

Citation: RODRÍGUEZ, F. D: «La cuestión de las Malvinas (Falklands) en el Cuarto Decenio Internacional para la Eliminación del Colonialismo», *Cuadernos de Gibraltar–Gibraltar Reports*, num. 4, 2020-2021.

Received: 1 June 2021.

Accepted: 29 October 2021.

LA CUESTIÓN DE LAS ISLAS MALVINAS (FALKLANDS) EN EL CUARTO DECENIO INTERNACIONAL PARA LA ELIMINACIÓN DEL COLONIALISMO

FACUNDO D. RODRÍGUEZ¹

I. INTRODUCCIÓN. II. EL PROCESO DE DESCOLONIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. III. UN CASO ESPECIAL Y PARTICULAR. IV. CONCLUSIÓN.

RESUMEN: En el año 2020, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la resolución 75/123 por la que se declaró el período 2021-2030 como el «Cuarto Decenio Internacional para la Eliminación del Colonialismo» y exhortó a los Estados a que aumentaran sus esfuerzos para la erradicación de este flagelo que afecta a la humanidad desde tiempos inmemoriales. A comienzos del Siglo XX, el 60% de la población mundial estaba sujeta a alguna forma de dominación. Hoy, en pleno 2021, casi dos millones de personas viven aún bajo dominio colonial en 17 Territorios No Autónomos. Uno de esos territorios a descolonizar son las Islas Malvinas (Falklands) que, desde 1833, se encuentran sujetas a una disputa de soberanía entre el Reino Unido y la Argentina y cuya solución es el medio de poner fin a dicha situación colonial de conformidad a lo establecido por las Naciones Unidas.

PALABRAS CLAVE: Descolonización, Malvinas, Falklands, Naciones Unidas, disputa, soberanía, colonialismo, libre determinación, solución pacífica de las controversias.

THE QUESTION OF THE FALKLANDS/MALVINAS ISLANDS IN THE FOURTH INTERNATIONAL DECADE FOR THE ERADICATION OF COLONIALISM

ABSTRACT: In 2020, the United Nations General Assembly adopted resolution 75/123 declaring the period 2021-2030 as the “Fourth International Decade for the Eradication of Colonialism” and called on States to step up their efforts to eliminate this terrible scourge that has affected humanity since immemorial times. At the beginning of the 20th century, 60% of the world’s population was subject to some form of subjugation. Today, in 2021, almost two million people still live under colonial rule in 17 Non-Self-Governing Territories. One of these territories to be decolonized are the

¹ Abogado (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Docente universitario: Ayudante (Universidad de Buenos Aires) – Profesor Adjunto (Universidad de Palermo) – Profesor Titular (Instituto del Servicio Exterior de la Nación). Miembro del Comité sobre la Cuestión Malvinas, Georgias y Sándwich del Sur del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales-CARI, Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y Miembro del Instituto de Derecho Internacional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Malvinas/Falklands Islands which, since 1833, have been subject to a sovereignty dispute between the United Kingdom and Argentina and whose solution is the way to put an end to this colonial situation in accordance with the provisions of the United Nations.

KEYWORDS: Decolonization, Falklands, Malvinas, United Nations, dispute, sovereignty, colonialism, self-determination, peaceful settlement of disputes.

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2020, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la resolución 75/123² por la que se declaró el período 2021-2030 como el «Cuarto Decenio Internacional para la Eliminación del Colonialismo» y exhortó a los Estados a que aumentaran sus esfuerzos para la eliminación de este flagelo que afecta a la humanidad desde tiempos inmemoriales.

A comienzos del Siglo XX, el 60% de la población mundial estaba sujeta a alguna forma de dominación. Hoy, en pleno 2021, casi dos millones de personas viven aún bajo dominio colonial en 17 Territorios No Autónomos³. Uno de esos territorios a descolonizar son las Islas Malvinas que, desde 1833⁴, se encuentran sujetas a una disputa de soberanía entre el Reino Unido y la Argentina y cuya solución es el medio de poner fin a dicha situación colonial de conformidad a lo establecido por las Naciones Unidas⁵.

En la primera parte de este trabajo haremos un breve repaso del proceso de descolonización de las Naciones Unidas, a efectos de situar al lector en el contexto por el cual ha discurrido la disputa de soberanía por las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y los espacios marítimos circundantes en la última mitad del siglo XX y comienzo del siglo XXI.

Luego, nos adentraremos en la situación actual de la controversia para centrarnos específicamente en dos puntos fundamentales de la misma: la obligación de resolver la disputa por medios pacíficos y el principio de libre

² Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 75/123 del 21 de diciembre de 2020.

³ Ver. «Las Naciones Unidas y la Descolonización» en línea en <https://www.un.org/dppa/decolonization/es>.

⁴ Para ver cuál o cuáles son las posibles fechas críticas del comienzo de la disputa ver: KOHEN, M., «La fecha crítica y la cuestión de las Islas Malvinas» en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLVI, n° 1, 1994, pp. 7-37.

⁵ Ver Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2065 (XX) del 16 de diciembre de 1965.

determinación de los pueblos. De esta manera, podremos ofrecer al lector un muy resumido cuadro de situación de los puntos más trascendentes de este diferendo que lleva más de 188 años esperando una solución de conformidad al derecho internacional.

II. EL PROCESO DE DESCOLONIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

El concepto de «administración» en el derecho internacional se refiere a las situaciones en donde un Estado, un grupo de Estados o una organización internacional ejercen todas las prerrogativas del poder público sobre un territorio que se encuentra bajo la soberanía de otro Estado, sin ejercer la soberanía y sin que ese Estado pierda su soberanía sobre el territorio en cuestión.

Esta figura puede ser el resultado de un acuerdo entre el soberano y el sujeto que se convierte en el administrador, o puede surgir de los hechos. Estos serían los casos, en la primera hipótesis, de la cesión por un tiempo determinado de un territorio y, la segunda hipótesis, sería cuando un territorio pasa a estar bajo la administración de un Estado u organización como resultado de un conflicto armado u otras circunstancias en las que se ha pospuesto la decisión final sobre el asunto de la soberanía.

La práctica internacional testimonia la distinción entre la voluntad de hacer una transferencia de soberanía y transferir solo competencias gubernamentales sobre un territorio determinado. Los casos de Bosnia-Herzegovina, Chipre, el Canal de Panamá, una parte de Hong Kong son claros ejemplos de esta última figura. La administración no prejuzga la soberanía sobre un territorio; solo describe una situación de hecho: el ejercicio de la autoridad estatal sobre un territorio determinado⁶. La soberanía territorial no se modifica, sigue en cabeza del mismo Estado.

Al finalizar las dos guerras mundiales, los territorios coloniales de las potencias vencidas no fueron anexados por las potencias ganadoras de la guerra, sino que fueron sometidos a regímenes internacionales particulares: el sistema de mandatos después de la primera guerra mundial y el de administración fiduciaria después de la Segunda Guerra Mundial.

Uno de los principales objetivos del Sistema de Mandatos fue el de

⁶ KOHEN, M., *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Genève, Graduate Institute Publications, 1997, pp. 73-200.

promover el «bienestar y el desarrollo» de los pueblos dependientes e impedir su explotación. Esta idea se reflejó en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones que vinculaba el ejercicio de los poderes de administración al concepto jurídico de una «misión sagrada de la civilización»⁷, mientras que las

⁷ *Pacto de la Sociedad de las Naciones*, 28 de abril de 1919. El artículo 22 establece: «A las colonias y territorios que, a raíz de la reciente guerra, han cesado de hallarse bajo la soberanía de los Estados que lo gobernaban anteriormente y que son habitados por pueblos aún incapaces de regirse por sí mismos en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno, deberá aplicarse el principio de que el bienestar y el desarrollo de esos pueblos constituyen una misión sagrada de civilización, y deberán ser incorporadas en el presente pacto garantías para el cumplimiento de dicha misión. El mejor método para realizar prácticamente este principio consiste en confiar la tutela de esos pueblos a las naciones adelantadas que, gracias a sus recursos, a su experiencia o a su posición geográfica, son las más indicadas para asumir esa responsabilidad, y que consientan en aceptarlas: dicha tutela debería ser ejercida por esas naciones en calidad de mandatarios y en nombre de la Liga. El carácter del mandato deberá diferir según el grado de desarrollo del pueblo, la situación geográfica del territorio, sus condiciones económicas y toda otra circunstancia análoga. Ciertas comunidades que pertenecían antes al Imperio otomano, han alcanzado un grado de desarrollo que hace posible el reconocimiento provisorio de su existencia como naciones independientes, a condición que los consejos y la ayuda de un mandatario guíen su administración hasta el momento en que sean capaces de conducirse solas. Los deseos de esas comunidades deberán ser tomados en especial consideración para la elección del mandatario. El grado de desarrollo en que se encuentran otros pueblos, especialmente los del África Central, exige que el mandatario asuma la responsabilidad por la administración del territorio bajo condiciones que, con la prohibición de abusos tales como el comercio de esclavos, el tráfico de armas y del alcohol, garanticen la libertad de conciencia y de religión, sin otras limitaciones que las que puede imponer el mantenimiento del orden público y la moral, así como la prohibición de establecer fortificaciones o bases militares o navales y de la instrucción militar de los indígenas para otros fines que los de policía y defensa del territorio; bajo condiciones también que aseguren a los otros miembros de la Liga condiciones de igualdad para los intercambios y el comercio. Existen por fin territorios, tales como el Sudoeste africano y ciertas islas del Pacífico austral, que, debido a su escasa población, a su superficie reducida, a su alejamiento de los centros de civilización, a su contigüidad geográfica con el territorio del mandatario, y otras circunstancias, no podrían ser mejor administrados que bajo las leyes del mandatario, como parte integrante de su territorio, con sujeción a las salvaguardias previstas más arriba en interés de la población indígena. En todo caso de mandato, el mandatario deberá presentar al Consejo un informe anual referente a los territorios a su cargo. El grado de autoridad, contralor o administración que ejercerá el mandatario deberá, si no hubiese sido convenido previamente por los miembros de la Liga, ser definido explícitamente en cada caso por el Consejo. Se constituirá una comisión permanente para recibir y examinar los informes anuales de los mandatarios y para aconsejar al Consejo en todos los asuntos referentes a la observancia de los mandatos».

Potencias Mandatarias estaban sujetas a determinados deberes de información con respecto a la Sociedad⁸.

El carácter administrador de la Potencia a cargo del territorio no sólo fue una característica del Sistema de Mandatos, sino un principio fundamental en materia de administración territorial⁹.

Las Naciones Unidas avanzaron en un esfuerzo concertado para limitar el dominio colonial mediante dos mecanismos distintos: las normas sobre la administración de los territorios no autónomos (Capítulo XI de la Carta de las Naciones Unidas) y el Sistema de Administración Fiduciaria (Capítulos XII y XIII de la Carta de las Naciones Unidas).

El sistema de administración fiduciaria, establecido en el capítulo XII de la Carta de las Naciones Unidas, está en consonancia con su predecesor de la Sociedad de las Naciones. En efecto, se trata de un régimen internacional mediante el cual se confiere la administración de un territorio a un Estado (o grupo de Estados o a las propias Naciones Unidas) con objetivos específicos y con control internacional. Sin embargo, el sistema de administración fiduciaria no representaba simplemente una continuación del sistema de mandatos, sino que abordaba algunas de las deficiencias del sistema de administración de la Sociedad de Naciones.

Los sistemas de Mandato y de Fideicomiso preveían un desarrollo progresivo hacia la independencia o el autogobierno de ciertos territorios coloniales, pero su ámbito era restringido. Sin embargo, en la Conferencia de San Francisco se adoptaron disposiciones más amplias para los territorios coloniales, en forma del Capítulo XI de la Carta, titulado «Declaración relativa a los territorios no autónomos». Este capítulo fue para algunos autores una solución de compromiso que se trató solo de una «mera declaración de principios, sin una sanción especial», y que la implementación de los principios establecidos en el Capítulo XI estaba dentro de la jurisdicción interna de la metrópoli¹⁰.

Las delegaciones en la Conferencia de San Francisco se colocaron en una línea intermedia entre la internacionalización de todos los territorios bajo

⁸ *Ibidem*.

⁹ KORMAN, S., *The Right of Conquest: The Acquisition of Territory by Force in International Law and Practice*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 142.

¹⁰ Por ejemplo, KOHEN, *Possession contestée... cit.*, KELSEN, H., *The Law of the United Nations*, 2ª Edición, New York, The Lawbook Exchange, 2011, p. 554; JENNINGS, R. y WATTS, A., *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., Oxford, OUP, 2008, p. 316.

dominio colonial y la negativa a adoptar una postura definitiva sobre la cuestión colonial en su conjunto¹¹. El resultado fue un documento cuyo compromiso con la descolonización era, en el mejor de los casos, ambiguo. Los capítulos XII y XIII de la Carta, como hemos visto, se centraban en el papel central que desempeñaría el Consejo de Administración Fiduciaria respecto de los territorios en fideicomiso de las Naciones Unidas, mientras que el capítulo XI simplemente esbozaba una mera lista de pautas generales para la administración de los territorios coloniales que no estaban bajo el paraguas del sistema de administración fiduciaria. Para Crawford, el Capítulo XI, que sólo contiene los Artículos 73 y 74, fue un intento de aplicar a una categoría de territorio mucho más amplia ideas similares a las contenidas en el Artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones.¹²

El artículo 73 de la Carta establece cinco compromisos específicos relativos a: 1) el desarrollo de los habitantes de los territorios respectivos, 2) el progreso hacia el autogobierno, 3) el fomento de la paz y la seguridad internacionales, 4) el desarrollo económico, y 5) la transmisión periódica de cierta información al Secretario General¹³. Varios autores han visto en este último punto el desarrollo

¹¹ PEARSON, J. L., «Defending Empire at the United Nations: The Politics of International Colonial Oversight in the Era of Decolonisation» en *The Journal of Imperial and Commonwealth History*, Vol. 45, N° 3, 2017, pp. 525-549.

¹² CRAWFORD, J., *The Creation of States in International Law*, Oxford, OUP, 2007, p. 604

¹³ Cfr. Carta de las Naciones Unidas, Artículo 73: «Los Miembros de las Naciones Unidas que tengan o asuman la responsabilidad de administrar territorios cuyos pueblos no hayan alcanzado todavía la plenitud del gobierno propio, reconocen el principio de que los intereses de los habitantes de esos territorios están por encima de todo, aceptan como un encargo sagrado la obligación de promover en todo lo posible, dentro del sistema de paz y de seguridad internacionales establecido por esta Carta, el bienestar de los habitantes de esos territorios, y asimismo se obligan: a. a asegurar, con el debido respeto a la cultura de los pueblos respectivos, su adelanto político, económico, social y educativo, el justo tratamiento de dichos pueblos y su protección contra todo abuso; b. a desarrollar el gobierno propio, a tener debidamente en cuenta las aspiraciones políticas de los pueblos, y a ayudarlos en el desenvolvimiento progresivo de sus libres instituciones políticas, de acuerdo con las circunstancias especiales de cada territorio, de sus pueblos y de sus distintos grados de adelanto; c. a promover la paz y la seguridad internacionales; d. a promover medidas constructivas de desarrollo, estimular la investigación, y cooperar unos con otros y, cuando y donde fuere del caso, con organismos internacionales especializados, para conseguir la realización práctica de los propósitos de carácter social, económico y científico expresados en este Artículo; y e. a transmitir regularmente al Secretario General, a título informativo y dentro de los límites que la seguridad

más significativo de este sistema¹⁴.

A diferencia del sistema de administración fiduciaria en donde los redactores de la Carta fueron más precisos en cuanto a las obligaciones de los Estados administradores y en cuanto al programa de descolonización de estos territorios, no fue igual respecto a los territorios no autónomos. Muchos de los funcionarios de potencias coloniales consideraban a este capítulo como una mera «declaración» que debía funcionar simplemente como un conjunto de pautas generales de conducta¹⁵. Para algunos autores el propósito de los informes solicitados por la Carta era proporcionar a las Naciones Unidas «una base fáctica para mantenerse informada sobre el bienestar y el progreso de los pueblos de sus Estados Miembros»¹⁶. Se trataba de un sistema de «responsabilidad internacional», a diferencia del sistema de «supervisión internacional» que había instituido el Consejo de Administración Fiduciaria¹⁷.

En los primeros períodos de sesiones de la Asamblea General, los Estados Administradores expresaron la opinión de que correspondía a la jurisdicción interna del Estado administrador interesado decidir si un determinado territorio era no autónomo a los efectos del capítulo XI¹⁸. Argumentaron que el capítulo XI representaba simplemente una declaración de las Potencias y consideraciones de orden constitucional requieran, la información estadística y de cualquier otra naturaleza técnica que verse sobre las condiciones económicas, sociales y educativas de los territorios por los cuales son respectivamente responsables, que no sean de los territorios a que se refieren los Capítulos XII y XIII de esta Carta.»

¹⁴ Por ejemplo, CRAWFORD, J., *op. cit.*, p. 604; KOHEN, M., *Possession contestée... cit.*; VIRALLY, M., «Droit international et décolonisation devant les Nations Unies» en *Annuaire Français de Droit International*, 1963, vol. 9, p. 526, este autor dice al respecto: «La tendencia en la práctica de las Naciones Unidas a equiparar el control sobre los territorios no autónomos con el control de la administración fiduciaria es bastante llamativa, aunque haya sido muy gradual y cautelosa, al menos en los primeros años. De hecho, se aplicó un Capítulo XI bis, paralelo al Capítulo XIII, que incluso se redactó en forma de resoluciones de la Asamblea General.»

¹⁵ Por ejemplo, «Aide-Mémoire sur la thèse coloniale française à San-Francisco, 27 mars 1945, 1-2, K Afrique—Généralités 1, Archives Diplomatiques, La Courneuve» en PEARSON, J., *op. cit.*, pp. 525-549.

¹⁶ United Nations, *What the United Nations is Doing*, Department of Public Information, 1948, pp. 4-5.

¹⁷ EL-AYOUTY, Y., *The United Nations and Decolonization: The Role of Afro-Asia*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1971, p. 30.

¹⁸ Ver por ejemplo Resoluciones y decisiones aprobadas por la Asamblea General durante su primer período de sesiones: GAOR, 1er período de sesiones A/64/Add 1, 125.

administradoras sobre su política colonial, más que una obligación jurídica vinculante¹⁹.

A partir del segundo período de sesiones, la Asamblea General de las Naciones Unidas comenzó a adoptar un rol cada vez más proactivo y protagónico en relación al capítulo XI de la Carta. Se buscó ampliar las obligaciones de las Potencias administradoras hacia los territorios no autónomos, primero en forma de informes más precisos sobre la evolución política y constitucional de las colonias, luego mediante el establecimiento de comités para examinar la situación de los territorios no autónomos²⁰. Esta actitud encontró la oposición de las delegaciones de las potencias coloniales ante las Naciones Unidas que sostenían que, debido a que la Carta había omitido la creación de un órgano responsable de administrar territorios no dependientes distintos a los territorios fideicomitidos, esto significaba que las Naciones Unidas no tenían una función de supervisión sobre los territorios coloniales. Nada en la Carta de las Naciones Unidas, argumentaron los representantes franceses, otorgaba a las Naciones Unidas «un derecho de vigilancia» sobre el funcionamiento interno de los territorios dependientes²¹. Además, argumentaron que los territorios no autónomos estaban comprendidos directamente dentro de los asuntos internos de la Potencia administradora, algo que el párrafo 7 del artículo 2 de la Carta excluía del ámbito de competencias de las Naciones Unidas²². Sin embargo, la práctica de las Naciones Unidas fue contraria a la posición francesa.

Al respecto, constituye un elemento fundamental en relación a los territorios no autónomos un párrafo pertinente de la «Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas», que figura en la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, que dice lo siguiente:

El territorio de una colonia u otro territorio no autónomo tiene, en virtud de la Carta, una condición jurídica distinta y separada de la del territorio del Estado que lo administra; y esa condición jurídica distinta y separada conforme a la Carta existirá hasta que el pueblo de la colonia o el territorio no autónomo haya

¹⁹ CRAWFORD, J. *op. cit.*, p. 607.

²⁰ Ver A/RES/146(II), A/RES/143(II) y A/RES/142(II), todas del 3 de noviembre de 1947.

²¹ PEARSON, *op. cit.*, pp. 525-549.

²² *Ibidem*.

ejercido su derecho de libre determinación de conformidad con la Carta y, en particular, con sus propósitos y principios.

Este párrafo demuestra con claridad meridiana que los poderes de las Potencias administradoras sobre los territorios no autónomos se encuentran significativamente limitados, en especial frente a los amplios poderes que la Asamblea General fue construyendo en esta área. Esto, manifiesta Kohen, permite afirmar que los territorios no autónomos gozan de un estatus territorial propio, en el cual las Potencias administradoras solo ejercen su competencia con el único fin de poner un punto final a la situación colonial del territorio, y sujeta al control internacional²³. En ese sentido fue expresada la posición española en la Opinión Consultiva sobre el Sahara Occidental:

Las Potencias Administradoras no solo no pueden invocar la excepción de la jurisdicción interna (Artículo 2, párrafo 7 de la Carta de las Naciones Unidas), sino sus mismos títulos jurídicos territoriales en territorios no autónomos, válidos y legítimos en el derecho internacional tradicional, también se ven legalmente afectados por el derecho de los pueblos a la autodeterminación.²⁴

La aprobación sucesiva de una gran cantidad de resoluciones de la Asamblea General sobre la materia y al acceso a la independencia de cada vez más territorios bajo dominación colonial hicieron que el proceso de descolonización fuera tomando mayor velocidad y las Potencias administradoras fueran perdiendo cada vez más discrecionalidad. Finalmente, a comienzos de la década del 60 se dio la consagración de un verdadero derecho de descolonización enraizado en la resolución 1514 (XV) del 14 diciembre de 1960. Desde ese momento, el rol de la Asamblea General en materia de descolonización quedó plasmado de forma expresa. Al respecto, podemos mencionar lo que indicó la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva respecto al *Archipiélago de Chagos*:

La Asamblea General ha desempeñado un papel crucial en la labor de las Naciones Unidas en materia de descolonización, en particular desde la aprobación de la resolución 1514 (XV). Ha supervisado el cumplimiento de las obligaciones de los Estados Miembros a este respecto, tal como se establecen en el Capítulo XI de la Carta y tal como se derivan de la práctica que se ha desarrollado en la

²³ KOHEN, M., *Possession contestée... cit.*, “Chapitre II. De l'établissement de la souveraineté territoriale en général”. *Possession contestée et souveraineté territoriale*. By Kohen. Genève: Graduate Institute Publications, 1997. (pp. 73-200) Web. <<http://books.openedition.org/iheid/1303>>.

²⁴ ICJ Pleadings, *Western Sahara*, Vol. I, p. 21.

Organización. [...] A juicio de la Corte, al invitar al Reino Unido a cumplir sus obligaciones internacionales en la conducción del proceso de descolonización de Mauricio, la Asamblea General actuó en el marco de la Carta y dentro del ámbito de las funciones que se le asignaron para supervisar la aplicación del derecho a la libre determinación. La Asamblea General asumió esas funciones para supervisar la aplicación de las obligaciones que incumben a las Potencias administradoras en virtud de la Carta.²⁵

Asimismo, la Corte ha indicado con claridad meridiana que corresponde a la Asamblea General pronunciarse y supervisar las modalidades de descolonización de un territorio²⁶ y que es el «Comité Especial encargado de Examinar la Situación con respecto a la Aplicación de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales» también conocido como «Comité Especial de Descolonización» o «C-24» el órgano a quien la Asamblea ha encargado con la tarea de monitorear los mecanismos para que un territorio sea descolonizado²⁷. Este Comité fue y es el encargado de monitorear la aplicación de la resolución 1514 (XV) y de formular sugerencias y recomendaciones al respecto y es hoy quien supervisa el proceso de descolonización indicado por la Asamblea General de los, aun, 17 territorios bajo dominación colonial²⁸. La creación de este Comité especial, enmarcado dentro de las funciones propias de la Asamblea General para crear órganos subsidiarios²⁹, es un claro ejemplo del carácter dinámico de la Carta de las Naciones Unidas; aspecto fundamental para lograr adaptarse a los nuevos desafíos, tratando de mantener su eficacia en el tiempo³⁰. Como

²⁵ *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion*, p. 95, p. 136, para. 167 (Traducción propia).

²⁶ *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion*, p. 95, para 179

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Cfr. Resolución 1654 (XVI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 27 de noviembre de 1961.

²⁹ Cfr. Artículo 7: «1. Se establecen como órganos principales de las Naciones Unidas: una Asamblea General, un Consejo de Seguridad, un Consejo Económico y Social, un Consejo de Administración Fiduciaria, una Corte Internacional de Justicia, una Secretaría. 2. Se podrán establecer, de acuerdo con las disposiciones de la presente Carta, los órganos subsidiarios que se estimen necesarios»; y Artículo 22: «La Asamblea General podrá establecer los organismos subsidiarios que estime necesarios para el desempeño de sus funciones».

³⁰ Para un análisis sobre el carácter dinámico de la Carta, ver por ejemplo: DUPUY, P-M, «The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited», en *Max Planck*

ha dicho la Corte al respecto: «dar una interpretación restrictiva a la facultad de la Asamblea General de establecer órganos subsidiarios sería contrario a la clara intención de la Carta»³¹.

La limitación de las competencias de las metrópolis en los territorios no autónomos puede observarse en dos ejemplos contundentes al respecto. El primero es la disposición de los recursos naturales en los territorios no autónomos; estos recursos deben ser explotados en beneficio del pueblo a quien pertenecen dichos territorios en cuestión y las potencias administradoras no pueden aprovecharse de ellos³². Por otro lado, y esta es una prueba concluyente de la ausencia del poder de disposición de las Potencias administradoras en los territorios no autónomos, es que esas Potencias no pueden modificar la condición constitucional del territorio sin el consentimiento de la Asamblea General ni realizar actos que afecten su integridad territorial. Al respecto, la Corte:

considera que los pueblos de los territorios no autónomos tienen derecho a ejercer su derecho a la libre determinación en relación a su territorio en su conjunto, cuya integridad debe ser respetada por la Potencia administradora. De ello se deduce que todo desprendimiento por parte de la Potencia administradora de parte de un territorio no autónomo, a menos que se base en la voluntad libremente expresada y genuina del pueblo del territorio en cuestión, es contrario

Yearbook of United Nations Law, Vol. 1, 1997; KELSEN, H., *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, Londres, Praeger, 1951; CONFORTI, B., *The law and practice of the United Nations*, Leiden, Brill-Nijhoff, 2016; SCHRIJVE, N., «The Future of the Charter of the United Nations» en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 10, 2006, pp. 1-34; entre otros.

³¹ Solicitud de Revisión del Fallo N° 158 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, Opinión Consultiva, *I.C.J. Reports* 1973, p. 166, p. 172.

³² Ver, por ejemplo, la Resolución III de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982. Al respecto, la Argentina al ratificar la CONVEMAR formuló la siguiente declaración sobre este punto: «La ratificación de la Convención por parte del gobierno argentino no implica aceptación del Acta Final de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar y a ese respecto la República Argentina, como lo hiciera en su declaración escrita del 8 de diciembre de 1982 (A/CONF. 62/WS/35), hace expresa su reserva en el sentido de que la Resolución III, contenida en el Anexo I de dicha Acta Final, no afecta en modo alguno la “Cuestión de las Islas Malvinas”, la cual se encuentra regida por las resoluciones y decisiones específicas de la Asamblea General de las Naciones Unidas 20/2065, 28/3160, 31/49, 37/9, 38/12, 39/6, 40/21, 41/40, 42/19 y 43/25, 44/406, 45/424, 46/406, 47/408 y 48/408 adoptadas en el marco del proceso de descolonización.»

al derecho a la libre determinación.³³

Sin embargo, a pesar de que las Potencias administradoras se abstuvieron en la votación de la resolución 1514 (XV), han participado activamente en el trabajo del Comité de Descolonización, proporcionando información más allá de lo establecido por el Artículo 73 de la Carta y, en la mayoría de los casos³⁴, aceptaron las decisiones de la Asamblea General sobre el proceso de descolonización de los territorios no autónomos.

III. UN CASO ESPECIAL Y PARTICULAR

La Cuestión de las Islas Malvinas es entendida como la disputa de soberanía entre la Argentina y el Reino Unido por las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y los espacios marítimos circundantes. No es intención del presente trabajo realizar un análisis de la larga disputa anglo argentina que ya lleva más de 188 años, por lo cual remitiremos al lector a otros trabajos³⁵. Sin

³³ *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion*, p. 134, para. 160 (Traducción propia)

³⁴ Desde 1986 el Reino Unido –la Potencia administradora de la mayoría de los últimos casos de descolonización que aún existen– decidió retirar su participación del C-24.

³⁵ Por ejemplo, KOHEN, M. y RODRÍGUEZ, F., *Las Malvinas entre el Derecho y la Historia*, Buenos Aires, Eudeba, 2015; DEL CASTILLO, L.: «Sucesión de Estados en el caso Malvinas», en *Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur, Serie: Perspectiva Histórico-Jurídica del Seminario Permanente sobre la Cuestión Malvinas*, Tomo I, CARI, Buenos Aires, 1986, pp. 25 – 46. De la misma autora, «Aspectos jurídicos de la cuestión Malvinas», *Islas Malvinas y Argentina*, 2006, Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, Instituto de Investigación y Desarrollo, Seminario: Islas Malvinas y Argentina, 22 junio 2006, Buenos Aires, 2006, pp. 35-45 y «La cuestión de las Islas Malvinas como situación colonial», en *Repensar Malvinas, Serie: Perspectiva Histórico-Jurídica del Seminario Permanente sobre la Cuestión Malvinas*, Tomo IV, CARI, Buenos Aires, 2014, 113-138; ZORRAQUÍN BECÚ, R., *Inglaterra prometió abandonar las Malvinas*, Buenos Aires, Platero SRL, 1975; ARNAUD, V. G., *Las islas Malvinas. Descubrimiento, primeros mapas y ocupación. Siglo XVI*, Buenos Aires, Academia Nacional de Geografía, 2000; CAILLET-BOIS, R., *Una tierra argentina. Las islas Malvinas. Ensayo en una nueva y desconocida documentación*, Buenos Aires, Ediciones Peuser, 2ª ed., 1952; CANCLINI, A., *Malvinas. Su historia en historias*, Buenos Aires, Planeta, 2000; DOLZER, R., *The territorial Status of the Falkland Islands (Malvinas): Past and Present*, Nueva York-Londres-Roma, Oceana Publications Inc., 1993; FERRER VYERA, E., *Las islas Malvinas y el Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984, del mismo autor: *Segunda Cronología Legal Anotada Sobre las Islas Malvinas (Falkland Islands)*, Córdoba, Editorial EGB, 1993; GOEBEL, J. (hijo), *La pugna por las Islas Malvinas*, Buenos Aires, edición y traducción del Servicio de Informaciones Navales, 1951; GÓMEZ LANGENHEIM, Antonio, *Elementos para la historia de nuestras Islas Malvinas*,

embargo, haremos un breve repaso de la situación a partir de su tratamiento por la Asamblea General de las Naciones Unidas y mencionaremos cuál es el escenario actual del diferendo.

La expulsión por la fuerza de las autoridades y la población argentina en 1833 de las Islas Malvinas por parte del Reino Unido constituyó un acto violatorio del derecho internacional de la época, ya que, al momento de la usurpación, no solo no había estado de guerra entre las partes, sino relaciones de paz y amistad concretadas en un tratado por lo que el respeto de la integridad territorial de las partes se imponía en tales circunstancias. Los funcionarios británicos que examinaron la cuestión se han referido al acto del 3 de enero de 1833 en términos categóricos. En 1936, una publicación que preparaba el *Royal Institute of International Affairs* sobre Sudamérica, en la que se afirmaba que «Gran Bretaña anexó las islas Falkland de la Argentina en 1833»³⁶, dio motivo a un intercambio de opiniones entre los departamentos relacionados al tema, quienes aconsejaron a dicha institución semioficial cambiar la redacción. Troutbeck, del *Foreign Office*, afirmaba el 16 de octubre de 1936: «La dificultad de la posición es que nuestro apoderamiento de las Islas Falkland en 1833 fue un procedimiento muy arbitrario según lo juzga la ideología actual. No es fácil entonces explicar nuestra posesión sin que nos mostremos como bandidos internacionales»³⁷.

En esa oportunidad se trajo a colación una nota de Sir Malcolm Robertson a Sir Ronald Lindsay del 3 de noviembre de 1928, en la que se lee:

Con respecto a las Islas Falkland, siempre he considerado, desde que leí el memorándum de Bernhardt del Ministerio de Relaciones Exteriores de diciembre de 1910, que nuestro reclamo a las islas es en verdad muy débil. En realidad, está basado sobre la fuerza y muy poco más. Esta opinión parece haber sido mantenida por sucesivos gobiernos británicos desde los días de

Buenos Aires, El Ateneo, 1939; GROS ESPIELL, H., «El Caso de las Islas Malvinas y el Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos», *Rivista di Studi Politici Internazionali*, Anno L, N°2, 198, Florencia (Aprile-Giugno 1983); MUÑOZ AZPIRI, J. L., *Historia Completa de las Malvinas*, Buenos Aires, Oriente, 1966; PASTORINO, Ana, *Malvinas. El derecho de libre determinación de los pueblos y la población de las islas*, Buenos Aires, Eudeba, 2013; PASTORINO, A., ÁLVAREZ, M y ROSA, G., *Colonialismo en el siglo XXI. La estrategia del Imperio para mantener la ocupación de las Malvinas*, Buenos Aires, Edulp, 2015; ERLICH, U., *Soberanía y Vida Cotidiana*, Buenos Aires, Eudeba, 2015, entre otros.

³⁶ FO 371/19763, f° 352.

³⁷ *Ibidem*, f° 349 vta.,

Lord Palmerston, porque han realizado esfuerzos para evitar que la cuestión sea planteada. Me doy cuenta de que las islas son de un valor estratégico vital para nosotros, y que no podemos renunciar a ellas, sin importar lo justa o injusta que pueda ser nuestra posición.³⁸

El Memorándum preliminar preparado por el Departamento de Investigaciones del *Foreign Office* el 17 de septiembre de 1946 concluye: «La ocupación británica de 1833 fue en ese tiempo, un acto de injustificable agresión que ahora ha adquirido el apoyo del derecho de prescripción»³⁹.

Desde el momento mismo de la usurpación la Argentina ha protestado por el actuar británico y nunca ha consentido al mismo. Asimismo, ha apelado a diversos métodos de solución de la disputa. En este orden ideas, no solo apeló a mecanismos de negociación o buenos oficios, sino que ofreció en reiteradas oportunidades solucionar la disputa por medio del arbitraje internacional. El primer intento de un arreglo jurisdiccional apelando a este método surgió en el principio de la disputa. En las instrucciones que el Ministro de Relaciones Exteriores argentino, Manuel V. de Maza, envió el 14 de febrero de 1833 al representante argentino en Londres, Manuel Moreno, indicó que «se esforzará en obtener del gobierno británico su aquiescencia a un arbitramiento»⁴⁰. Casi 50 años después, el Ministro de Relaciones Exteriores argentino, Dr. Francisco Ortiz, con fecha 30 de mayo de 1884 le informó al representante británico en Buenos Aires, el Sr. Monson, que atento que el Gobierno estaba finalizando la delimitación de sus territorios por lo tanto consideraba pertinente buscar una solución a la controversia por las islas Malvinas señalando que confiaba de que dicha cuestión podía ser resuelta fácilmente por los medios pacíficos de solución de controversias⁴¹. En este caso, proponía un arbitraje, propuesta que fue reiterada a fines de ese año, luego nuevamente al año siguiente y de nuevo en 1888⁴².

³⁸ *Ibidem*, f° 363.

³⁹ Research Department, Foreign Office, *Preliminary Memorandum on the Falkland Islands. Secret (17111)*, September 17, 1946 (FO AS 5728/311/2), p. 6.

⁴⁰ MUÑOZ AZPIRI, J. L., *Historia Completa de las Islas Malvinas*, Buenos Aires, Oriente, 1966, T. II, p. 123.

⁴¹ *Memorandum Respecting the Falkland Islands and Dependencies. Confidential (13336)*, por Field, John W., Foreign Office, February 29, 1928, p. 23, par. 150 (FO 371/12735).

⁴² Ver. Nota de Ortiz a Monson de 24 de diciembre de 1884 en Memoria de Relaciones Exteriores, 1888, pp. 113-114; Nota de Domínguez al Marques de Salisbury de 3 de

Las continuas e ininterrumpidas protestas y ofrecimientos argentinos se encontraron con la negativa británica a discutir la solución de la controversia hasta el 16 de diciembre de 1965 cuando mediante la aprobación de la resolución 2065 (XX) por la Asamblea General de la Naciones Unidas la comunidad internacional, por abrumadora mayoría y sin ningún voto negativo⁴³, instó a la Argentina y al Reino Unido a encontrar una solución pacífica de la disputa de soberanía, a la mayor brevedad, a través de negociaciones bilaterales y teniendo en cuenta los intereses de los habitantes de las Islas. Pocas semanas después de la aprobación de la resolución 2065 (XX) se reunieron en Buenos Aires los Ministros de Relaciones Exteriores de ambos países, emitiendo un comunicado conjunto que señalaba que ambos Estados coincidían en proseguir las negociaciones a fin de encontrar una solución pacífica a la disputa⁴⁴.

Las negociaciones bilaterales encontraron su punto de solución más próximo en 1968, cuando los representantes de ambos gobiernos acordaron un memorándum de entendimiento en donde el «Gobierno del Reino Unido, como parte de un arreglo final, reconocerá la soberanía de la Argentina sobre las islas»⁴⁵. Sin embargo, ante la presión de la prensa y el Parlamento británico, el gobierno laborista informó que no podía formalizar el acuerdo. Luego las negociaciones cambiaron de rumbo hacia la solución de aspectos prácticos.

Mediante la «Declaración Conjunta referente a comunicaciones entre las Islas Malvinas y el territorio continental argentino»⁴⁶ denominado «Acuerdo de Comunicaciones» de 1971, la Argentina y el Reino Unido acordaron un conjunto de medidas prácticas que facilitaron el movimiento de personas y bienes entre el continente y las islas en ambas direcciones, promoviendo el establecimiento de vínculos culturales, sociales y económicos entre los isleños y el resto de los argentinos. La cooperación ofrecida abarcaba diversos campos

noviembre de 1887 en Memoria de Relaciones Exteriores, 1888, p. 149 y Nota de Quirno Costa a Pakenham de 20 de enero de 1888 en Memoria de Relaciones Exteriores, 1888, pp. 152-158; todos en BECERRA, Alfredo, *Protestas por Malvinas (1833-1946)*, Buenos Aires, Caja Editora, 1998.

⁴³ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2065 (XX) del 16 de diciembre de 1965, 94 votos a favor, 0 votos en contra y 14 abstenciones.

⁴⁴ Naciones Unidas, A/6261 del 11 de febrero de 1966.

⁴⁵ *Falklands Islands Review, Report of a Committee of Privy Counsellors*, Chairman: The Rt.Hon. the Lord Franks, Londres, HMSO, 1983, p. 6, para. 23.

⁴⁶ *United Nations, Treaty Series*, Vol 825, p. 143 y Vol. 973, p. 123.

Cuadernos de Gibraltar – Gibraltar Reports

Número 4/Issue # 4, 2020-2021, 1303

ISSN 2444-7382

DOI http://doi.org/10.25267/Cuad_Gibraltar.2021.i4.1303

de la vida social, tales como la salud, el trabajo y la educación⁴⁷.

Luego del conflicto armado de 1982 el Reino Unido adoptó la posición de no contemplar en absoluto la posibilidad de negociaciones por la soberanía del archipiélago, aun cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas continuaba instando a las partes a solucionar la controversia⁴⁸. En un período inicial prácticamente no hubo intercambios entre ambos gobiernos, excepto por los contactos y visitas no oficiales entre representantes políticos de ambos gobiernos. Hacia el final de la década de los 80 y luego de numerosas marchas y contramarchas, los gobiernos de ambos países llegaron a un entendimiento sobre el modo de restablecer las relaciones diplomáticas normales. Esto se logró finalmente con los denominados Acuerdos de Madrid I y II⁴⁹. El elemento clave de estos acuerdos fue la cláusula de salvaguarda de soberanía, la cual reconocía la existencia de la disputa y los reclamos de soberanía de ambas partes, pero los mantenía «bajo un paraguas» en tanto se negociaban otros aspectos de la relación bilateral.

Estos Acuerdos, en especial el artículo 2 y los artículos referidos a la pesca y los contactos entre las islas y el continente, se transformaron en la base de todo el proceso negociador de las tres décadas siguientes. En esa línea, el 28

⁴⁷ En materia de educación se organizó una política de becas escolares para la población de las islas que comprendían la posibilidad de matricularse y cursar estudios primarios y secundarios. Se les otorgaba gratuitamente la residencia, el seguro médico y dental, los vuelos de ida y vuelta a las Islas junto con un acompañante y el material educativo necesario que comprendía libros y útiles. La línea aérea estatal LADE, quien instaló una oficina en las Islas, operó un servicio de dos vuelos semanales desde Comodoro Rivadavia, al principio con hidroaviones hasta que la Fuerza Aérea Argentina construyó el aeropuerto, financiado por la Argentina, con una pista provisoria inaugurada el 15 de noviembre de 1972. Los vuelos comerciales comenzaron el 3 de julio, inmediatamente después de la firma del Acuerdo de Comunicaciones. Este servicio se mantuvo hasta el año 1982 y representó la única conexión aérea de las islas. La petrolera nacional YPF se instaló en las islas construyendo una planta y abasteciendo combustible líquido, mientras que «Gas del Estado» suministró gas natural, ofreciendo una alternativa a la turba como combustible hogareño. Todos estos beneficios que la Argentina otorgó en línea con su compromiso de respetar los intereses de los isleños mejoraron sustancialmente la vida de los habitantes de las Islas. Lamentablemente este intercambio se vio truncado por el conflicto armado de 1982.

⁴⁸ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 37/9 del 4 de noviembre de 1982.

⁴⁹ Declaración Conjunta de las delegaciones de la República Argentina y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte del 19 de octubre de 1989 y del 15 de febrero de 1990.

de noviembre de 1990 ambos gobiernos adoptaron la «Declaración Conjunta sobre Conservación de Recursos Pesqueros»⁵⁰, a efectos de cooperar respecto del mantenimiento y la conservación de cinco poblaciones ictícolas en el Atlántico Sur. Cabe señalar que no existe ningún entendimiento provisorio bajo fórmula alguna que permita actividades conjuntas referidas a la administración conjunta de los recursos pesqueros de los espacios marítimos circundantes de las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sándwich del Sur, debido a que la República Argentina no reconoce al Reino Unido como Estado ribereño del Atlántico Sur.

Sin perjuicio de las acciones de cooperación bajo fórmula de soberanía en materia de conservación de recursos pesqueros, la República Argentina protestó los sucesivos actos unilaterales británicos en esta materia, incluyendo el establecimiento de pretendidas jurisdicciones marítimas alrededor de las Islas Malvinas en 1986 y 1990, y alrededor de las Islas Georgias del Sur y Sándwich del Sur en 1993; la venta de licencias de pesca desde 1987; el levantamiento unilateral en 1994 de la prohibición total temporaria de pesca estipulada en el área descrita en el Anexo de la Declaración Conjunta del 28 de noviembre de 1990 y en el área al Oeste de aquélla; y la instauración en 2005 de un régimen de cuantificación de los recursos pesqueros en aguas circundantes a las Islas Malvinas. Todas acciones violatorias de la exhortación contenida en la resolución 31/49 de la Asamblea General, para que las partes se abstengan de introducir modificaciones unilaterales mientras se encuentre en desarrollo el proceso de descolonización⁵¹. Finalmente, los continuos actos unilaterales británicos llevaron a la suspensión por parte del Gobierno argentino de todos los mecanismos de cooperación previstos por la Declaración Conjunta⁵². En respuesta a este accionar, el gobierno argentino promulgó la Ley 26.386 para actuar en relación con las empresas que explotan recursos pesqueros en la zona económica exclusiva argentina sin la autorización correspondiente⁵³.

Respecto a los recursos hidrocarburíferos, la actuación británica fue similar

⁵⁰ «Declaración Conjunta sobre Conservación de Recursos Pesqueros» del 28 de noviembre de 1990. Consultada en línea en: https://www.cancilleria.gob.ar/userfiles/ut/1990_declaracion_conjunta_conservacion_recursos_pesqueros.pdf.

⁵¹ Resolución de la Asamblea General 31/49 del 1 de diciembre de 1976.

⁵² Ver documentos de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/60/527 y A/60/594.

⁵³ Ley 26.386, consultada en línea en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141671/norma.htm>.

en relación al accionar unilateral. El 27 de septiembre de 1995 ambos gobiernos adoptaron la «Declaración Conjunta sobre Cooperación sobre Actividades Costa Afuera en el Atlántico Sudoccidental», con el fin de cooperar a fin de alentar actividades de exploración y explotación de hidrocarburos. De esta manera el gobierno británico pretendía alcanzar el objetivo de desbloquear todo impedimento jurídico para la explotación de hidrocarburos en la zona en disputa⁵⁴. Sin embargo, la declaración británica que siguió a la Declaración Conjunta dejó en claro que no aceptaría pretensión argentina alguna. Durante la Octava Reunión de la Comisión de Hidrocarburos del Atlántico Sudoccidental celebrada el 27 de Julio de 2000 las dos partes constataron la existencia de interpretaciones divergentes sobre el ámbito espacial de aplicación de ese entendimiento. La Argentina consideraba que ese ámbito espacial de cooperación, de conformidad con el texto de esa Declaración Conjunta y su objeto y fin, era la del área marítima disputada, el Reino Unido no compartía esa interpretación por lo que ambos Gobiernos coincidieron en la conveniencia de darse un tiempo de reflexión sobre el tema y «sobre la mejor forma en que una futura cooperación pudiera ser llevada a cabo tal como fuera consignado en el Comunicado Conjunto emitido por las Partes luego de la reunión mencionada»⁵⁵. Sin embargo, durante ese «periodo de reflexión» el Reino Unido continuó realizando actos unilaterales que llevaron a la denuncia de tal entendimiento. En tal sentido, la Argentina a efectos de salvaguardar sus derechos sobre los recursos naturales, promulgó la Ley 26.659 y la Ley 26.915 para establecer sanciones penales a las empresas y sus dirigentes que se dediquen a la exploración y explotación ilegales de hidrocarburos en la plataforma continental argentina⁵⁶.

En lo que respecta a la disputa de soberanía, la Cuestión Malvinas es tratada anualmente por el Comité de Descolonización, quien la considera «un caso especial y particular de colonialismo»⁵⁷ y quien emite año tras año

⁵⁴ Kohen, M., «Los recursos de Malvinas pertenecen al pueblo argentino» en *Página 12*, publicado el 17 de diciembre de 2013.

⁵⁵ Texto de la Nota del Canciller Jorge Taiana a la Secretaría de Asuntos Exteriores del Reino Unido, Margaret Beckett del 27 de marzo de 2007.

⁵⁶ Ley 26.659 consultada en línea en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/180000-184999/181076/norma.htm> y Ley 26.915 consultada en línea en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/220000-224999/223453/norma.htm>.

⁵⁷ Ver las resoluciones del Comité Especial A/AC.109/793, de 21 de agosto de 1984 y las

una resolución en la que recoge lo establecido por la resolución 2065 (XX) y subsiguientes de la Asamblea General de la ONU e insta a las partes a solucionar la disputa de soberanía para poner fin a la situación colonial imperante en las Islas teniendo en cuenta los intereses de los isleños. La condición de ser una cuestión especial y particular se debe a que, a diferencia de los casos comunes de colonialismo, esto es, de sojuzgamiento de un pueblo entero por la potencia colonial, en el caso Malvinas se trata del desplazamiento de un joven Estado independiente, como era la Argentina en 1833, de una parte de su territorio, de naturaleza insular, escasamente habitado y sin una población originaria, por la máxima potencia colonial de la época.

Al mismo tiempo, se encuentra en la persona del Secretario General de las Naciones Unidas la misión de buenos oficios a fin de ayudar a las partes a cumplir lo solicitado por la Asamblea General en sus resoluciones⁵⁸. La Argentina ha apelado a este mandato del Secretario General de forma continua, encontrándose frente a la negativa recalcitrante británica⁵⁹.

En la actualidad, y hace más de 188 años del inicio de la disputa de soberanía, el Reino Unido mantiene su posición intransigente de evitar todo tipo de negociaciones por la soberanía de las Islas desoyendo a las Naciones Unidas y a numerosos foros multilaterales⁶⁰ alegando el pretendido derecho de libre determinación de los habitantes de las Islas, mientras pretende que la Argentina acepte la situación de facto al tiempo que busca avanzar, únicamente, en la solución de aspectos prácticos que solo favorezcan la presencia británica en el Atlántico Sur. Cabe resaltar que es irrelevante la posición avanzada por algunos sectores británicos que pretenden desconocer la existencia de la disputa de soberanía. Al respecto solo basta recordar lo dicho por la CIJ: «La existencia de

subsiguientes hasta el actual período de sesiones.

⁵⁸ Ver, por ejemplo, la Resolución de la Asamblea General A/RES/37/9 y subsiguientes.

⁵⁹ Ver por ejemplo Nota de Prensa de la Cancillería argentina 255/19 consultada en línea en <https://www.cancilleria.gob.ar/es/actualidad/noticias/el-canciller-faurie-se-reunio-hoy-con-el-secretario-general-de-la-onu-antonio>.

⁶⁰ Ver, por ejemplo: «Declaración sobre la Cuestión de las Islas Malvinas» de la Organización de Estados Americanos del 21 de octubre de 2020; «Declaración Ministerial» adoptada por la 44ª Reunión Anual de Ministros de Relaciones Exteriores del Grupo de los 77 del 12 de noviembre de 2020; Comunicado Conjunto durante la LVII reunión del Mercosur del 16 de diciembre de 2020; Comunicado Especial sobre la Cuestión de las Islas Malvinas en la XXVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno del 21 de abril de 2021; entre otras.

un diferendo internacional requiere ser establecido objetivamente. El simple hecho de que la existencia de un diferendo fuera negada no prueba que ese diferendo no existe»⁶¹.

A continuación, veremos la obligación que tiene el Reino Unido de resolver la disputa por medios pacíficos y la manipulación británica del principio de libre determinación para evitar cumplir con la misma.

1. La obligación de solucionar la disputa por medios pacíficos

Para el derecho internacional moderno la solución de las controversias internacionales mediante la utilización de medios pacíficos es uno de los principios esenciales de todo el ordenamiento jurídico internacional.

Como complemento⁶² del principio establecido en el Artículo 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas respecto a la prohibición expresa a la amenaza o al uso de la fuerza en sus relaciones internacionales, nos encontramos con el principio fundamental de carácter imperativo que poseen todos los Estados de solucionar por medios pacíficos las controversias internacionales. Este principio, que según algunos autores⁶³ tiene sus orígenes en la primera conferencia de paz de la Haya de 1899⁶⁴, está formulado como tal en el Artículo 2 (3) de la Carta y establece que «los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia». Como

⁶¹ Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports* 1950, p. 74.

⁶² *Cfr. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports* 1986, p. 145, para 290. En dicho caso la Corte estableció la complementariedad de ambos principios.

⁶³ Por ejemplo, CEBADA ROMERO, A., *Peaceful Settlement of Disputes*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p.1 sin embargo otros autores como el Profesor Marcelo Kohen sostienen que este principio tiene sus orígenes mucho antes. Ver : KOHEN, M. G., *Possession contestée... cit.*, pp. 367-424.

⁶⁴ La Convención para el Arreglo Pacífico de Disputas Internacionales del 29 de julio de 1899 establecía en su articulado que «las Potencias Signatarias acuerdan realizar sus mejores esfuerzos para asegurar el arreglo pacífico de las diferencias internacionales» (artículo 1) y que «en caso de serios desacuerdos o conflictos, antes de una apelación a las armas, las Potencias Signatarias acuerdan recurrir, en la medida en que las circunstancias lo permitan, a los buenos oficios o la mediación de una o más Potencias amigas» (artículo 2). (Traducción libre del autor) consultada en el sitio oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos. Disponible en <https://treatydatabase.overheid.nl/en/Verdrag/Details/003308> (consulta el 8 de enero 2019).

señaló Simma «el principio de la solución pacífica de las controversias ocupa una posición fundamental dentro de un orden mundial cuyo sello distintivo es la prohibición de la fuerza y la coacción»⁶⁵.

El énfasis de la Carta en la solución pacífica de las controversias se ha reafirmado y desarrollado en declaraciones y resoluciones posteriores por parte de la Asamblea General. La Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas⁶⁶, trató de especificar el alcance y el contenido del principio de la solución pacífica de controversias.

La Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales (en adelante «Declaración de Manila»)⁶⁷ proporcionó una exposición más detallada, ya que definió los deberes sustantivos de los Estados en la solución pacífica de las controversias, así como las competencias de los órganos pertinentes de las Naciones Unidas.

En la resolución 40/9, la Asamblea General hizo un «llamamiento solemne» a todos los Estados para resolver los conflictos y las disputas por medios pacíficos⁶⁸. Mientras que mediante Declaración sobre la prevención y la eliminación de controversias y de situaciones que puedan amenazar la paz y la seguridad internacionales y sobre el papel de las Naciones Unidas en esa esfera⁶⁹, se presentan medidas preventivas representando un hito trascendente en la materia ya que se aparta del alcance más restringido del Artículo 2 (3), que aborda solo las disputas existentes. Del mismo modo, las recomendaciones del ex - Secretario General Butros Butros-Ghali en «Un programa de paz», que fueron reafirmadas en la resolución 47/120⁷⁰, destacó dentro de la solución pacífica de las controversias la importancia de la diplomacia preventiva, la alerta temprana y la participación de la Asamblea General, e instó a los Estados a

⁶⁵ Cfr. SIMMA, B. (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 103.

⁶⁶ A/RES/2625(XXV) adoptada el 24 de octubre de 1970.

⁶⁷ A/RES/37/10 adoptada el 15 de noviembre de 1982.

⁶⁸ A/RES/40/9 adoptada el 8 de noviembre de 1985.

⁶⁹ A/RES/43/51 adoptada el 5 de diciembre de 1988.

⁷⁰ A/RES/47/120 adoptada el 10 de febrero de 1993.

encontrar soluciones a las disputas por medios pacíficos⁷¹.

Este principio, por lo tanto, crea una obligación para los Estados y responsabilidades para los órganos principales de las Naciones Unidas. Los propios Estados son los principales responsables de la solución pacífica de las controversias. Sin embargo, cabe destacar que la obligación o el deber de solucionar las disputas por medios pacíficos se trata de una obligación de medios mas no de resultados. Si bien no es opcional, y los Estados tienen la obligación de intentar resolver sus disputas a través de medios pacíficos, este principio no los obliga a arribar a un resultado particular⁷².

El Reino Unido, así como la Argentina, tienen la obligación internacional de resolver las disputas por medios pacíficos. Como hemos visto, la Argentina ha avanzado en la propuesta y en la búsqueda de este resultado e instado continuamente, de conformidad a lo establecido por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, así como las del Comité de Descolonización, a la negociación para resolver la controversia por las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y los espacios marítimos circundantes. Por su lado, el Reino Unido se ha negado sistemáticamente a avanzar de buena fe en una solución de la disputa, incumpliendo de esta manera con la obligación antedicha decidiendo adoptar una posición recalcitrante rechazando la negociación, o cualquier otro medio pacífico de solución de controversias, dado que controla la situación de facto y buscan mantener el statu quo indefinidamente.

Si el Reino Unido no considera que las negociaciones sean el método adecuado para solucionar la disputa, deben proponer un método distinto. Como bien indica el Profesor Tanzi «las partes tienen la obligación de buscar genuinamente la solución pacífica de la disputa. [...] [S]i un primer intento de

⁷¹ Cfr. WEISS, T. y DAWES S., *The Oxford handbook on the United Nations*, Oxford, Oxford University Press, 2018, cap. 18, p. 2

⁷² Según Barboza se trata de una «obligación sui generis de un contenido especial cuyo cumplimiento se basa enteramente en la buena fe de las partes. En efecto, hay una obligación de tratar de llegar a un acuerdo de buena fe, una obligación de sentarse a la mesa del arreglo pacífico, pero no de alcanzar dicho acuerdo, como es lógico, dada la naturaleza de las cosas, porque no se trata de una obligación individual, sino de un mandato dirigido a dos Estados soberanos». Cfr. BARBOZA, J., *Derecho Internacional Público*, 2da. Ed., Buenos Aires, Zavalía, 2008, p. 290. Sin embargo, creemos que la distinción realizada por el Barboza es innecesaria ya que precisamente una obligación de tratar de llegar a un acuerdo de buena fe, pero no de alcanzar dicho acuerdo es una definición precisa de lo que implica una obligación de medios.

acordar uno de los medios disponibles para la solución pacífica de controversias termina en fracaso, la obligación sigue siendo continuar buscando una solución pacífica de la disputa para evitar su agravamiento»⁷³.

2. El principio de libre determinación de los pueblos

El principio de libre determinación de los pueblos es el principal argumento del gobierno británico para evitar negociar con la Argentina la solución de la disputa de soberanía⁷⁴. Este principio es un principio fundamental del derecho internacional contemporáneo. Gracias a él, numerosos pueblos oprimidos pudieron crear sus propios Estados independientes durante el proceso de descolonización que tuvo lugar en la segunda mitad del siglo XX⁷⁵.

Consagrado, en términos generales, en el párrafo 2 del artículo 1 y en el artículo 55 de la Carta de las Naciones Unidas y en diferentes instrumentos internacionales, el principio de la libre determinación proclama que todos los pueblos «determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural»⁷⁶. En este mismo sentido, la «Declaración Relativa a los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas» de 1970, afirma, entre otras cosas, que «todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política»⁷⁷, mientras que todos los Estados tienen el deber de respetar este derecho de conformidad con la Carta.

El Reino Unido y otras potencias coloniales negaron durante prolongados años el carácter jurídico –por consiguiente, obligatorio– del principio de libre determinación. Solo reconocieron su importancia a partir del final de los años sesenta, cuando el proceso de independencia de sus antiguas colonias

⁷³ TANZI, A., *International Law. A concise introduction*, Bologna, Bonomo, 2017, p. 144

⁷⁴ Ver, por ejemplo, Carta de fecha 14 de enero de 2021 dirigida al Secretario General por la Representante Permanente del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ante las Naciones Unidas.

⁷⁵ KOHEN y RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 276.

⁷⁶ Carta de las Naciones Unidas, Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, artículo primero de los Pactos de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

⁷⁷ Declaración Relativa a los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, G.A. Res. 2625, U.N. Doc. A/RES/25/2625.

había prácticamente llegado a su fin. En el caso del Reino Unido, con el fin de justificar su posición en los casos de Malvinas y Gibraltar⁷⁸. Sin embargo, hoy en día es indiscutible que este derecho forma parte de los principios fundamentales del derecho internacional⁷⁹. En su opinión consultiva sobre Kosovo, la CIJ reconoció que

durante la segunda mitad del siglo XX, el derecho internacional de la libre determinación se desarrolló de tal manera que creó un derecho a la independencia para los pueblos de los territorios no autónomos y los pueblos sometidos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras.⁸⁰

En la reciente opinión consultiva respecto al archipiélago de Chagos, la Corte tuvo oportunidad de analizar nuevamente este principio y estableció claramente que tanto la práctica estatal como la *opinio juris* confirman el carácter de derecho consuetudinario del derecho a la libre determinación ya en la década de 1960⁸¹. De igual modo, la Corte destacó la importancia esencial de este principio en materia de descolonización y, recordando lo dicho en la opinión consultiva sobre el Sahara Occidental⁸², reiteró que no hay una aplicación unívoca de este principio y que por este motivo la Asamblea General de las Naciones Unidas no lo ha aplicado en ciertas situaciones por considerar que en las mismas no se encontraba presente un «pueblo» sujeto

⁷⁸ Esta es la opinión del principio de libre determinación que el gobierno británico dio en el procedimiento arbitral iniciado por la República de Mauricio contra el Reino Unido en el caso del Área Marítima Protegida de Chagos: «En noviembre de 1965, no existía ninguna norma de derecho internacional relativa a la libre determinación (y *a fortiori* ninguna norma de *jus cogens*) que fuera vinculante para el Reino Unido y que hubiera impedido el establecimiento del BIOT [Territorio Británico del Océano Índico]» y explican su posición de la siguiente manera: «El Reino Unido se había opuesto sistemáticamente, a lo largo de las décadas de 1950 y 1960, a las referencias a un “derecho” a la libre determinación en los instrumentos de las Naciones Unidas, incluso en los proyectos de los Pactos Internacionales de 1966. En 1965 no aceptó que el principio de la libre determinación se hubiera convertido en un derecho jurídico, y menos aún que la “prohibición de la denegación del derecho a la libre determinación” fuera una norma de *jus cogens*». *cfr. Counter-Memorial of the United Kingdom, Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. U.K.)*, 2013, para. 7.17.

⁷⁹ Ver *East Timor (Portugal c. Australia)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 1995, p. 90, p. 102.

⁸⁰ Ver *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, *Advisory Opinion*, 2010 I.C.J. Report 403, 436 para. 79

⁸¹ *Cfr. Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, *Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 2019, p. 38 para 160.

⁸² *Western Sahara*, *Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1975, p. 33, para. 59.

a la libre determinación⁸³. En la misma línea la Corte estableció que es la Asamblea General, y no la potencia colonial, quien debe observar la aplicación del derecho de libre determinación conforme la función que le otorga la Carta de las Naciones Unidas⁸⁴.

Si bien la libre determinación no constituye un nuevo modo de establecimiento de la soberanía territorial, produce dos efectos jurídicos principales sobre ella. En primer lugar, va a extinguir los títulos de soberanía territorial que las potencias coloniales podían llegar a tener sobre el territorio pasando dichas potencias a ser meros administradores de los territorios coloniales que siguen manteniendo bajo su control. En palabras de Crawford, «el efecto de la libre determinación colonial es desplazar la soberanía en lugar de calificar su ejercicio»⁸⁵.

Esta línea argumental fue la expresada por Mohammed Bedjaoui durante las presentaciones orales en el proceso de opinión consultiva respecto al Sahara Occidental, respecto a la subsistencia del título de soberanía de las potencias coloniales frente a la evolución del derecho internacional:

debe enfatizarse que desde que la Asamblea General aceptó el sistema de la resolución 1514 (XV), el título de España, de esta manera, dejó de ser válido internacionalmente, o al menos es precario, y solo un título conforme al nuevo sistema de derecho, es decir, resultante del principio de autodeterminación, tendrá validez internacional.⁸⁶

Del mismo modo, y con claridad meridiana, lo explicó el relator especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas, Héctor Gros Espiell, quien sostuvo que:

Debe destacarse a este respecto que, en especial a partir de la resolución 1514 (XV), todos los títulos en los que se fundó o se pretendió fundar la soberanía o el dominio sobre un territorio colonizado han caducado en cuanto violan el principio de la libre determinación de los pueblos sometidos a la dominación colonial y extranjera. En virtud del nuevo decreto internacional aplicable, todos los antiguos títulos coloniales, resultantes del viejo y caducado derecho internacional, han dejado de existir. El llamado «derecho intertemporal» permite hoy resolver todas esas situaciones mediante la sola aplicación de las

⁸³ *Cfr. Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965... cit.*, p.38 para 158.

⁸⁴ *Ibidem* para 167.

⁸⁵ CRAWFORD, J., *op. cit.*, p. 614.

⁸⁶ *I.C.J. Pleadings, Western Sahara*, Vol. IV, p. 496 (Traducción propia).

consecuencias del reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos.⁸⁷

En segundo lugar, aquellos pueblos que aún no han alcanzado la condición de Estado son también titulares de la soberanía territorial ya que, en virtud de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a determinar su propio estatus internacional y, como corolario, esos pueblos poseen también el derecho a disponer de su territorio. A la inversa, los grupos humanos que no se caracterizan como pueblos no tienen derecho a decidir el destino del territorio que habitan⁸⁸. Así, la Resolución 2625 de la Asamblea General aclaró que:

El territorio de una colonia u otro Territorio no autónomo tiene, en virtud de la Carta, un estatuto separado y distinto del territorio del Estado que lo administra; y ese estatuto separado y distinto en virtud de la Carta existirá hasta que el pueblo de la colonia o del Territorio no autónomo haya ejercido su derecho a la libre determinación de conformidad con la Carta y, en particular, con sus propósitos y principios.⁸⁹

Un efecto importante de esto es que el territorio colonial no puede ser desmembrado por la potencia administradora. El Reino Unido en la opinión consultiva sobre Chagos sostuvo que, dado que la libre determinación en 1965 no era aún un derecho, el desmembramiento de una colonia era una reorganización admisible de los territorios⁹⁰. La Corte rechazó este argumento alegando que la Resolución 1514 (XV), así como la resolución 2625, protegen a los territorios coloniales de cualquier intento de desmembramientos territoriales⁹¹.

Este punto es el verdadero nudo gordiano de este principio. La determinación del sujeto titular del derecho a la libre determinación ha

⁸⁷ Gros Espiell, H., *El derecho a la libre determinación. Aplicación de las resoluciones de las Naciones Unidas*, Nueva York, Naciones Unidas, 1979, p. 11 para. 69 (E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1).

⁸⁸ KOHEN, M., «El individuo y los conflictos territoriales» en *Curso de derecho internacional*, Washington, D.C., 28, 2001, p. 440.

⁸⁹ Declaración Relativa a los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, G.A. Res. 2625, U.N. Doc. A/RES/25/2625 (Oct. 24, 1970).

⁹⁰ Cfr. *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Written Statement of the United Kingdom*, 15 February 2018, paras 8.71–8.75.

⁹¹ *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965... cit.*, p.38 para 139.

generado muchos debates en el derecho internacional.

Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. Con esas palabras la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, a pesar de su objetivo específico de poner fin rápida e incondicionalmente a la colonización en el mundo, estableció que la libre determinación es un derecho de todos los pueblos sin distinción. Los dos Pactos Internacionales sobre derechos humanos utilizan un lenguaje idéntico⁹². Por lo tanto, queda claro que el sujeto titular de la libre determinación es el «pueblo», como un ente colectivo, razón por lo cual no estamos en presencia de un derecho individual⁹³.

Ahora bien, ¿qué es un «pueblo» desde el punto de vista jurídico? Ningún instrumento internacional ofrece una definición taxativa, sino todo lo contrario. Algunos autores sostienen que la falta de precisión sobre la definición de la noción de «pueblo» ha sido por el temor de los Estados de dotar a la norma de un entendimiento más definido y que al hacerlo pueda suceder que algún día pueda ser utilizada contra ellos⁹⁴. Sin embargo, el análisis de los instrumentos pertinentes sobre la materia y la práctica seguida por los Estados y los distintos organismos internacionales permite identificar a esos titulares del derecho a la libre determinación.

En primer lugar, cabe destacar que, en el derecho internacional, no toda comunidad humana establecida en un ámbito geográfico determinado es titular del derecho a la libre determinación. Por ello, se distingue entre «pueblos» y «minorías», ya sean nacionales, religiosas, lingüísticas, étnicas, etc. Mientras que los primeros son titulares del derecho a la libre determinación, las segundas

⁹² En 1984 el Comité de Derechos Humanos realizó un informe sobre el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos donde sostiene y confirma que la libre determinación es un derecho de todos los pueblos, ver «Informe del Comité de Derechos Humanos», General Assembly Records, 39º período de sesiones, Supl. N° 40 (A/39/40), p. 142.

⁹³ Sobre este punto el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha rechazado en varias situaciones peticiones de individuos que pretendían ser víctimas de una violación a «su» derecho a la libre determinación estableciendo de forma clara que «el individuo participa como tal en el ejercicio de este derecho junto a los demás integrantes del pueblo al que pertenece». Véanse los casos *Kitok vs. Suecia* (CCPR/C/33/D/197/1985) y *R.L. vs. Canadá* (CCPR/C/43/D/358/1989), entre otros.

⁹⁴ MATTHEW, S., «The Normative Status of Self-Determination in International Law: A Formula for Uncertainty in the Scope and Content of the Right?», *Human Rights Law Review*, Vol. 11, 2011, 609-44, 611.

no⁹⁵, aunque son titulares de un conjunto de derechos destinados a garantizar y preservar sus identidades, pero en el contexto territorial del Estado en el que habitan⁹⁶. También se distinguen los pueblos autóctonos, a quienes la Declaración de la ONU les reconoce el derecho de libre determinación, pero únicamente en su faz interna⁹⁷. Tampoco basta con autoproclamarse «pueblo» y por ende pretender ser titular del derecho de libre determinación. En este sentido se expidió la Corte en el Asunto del Sahara Occidental:

La validez del principio de libre determinación, definido como la necesidad de tomar en cuenta los deseos libremente expresados de los pueblos, no se ve afectada por el hecho de que en ciertos casos la Asamblea General ha dejado de lado el requerimiento de consultar a los habitantes de un territorio determinado. Estos ejemplos están basados ha sea en la consideración de que cierta población no constituye un «pueblo» con derecho a la libre determinación, o en la convicción de que una consulta era totalmente innecesaria, en vista de circunstancias especiales.⁹⁸

Del párrafo anterior se desprende que, en materia de descolonización, es la Asamblea General la que tiene competencia para reconocer a los habitantes de un territorio como «pueblo». El reconocimiento por parte de la comunidad internacional, a través de los órganos pertinentes de las Naciones Unidas, de que una comunidad humana determinada constituye un «pueblo» puede desempeñar un papel constitutivo, a diferencia de lo que ocurre con el

⁹⁵ Al respecto es interesante el comentario al Artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por parte del Comité de Derechos Humanos que dice: «3.1. El Pacto establece una distinción entre el derecho a la autodeterminación y los derechos protegido por el artículo 27. El primero se expresa como un derecho que pertenece a los pueblos y se trata en una parte separada (Parte 1) del Pacto. La autodeterminación no es un derecho reconocible en el marco del Protocolo Facultativo. El artículo 27, por otra parte, se refiere a los derechos conferidos a individuos como tales y se incluye, al igual que los artículos relativos a otros derechos personales conferidos sobre las personas, en la Parte III del Pacto y es reconocible en virtud del Protocolo Facultativo. 3.2. El disfrute de los derechos a que se refiere el artículo 27 no menoscaba la soberanía y la integridad territorial de un Estado Parte». *Cfr.* «Comentario General N° 23 sobre el Derecho de las Minorías, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 27 del Pacto)», CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 (1994).

⁹⁶ Resolución de la Asamblea General 47/135, «Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas».

⁹⁷ Resolución de la Asamblea General 61/295, «Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas».

⁹⁸ *Western Sahara*, Opinión Consultiva... *cit.*, p. 33, para. 59.

nacimiento de nuevos Estados.

La práctica internacional demuestra que el enfoque actual del concepto de pueblo es principalmente territorialista, como sostienen Kohen y otros autores⁹⁹. Es el territorio el que define el «pueblo» y no al revés¹⁰⁰. Es sobre la base del territorio que la población de Mayotte es parte del pueblo comorano o que los habitantes de Taiwán, Hong Kong o Macao son parte del pueblo chino. Del mismo modo, la Asamblea General de las Naciones Unidas y su Comité de Descolonización no han aplicado la libre determinación a los habitantes de las Islas Malvinas¹⁰¹ ni a los habitantes de Gibraltar¹⁰². La opinión consultiva sobre Chagos ofrece otro ejemplo claro: el pueblo con derecho a la libre determinación considerado para el análisis de la Corte es el pueblo de Mauricio, el cual incluye a los habitantes del archipiélago de Chagos¹⁰³. Por tal motivo los distintos intentos de establecer características objetivas (consideraciones étnicas, religiosas, lingüísticas y de otro tipo) o subjetivas (la «auto calificación» como pueblo) de un grupo humano para definirlo como pueblo no han tenido mayores resultados.

Fuera del contexto de la descolonización, en donde el órgano competente les reconoció a aquellos pueblos subyugados o bajo dominación colonial el

⁹⁹ Ver HUBERT, T., «L'évolution du droit international. Cours général de droit international public» en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, T^o 222, 1990, p. 162, COMBACAU, Jean; SUR, Serge; *Droit international public*, París, Montchrestien, 2006, p. 483.

¹⁰⁰ Al respecto la ex-Jueza Rosalyn Higgins sostiene que «hasta que no se determine dónde reside la soberanía territorial, es imposible ver si los habitantes tienen el derecho a la autodeterminación». En sentido contrario, el Juez Dillard esgrimió en la Opinión Consultiva sobre el Sáhara Occidental, que «es el pueblo el que debe determinar el destino del territorio y no el territorio el destino del pueblo».

¹⁰¹ Ver, entre otras, las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2065 (XX) del 16 de diciembre de 1965, 3160 (XXVIII) del 14 de diciembre de 1973, 31/49 del 1 de diciembre de 1976, 37/9 del 4 de noviembre de 1982 y 38/12 del 16 de noviembre de 1983. Aún más, el proyecto de enmienda del Reino Unido a lo que luego se convirtió en la Resolución 40/21 del 27 de noviembre de 1985, que intentó la aplicabilidad del derecho a la libre determinación a los habitantes de las islas, fue rechazada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (véase el Doc A/40/L.20 del 22 de noviembre de 1985).

¹⁰² Ver la Resolución de la Asamblea General 2353 (XXII) del 19 de diciembre de 1967 entre otras.

¹⁰³ *Cfr. Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965... cit.*, p.38 para 160.

derecho a la libre determinación¹⁰⁴ y, por consiguiente, el derecho a disponer de su territorio, la situación respecto a Estados ya constituidos es diferente. En estos casos la regla general es que el «pueblo» sujeto a la libre determinación es la totalidad de la población de dicho Estado¹⁰⁵. La única excepción son aquellos Estados que reconocen expresamente estar constituidos por más de un pueblo, como ser el caso de Etiopía¹⁰⁶ o Uzbekistán¹⁰⁷.

En la cuestión Malvinas, el principio de libre determinación de los pueblos es manipulado e impropriamente invocado por el gobierno británico con dos objetivos: mantener su presencia en la región del Atlántico Sur y evitar solucionar la controversia de soberanía que mantiene abierta con la Argentina desde 1833.

El acto de fuerza de 1833 frustró la continuidad de la mayor empresa de civilización que se había desarrollado en las islas en toda la historia, para suplantarla por la colonización británica. Ese vicio originario descarta toda argumentación británica sobre la pretendida aplicación de la libre determinación de los pueblos a la población que el Reino Unido estableció como consecuencia de su usurpación.

Desde la ocupación en 1833, la estrategia británica fue clara: la utilización de la población como un instrumento político. Los números son elocuentes en cuanto a la manera en que se configuró la población de las islas. Todos los años entre el 10 y el 25% de la población emigra de las islas, siendo reemplazada al año siguiente en similar proporción. Durante los últimos 20 años según los datos de los censos de los períodos 1991 a 2016, el porcentaje de habitantes de las islas Malvinas que tuvo un tiempo de residencia menor a 10 años fue del

¹⁰⁴ La Asamblea General ha sido clave para el reconocimiento de pueblos no solo en el ámbito de la descolonización. El ejemplo del pueblo Palestino es elocuente al respecto.

¹⁰⁵ CASSESE, Antonio, *Self-Determination of Peoples – A Legal Reappraisal*, Cambridge, CUP, 1995, pp. 73-74

¹⁰⁶ Constitución de la República de Etiopía, Art. 47: «Las naciones, nacionalidades y pueblos dentro de los Estados enumerados en el inciso 1 de este artículo tienen el derecho de establecer, en cualquier momento, sus propios Estados». Consultada online en https://www.servat.unibe.ch/icl/et00000_.html#A047_.

¹⁰⁷ Constitución de la República de Uzbekistán, Art. 74: «La República de Karakalpakistán tendrá derecho a separarse de la República de Uzbekistán sobre la base de un referéndum nacional celebrado por el pueblo de Karakalpakistán». Consultada online en <https://www.gov.uz/en/constitution/english#>.

37% con picos de hasta 47%¹⁰⁸. La cantidad de nacidos en ellas representa solo el 42% de la población, es decir, menos de la mitad de la población actual de las islas nació en ellas mientras que la mayoría (58%) provienen de otros países¹⁰⁹. El Reino Unido pone en práctica políticas migratorias de forma tal que puedan reponerse constantemente los habitantes que emigran¹¹⁰. Un porcentaje tal de población que cambia cada 10 años difícilmente puede constituir un «pueblo» en el sentido jurídico internacional del término.

Por otro lado, el supuesto autogobierno de las islas no es otra cosa que el viejo sistema colonial británico con un nuevo ropaje. El poder británico en las islas se halla tan presente y es tan influyente que incluso la propia constitución consagra abiertamente la supremacía británica en el orden político, administrativo e institucional sobre las islas y sus habitantes¹¹¹.

La población de las islas Malvinas constituye un conjunto poblacional predominantemente temporáneo, constantemente renovado, con un crecimiento demográfico completamente artificial. A pesar del esfuerzo por crear una pretendida identidad «nacional» isleña, una población de estas características no configura un grupo humano étnica y culturalmente diferente del de la potencia administradora, un pueblo separado como sujeto del derecho de libre determinación¹¹².

Ciertamente las islas existen tradiciones propias, por otra parte, muchas de ellas comunes al continente, pero tales especificidades, como pueden existir en regiones o en localidades de un mismo país, no hacen del territorio y de sus habitantes un sujeto titular de la libre determinación.

Ninguna de las más de 40 resoluciones de la Asamblea General y del Comité de Descolonización de la ONU¹¹³ ha reconocido la existencia de un

¹⁰⁸ PASTORINO, A., ÁLVAREZ, M. y ROSA, G., *Colonialismo en el siglo XXI*, Buenos Aires, Edulp, 2015, p. 131.

¹⁰⁹ Falkland Island Census 2016, consultado en línea en: http://www.fig.gov.fk/policy/downloads/Reports%20&%20Publications/Census%20and%20Statistical%20Reports/Falkland_Islands_Census_2016_-_Full_Report.pdf.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 134.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 87.

¹¹² KOHEN, M. y RODRÍGUEZ F., *op. cit.*, p. 270.

¹¹³ Ver las resoluciones 2065 (XX), de 16 de diciembre de 1965, 3160 (XXVIII), de 14 de diciembre de 1973, 31/49, de 1 de diciembre de 1976, 37/9, de 4 de noviembre de 1982, 38/12, de 16 de noviembre de 1983, 39/6, de 1 de noviembre de 1984, 40/21, de 27 de noviembre de 1985, 41/40,

pueblo separado en el territorio y por ende dichas resoluciones han seguido otro camino en cuanto a la manera de proceder a la descolonización de las islas Malvinas. La doctrina de las Naciones Unidas en cuanto a la manera de poner fin a su situación colonial es la negociación entre la Argentina y el Reino Unido para la solución de la controversia de soberanía, teniendo en cuenta los intereses de la población de las islas¹¹⁴. No solo eso, sino que cuando el Reino Unido intento incorporar una expresa mención al derecho de libre determinación en lo que a posteriori pasó a ser la Resolución 40/21 del 27 de noviembre de 1985, la Asamblea General lo rechazó de plano.

En suma, la manipulación británica del principio de libre determinación es muy evidente por varias razones, ya que, como vimos, es la Asamblea General de la ONU y no la potencia colonial quien determina la manera de poner fin a una situación colonial, y el máximo órgano representativo de la ONU nunca aplicó el principio a los actuales residentes en las islas. Asimismo, porque se trata de un caso particular de colonialismo en el que la víctima de la acción colonial fue un joven Estado constituido: la Argentina; porque los residentes actuales no constituyen un «pueblo» separado víctima del accionar colonial y

de 25 de noviembre de 1986, A/AC.109/756, de 1 de septiembre de 1983, A/AC.109/793, de 21 de agosto de 1984, A/AC.109/842, de 9 de agosto de 1985, A/AC.109/885, de 14 de agosto de 1986, A/AC.109/930, de 14 de agosto de 1987, A/AC.109/972, de 11 de agosto de 1988, A/AC.109/1008, de 15 de agosto de 1989, A/AC.109/1050, de 14 de agosto de 1990, A/AC.109/1087, de 14 de agosto de 1991, A/AC.109/1132, de 29 de julio de 1992, A/AC.109/1169, de 14 de julio de 1993, A/AC.109/2003, de 12 de julio de 1994, A/AC.109/2033, de 13 de julio de 1995, A/AC.109/2062, de 22 de julio de 1996, A/AC.109/2096, de 16 de junio de 1997, A/AC.109/2122, de 6 de julio de 1998, A/AC.109/1999/23, de 1 de julio de 1999, A/AC.109/2000/23, de 11 de julio de 2000, A/AC.109/2001/25, de 29 de junio de 2001, A/AC.109/2002/25, de 19 de junio de 2002, A/AC.109/2003/24, de 16 de junio de 2003, la resolución aprobada el 18 de junio de 2004, la resolución aprobada el 15 de junio de 2005, la resolución aprobada el 15 de junio de 2006, la resolución aprobada el 21 de junio de 2007, la resolución aprobada el 12 de junio de 2008, la resolución aprobada el 18 de junio de 2009, la resolución aprobada el 24 de junio de 2010, la resolución aprobada el 21 de junio de 2011, la resolución aprobada el 14 de junio de 2012, la resolución aprobada el 20 de junio de 2013, la resolución aprobada el 26 de junio de 2014, la resolución aprobada el 25 de junio de 2015, la resolución aprobada el 23 de junio de 2016, la resolución aprobada el 20 de junio de 2017, la resolución aprobada el 12 de junio de 2018, la resolución aprobada el 19 de junio de 2019, la resolución aprobada el 5 de agosto de 2020 y la resolución aprobada el 23 de junio de 2017, y las resoluciones del Consejo de Seguridad 502 (1982), de 3 de abril de 1982, y 505 (1982), de 26 de mayo de 1982.

¹¹⁴ Resolución de la Asamblea General 2065 (XX), de 16 de diciembre de 1965.

porque el Reino Unido, luego de desalojar a la Argentina e instalar sus propios colonos, rechazó todas las propuestas de negociación y arbitraje formuladas por la Argentina mientras consolidaba su presencia física en las islas¹¹⁵.

Por lo tanto, aceptar que sean los propios súbditos británicos allí instalados quienes decidan la controversia anglo-argentina constituiría un caso de arbitrariedad flagrante de imposición del hecho consumado. Si hay un pueblo víctima de la acción colonial al cual el principio de libre determinación es aplicable en la Cuestión Malvinas, ese pueblo es el pueblo argentino.

IV. CONCLUSIONES

La existencia de una obligación de solucionar la disputa por medios pacíficos, si bien no implica una obligación de llevar a cabo únicamente negociaciones, requiere realizarla de buena fe. A este respecto, en la Cuestión Malvinas las partes han utilizado las negociaciones por un lapso de más de 50 años sin poder encontrar una fórmula de arreglo de la disputa. Ahora, en solo 17 de esos más de 50 años se trató el punto central de la disputa. Negociar todos los aspectos de la disputa, dejando de lado *ad infinitum* el punto central tampoco es lo correcto ya que de esa manera la parte recalcitrante es la beneficiaria de tal status mientras que la otra parte se encuentra impotente.

La estrategia británica hacia la Cuestión Malvinas consiste en mantener indefinidamente la situación existente mientras busca lograr que la Argentina se adapte a este status quo. En la década de 1930 el canciller británico le había explicado al argentino cuál era el tipo de relación que quería mantener con la Argentina sobre el tema. Sir Austen Chamberlain le había dicho al Canciller Ángel Gallardo que no le pedía que la Argentina renunciara a su reivindicación, lo cual sería algo humillante, pero que se abstuviera de acciones concretas que molesten al accionar británico en Malvinas¹¹⁶. Como observamos, con alguna fugaz excepción en el período en el que la Asamblea General de las Naciones Unidas estuvo activa en el tema antes de 1982, esta ha sido la política seguida por todos los gobiernos británicos y ha sido acentuada después del conflicto armado.

En el cuarto decenio internacional para la erradicación del colonialismo es un imperativo poner fin al colonialismo en todas sus formas, en todas las

¹¹⁵ KOHEN M. y RODRÍGUEZ, F. *op. cit.*, p. 283

¹¹⁶ Véase la situación concreta en KOHEN M. y RODRIGUEZ, F., *op. cit.*, pp. 249-250.

partes del mundo, de conformidad al derecho internacional y a la práctica de las Naciones Unidas.

La solución de una disputa que ya lleva más de 188 años entre dos Estados con una vasta historia en la defensa del orden jurídico internacional y sus principios rectores, no solo es un imperativo legal, sino que es un deber para con las generaciones futuras de ambas naciones y de todos los Estados que apelan a vivir en una región de paz y cooperación. Hacemos nuestras las palabras de Antonio Guterres, Secretario General de las Naciones Unidas, en la ceremonia de firma del Tratado de Límites entre Australia y Timor Oriental, que son perfectamente aplicables a este caso:

[La solución pacífica] es una contribución más para establecer la seguridad jurídica [...] una condición esencial para las relaciones estables, la paz y la seguridad, y para el logro del desarrollo sostenible. [...] Esta ceremonia demuestra la fuerza del derecho internacional y la efectividad de resolver las disputas por medios pacíficos.¹¹⁷

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARNAUD, Vicente Guillermo, *Las islas Malvinas. Descubrimiento, primeros mapas y ocupación. Siglo XVI*, Buenos Aires, Academia Nacional de Geografía, 2000
- BARBOZA, Julio, *Derecho Internacional Público*, 2da. Ed., Buenos Aires, Zavalía, 2008
- BECERRA, Alfredo, *Protestas por Malvinas (1833-1946)*, Buenos Aires, Caja Editora, 1998
- CAILLET-BOIS, Ricardo, *Una tierra argentina. Las islas Malvinas. Ensayo en una nueva y desconocida documentación*, Buenos Aires, Ediciones Peuser, 2ª ed., 1952.
- CANCLINI, Arnoldo, *Malvinas. Su historia en historias*, Buenos Aires, Planeta, 2000
- CASSESE, Antonio, *Self-Determination of Peoples - A Legal Reappraisal*, Cambridge, CUP, 1995
- COMBACAU, Jean; SUR, Serge; *Droit international public*, París, Montchrestien, 2006
- CONFORTI, Benedetto, *The law and practice of the United Nations*, Leiden, Brill-Nijhoff, 2016
- CRAWFORD, James, *The Creation of States in International Law*, Oxford, OUP, 2007
- DEL CASTILLO, Lilian, “Sucesión de Estados en el caso Malvinas”, en *Malvinas, Georgias y Sándwich del Sur, Serie: Perspectiva Histórico-Jurídica del Seminario Permanente sobre la Cuestión Malvinas*, Tomo I, CARI, Buenos Aires, 1986, pp. 25 – 46
- «Aspectos jurídicos de la cuestión Malvinas», *Islas Malvinas y Argentina*, 2006, Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, Instituto de Investigación y

¹¹⁷ António Guterres, Secretario General ONU, 6 de marzo de 2018.

- Desarrollo, Seminario: Islas Malvinas y Argentina, 22 junio 2006, Buenos Aires, 2006, pp. 35-45.
- «La cuestión de las Islas Malvinas como situación colonial», en *Repensar Malvinas, Serie: Perspectiva Histórico-Jurídica del Seminario Permanente sobre la Cuestión Malvinas*, Tomo IV, CARI, Buenos Aires, 2014, 113-138.
- DOLZER, Rudolf, *The territorial Status of the Falkland Islands (Malvinas): Past and Present*, Nueva York - Londres - Roma, Oceana Publications Inc., 1993.
- EL-AYOUTY, Y., *The United Nations and Decolonization: The Role of Afro-Asia*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1971.
- ERLICH, Uriel, *Soberanía y Vida Cotidiana*, Buenos Aires, Eudeba, 2015.
- FERRER VIEYRA, Enrique, *Las islas Malvinas y el Derecho Internacional*, Buenos Aires, Depalma, 1984.
- *Segunda Cronología Legal Anotada Sobre las Islas Malvinas (Falkland Islands)*, Córdoba, Editorial EGB, 1993.
- GOEBEL, Julius (hijo), *La pugna por las Islas Malvinas*, Buenos Aires, edición y traducción del Servicio de Informaciones Navales, 1951.
- GÓMEZ LANGENHEIM, Antonio, *Elementos para la historia de nuestras Islas Malvinas*, Buenos Aires, El Ateneo, 1939.
- GROUSSAC, Paul, *Les îles Malouines* [1892], Buenos Aires, Ediciones Argentinas SA, 1982.
- HUBERT, Thierry; «L'évolution du droit international. Cours général de droit international public» en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, T° 222, 1990.
- JENNINGS, Robert y WATTS, Arthur, *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., Oxford, OUP, 2008.
- KELSEN, Hans, *The Law of the United Nations*, 2ª Edición, New York, The Lawbook Exchange, 2011.
- *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, Londres, Praeger, 1951
- KOHEN, Marcelo, «La Fecha Crítica y la Cuestión de las Islas Malvinas» en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLVI, 1994.
- *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Genève, Graduate Institute Publications, 1997.
- «El individuo y los conflictos territoriales» en *Curso de derecho internacional*, Washington, D.C., 28, 2001
- KOHEN, Marcelo y RODRÍGUEZ, Facundo, *Las Malvinas entre el Derecho y la Historia*, Buenos Aires, Eudeba, 2015.
- KORMAN, Sharon, *The Right of Conquest: The Acquisition of Territory by Force in International Law and Practice*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

- MATTHEW, Saul, «The Normative Status of Self-Determination in International Law: A Formula for Uncertainty in the Scope and Content of the Right?» en *Human Rights Law Review*, Vol. 11, 2011, 609-44.
- MUÑOZ AZPIRI, José Luis, *Historia Completa de las Islas Malvinas*, Buenos Aires, Oriente, 1966.
- PASTORINO, Ana, *Malvinas. El derecho de libre determinación de los pueblos y la población de las islas*, Buenos Aires, Eudeba, 2013.
- ÁLVAREZ, Maximiliano y ROSA, Gabriel, *Colonialismo en el siglo XXI. La estrategia del Imperio para mantener la ocupación de las Malvinas*, Buenos Aires, Edulp, 2015.
- PEARSON, J. L., «Defending Empire at the United Nations: The Politics of International Colonial Oversight in the Era of Decolonisation» en *The Journal of Imperial and Commonwealth History*, Vol. 45, N° 3, 2017.
- SCHRIJVE, Nico, «The Future of the Charter of the United Nations» en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 10, 2006.
- SIMMA, Bruno (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- TANZI, Attila, *International Law. A concise introduction*, Bologna, Bonomo, 2017.
- VIRALLY, Michel, «Droit international et décolonisation devant les Nations Unies» en *Annuaire Français de Droit International*, 1963, vol. 9, PP. 508-541.
- WEISS, Thomas y DAWS Sam, *The Oxford handbook on the United Nations*, Oxford, Oxford University Press, 2018.