora de títulos sobre el territorio.

D. La importancia de los datos críticos en la determinación del destino de un determinado territorio.

En el análisis de algunos de los Casos de la Corte al respecto, se observa la posición actual del Tribunal sobre el principio de la *terra nullius*, así en el Caso sobre el *Sahara Occidental*¹⁵⁴. En el mismo, dos preguntas básicas se le hacen al Tribunal:

1. ¿Si el Sahara Occidental (Río de Oro y Sakiet El Hamra) al tiempo de la colonización española era *terra nullius* o si no lo era?

2. ¿Qué vínculos legales existían entre este territorio y el Reino de Marruecos y la entidad de Mauritania?¹⁵⁵

Con respecto a la primera cuestión, la Corte determina que el Sahara Occidental no era *terra nullius* antes de la llegada de los españoles. Se afirma esto en base a que “*at the time of colonization Western Sahara was inhabited by peoples which, if nomadic, were socially and politically organized in tribes and chiefs competent to represent them*”¹⁵⁶.

154. Western Sahara, 1975 I.C.J. 12.

155. Western Sahara, 1975 I.C.J. 14.

156. Western Sahara, 1975 I.C.J. 39.

Esta afirmación pareciera favorable a los intereses de las tribus indígenas del Sahara, y a su autodeterminación; sin embargo, la Corte establece con respecto a la segunda cuestión que existía un vínculo entre estas tribus y el Estado Jerifiano, antecesor del actual Estado de Marruecos¹⁵⁷. Marruecos, en consecuencia, utilizará este fundamento legal para la ocupación del Sahara Occidental¹⁵⁸.

Debe tenerse en cuenta también el hecho de que las potencias coloniales y los Estados sucesores intentan nulificar los derechos de los pueblos nativos y minorías, y estos también tienen obstáculos en acceder a tribunales como la Corte, ya que solo los Estados tienen acceso al mismo¹⁵⁹.

Si bien en consecuencia los casos ante la Corte y otros tribunales son de naturaleza interestatal, los temas del *uti possidetis juris* y la *terra nullius* se han discutido en detalle¹⁶⁰.

En el Caso del Sahara, el territorio en cuestión no estaba en plena posesión de ninguno de los dos reclamantes, pero los tribunales internacionales se han visto envueltos en otros casos donde hay reclamos contradictorios de un territorio que es ocupado por un Estado de *facto*, si bien no de *jure* por un Estado soberano¹⁶¹.

En este panorama, quien posee el territorio tiene el título, y el oponente es rechazado *ab initio*, no obstante esto, las Cortes analizan el título *de jure*, sobre el territorio, y se enfocan en el análisis de una fecha histórica cuando la ocupación de *facto* legitima el reclamo territorial.

157. SHAW, Malcolm, *The Western Sahara Case*, 44 *British Yearbook of International Law*. 118 (1978). FRANCK, Thomas M., *The Stealing of the Sahara*, 70 *AJIL*, page 694 (1978).

158. *Western Sahara, Advisory Opinion*, 1975 *I.C.J.* 12, 68 (Oct. 16).

159. *Statute of the International Court of Justice* 34(1), June 26, 1945, 59 *Stat.* 1055, 33 *U.N.T.S.* 933, el mismo establece que solo los Estados pueden ser Partes en casos contenciosos ante el Tribunal.

160. *Territorial Dispute ("Libya vs. Chad")*, 1994 *I.C.J.* 6 (Feb. 3) (Separate opinion of Judge Ajibola); *Land, Island and Maritime Frontier Dispute ("El Salvador vs. Honduras; Nicaragua Intervening")*, 1992 *IC.J.* 351 (Sept. 11); *Frontier Dispute ("Burkina Faso vs. Mali")*, 1986 *I.C.J.* 554 (Dec. 22); *"India vs. Pak" (Rann of Kutch)*, 50 *I.L.R.* 2 (Indo-Pakistani. *Western Boundary Case Trib.* 1968); *"Dubai vs. Sharjah" (Ct. Arb.* 1981) (Dissenting opinion of Judge Bebler).

161. Es una situación similar al Manchukuo, mencionada en el Reporte Lytton.

La Corte Permanente de Justicia Internacional, en el Caso de *Sovereignty over Certain Frontier Lands (Belgium vs. The Netherlands)*, en 1959¹⁶², se centró en las discusiones de la Comisión Mixta de Límites que buscaba preservar el *status quo*. En base a esas conclusiones, la Corte estableció que los belgas tenían soberanía como posesión de *facto*¹⁶³. Con posterioridad analiza si algunos de estos derechos se han extinguido, lo cual podría haber dado lugar a un efectivo reclamo de Holanda¹⁶⁴. En este contexto, si bien el concepto de “título” al territorio se usa regularmente en los contenciosos internacionales es difícil hallar una definición precisa del término. En el Caso de Frontier Dispute entre Burkina Faso y Mali se elabora un correcto análisis, identificándose las fuentes de un título como no restringidas a una evidencia documental solamente: “*The concept of title may also, and more generally, comprehend both any evidence which may establish the existence of a right, and the actual source of that right*”¹⁶⁵.

Sin embargo, en el contexto del derecho a la autodeterminación, que puede incluir un reclamo territorial, esta explicación no es la más adecuada. Atribuir un valor determinado a la relación entre una comunidad y un territorio no es fácil. En consecuencia, con respecto a las relaciones actuales sobre los territorios hay una serie de cuestiones importantes que la Corte ha intentado resolver en relación al dominio y posesión de los territorios en conflicto.

A. ¿Quiénes pueden reclamar título sobre el territorio? La cuestión del locus standi

Si bien la Corte Internacional solo puede examinar cuestiones contenciosas entre Estados, se ha referido a cuestiones de contenido

162. *Sovereignty Over Certain Frontier Land (“Belgium vs. Netherlands”)*, 1959 I.C.J. 209 (June 20).

163. *Sovereignty Over Certain Frontier Land (“Belgium vs. Netherlands”)*, 1959 I.C.J. 209 (June 20), 214.

164. *Sovereignty Over Certain Frontier Land (“Belgium vs. Netherlands”)*, 1959 I.C.J. 209 (June 20), 222.

165. *Frontier Dispute (“Burk Faso vs. Mali”)*, 1986 I.C.J. 554, 564 (Dec. 22).

más amplio a través de las llamadas Opiniones Consultivas. Así se pueden mencionar el *Western Sahara Case*¹⁶⁶, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*¹⁶⁷, y los casos relativos a Namibia, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*¹⁶⁸ y *International Status of South West Africa*¹⁶⁹.

En algunos casos había una presión internacional por acciones de los Estados, como Sudáfrica e Israel, y en el del Sahara la cuestión nace por la partida del Estado colonial.

Es difícil así que entidades no estatales como etnias o pueblos originarios puedan acceder a los Tribunales. La solidificación parcial del individuo como sujeto del derecho internacional no ha logrado el *locus standi* ante estos Tribunales, que solo receptan reclamos de Estados. En la actualidad inclusive un apoyo a estos grupos podría ser visto a través del prisma del terrorismo internacional, una vez pasada la oleada de la descolonización.

Estas características así previenen muchos reclamos potenciales. En consecuencia, los “pueblos” que buscan la autodeterminación, incluidas las cuestiones de título al territorio, deben manejarse y buscar los remedios dentro de una estructura estatal. Es así que el ofrecimiento de autonomía es considerado una opción viable en muchos casos¹⁷⁰. A estos grupos no estatales solo les queda una serie de opciones limitadas en el marco de los mecanismos de protección de derechos humanos, pero no tienen estos de ninguna manera el poder de un reclamo interestatal.

166. *Western Sahara*, Advisory Opinion, 1975 I.C.J. 12 (Oct. 16).

167. *Territory*, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136 (July 9), page 211. Opinión de la Juez Higgins.

168. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa)*, Notwithstanding Security Council Resolution 276, Advisory Opinion, 1971 I.C.J. 16 (June 21).

169. *International Status of South-West Africa*, Advisory Opinion, 1949 I.C.J. 270 (Dec. 30).

170. GILBERT, Geoff, *Autonomy and Minority Groups: ¿A Right in International Law?*, 35 *Cornell Int'l Law Journal*, 307 (2002).

Sin embargo, esto no resuelve el título al territorio y a su reclamación, sino que es una solución consensuada sobre el gobierno del mismo¹⁷¹.

Ha habido en los últimos años dos casos: Eritrea y Timor Leste¹⁷², que fueron finalmente exitosos en el sentido de lograr su independencia pero, en ambos casos, este resultado llega a través de procesos políticos y no legales, con mucho derramamiento de sangre y eventualmente con un plebiscito apoyado por la ONU¹⁷³.

B. La documentación en una reclamación territorial: el valor de los mapas

La Corte y en general los Tratados internacionales han sido reacios a aceptar la fuerza de los mapas como evidencia en las reclamaciones territoriales.

En el Caso Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea¹⁷⁴, la Corte se refiere a dos casos anteriores: el caso Isla de Palmas, o Miangas entre Estados Unidos y

171. El estatus de la autodeterminación en muchos casos también dependerá de la perspectiva política del Estado, así en los casos de Estados federales. Así, también, el caso ante la Suprema Corte del Canadá: Canadian Supreme Court. Reference re Secession of Québec [1998], 2 S.C.R. 217, 261-283, en el mismo no se prohíbe una secesión fuera de la Constitución, y se trata el tema de las minorías. August 20th 1998. Ver "Reflections on the Tenth Anniversary of the Supreme Court's Opinion", in the *Quebec Secession Reference*, August 22nd, 2008, by Warren J. Newman, <http://www.thecourt.ca/2008/08/22/reflections-on-the-tenth-anniversary-of-the-supreme-court%E2%80%99s-opinion-in-the-quebec-secession-reference/>.

172. GAYIM, Eyasu, *The Eritrean Question: The Conflict Between the Right of Self Determination and the Interests of States*, 1993.

173. S.C. Res. 1246, 1, U.N. Doc. S/RES/1246 (June 11, 1999) [establishing "the United Nations Mission in East Timor (UNAMET) to organize and conduct a popular consultation"]. The Secretary General, Report of the Secretary-General on the Question of East Timor, delivered to the Security Council and the General Assembly, U.N. Doc. S/1999/513, A/53/951 (May 5, 1999).

174. Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea ("Nicaragua vs. Honduras"), Para. 134, 214 (Oct. 8, 2007).

Holanda¹⁷⁵ y el Arbitral Award of the Special Boundary Panel Determining the Frontier between Guatemala and Honduras¹⁷⁶.

En el primero de ellos se estableció el valor de los mapas en una controversia: “Any maps which do not precisely indicate the political distribution of territories clearly marked as such must be rejected forthwith [...]”¹⁷⁷.

En el segundo, la CPJI entendió que los mapas presentados por las partes tenían un valor relativo ya que “no mostraban la extensión del ejercicio efectivo de la administración y del control efectivo del Estado”¹⁷⁸.

Más recientemente, la Corte Internacional de Justicia se refiere al valor de los mapas en Frontier Dispute entre Burkina Faso y Mali¹⁷⁹ y en el caso Territorial & Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea¹⁸⁰.

En este último la presentación de los mapas fue vista como: “Essentially serving the purpose of buttressing their respective claims and of confirming their arguments. The Court finds that it can derive little of legal significance from the official maps submitted and the maps of geographical institutions cited; these maps will be treated with a certain reserve”¹⁸¹.

175. Island of Palmas (or Miangas) (“U.S. vs. Netherlands”), 2 R. Int’l Arb. Awards 829 (Perm. Ct. Arb. 1928).

176. Honduras Borders (“Guatemala vs. Honduras”), 2 R. Int’l Arb. Awards 1309, 1322 (Special Boundary Tribunal constituted by the Treaty of Arbitration between Guatemala and Honduras, 1933).

177. Island of Palmas (or Miangas) (“United States vs. Netherlands”), 2 R. Int’l Arb. Awards at 852.

178. Honduras Borders, 2 R. Int’l Arb. Awards at 1325 (“Authenticated maps are also to be considered, although such descriptive material is of slight value when it relates to territory of which little or nothing was known and in which it does not appear that any administrative control was actually exercised”).

179. Frontier Dispute (“Burkina Faso vs. Mali”), 1986 I.C.J. 554, 582 (Dec. 22). Maps were considered in of themselves indeterminate in constituting territorial title, or “documents endowed by international law with intrinsic legal force for the purpose of establishing territorial rights”.

180. Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (“Nicaragua vs. Honduras”) (Oct. 8, 2007).

181. Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (“Nicaragua vs. Honduras”) (Oct. 8, 2007), Para. 217.

En este caso la soberanía sobre las islas en disputa se otorga a Honduras basado en actos efectivos poscoloniales, es decir, *effectivités*, y no en base a mapas¹⁸².

Si bien las partes insisten en la presentación de mapas en los casos de disputas territoriales los mismos tienen poca importancia en el momento de la sentencia. La Corte Internacional de Justicia busca otro tipo de evidencia documental al decidir sobre los reclamos territoriales; tales como *memorándums* o cartas que demuestren la posición y el reconocimiento externo respecto al reclamo¹⁸³. Esto sugiere que el Tribunal le da importancia a las fronteras internacionales y que las mismas son construcciones válidas aunque no hayan sido negociadas.

La Corte al mismo tiempo asegura la noción del orden internacional y que los límites territoriales de la soberanía estatal continúen en las fronteras determinadas. Sin embargo, este valor otorgado por la Corte a determinados documentos plantea la cuestión de darle validez a determinados Tratados “desiguales” entre el colonizador y los colonizados, y a Tratados entre Potencias estableciendo zonas de influencia política¹⁸⁴.

En consecuencia, la Corte debe evaluar la evidencia presentada y darle valor a documentos que en otras circunstancias serían por lo menos sospechosos de ilegalidad.

182. “Post-colonial effectivities refers to the efficacy or effectiveness of the extent to which the post-colonial state has performed its function as a state in relation to a given territory”. Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (“Nicaragua vs. Honduras”), para. 227 (Oct. 8, 2007).

183. Western Sahara, Advisory Opinion, 1975 I.C.J. 12, 49 (Oct. 16) (demostrando el reconocimiento externo o exterior de la soberanía a través de Tratados, correspondencia diplomática y otros documentos).

184. Kasikili/Sedudu Island (“Botswana vs. Namibia”), 1999 I.C.J. 1045 (Dec. 13). Así la Corte debió examinar la veracidad o validez de una serie de documentos ofrecidos como evidencia de interpretación relacionados con el Tratado Anglo-Germano de 1890, que había establecido las esferas de influencia entre ambas potencias. Los documentos presentados incluían: 5(1) a 1912 report on a reconnaissance of the Chobe River, produced by the Bechunaland Protectorate Police; (2) correspondence and an arrangement between the Eastern Caprivi magistrate and a district commissioner in the Bechunaland Protectorate an agreement between Botswanan and South African authorities for the Joint Survey of the Chobe. See *id.* at 1076-91.

C. Actos que establecen una reclamación territorial

Una gran cantidad de los casos vinculados a reclamos de títulos territoriales están relacionados con la demostración de que había control efectivo sobre un determinado territorio y que este control estaba relacionado como parte de un todo unificado con el resto del territorio del Estado. Esto es irónico si se tiene en cuenta que los reclamantes poscoloniales insisten en que el territorio que habitan era *terra nullius*, una ficción legal pero que es necesaria si el título sucesor quiere ser considerado válido¹⁸⁵.

La Corte establece en el Caso de la Frontera Marítima y Territorial entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe, la validez de la efectividad del control, sean estas *effectivités* coloniales o poscoloniales¹⁸⁶.

Cuando se determina el valor de la evidencia presentada ante la Corte, esta busca evidencias confiables que indiquen el establecimiento de un derecho o práctica que sea pertinente o relacionada al título territorial¹⁸⁷.

Mucha de la evidencia que se presenta en estos casos se basa en hechos históricos, y complicados, que son discutidos por las partes.

La Corte no es un Tribunal preparado para decidir estos pronunciamientos de carácter histórico, y debe basarse en la calidad y presentación de las evidencias para determinar su veracidad¹⁸⁸. Cuando es analizada, mucha de esta evidencia documental de las partes es similar, lo cual presenta problemas en las reclamaciones sobre la administración de un territorio. Así las evidencias en el Caso del Sahara Occidental que presentan tanto Marruecos como Mauritania apoya-

185. Western Sahara, Advisory Opinion, 1975 I.C.J. 12 (Oct. 16).

186. Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (“Nicaragua vs. Honduras”), para. 227 (Oct. 8, 2007).

187. Land, Island and Maritime Frontier Dispute (“El Salvador vs. Honduras: Nicaragua Intervening”), 1992 IC.J. 351, 363-64; Frontier Dispute (“Burkina Faso vs. Mali”), 1986 I.C.J. 554, 568, 582 (Dec. 22) (examining French colonial law and the study of maps to determine their validity); Sovereignty over Certain Frontier Land (“Belgium vs. Netherlands”), 1959 I.C.J. at 218.

188. Territorial Dispute (“Libya vs. Chad”), 1994 I.C.J. 6, 16 (Feb. 3); Frontier Dispute (“Burkina Faso vs. Mali”), 1986 I.C.J. 620-24.

ban sus reclamaciones sobre el territorio en cuestión¹⁸⁹. Marruecos basaba su reclamo en su calidad de sucesor del Estado Jerifiano, que abarcaba Marruecos y los que después fue el Sahara Español¹⁹⁰.

Mauritania, por su parte, basaba sus reclamos en una compleja red de alianzas identificada como parte del llamado *Bilad Shinguitti*, que era considerado el Estado antecesor de Mauritania¹⁹¹. La Corte así juzga analizando los vínculos entre el territorio y los Estados antecesores que tenían relación con el reclamo territorial. Si bien la Corte no fue muy clara en la decisión de los reclamos, Marruecos entendió que los mismos apoyaban su tesis¹⁹².

Las mismas dificultades aparecen en el Caso de Límites entre Burkina Faso y Mali¹⁹³, y la disputa territorial entre Libya y Chad.

En el primer caso, la Corte identifica *effectivités* coloniales consideradas como: “[...] la conducta de las autoridades administrativas, como prueba del ejercicio efectivo de la jurisdicción territorial en la región durante el período colonial”¹⁹⁴.

Al articular el principio de las *effectivités* coloniales la Corte la establece como una de las piedras angulares de la doctrina del *uti possidetis juris*.

Si bien las mismas llenan las condiciones de una efectiva administración o control sobre un territorio, su verdadero valor es el de demostrar el título al mismo en el derecho colonial. Limita así la jurisdicción territorial dentro de la cual la potencia colonial ejercía soberanía, ya sea frente a otra soberanía externa o frente a otra subdivisión administrativa en el territorio colonial¹⁹⁵. Esta limitación territorial

189. Western Sahara, 1975 I.C.J. 12.

190. Western Sahara, 1975 I.C.J. 40.

191. Western Sahara, 1975 I.C.J. 41. En el Caso del Sahara Occidental Marruecos se intentaba también probar el título al territorio, a través del nombramiento de *caids*, que eran gobernadores o jueces en un determinado territorio; demostrándose así la influencia del Sultán en la región.

192. Franck, T., *The Stealing of the Sahara*, at 713-14 AJIL, Vol. 70 N° 4, 1976.

193. Frontier Dispute (“Burkina Faso vs. Mali”), 1986 I.C.J. 554 (Dec. 22).

194. Frontier Dispute (“Burkina Faso vs. Mali”), 1986 I.C.J. 554 (Dec. 22), 586.

195. Colonial effectivities demonstrates, in a document, that effective control was exercised over a territory claimed to be within the jurisdiction of the principal colonial occupier.

consiste en la línea del *uti possidetis juris* que fue establecida como frontera internacional cuando el gobernante colonial se retira y el nuevo hereda el territorio a través de la sucesión de Estados.

Así hay pruebas de las *effectivités* coloniales cuando las partes en una disputa acuerdan por consenso y el derecho internacional petrifica las fronteras poscoloniales a nivel internacional. Los argumentos y la Sentencia en la *Diputa de Límites de Libya vs. Chad* analizan esto y su valor en la determinación del *uti possidetis* y los límites¹⁹⁶.

Para demostrar la extensión del dominio colonial en el *Caso de Kasikili/Sedudu Island*, siendo las Partes Botswana vs. Namibia, las mismas se basan en evidencia documental que demostraba un Acuerdo entre las autoridades de la llamada Franja de Caprivi, precursora de la actual Namibia y las autoridades coloniales de Bechuanalandia¹⁹⁷. Sin embargo, en este caso no se acepta el documento como evidencia de *effectivités* coloniales sobre el territorio y no prospera en consecuencia el reclamo de soberanía¹⁹⁸.

Así como la doctrina de las *effectivités* coloniales, la del *uti possidetis juris* esencialmente aplica una visión retrospectiva basada en el estado de un territorio en un momento determinado.

Si bien el Juez Harry Dillard en su opinión disidente en el Caso del Sahara Occidental dijo que “*it is for the people to determine the destiny of the territory*”¹⁹⁹, esto no fue así y fue el destino del territorio el que determinó el destino del pueblo. La Corte, y en su aplicación del *uti possidetis juris* en estos casos de disputas territoriales, ha insistido en que el consentimiento del Estado es el estándar definitivo en la determinación del título sobre el territorio.

En lo relativo a las discusiones y reclamos contemporáneos sobre autodeterminación, con elementos de disputas territoriales, la extensión y exclusividad de las *effectivités* coloniales es algo fundamental.

196. Territorial Dispute (“Libya vs. Chad”), 1994 I.C.J. 6, 16 (Feb. 3) (referente a disputa territorial sobre una porción alrededor del Lago Chad y donde la Corte analiza el llamado *droit d’outre-mer*, o derecho colonial francés).

197. Kasikili/Sedudu Island (“Botswana vs. Namibia”), 1999 I.C.J. 1045, 1058 (Dec. 13).

198. Kasikili/Sedudu Island (“Botswana vs. Namibia”), 1999 I.C.J. at 1100.

199. Western Sahara, 1975 I.C.J. at 122 (Opinión Disidente del Juez Dillard).

Este era el argumento en varios casos donde entidades estatales poscoloniales quisieron demostrar variantes en las líneas del *uti possidetis juris* basadas en la falta de administración colonial en regiones fronterizas o limítrofes²⁰⁰. Sin embargo, las *effectivités* coloniales pueden ser criticadas especialmente en el contexto de los derechos de los pueblos indígenas o nativos del territorio cuando los Estados interpretan la doctrina en forma diferente.

D. Fechas críticas

Sin dudas una de las más importantes ramificaciones y elementos para el futuro de un territorio es una instantánea del territorio en la fecha crítica²⁰¹.

La importancia o significación de una fecha crítica en una disputa sobre espacios territoriales o marítimos radica en la distinción entre: actos anteriores y posteriores a la fecha crítica. Así, los “*Acts performed à titre de souverain which are in principle relevant for the purpose of assessing and validating effectivités, and those acts occurring after such critical date, which are in general meaningless for that purpose, having been carried out by a State which, already having claims to assert in a legal dispute, could have taken those actions strictly with the aim of buttressing those claims*”²⁰².

Los actos de las partes después de la fecha crítica no son relevantes para establecer el valor de las *effectivités*²⁰³. En el Caso Territorial

200. Territorial Dispute (“Libya vs. Chad”), 1994 I.C.J. 6 (Feb. 3).

201. Frontier Dispute (“Burkina Faso vs. Mali”), 1986 I.C.J. 554, 658 (Dec. 22). The ICJ explained:

[U]ti possidetis [...] applies to the new State (as a State) not with retroactive effect, but immediately and from that moment onwards. It applies to the State as it is; i.e., to the ‘photograph’ of the territorial situation then existing. The principle of uti possidetis freezes the territorial title; it stops the clock, but does not put back the hands”.

202. Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (“Nicaragua vs. Honduras”), para. 117 (Oct. 8, 2007).

203. Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (“Indonesia vs. Malay”), 2001 I.C.J. 575, 682 (Oct. 23). “The ICJ cannot take into consideration acts having taken

and Maritime Dispute entre Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea, las partes discutían dos cuestiones legales relacionadas con la doctrina del *uti possidetis juris*:

La extensión de la línea determinada judicialmente que abarcaba las áreas marítimas y las islas en disputa²⁰⁴.

El alcance de la evidencia documentaria en relación al control ejercido por las autoridades locales²⁰⁵.

En relación a la segunda cuestión, Nicaragua afirmaba que las autoridades de la Corona Española tenían jurisdicción exclusiva sobre el mar territorial y en consecuencia el mar no podía incluirse en los reclamos de las autoridades locales, de acuerdo a la doctrina del *uti possidetis*²⁰⁶.

La Corte estima que la línea del *uti possidetis* está relacionada con el título territorial y la delimitación al momento de la descolonización²⁰⁷, sin tener en cuenta si se trataba de límites territoriales o marítimos²⁰⁸. Al referirse al reclamo de Nicaragua la Corte solo podía determinar el estatus durante la dominación española y las opciones eran pocas²⁰⁹.

Haciendo un vínculo entre la noción de *terra nullius* y el *uti possidetis* la Corte afirma: “Está bien establecido que un aspecto clave del principio del *uti possidetis juris* es la negación de la posibilidad de *terra nullius*”. Sin embargo, ese *dictum* no puede hacer ingresar dentro

place after the date on which the dispute between the Parties crystallized unless such acts are a normal continuation of prior acts and are not undertaken for the purpose of improving the legal position of the Party which relies on them”.

204. Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906 (“Honduras vs. Nicaragua”), 1960 I.C.J. 192, 199-200 (Nov. 18). De acuerdo al Artículo III del Tratado Gámez-Bonilla de 1894 se somete la cuestión al Arbitraje del Rey Alfonso XIII, el mismo fue otorgado el 23 de diciembre de 1906. Nicaragua desafía su validez en 1912 y mucho más adelante gracias a los esfuerzos de la OEA se somete a la Corte en 1957.

205. Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (“Nicaragua vs. Honduras”), para. 150 (Oct. 8, 2007).

206. *Ibidem*, para. 150.

207. *Ibidem*, para. 151.

208. *Ibidem*, para. 156.

209. *Ibidem*, para. 157.

del territorio de los Estados sucesores islas que no se demostró que estaban sujetas al dominio colonial español, ni atribuir islas que no tienen conexión con el territorio continental concerniente. Aun si las dos partes en este caso están de acuerdo en que las islas mencionadas no eran *res nullius*, hay así cuestiones legales que deben ser respondidas”²¹⁰.

En consecuencia, para la Corte el *uti possidetis* no daba una respuesta clara en cuanto a la soberanía de las islas²¹¹. La Corte entiende que “si las islas no son *terra nullius*, como ambas Partes reconocen, debe entenderse que estaban bajo el control de la Corona Española”²¹².

Al fallar a favor de Nicaragua la Corte establece: “El *uti possidetis juris* presupone la existencia de la delimitación del territorio entre las provincias coloniales concernientes realizada por las autoridades coloniales centrales. Así para aplicar el principio del *uti possidetis juris* a las islas en disputa debe demostrarse que la Corona Española las había colocado en una u otra de las provincias coloniales”²¹³.

Esta sentencia es similar a una anterior: Land, Island and Maritime Frontier Dispute entre El Salvador y Honduras con Nicaragua interviniendo, donde el Tribunal también se enfrentó al tema de islas que no habían sido colocadas dentro de la jurisdicción de las administraciones territoriales contendientes²¹⁴.

En el mismo se dice: “Cuando se menciona el principio del *uti possidetis juris*, el derecho al que se refiere no es derecho internacional, sino el derecho constitucional o administrativo del soberano antes de la independencia, en este caso el derecho colonial de España; y es perfectamente posible que ese derecho no otorgara una clara y definitiva respuesta a la soberanía o pertenencia de áreas marginales, o poco pobladas que tenían una significación económica mínima”²¹⁵.

210. *Ibidem*, para. 157.

211. *Ibidem*, para. 158.

212. *Ibidem*, para. 158.

213. *Ibidem*, para. 158.

214. Land, Island and Maritime Frontier Dispute (“El Salvador vs. Honduras: Nicaragua Intervening”), 1992 IC.J. 351, 558–59 (Sept. 11).

215. *Ibidem*, IC.J. at 559.

En consecuencia, la línea del *uti possidetis juris* tiene un valor limitado en esos casos y presenta cuestiones fundamentales sobre la naturaleza de las *effectivités* coloniales y su importancia, como generadoras de títulos.

Las *effectivités* consisten en “la conducta de las autoridades administrativas como prueba del efectivo ejercicio de la jurisdicción territorial en la región durante el período colonial”²¹⁶.

La cuestión entonces a analizar es en qué extensión la potencia colonial ejercía un control administrativo efectivo sobre el territorio que proclamaba estar bajo su dominio. También entraría en conflicto esto, con la noción de contigüidad donde el reclamo o control sobre el interior de un territorio se hace a partir de la ocupación de las franjas costeras.

Basado en la ocupación de la costa, esta regla adoptada en la Conferencia Africana de Berlín²¹⁷ tendría consecuencias fundamentales para muchos *pueblos* o *naciones* que han sido colocadas dentro de Estados modernos según las aplicaciones implícitas del *uti possidetis juris*.

Esto no es un reconocimiento total del carácter de las *effectivités*, y la Corte ya no toma el derecho intertemporal en forma tan estricta; así, empiezan a pesar diferentes factores y a tenerse en cuenta evidencias que antes no se tomaban en consideración.

Por eso es que se debe mencionar el Caso *Territorial Dispute (Libya/Chad)* donde se discuten las evidencias y su grado o capacidad de generación de títulos en relación a reclamos territoriales. En este caso Libya rechaza las *effectivités* con respecto a los Tratados en estos términos: “La evidencia histórica demuestra que cuando se concluyen los Acuerdos entre Francia y el Reino Unido entre 1890 y 1899, ninguno de los dos Estados tenía autoridad efectiva sobre los terri-

216. “The conduct of the administrative authorities as proof of the effective exercise of territorial jurisdiction in the region during the colonial period rontier Dispute” (*Burkina Faso vs. Mali*), 1986 I.C.J. 554, 586 (Dec. 22).

217. CROWE, Sybil E., *The Berlin West Africa Conference* (1942). Esta Conferencia tuvo lugar en Berlín, con los auspicios del Canciller Bismarck. El propósito de la misma era crear un marco para que las principales potencias discutieran su rol en África, y su división en esferas de influencia.

torios africanos y los pueblos incluidos en sus respectivas 'esferas de influencia'. Cuando Francia crea la 'circonscription spéciale dite territoire militaire des pays et protectorates du Tchad', en septiembre de 1890, dentro de lo que se llamaba en ese tiempo Territorios del Congo Francés, no tenía autoridad efectiva ni presencial real en las áreas alrededor o al norte de Bir Alali en Kanem, o en las regiones de Borkou, Tibesti, Ouinianga, Erdi y Ennedi"²¹⁸.

La doctrina del *uti possidetis* también está mencionada en otros casos de la Corte Internacional de Justicia²¹⁹. Cualquier nuevo caso que trate cuestiones similares a las ya analizadas presentará elementos específicos que hacen que la Corte deba convertirse en especialista en historia y reflejar esto en el derecho. Este desafío está bien establecido por la Juez Higgins al discutir el Caso de Límites entre Benin y Niger, frente a la Comisión de Derecho Internacional cuando afirmó: "Para entender quién en ese tiempo tenía la autoridad de determinar o mudar una frontera requería basarse en la ley nacional. Pero en este, así como en otros casos, era importante que la Corte pudiese identificar qué actos coloniales eran puramente internos o si tenían el efecto de modificar una frontera para los propósitos del derecho internacional"²²⁰.

En ese caso se le instruye a la Corte que utilice el principio del *uti possidetis*. Como lo dice el mismo informe: "The interesting challenge was to have this doctrine play its important role, without ignoring, temporally speaking, all that had occurred in real life subsequently. The Court confirmed that it would look at maps and other

218. Memorial Submitted by the Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya, Vol. 1, Territorial Dispute ("Libya vs. Chad"), 1991 I.C.J. Pleadings 71, para. 4.06 (Aug. 26, 1991).

219. Territorial and Maritime Dispute ("Nicaragua vs. Colombia") (Dec. 13, 2007); Dispute Regarding Navigational and Related Rights of Costa Rica on the San Juan River ("Costa Rica vs. Nicaragua") (Application Instituting Proceedings) (Sept. 29, 2005); Maritime Delimitation in the Black Sea ("Romania vs. Ukraine") (Application Instituting Proceedings) (16 September, 2004); Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge ("Malay vs. Singapore") (Special Agreement) (July 24, 2003).

220. H. E. Judge Rosalyn Higgins, President, ICJ, Speech at the 58th Session of the International Law Commission (July 25, 2006).

data subsequent to the critical date, but to see if they evidenced an agreement to alter the *uti possidetis* line”²²¹.

En este caso la Corte debía determinar la línea fronteriza entre Benin y Niger, en el sector del Río Niger y el Río Mekou, lo cual establecería la soberanía de *jure* sobre las islas en disputa en el Río Niger²²². La Corte aplica la doctrina del *uti possidetis juris* para determinar la frontera heredada del dominio colonial francés en la fecha crítica: la independencia de Benin, llamado anteriormente Dahomey, el 1º de agosto de 1960 y de Niger, anteriormente la Colonia francesa de Niger, el 3 de agosto de 1960²²³.

Si bien la Corte entiende que la aplicación del *droit d’outre-mer*, es decir, el derecho colonial francés, tenía una importancia suprema, también reconoce las realidades físicas actuales que no pueden ser dejadas de lado, especialmente al determinar la soberanía de las islas, que podían aparecer o desaparecer con el tiempo²²⁴.

Al determinar la naturaleza del derecho de ultramar o *droit d’outre-mer*, el documento más importante o relevante era el Decreto del Presidente de la República Francesa, del 16 de junio de 1895²²⁵, que colocaba todo el territorio del África Occidental Francesa (Afrique Occidentale Française) bajo el control de un Gobernador General y luego dividiendo el territorio en colonias con el mando de Tenientes Gobernadores, los cuales a su vez se dividían en *cercles* o unidades administrativas menores.

En esta sentencia también se establece el límite en dos puentes entre Gaya en Niger y Malanville en Benin, algo nunca antes visto en la historia de las disputas territoriales²²⁶.

221. H. E. Judge Rosalyn Higgins, President, ICJ, Speech at the 58th Session of the International Law Commission (July 25, 2006).

222. Frontier Dispute (“Benin vs. Niger”), 2005 I.C.J. 90, 94-103 (July 12).

223. Frontier Dispute (“Benin vs. Niger”), 2005 I.C.J. 90, 94-103 (July 12) at 108.

224. Frontier Dispute (“Benin vs. Niger”), 2005 I.C.J. 90, 94-103 (July 12) at 108-09.

225. Frontier Dispute (“Benin vs. Niger”), 2005 I.C.J. 90, 94-103 (July 12) at 110.

226. SPADI, Fabio, The International Court of Justice Judgment in the Benin-Niger Border Dispute: The Interplay of Titles and “Effectivities” Under the Uti Possidetis Juris Principle, 18 Leiden Journal of International Law, page 777, 2005.

5. CONCLUSIÓN: LA AUTODETERMINACIÓN A LA LUZ DE LAS DOCTRINAS SOBRE LA TERRITORIALIDAD

Tras analizar las herramientas conceptuales del derecho internacional público y su aplicación, es tiempo de volver a las doctrinas de la autodeterminación.

Si bien la autodeterminación se promete a todos los pueblos en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos²²⁷, se lee el término “pueblo” como en el contexto de la población total de una colonia y no se extiende más atrás en la Historia, negándole así el derecho a los grupos que reclaman haber sido víctimas de actos de subyugación en el pasado.

El mismo, en consecuencia, es limitado y aparece en un *doble estándar* nuevamente en el derecho internacional, ya que los pueblos sujetos a la más reciente colonización tienen un remedio en la autodeterminación y los que han sido subyugados antes parecieran no tenerlo. Sin embargo, aun con la descolonización reciente surgen tensiones, ambigüedades e incoherencias entre los principios de autodeterminación y de integridad territorial, y la lectura de la Resolución 2625 lo demuestra²²⁸.

227. CESCR, Art. 1º (“All peoples have the right of self-determination”); ICCPR, Art. 1º (Artículo 1º Común).

228. GA Res. 2625 (XXV), *supra* note 57. The resolution articulates the rationale of self-determination as the need to promote friendly relations among states and to end colonization:

Every State has a duty to promote, through joint and separate action, realization of the principle of equal rights and self-determination of peoples. [...]

Every state has the duty to promote, through joint and separate action universal respect for and observance of human rights and fundamental freedoms.

[...]

Every State has the duty to refrain from any forcible action which deprives peoples [...] in the elaboration of the present principle of their right to self-determination and freedom and independence. In their actions against, and resistance to, such forcible action in pursuit of the exercise of their right to self-determination, such peoples are entitled to seek and to receive support.

[...]

También aparece una interpretación de la autodeterminación que se reclama con las normas contra el genocidio, los crímenes contra la humanidad y el deber de la Comunidad Internacional de intervención y protección a las poblaciones contra masivas y sistemáticas violaciones a los derechos fundamentales. Bangladesh, Timor Leste, Eritrea y Kosovo son algunos ejemplos de esos casos de violaciones y la respuesta de la Comunidad Internacional.

Durante las oleadas descolonizadoras de la segunda mitad del siglo XX, las tres opciones que existían para una unidad territorial que emergía de la descolonización eran: 1. La creación de un nuevo Estado. 2 Libre Asociación con un Estado ya existente. 3. Libre Integración con un Estado ya existente²²⁹. Los territorios se entregaron en muchos casos sin tener en cuenta la opinión de los pueblos, y aparecieron situaciones dentro de esas naciones y también en otras donde existen grupos o minorías que exigen a su vez la autodeterminación²³⁰. El argumento de la descolonización se ha reforzado en la práctica sugiriendo que la autodeterminación en su forma más intensa es el derecho de establecer un Estado separado y que puede ser un remedio extraordinario en aquellos territorios que sufren violaciones de derechos humanos de carácter masivo orquestada por el Gobierno sobre pueblos o grupos basados territorialmente en un Estado.

Pero creer que la autodeterminación en esta forma extrema de creación de Estado o de completa autonomía es una condición esencial o prerrequisito para el goce de los derechos humanos no es correcto.

Nothing in the foregoing paragraphs shall be construed as authorizing or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples as described above and thus possessed of a government representing the whole people belonging to the territory without distinction as to race, creed or colour.

Every state shall refrain from any action aimed at the partial or total disruption of the national unity and territorial integrity of any other State or country".

229. GA Res. 1541 (XV).

230. U.N. ECOSOC, Sub-Comm on Prevention of Discrimination & Prot. of Minorities, *Minority Rights and the Prevention of Ethnic Conflicts*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.5/2000/CRP.3 (May 10, 2000).

Primero porque no está claro qué grupos o etnias o “pueblos” son los beneficiarios o *bendecidos* con la autodeterminación. Tampoco asegura que una continua fragmentación o un perpetuo irredentismo conseguirían un grado de protección mayor de los derechos humanos.

De allí que la justificación de los derechos humanos para la autodeterminación y la generación de títulos sobre el territorio, si bien puede ser un argumento persuasivo en algunos casos, no debería ser lo normal y sí lo excepcional, salvo que la soberanía y legitimidad del Estado declinase en forma abrupta.

La búsqueda del orden al santificarse en los Estados poscoloniales las fronteras ha traído ese orden y entre muchos Estados es una marca aceptada de identidad; pero en otros Estados las fronteras son señales de aspiraciones irredentistas y separatistas.

Como lo establece el derecho, el *uti possidetis juris* puede modificarse, pero con el consentimiento de dos o más Estados soberanos, y esto puede afectar evidentemente a comunidades que no están representadas a nivel estadual.

En el estado actual de la doctrina y la práctica *los actores no estatales* no tienen un derecho claro y determinado en el derecho internacional para demandar o discutir ajustes territoriales, de allí que la autodeterminación para estos grupos no tiene mucho sentido.

Quienes reclaman en estas situaciones no entienden por qué existen o habitan dentro de unidades territoriales externamente definidas por conveniencia o por atender el orden internacional. Es por eso que en muchos casos hay situaciones donde se enarbola este derecho y se termina usando la fuerza por parte de pueblos no representados, que buscan internacionalizar el conflicto buscándose la solución fuera del derecho y en el ámbito del poder.

El derecho internacional entiende, en definitiva, que la autodeterminación se debe realizar con el acomodamiento de diferentes etnias o identidades nacionales dentro de los confines del Estado, y no con la creación de nuevos por desmembramiento.

Si bien en la gran mayoría de los Estados hay muchas etnias, es decir, son Estados nacionales, en la creación de los mismos no siempre se reconoce la diversidad.

Un ejemplo muy ilustrativo es el Caso de la Corte Suprema de EE. UU. en 1995, relacionado con las tribus indias: “*No case in this*

Court has ever held that taking of Indian title or use by Congress required compensation. The American people have compassion for the descendants of those Indians who were deprived of their homes and hunting grounds by the drive of civilization. They seek to have the Indians share the benefits of our society as citizens of this nation. Generous provision has been willingly made to allow tribes to recover for wrongs, as a matter of grace, not because of legal liability”²³¹. Este caso es así demostrativo de la noción de integridad territorial a ultranza, dentro de los confines de los Estados Unidos de Norteamérica.

El derecho internacional se enfoca en el territorio considerado como base de la soberanía, si bien últimamente en algunos casos entiende que hay que ir más allá y tener en cuenta la dimensión humana.

Después de 1945 y la prohibición del uso de la fuerza en guerras de agresión y conquista, los desafíos a la integridad territorial han sido más internos que externos.

Un ejemplo de ello es la Comisión Badinter, que buscó un balance entre la estabilidad e integridad territorial y el respeto a las minorías pero con el peligro de convertir límites administrativos en fronteras internacionales, como ocurrió en la Ex Yugoslavia.

Es por eso que debe reconocerse que las herramientas conceptuales analizadas no han funcionado correctamente y en muchos casos han primado los criterios políticos y las consideraciones de poder en lo referente a los casos de autodeterminación, lo cual no debe ser sorprendente ya que el principio es de escasa legitimidad y sujeto como tantos otros al doble estándar.

231. “Tee-Hit-Ton Indians vs. United States”, 348 U.S. 272 (1995).