DERECHO INTERNACIONAL CURSO GENERAL

ANTONIO REMIRO BROTONS
*Catedrático de Derecho Internacional Público
de la Universidad Autónoma de Madrid*

ROSA RIQUELME CORTADO
*Catedrática de Derecho Internacional Público
de la Universidad de Murcia*

ESPERANZA ORIHUELA CALATAYUD
*Catedrática de Derecho Internacional Público
de la Universidad de Murcia*

JAVIER DíEZ-HOCHLEITNER
*Catedrático de Derecho Internacional Público
de la Universidad Autónoma de Madrid*

LUIS PÉREZ-PRAT DURBAN
*Catedrático de Derecho Internacional Público
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

Copyright © 2010

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com (<http://www.tirant.com>).

© ANTONIO REMIRO BROTONS y otros

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELEFOS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPOSITO LEGAL: BI-2768-2010
I.S.B.N.: 978-84-9876-984-5
IMPRIME: Gráficas Díaz Tuduri, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Sumario

Índice general.....	9
Prólogo.....	31
PRELIMINARES	
Tema 1. Sociedad y Derecho Internacional.....	37
PARTE PRIMERA LOS SUJETOS	
Tema 2. Los Estados.....	67
Tema 3. Soberanía e Igualdad Soberana de los Estados.....	89
Tema 4. Los Pueblos: Libre Determinación.....	111
Tema 5. Las Organizaciones Internacionales.....	145
PARTE SEGUNDA LA FORMACIÓN DE NORMAS Y OBLIGACIONES	
Tema 6. La Formación de Obligaciones.....	175
Tema 7. La Formación de Normas mediante Costumbre.....	205
PARTE TERCERA SOBRE LOS TRATADOS	
Tema 8. La Formación de los Tratados.....	239
Tema 9. La Participación en los Tratados Multilaterales.....	277
Tema 10. Patología y Revisión de los Tratados.....	309
PARTE CUARTA EL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL	
Tema 11. La Aplicación de Normas y Obligaciones Internacionales por los Estados.....	345
Tema 12. Interpretación, Concurrencia y Conflicto entre Normas y Obligaciones Internacionales.....	373
Tema 13. La Responsabilidad Internacional.....	405
Tema 14. Invocación de Responsabilidad y Aplicación Coactiva del Derecho Internacional.....	437

Los pueblos: libre determinación

XV. CONSIDERACIONES GENERALES

56. La libre determinación, principio normativo

La Carta de las Naciones Unidas (arts. 1.2 y 55) se refirió al principio de la libre determinación de los pueblos como una de las bases del fomento de relaciones de amistad entre las naciones. En pocos años lo que aparentaba ser una mención programática, incluso retórica, se convirtió en un principio *imperativo*, acunado en multitud de declaraciones de la Asamblea General, acuñado en el frontispicio (art. 1), de los Pactos sobre Derechos Humanos (1966), transformado en el motor del proceso de descolonización.

57. Los titulares del derecho de libre determinación

Entre el hecho histórico —la descolonización— y el principio —la libre determinación de los pueblos— se produjo una simbiosis: el principio facilitaba la operación descolonizadora; la descolonización permitía vertebrar y consolidar jurídicamente el principio. Era lógico preguntarse, una vez que la descolonización tocaba a su fin (v. par. 66), si acaso el principio que la había conducido estaba agotado o si, por el contrario, su potencialidad podía aplicarse a los procesos políticos de otros pueblos, no coloniales.

El primero de esos *pueblos* es el del Estado soberano. ¿A quién, si no, se está refiriendo la Carta cuando en el primer acorde de su preámbulo habla de «Nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas»? Es la dimensión comunitaria de los derechos fundamentales de la persona humana lo que permanece en la proclamación del principio de libre determinación que hacen los Pactos sobre Derechos Humanos (1966) y la *Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional* (res. 2625-XXV, 1970) una vez disuelta la ganga del proceso descolonizador. La libre determinación aporta calor democrático a la soberanía del Estado, pues ya no se trata sólo de elegir dentro de él un destino sin injerencias exteriores, sino de que esa elección la haga el pueblo *en libertad*. De ser así, libre determinación y soberanía van de la mano, la soberanía es auténticamente popular.

A menudo los grupos que dentro del Estado presumen de una conciencia nacional diferenciada, asentada en un territorio definido, articulan políticamente sus demandas bajo el estandarte de la libre determinación de un destino que pasa por la independencia o por la vinculación a otro Estado ya existente, el país de su *ascendencia*. Para favorecer su causa los portaestandartes de este nacionalismo disolvente suelen dar por supuesto que el *derecho de separación*

es una consecuencia necesaria del principio de libre determinación. De ser así, el principio habría alcanzado un extremo nivel desestabilizador para la conservación del Estado y de su integridad territorial.

Una variante muy particular de los grupos humanos diferenciados dentro del Estado la componen los pueblos *indígenas*. A menudo, cuando estos pueblos suman en su conjunto la mayoría o un porcentaje sustancial de la población del Estado, un problema fundamental es el de su participación en la vida pública y la calidad democrática y plural del Estado. En todo caso, sería un despropósito encadenar la libre determinación de su destino a un discurso separatista en lugar de buscar para ellos, dentro del Estado, un régimen de protección bajo garantías internacionales, especialmente tratándose de grupos reducidos, en peligro a veces extremo de extinción como especie.

La libre determinación de un pueblo también puede verse coartada por la *ocupación extranjera*. El caso de Palestina es el más llamativo, grave y lacerante.

En los epígrafes que siguen consideraremos el principio de libre determinación desde la perspectiva que ofrecen estos posibles titulares del derecho de libre determinación, advirtiendo que el contenido del derecho puede variar según el titular del que se predique.

XVI. LOS PUEBLOS COLONIALES

58. El régimen de la Carta de las Naciones Unidas

La Carta no atacó frontalmente las situaciones coloniales sino que se limitó a regularlas con un blando talante reformista (arts. 73-91).

Casi todas las disposiciones (arts. 75-91) se dedicaron a establecer un régimen de *tutela* aplicable previo acuerdo, y bajo el control de un Consejo de Administración Fiduciaria, a: 1) los territorios bajo *mandato* de la Sociedad de Naciones que no accedieron a la independencia en 1945 (se trataba de colonias de los vencidos en la Primera Guerra Mundial, situadas en el Pacífico y en el África subsahariana), y 2) a las colonias de los vencidos en la segunda guerra mundial (Italia). Entre los objetivos de este régimen se mencionaba el desarrollo progresivo de estos territorios hacia el *autogobierno* o la independencia, teniendo en cuenta sus circunstancias y los *deseos libremente expresados de sus pueblos*.

Las *colonias* de las potencias europeas no sometidas a este régimen fueron objeto ahora, bajo la aséptica etiqueta de *territorios no autónomos*, de un par de artículos (arts. 73-74) que hablaban de desarrollar el *gobierno propio*, pero no de *independencia*, sin fecha ni control institucional. El único compromiso concreto de las potencias coloniales consistía en la transmisión regular al Secretario General, a *título informativo y dentro de los límites que la seguridad*

y consideraciones de orden constitucional requieran, de información *estadística* y de naturaleza *técnica* sobre las condiciones económicas, sociales y educativas —en absoluto políticas— de dichos territorios.

59. Las resoluciones canónicas de la Asamblea General: una síntesis entre soberanía y libre determinación

Los años siguientes a la instalación de la ONU testimoniaron la competición entre quienes trataban de impulsar la descolonización mediante una interpretación progresiva del principio de libre determinación y quienes trataban de frenarla negando el carácter jurídico de este principio y alegando, como último recurso la excepción de jurisdicción doméstica (art. 2.7 de la Carta) que, en su opinión, abarcaba las relaciones de los Estados con sus colonias (*territorios no autónomos*).

La competición tenía que decantarse del lado de las fuerzas descolonizadoras, no sólo porque contaban con Estados Unidos y la Unión Soviética, deseosos de *descolonizar* para *neocolonizar*, sino también porque el proceso se alimentaba de sus propios éxitos. Cada territorio descolonizado era un problema menos y, en la medida en que operaba el nacimiento de un nuevo Estado que se convertía en miembro de la ONU, un voto más.

1960 fue decisivo. El 14 de diciembre la Asamblea General aprobó la *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales* (res.1514-XV), calificada como la *Carta Magna de la Descolonización*. Con un lenguaje combativo, la Declaración insta la liquidación del fenómeno colonial a través de la independencia de fideicomisos y territorios no autónomos en el plazo más breve posible. La *falta de preparación* no debía servir de pretexto para retrasar este proceso. La resolución 1541(XV), adoptada al día siguiente, moderó el lenguaje y completó el diseño de la *Carta Magna* identificando los territorios a los que era aplicable (territorios separados geográficamente y distintos étnica o culturalmente del país que los administraba) y ofreciendo más opciones. Un año después (1961) la resolución 1654 (XVI) creó un Comité Especial para el seguimiento y control del cumplimiento de la Declaración, conocido popularmente como *Comité de los 24* atendiendo al número original de sus miembros, que jugó un papel central en el proceso descolonizador.

Analizado superficialmente el proceso, podría decirse que la libre determinación de los pueblos coloniales *barrió* la soberanía del Estado. Los gobiernos que, como el portugués, se plantaron ante el jaque descolonizador manejando las prerrogativas de la soberanía (afirmación de su propia integridad territorial, reclamo de no intervención en sus asuntos internos, liberación incondicional de fuerza armada institucional dentro de sus fronteras) experimentaron la sensación de que su condición soberana se cocía al calor de un principio menos estático, el de la autodeterminación.

Sin embargo, un examen más detenido revela un considerable esfuerzo teórico para evitar la contradicción entre ambos principios, explotando la noción de *soberanía virtual* del pueblo colonial. La libre determinación sería el motor para hacer esa soberanía real, actual. Despojado así del escudo legitimador de la soberanía, el Estado metropolitano se transforma en ocupante coactivo de un territorio que no es suyo, con las consecuencias que esto comporta.

60. Opciones descolonizadoras a la luz de la libre determinación

La resolución 1541 (XV) corrigió la fijación obsesiva de la *Carta Magna* en la *independencia*, añadiendo otras dos opciones como modalidades de ejercicio de la libre determinación, a saber, la *asociación* y la *integración* con un Estado independiente, siempre que fueran el resultado de una elección libre de los pueblos, expresada con conocimiento de causa. La *Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional* (res. 2625-XXV, 1970), añadió una cuarta modalidad, de carácter abierto: la adquisición de *cualquier otra condición política libremente decidida por el pueblo*.

En la práctica la *independencia* fue privilegiada, tanto por presumirse en la población colonial una voluntad independentista como por haberse resuelto por esta vía tres de cada cuatro procesos de emancipación; no obstante, la *asociación* y, en menor medida, la *integración* con otro Estado también han sido aprovechadas, *previa consulta popular libre y responsable bajo supervisión de Naciones Unidas* (que no siempre se han ejecutado de manera intachable, como fue el caso, por ejemplo, de la integración de Nueva Guinea Occidental —o Irian— en Indonesia, en 1969).

De hecho, la *asociación* con la potencia administradora ha ganado terreno en la última etapa de la descolonización. Recomendable cuando el territorio es reducido o disperso y poco habitado, supone autogobierno y respeto de la individualidad y características culturales del asociado, permite incluso la membresía en Naciones Unidas y es, además, reversible. Así, el fideicomiso estratégico de los Estados Unidos en el Pacífico se ha transformado en cuatro Estados asociados.

61. El territorio colonial: desvinculación del metropolitano y consecuencias

El primer paso para articular jurídicamente la lucha anticolonialista consistió en desvincular el territorio colonial del metropolitano. «El territorio de una colonia u otro territorio no autónomo», se dice en la *Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional* (res. 2625-XXV, 1970), «tiene, en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, una condición jurídica distinta y separada de la del territorio del Estado que lo administra, y esa condición... existirá hasta

que el pueblo de la colonia o del territorio no autónomo haya ejercido su derecho de libre determinación de conformidad con la Carta».

De esta manera estaban condenados planteamientos reacios a la descolonización como el de Portugal —que imitó España desde su ingreso en la ONU en 1956 hasta comienzos de 1961— anclados en la *asimilación* a través de la *provincialización* de territorios ultramarinos. El territorio no autónomo no forma parte, pues, del territorio del Estado que lo administra y la libre determinación de su población no puede, en consecuencia, explicarse como ejercicio de un derecho de separación que afectaría a la integridad territorial de la potencia administradora.

El territorio por descolonizar se caracteriza progresivamente como una entidad con un *status* internacional propio que incluye ya corolarios que se predicen de los Estados soberanos. Las consecuencias son importantes. Así, se afirma la *integridad* del territorio de la colonia, que ha de ser mantenida por la potencia administradora; se proclama el derecho del pueblo colonial a los recursos naturales del territorio; se reconoce a los movimientos de liberación como representantes de los pueblos coloniales, concediéndoseles un estatuto de *observador* en la Asamblea General (res. 2621-XXV...); se estima contraria al principio de no intervención cualquier medida de fuerza o represiva de la autoridad metropolitana para impedir el ejercicio del derecho de libre determinación y, consecuentemente, legítima la lucha armada del pueblo colonial y el apoyo que reciba de terceros (v. par. 495). Cualquier ayuda a la potencia colonial, sea la que sea, está proscrita. Los conflictos armados originados por la descolonización se consideran de carácter *internacional* a los efectos de la aplicación del Derecho humanitario bélico (v. par. 560).

62. El respeto de la integridad del territorio colonial

El respeto de la integridad del territorio colonial ha sido *conditio sine qua non* en el proceso de la descolonización a partir de 1960. Las resoluciones de la Asamblea General lo fueron remachando territorio a territorio con notable rigidez, movida la mayoría por el afán de ganar en seguridad y estabilidad y de evitar maniobras segregacionistas de las potencias administradoras.

En ocasiones, el mantenimiento intransigente de la integridad territorial de colonias diseñadas por las potencias europeas cortó el paso a soluciones política y humanamente más sensatas. Piénsese, por ejemplo, en Guinea Ecuatorial, cuyos componentes principales, la provincia continental de Río Muni y la isla de Fernando Poo y sus dependencias, están muy alejados entre sí y habitados por pueblos muy diferentes. Los bubis o fernandinos, pidieron —sin conseguirlo— una emancipación por separado. En éste como en otros casos se prefirió partir de las *injusticias* y *errores* del mapa colonial, esperando que el *Estado* haría *nación*, antes que encender la mecha de los numerosos conflictos que habían de

des preponderantes en áreas significativas de un territorio (la *población en su conjunto*) han expresado su voluntad de no compartir el futuro se ha aceptado la separación. Ese fue el caso, por ejemplo, del fideicomiso belga de Ruanda-Burundi (1962).

Las maniobras segregacionistas de las potencias administradoras no han faltado, pero globalmente su trascendencia ha sido limitada.

En unos casos se ha tratado de la separación administrativa de islas escasamente habitadas, o deshabitadas, de los territorios a los que estaban adscritas. Así, unos meses antes de que Madagascar accediera a la independencia (1960) Francia separó del territorio cuatro pequeñas islas (las Malgaches) sitas en el canal de Mozambique; de forma parecida, el Reino Unido configuró en 1965 el *territorio británico del Océano Índico* con islas segregadas de Mauricio y de las Seychelles, en el que destacaba la isla de Diego García, cuya población autóctona fue *transferida* (esto es, deportada) a Mauricio, para facilitar la instalación por Estados Unidos, arrendatario de la isla, de una base aeronaval de gran importancia estratégica.

Según las potencias administradoras, en todos estos casos —que han originado reclamaciones territoriales de los nuevos Estados, sostenidas por la Asamblea General— los territorios segregados eran *nullius* en la fecha de su ocupación y sólo por razones prácticas se hicieron depender de la colonia luego emancipada. Lo cierto es, sin embargo, que dichos territorios fueron ocupados en el curso del mismo proceso de expansión que permitió controlar la colonia de la que aquéllos han sido una dependencia tradicional.

En otros casos se ha tratado de una apreciación singular, *isla por isla*, y no por el conjunto archipelágico, del resultado de las consultas populares celebradas para el ejercicio de la libre determinación. El ejemplo más característico lo ofrecieron las Comores (1974-1976), donde los habitantes de la isla de Mayotte, a diferencia de las otras del archipiélago, se pronunciaron por seguir bajo la bandera de Francia, lo que la potencia administradora aceptó contra los reclamos del nuevo Estado, que hizo suyos la Asamblea General (res. 3291-XXIX...).

63. La población del territorio colonial, titular del derecho de libre determinación

La prevalencia de la integridad territorial de la colonia sobre cualquier otra consideración ha predeterminado la titularidad del derecho de libre determinación. Teniendo en cuenta que la configuración geográfica de las colonias fue el resultado de pugnas y negociaciones ajenas a los criterios étnicos, lingüísticos o religiosos que, generalmente, son la base definidora de un *pueblo*, el *pueblo colonial* se identifica con la *población (del territorio) de la colonia*, que debía respetarse dentro de los límites heredados, en la fecha crítica de la descolonización.

Ahora bien, ¿qué ha de entenderse por *población* de la *colonia* a estos efectos? Ciertamente, la población *autóctona*, esto es, la arraigada en el territorio al producirse el hecho colonial. Pero no sólo ella. Aunque la diferencia étnica o cultural de la población respecto de la metropolitana ha sido uno de los criterios de identificación de los territorios no autónomos, el *pueblo colonial* no se redujo a *los diferentes*, sino que asimiló a la población *sobrevenida* como consecuencia del hecho colonial mientras éste fue conforme con el Derecho Internacional en vigor. De ahí que los colonos blancos *históricos* de Rhodesia del Sur (Zimbabue) y de África del Sur —a pesar de la dominación *racista* a la que sometieron al resto de la población durante años— o los *caldoches*, la población de origen francés de Nueva Caledonia, tengan derecho a participar en la determinación del destino de los territorios mencionados.

Esta cuestión pasó relativamente desapercibida durante la mayor parte del proceso de descolonización porque las minorías blancas fueron poco significativas (una *colonización sin colonos*), menguaron o desaparecieron cuando el curso de los acontecimientos fue violento. Además, el hecho de que la voluntad independentista de la población colonial se presumiera y de que Naciones Unidas reconociera a movimientos de liberación controlados por miembros de pueblos autóctonos la representación de la población colonial, favorecieron esta apreciación.

Ha de negarse, en cambio, que formen parte de la población colonial a los efectos de la libre determinación los *nuevos pobladores* o colonos, asentados cuando el mantenimiento del hecho colonial se considera incompatible con dicho principio, ya positivado. La alteración demográfica del territorio no autónomo por la potencia que lo administra o lo ocupa de hecho está prohibida. Salta a la vista que, sobre todo en territorios débilmente poblados, el manejo de los flujos migratorios durante un cierto número de años puede bastar para modificar la opción triunfante en una consulta popular (haciendo, por ej., prosperar la integración o la asociación con un país vecino sobre la independencia). Casos como el del Sahara (v. par. 65) donde las autoridades marroquíes han fomentado la afluencia sistemática de inmigrantes, crean situaciones de hecho que quebrantan la libre elección de su destino por la población colonial, aun cuando los *nuevos pobladores* no figuren en el censo propio del referéndum.

64. Reclamaciones territoriales y libre determinación de los pueblos: Reclamaciones descolonizadoras

El derecho de autodeterminación no se extiende, según la práctica de Naciones Unidas, a las poblaciones sobrevenidas en territorios no autónomos que al producirse el *hecho colonial* carecían de población autóctona, caso de las islas Malvinas (prácticamente deshabitadas) o del Peñón de Gibraltar (cuya población abandonó mayoritariamente la plaza, con sus autoridades municipales al frente). Según los países reclamantes (Argentina y España, respectivamente)

cabe tener en cuenta los *intereses* de esta población, pero reconocerles la titularidad del derecho de autodeterminación iría contra los principios y objetivos del proceso de descolonización, pues la voluntad de poblaciones *importadas* no haría sino confirmar y consolidar la situación colonial. La Asamblea General endosó a partir de 1965 esta tesis —no la del Reino Unido según la cual allí donde hay un territorio no autónomo hay una población con derecho a determinar libremente su destino (salvo, probablemente, si es originaria de Diego García)— urgiendo negociaciones bilaterales en pos de una solución conforme con la *Carta Magna*.

Cabe, sin embargo, sugerir que en el futuro habrá de tenerse en cuenta la *voluntad*, y no sólo los *intereses*, de la población local, en una negociación *a tres*, si se quiere consumar la descolonización de estos territorios. Ya no puede darse por supuesto que esta población es un peón manejado por la potencia administradora en el tablero. Tampoco puede, desde luego, la población local pretender que la descolonización es un asunto bilateral con la potencia administradora, con todas las opciones abiertas. Argentina o España son algo más que *vecinos*. Con independencia de derechos convencionales que pueden asistirles (en el caso de España los del art. X del tratado de Utrecht, 1713), Argentina y España gozan de títulos deducidos de los principios de la descolonización reflejados en las resoluciones de la Asamblea General.

El acuerdo hispano-británico al que se refiere el comunicado conjunto de 27 de octubre de 2004 se sitúa en este rumbo cuando establece un foro de diálogo tripartito sobre bases paritarias en el que los acuerdos requieren el consentimiento de todos. Teniendo en cuenta su diferente *status* constitucional, se prevé que “si las tres partes desean adoptar una decisión respecto de un asunto sobre el que el acuerdo formal debiese ser...entre España y el Reino Unido, se entiende que el Reino Unido no prestará su...acuerdo sin el consentimiento del gobierno de Gibraltar”. El 19 de septiembre de 2006 esta nueva aproximación ofreció sus primeros frutos en acuerdos entre los que ahora cabe destacar el relativo al uso conjunto del aeropuerto de Gibraltar.

Si en el territorio no autónomo se asienta una población autóctona la reclamación sobre bases descolonizadoras sólo puede prosperar si el *hecho colonial*: 1) tiene su origen en un tratado de cesión concertado por la potencia administradora con el Estado reclamante; ó 2) se trata de enclaves —como tales, muy reducidos— con una población autóctona en la que se presume una fuerte voluntad reintegradora. El primer supuesto fue, por ejemplo, el de la retrocesión de Ifni a Marruecos por España en 1969 (que había adquirido el territorio por el tratado de Tetuán, 1860), las de Hong-Kong (por el Reino Unido), y Macao (por Portugal) a China en 1997 y 1999 respectivamente; el segundo fue, por ejemplo, el de los enclaves portugueses de Goa, Damao y Diu, ocupados por la India en 1961.

65. Reclamaciones no descolonizadoras

Fuera de los supuestos mencionados, los lazos de la población autóctona con el Estado reclamante, sean los que sean, no limitan su derecho de libre determinación (CIJ, *Sahara occidental*, 1975); el hecho de que un Estado, habitualmente vecino, albergue pretensiones sobre el territorio se traduce a lo más, en términos de Derecho de Descolonización, en la neutralización de la presunción de voluntad independentista y la consiguiente exigencia de un pronunciamiento expreso mediante referéndum. Así han nacido Estados como Mauritania (1961), Djibouti (1977) o Belice (1981). Bajo este prisma han de considerarse los casos de Timor oriental y del Sáhara occidental.

En 1974 Indonesia ocupó militarmente Timor oriental y Marruecos el Sahara occidental. Ambos invocaron el vacío de poder creado o a punto de crearse por las potencias administradoras (Portugal y España). En Timor oriental Naciones Unidas sostuvo el derecho de su población a la libre determinación (C. de S., res. 384; AG, res. 3485-XXX), aunque con decreciente convicción, manteniéndose desde 1992 unas aparentes negociaciones entre Indonesia y Portugal, en un contexto de graves violaciones de derechos humanos. Timor Oriental volvió a la agenda del Consejo de Seguridad en 1999. Al finalizar la década, la debilidad creciente del régimen indonesio en un medio internacional en el que ya no era el aliado imprescindible que en otro tiempo fue para Estados Unidos, pudo celebrarse una consulta libre bajo supervisión de Naciones Unidas, expresando la población una voluntad mayoritaria por la independencia, que se proclamó en 2002, trámite una administración transitoria de la ONU y sucesivas misiones de apoyo para el afianzamiento, que no está siendo fácil, del nuevo Estado.

En el Sahara, Marruecos quiere transformar el derecho de *libre determinación* del pueblo saharauí en el derecho de *predeterminación* de su destino, sobre todo una vez que vio fracasar a Indonesia en las urnas de Timor Oriental, a pesar de la larga ocupación militar y la persecución de que fueron víctimas sus opositores. Marruecos no admite más consulta popular que la confirmatoria de su soberanía y para facilitarla ha tratado de ampliar con sedicentes originarios del Sahara *exiliados* en el reino magrebí y sus descendientes el censo elaborado en su día por la administración española. Sucesivos planes elaborados por Naciones Unidas —que desde 1992 mantiene una misión civil-militar en el territorio (MINURSO)— han sido aceptados primero y rechazados después por el Reino alauita. Con el patrocinio de Estados Unidos y Francia y la benevolente actitud del Secretario General, en 2001 se urdió un nuevo Plan que debía facilitar la anexión del territorio mediante el establecimiento transitorio de un régimen de autonomía al que seguiría un referéndum con participación de todos los residentes en el Sahara, incluidos los miles de marroquíes inmigrados en los más de veinticinco años transcurridos desde que Marruecos lo ocupó. Una vez que contra pronóstico el Frente Polisario aceptó el Plan, diseñado para que lo rechazara, Marruecos se echó para atrás. Desde entonces el Consejo de Seguridad se ha limitado a ir prorrogando el *status quo*, mientras pelagra el alto el fuego.

66. Epílogo de la descolonización

La consideración de que una situación colonial constituía por sí misma una amenaza a la paz internacional condujo a la adopción de *sanciones* por el Consejo de Seguridad, presionado por la Asamblea General, contra los países colonialistas contumaces (Rodesia, por la *debellatio* de la minoría blanca, África del Sur, por su política de *apartheid*, y Portugal, por su política de *provincialización*) (v. par. 512, 513). Estas medidas coadyuvaron a realizar los objetivos de la política descolonizadora junto con otras que, en el ámbito de sus competencias discrecionales, adoptaron la mayoría de los miembros de Naciones Unidas. Así, el *reconocimiento* permitió *precipitar* la estatalidad de entes cuya efectividad era dudosa o limitada (Guinea-Bissau, por la misma Asamblea General, res. 3061-XXVIII, 1973) (v. par. 28) y, viceversa, negarlo a entes efectivos, pero ilegítimos (Rodesia, cuya proclamación de independencia fue condenada por el Consejo de Seguridad, res. 217-1965). Los países colonialistas fueron hostigados y aislados en los diferentes ámbitos de la cooperación internacional. En un plano bilateral se rompieron relaciones diplomáticas y comerciales; en un plano multilateral su elegibilidad para los órganos selectivos de las Organizaciones se esfumó y su participación en los plenarios fue a veces suspendida. Se instrumentó el boicot de todo lo que (empresa, asociación, acontecimiento o persona) hubiese estado en relación (comercial, cultural, deportiva...) con el país colonialista. Se movilizó a la opinión pública, nacional e internacional, en su contra. Los países occidentales y las Organizaciones por ellos manejadas (OTAN, FMI, Banco Mundial) que se desentendían de las sanciones o impedían en el Consejo de Seguridad su ampliación fueron señalados con el dedo infame por las mayorías del Tercer Mundo que controlaban la Asamblea General.

Aunque tardaron en llegar, los frutos de la política de aislamiento y sanciones finalmente se cosecharon. En 1975 Portugal renunció a sus colonias africanas. En 1979 expiró la *debellatio* blanca de Rodesia del Sur, naciendo un año después Zimbabwé. Namibia, bajo una administración sudafricana que Naciones Unidas había declarado ilegal, accedió a la independencia en 1990. En África del Sur se renunció a la política del *apartheid* y se celebraron elecciones generales con base en el sufragio universal en 1994. Actualmente, el proceso de descolonización es residual. El mismo Consejo de Administración Fiduciaria se quedó sin misión y fue suprimido en 2005.

Descolonizado Timor, sólo el Sahara Occidental (del que se ocupa el Consejo de Seguridad) presenta una descolonización problemática. Gibraltar y Malvinas están en manos de las partes y los territorios cuya situación examina el otrora temible *Comité de los 24* componen una corta lista de islas del Caribe y del Pacífico, de reducida extensión y población escasa, bajo administración británica y estadounidense.

Por otro lado, aunque la lista del *Comité de los 24* permanece siempre abierta, es digno de atención el hecho de que territorios similares a los mencionados

hayan permanecido siempre al margen, agazapados detrás de construcciones jurídico-administrativas asimilacionistas al territorio metropolitano con las que están generalmente conformes las poblaciones locales (por ejemplo, los territorios y departamentos ultramarinos de Francia). Ahora, a diferencia de cuarenta años atrás, la *provincialización* o *departamentalización* de territorios ultramarinos, sobre la que trató de escudarse en vano Portugal, no es radicalmente enfrentada, sea por el agotamiento del propio proceso, sea por el mayor poder de los titulares del dominio, sea por aceptar que esa es también, de una u otra forma, la voluntad de los habitantes del lugar.

En esta etapa final de la descolonización el principio de libre determinación parece haber perdido visibilidad, advirtiéndose una menor disposición institucional a sacar de él las oportunas consecuencias jurídicas. La actitud del Consejo de Seguridad en relación con la descolonización del Sahara podría proponerse como un ejemplo de ello.

XVII. LOS PUEBLOS OCUPADOS

67. La cuestión de Palestina

Palestina fue uno de los cuatro *mandatos* establecidos en territorios del antiguo Imperio Otomano al término de la *Gran Guerra* (dos bajo administración francesa: Siria y Líbano, y dos bajo administración británica: Iraq y Palestina). Todos ellos debían acceder a la plena independencia, como Estados soberanos, después de la *segunda guerra mundial*; pero uno de ellos —Palestina— debía convertirse en Jordania al este del Jordán y por decisión de la Asamblea General (res. 181-II, de 1947) dividirse en dos al oeste: Israel y la propia Palestina. Esta decisión, contra la voluntad del pueblo palestino, y de los árabes en general, condujo a la primera de las guerras árabe-israelíes, que concluyó con el reforzamiento territorial de Israel (que entró en la ONU en 1949) y el reparto de los restos del nonato Estado palestino entre Egipto (Gaza, bajo administración militar) y Jordania (Cisjordania y Jerusalén oriental, anexionados en 1950). Estos restos revirtieron a Israel como consecuencia de la llamada *guerra de los seis días* (1967), ocupándolos desde entonces.

Contra las resoluciones del Consejo de Seguridad (res. 242-1967; 338-1973) reclamando la evacuación de los territorios ocupados, una ley israelí (1981) proclamó la soberanía de Israel sobre Jerusalén oriental, lo que Naciones Unidas declaró internacionalmente ilegal (C. de S., res. 497-1981) (v. par. 369, 4 (v. par. 369, 494). Al mismo tiempo, los gobiernos de Israel propiciaron los asentamientos judíos en Cisjordania y Gaza, condenados por Naciones Unidas. El efecto del retorno de los judíos apoyado en títulos *bíblicos* que el Derecho Internacional no conoce (v. par. 368) era amplificado por la negativa a admitir el mismo derecho de los refugiados palestinos en otros países (al que ya se había referido la

res. 194-III, de 1948, de la Asamblea General, al término de la primera *guerra árabe-israelí*, y al que se refirió el C. de S., res. 237, de 1967, al concluir la de los *seis días*) (v. par. 567).

La Asamblea General reconoció enfáticamente los derechos *inalienables* del pueblo palestino a la libre determinación (res. 3236-XXIX, de 1974; precedida de otras, como la 2535-XXIV...) y a la Organización para la Liberación de Palestina (OLP), constituida en 1964, como su representante legítimo (res. 3375-XXX, de 1975). A partir de ese momento *la mayoría mecánica* de la Asamblea puso la dialéctica descolonizadora al servicio de la causa palestina hasta el extremo de propugnar (res. 31/20...) el establecimiento de un Estado soberano sobre el solar palestino, ignorando la existencia de Israel, miembro de la Organización, declarándolo Estado *no pacífico* (res. ES-9/1, 1982) y sentando las bases de su *aislamiento*. El ejercicio prácticamente sistemático del derecho de veto por Estados Unidos, para impedir la aprobación de resoluciones del Consejo de Seguridad determinando las consecuencias del incumplimiento por Israel de sus obligaciones internacionales, explica tanto la inoperancia de éste órgano como la radicalización de la Asamblea, que ha aprobado a lo largo de más de treinta años centenares de resoluciones sobre la situación de Palestina y convocado sesiones extraordinarias y conferencias internacionales.

En octubre de 1991, consumada la *guerra del Golfo* (v. par. 515) en la que Israel había estado al alcance de los cohetes iraquíes, se abrió en Madrid una Conferencia para la Paz en Oriente Próximo que giró fundamentalmente sobre la cuestión palestina. Los frutos se vieron cuando en septiembre de 1993 Israel y la OLP firmaron en Oslo una Declaración de Principios para la instauración de una Autoridad Nacional Palestina (ANP) con competencias limitadas en partes de Cisjordania y en Gaza por un período transitorio hasta la consecución en un plazo de cinco años de un "arreglo permanente", *justo, global y duradero*, "fundado en las res. 242 y 338 del Consejo de Seguridad". La Declaración se consideró por muchos como el embrión del futuro Estado palestino (que, por otra parte, había sido proclamado por el Consejo Nacional palestino en el otoño de 1988, una vez que Jordania renunció a todo derecho sobre Cisjordania). *Paz por territorios* fue el eslogan simplificador del objetivo perseguido.

Las sucesivas rondas de negociaciones por un estatuto *final* no han prosperado y los acuerdos derivados de la Declaración de Principios (Oslo, 1993) sólo han servido para la continuación del conflicto sobre nuevas bases. El desencuentro sobre todas las cuestiones pendientes se ha evidenciado una y otra vez: la condición de Jerusalén oriental, el derecho de retorno o de reparación de los refugiados palestinos, el futuro de los asentamientos judíos, las fronteras, el control de los recursos, en especial los acuíferos, las limitaciones a la soberanía territorial del Estado palestino impuestas para garantizar la seguridad israelí...

Israel, dispuesto a dismantelar los asentamientos de colonos judíos en Gaza (lo que hizo en la primavera de 2006), donde su situación era insostenible, no detuvo su política de asentamientos en Cisjordania, sino que la amplió, especial-

mente en los alrededores de una Jerusalén declarada capital del Estado *única e indivisible*, que no estaba dispuesto a compartir; planteó nuevas reducciones territoriales del futuro Estado palestino en Cisjordania (*paz por menos territorios*), haciendo arabescos semánticos con la interpretación de las resoluciones del Consejo de Seguridad; volatilizó las expectativas del retorno de los refugiados palestinos más allá de los gestos simbólicos; reclamó el control de vías y recursos estratégicos en Cisjordania, del espacio marítimo y aéreo...Prácticamente concibió el futuro de los palestinos en Cisjordania y Gaza, territorios discontinuos, en términos similares a los que en África del Sur inspiraron la creación de los *bantustanes*, entidades pseudoestatales en todo dependientes de su creador.

Eso condujo a un nuevo levantamiento civil (*intifada*) en 2000 (antes lo había habido en 1987), a la aparición y desarrollo de partidos y movimientos más radicales (*Hamas, Jihad islámica...*) que, con el tiempo, acompañaron con métodos terroristas, el ejercicio del derecho de resistencia frente a la ocupación y a una represión de las fuerzas armadas de Israel con más de cinco mil víctimas mortales palestinas en lo que va de siglo y métodos que no resisten la prueba de las llamadas *reglas de La Haya*, de la Convención IV de Ginebra y los principios fundamentales del DI humanitario, de los Pactos de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos (v. par. 556, 557).

En 2004 la Corte Internacional de Justicia tuvo la ocasión de pronunciarse por primera vez sobre la situación de Palestina, requerida por la Asamblea General a aclarar las *Consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en el territorio palestino ocupado*. La Corte estimó que la localización y trazado del muro, justificado por Israel como una medida temporal para luchar eficazmente contra el terrorismo, era un obstáculo grave al ejercicio de la libre determinación del pueblo palestino, al consagrar con un *fait accompli* la anexión ilegal de una parte de los territorios ocupados (donde se encuentra el ochenta por ciento de los asentamientos judíos "en contravención del Derecho Internacional") y forzar nuevas modificaciones demográficas por el abandono inducido de los palestinos.

En 2003 Estados Unidos, Rusia, la Unión Europea y el Secretario General de las Naciones Unidas (el *Cuarteto*), respondiendo a una incitación del Consejo de Seguridad (res. 1397, de 2002) convino una *hoja de ruta* (que el Consejo hizo suya, res. 1515, de 2003) a fin de reanimar la negociación de una solución política que hiciese realidad en 2005 sobre la base de las resoluciones 242 (1967), 338 (1973) y 1397 (2002) la visión de dos Estados viviendo uno junto a otro en paz y seguridad. Un año después, en 2004, el Consejo exhortaba a ambas partes a que cumplieren de inmediato sus obligaciones con arreglo a la *hoja de ruta* y lo hacía en el marco de una resolución (la 1544) en la que debía pedir a Israel que respetase sus obligaciones conforme al Derecho Internacional Humanitario, en particular la de no proceder a la demolición de viviendas palestinas...

No se ha avanzado nada. En la primavera de 2006 *Al Fatah*, históricamente dominante en la OLP y en la Autoridad Nacional Palestina, perdió las elecciones parlamentarias. La victoria de *Hamas*, calificada como organización *terrorista*, condujo a su vez a la retirada de los planes de asistencia internacional por conductos oficiales y a la enésima retención de fondos palestinos por las autoridades de Israel que, además, no se han privado de detener a *ministros* y parlamentarios *gubernamentales* palestinos... y desarrollar nuevas operaciones militares en Gaza y Cisjordania, desde donde se lanzan cohetes contra asentamientos judíos en los territorios ocupados y poblaciones israelíes limítrofes...

No hay, seguramente, en la historia de la Organización un infractor más persistente de las resoluciones del Consejo de Seguridad que Israel ¿Por qué, después de más de cuarenta años de recalcitrante desafío a la ley internacional como potencia ocupante de Gaza y Cisjordania, no se le han impuesto sanciones, no se ha situado en los territorios ocupados una misión de mantenimiento de la paz, unos observadores siquiera? La pregunta es pertinente, sobre todo si se tiene en cuenta que ya, por lo menos, en 1980 el Consejo, tras constatar una vez más, "la persistente negativa de Israel" a dar cumplimiento a sus resoluciones, *reafirmaba* su *determinación* de "examinar medios prácticos" de conformidad con la Carta, para lograr su cabal aplicación (res. 476). La situación de Palestina ya no es un problema, es una tragedia. Israel sólo puede mantener su política mediante el uso continuado de la fuerza, la violación regular de sus obligaciones como potencia ocupante y, eventualmente, la renuncia al Estado democrático. Los movimientos radicales palestinos, al empeñarse en no reconocer a Israel ni las fronteras de 1967, se abocan a su vez a un callejón cuya única salida conduce a la escalada de un conflicto regional, que les desborda (v. par. 525).

XVIII. LOS PUEBLOS ÉTNICOS O NACIONALES

68. Noción

Podemos definir el pueblo étnico o nacional como el grupo humano que posee una identidad racial y cultural, unida a una historia común, a un mito compartido y a un fuerte sentido de pertenencia profesado por los individuos que lo componen. La mayoría de los Estados son pluriétnicos o plurinacionales.

Llamamos *minorías* a los pueblos en posición no dominante dentro del Estado. Al ocuparse de las *minorías* el Derecho Internacional ha tratado de que el *hecho diferencial*: 1) no origine discriminaciones negativas, esto es, la negación o limitación de los derechos reconocidos a los ciudadanos en general, y 2) justifique un régimen respetuoso de la lengua, cultura, tradiciones y creencias del pueblo concernido.

Ahora bien, cuando un *pueblo* es mayoritario en una región o, no siéndolo, la considera su cuna histórica, tiende a identificarse como *nación* y a aspirar al

autogobierno dentro del Estado o, incluso, a la separación del mismo, sea para constituir un nuevo Estado soberano, sea para integrarse con un Estado ya existente en el que su etnia es dominante, su *país de ascendencia* o *madre patria*. El escenario es abigarrado. Piénsese en los kurdos, adjudicados a cinco Estados diferentes o, en sentido inverso, en una Hungría convertida al término de la primera guerra mundial en *país de ascendencia* de húngaros repartidos en los Estados vecinos de Rumanía (Transilvania), Serbia (Voivodina), Eslovaquia y Ucrania. La descomposición de la Unión Soviética y de Yugoslavia en los últimos años ha expuesto en toda su crudeza un problema que se extiende a otros continentes. ¿Acaso la libre determinación de los pueblos avala, bajo determinadas condiciones, un derecho de separación del Estado soberano?

69. Las minorías en el orden internacional

El Derecho Internacional no se desentiende de las *minorías*. Un rimero de tratados de vocación universal ha afirmado inequívocamente: 1) los derechos y libertades de los individuos, iguales ante la ley, que no pueden ser discriminados por su condición étnica (art. 2 de los Pactos de NU sobre derechos civiles y políticos y sobre derechos económicos, sociales y culturales, 1966; art. 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, 1965) 2) el derecho de quienes pertenecen a una minoría étnica, religiosa o lingüística a, en común con los demás miembros del grupo, tener su propia vida cultural, profesar y practicar su propia religión y emplear su propio idioma (art. 27 del Pacto sobre derechos civiles y políticos), y 3) la calificación como *genocidio* —el más grave de los crímenes internacionales— de una amplia gama de actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso (Convención para la prevención y sanción del genocidio, 1948).

En esta dirección se ha tratado de avanzar, instándose a los Estados a pasar del *respeto* —del que habla el artículo 27 del Pacto de derechos civiles y políticos— a la *protección* de los derechos de las *minorías*, incluso mediante acciones afirmativas, transitorias para evitar privilegios (Declaración de derechos de las personas pertenecientes a Minorías, arts. 1,4, res. AGNU 47/135, de 1992).

La Declaración, como antes los Pactos, afirma derechos, no de las minorías, sino de las personas que las forman, siendo la aceptación de su *ejercicio en común*, lo más lejos que se ha podido ir sin quebrantar el consenso (art. 3). Por otro lado, tratándose de un derecho personal, un grupo no puede forzar a sus miembros a perseverar en la diferencia. Los derechos fundamentales del individuo han de prevalecer sobre cualquier otra consideración.

La subjetividad del grupo sin detrimento de la libertad de los individuos que lo forman, la sutil frontera entre derechos y privilegios, los controles internacionales sobre el estatuto de las minorías dentro del Estado, el papel eventual de los *países de ascendencia*, son problemas debatidos.

Los derechos de (los miembros de) las *minorías* han de ser protegidos por cada Estado dentro de sus respectivos territorios, se dice en la Declaración (art. 1.1). Los llamados *países de ascendencia* no cuentan por el hecho de serlo con un título de intervención. Ese título podrá originarse sólo por vía de tratado o de ciudadanía, siempre que en este caso el Estado *local* no les haya atribuido su nacionalidad (v. par. 359). Históricamente las relaciones entre unos y otros Estados son volátiles, preñadas de incidentes, entre el irredentismo y el recelo.

70. ¿Un derecho de autogobierno? ¿Un derecho de separación del Estado? El principio

Invocando la alusión que la *Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional* (res. 2625-XXV, 1970) hace al ejercicio de la libre determinación de los pueblos mediante «la adquisición de cualquier otra condición política» distinta a la independencia, la asociación o la integración con otro Estado, se ha sostenido que esa opción podría concretarse en un derecho de *autogobierno* o de *autonomía* de los pueblos nacionales dentro del Estado, respetuoso de su unidad y de la integridad de su territorio enfáticamente proclamadas por la misma Declaración. Se trata de una opinión constructiva y componedora de intereses generalmente muy contrapuestos cuya asunción por el Estado en su orden constitucional es recomendable. España, por ejemplo, cuenta a partir de la Constitución de 1978 con una estructura *compleja* al haber adoptado un modelo pluralista por subdivisión territorial (Comunidades Autónomas). Pero no parece que esa solución sea impuesta por un Derecho Internacional que sigue confiado al tradicionalmente reconocido principio de *autoorganización* del Estado.

Lo mismo ha de decirse, con mayor motivo, del pretendido *derecho de separación*. Los patrocinadores de este *derecho* suelen invocar *pro domo sua* el artículo 1 de los Pactos de NU (1966), que declara el derecho de libre determinación de «todos los pueblos». Pero la lectura *completa* de este precepto —debidamente contextualizada— no avala sus conclusiones, porque los pueblos concernidos se identifican con la población de los Estados y, en su caso, de los fideicomisos y territorios no autónomos.

El debate intergubernamental contemporáneo y posterior a los Pactos desmiente la virtual inclusión de los pueblos étnicos entre los titulares del derecho de libre determinación, pretensión incompatible con los principios de conservación, unidad e integridad territorial del Estado soberano, que son componentes fundamentales y estabilizadores de la sociedad internacional.

Ni siquiera en el proceso de descolonización, como hemos visto (v. par. 62, 63), se reconoció el derecho de separación de los *pueblos* coloniales. Formalizada la independencia, todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad y la integridad territorial del Estado se considera incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas; todos los Estados han de abstenerse de la amenaza y del empleo de la fuerza contra la indepen-

dencia e integridad de cualquiera de ellos y sería, por otro lado, un acto de intervención ilícito prestar asistencia a movimientos separatistas.

La *Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional* (res. 2625-XXV, 1970), después de referirse ampliamente a la libre determinación de los pueblos, enfatiza que ninguna de sus disposiciones se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar la integridad territorial de Estados soberanos dotados de un gobierno que represente a la totalidad de la población del territorio, sin distinción. La Declaración añade, consecuentemente, que «todo Estado se abstendrá de cualquier acción dirigida al quebrantamiento parcial o total de la unidad nacional e integridad territorial de cualquier otro Estado o país». En la misma línea se pronuncia la *Declaración con motivo del Cincuentenario de las Naciones Unidas* (res. 50/6 de la AG). Las citas podrían multiplicarse.

71. Sus excepciones

Sólo en dos supuestos extremos cabe proponer la posible existencia en el orden internacional de un derecho de separación. Se trata de excepciones que han de ser interpretadas estrictamente, justificadas por la observancia de otras normas igualmente fundamentales.

Un supuesto es el de los pueblos *anexionados* una vez que la *conquista* ya ha sido condenada como modo de adquisición del dominio territorial (v. par. 369, 494) y la dominación *extranjera* de un pueblo y ocupación de su territorio se homologó con la dominación colonial en las resoluciones de la Asamblea General. Los países bálticos (Estonia, Letonia y Lituania) podrían postularse al efecto. Sus declaraciones de independencia (1990) se sustentaron en la continuidad —y restablecimiento— del Estado existente en la fecha de la ocupación militar soviética (1940). Eritrea (1993), antes anexionada por Etiopía, podría caber también en el supuesto. Tíbet es un caso más complejo, pues se discute si antes de la ocupación militar —la *liberación pacífica* (1950-1951)— de China era o no una provincia autónoma del Imperio.

El otro supuesto interesa a los pueblos *oprimidos* por genocidio, violación masiva de sus derechos, destrucción de su identidad o discriminación política y social grave y sistemática. Recordemos que la *Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional* (res. 2625-XXV, 1970) niega el amparo de la libre determinación a las acciones contrarias a la integridad territorial de los Estados siempre que su gobierno represente a la totalidad de la población, sin distinción.

Cabe mencionar el caso de Bangladesh, antiguo Paquistán oriental. Separado del Paquistán occidental por mil ochocientos kilómetros, el pueblo bengalí, agrupado en la Liga Awami, se sentía discriminado y explotado. En 1971 la Liga ganó las elecciones generales, pero no consiguió que se le traspasara el poder ni que se diera curso a su programa autonomista. Estallaron los desórdenes,

los líderes de la Liga fueron encarcelados, la represión fue brutal, millones de bengalíes buscaron refugio en la India, se proclamó unilateralmente la independencia. Aun así nadie solicitó que la cuestión fuera examinada en Naciones Unidas hasta que la India —alegando legítima defensa— se injurió directamente en el conflicto, invadiendo el territorio, forzando la rendición de las fuerzas paquistaníes y consumando así la secesión. De no mediar el veto soviético, la acción de la India habría sido condenada por el Consejo de Seguridad. El ingreso de Bangladesh en las Naciones Unidas se demoró tres años (1974) y se produjo, no sólo por la retirada de las tropas indias y la efectividad de un gobierno con evidente respaldo popular, sino también por la tácita aceptación paquistaní del hecho consumado.

Este caso enseña que no cabe extender automáticamente las reglas permisivas de la lucha anticolonialista a un supuesto de *opresión*: la obligación de los Estados de abstenerse de acciones dirigidas al quebrantamiento total o parcial de la unidad e integridad territorial de otro Estado no admite excepción tal como lo recoge la misma Declaración. Más aún, la práctica de Naciones Unidas hasta la terminación de la *guerra fría* puso de relieve la resistencia de sus órganos a sacar consecuencias, por limitadas que fueran, que implicasen el sostén de un derecho de separación (Katanga en el Congo, 1960; Biafra en Nigeria, 1969).

Incluso después, al examinar estas situaciones desde la perspectiva de las medidas necesarias para el mantenimiento o el restablecimiento de la paz de la paz se ha tratado de conservar el Estado eliminando las causas que justificarían la separación. En el Iraq resultante tras la agresión de Estados Unidos y sus aliados en 2003 (v. par. 526), los kurdos han debido conformarse con una amplia autonomía, respetándose la integridad territorial de Iraq, tal como deseaban, no sólo las otras comunidades (suníes, chiíes), sino los países vecinos con minorías kurdas.

Se trata, no obstante, de un supuesto —el del pueblo oprimido— que, trufado de intereses políticos de terceros, puede alentar la solución separatista, desdiciendo otras soluciones, como la de la autonomía o el autogobierno dentro del Estado, factibles cuando éste deviene democrático y cesa la *opresión*. En el caso de Kosovo, bajo administración de Naciones Unidas, a pesar de que la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad parte expresamente del respeto de la integridad territorial de Serbia cuando apunta a la búsqueda de una *autonomía sustancial* de esta provincia habitada por una población mayoritariamente albanesa, y rechaza cualquier alteración unilateral del *status quo*, la declaración de independencia de las autoridades locales (2008) fue alentada por Estados Unidos y las principales potencias de la Unión Europea, que han reconocido su independencia.

Solicitada por la Asamblea General (res. 63/3, de 2008) la opinión de la Corte Internacional de Justicia sobre la conformidad con el Derecho Internacional de la declaración unilateral de independencia de Kosovo, la Corte —que consideró compatible la declaración con la normas generales del Derecho Internacional y

con las especiales de la resolución 1244 (1999) (v. par. 28)— no juzgó necesario pronunciarse sobre un eventual derecho de *secesión-remedio*, controvertido en el procedimiento, por estimar que la cuestión excedía a la que le había sido planteada (Kosovo, 2010).

Una situación diferente se produce cuando las partes en un conflicto civil son capaces de llegar a un acuerdo endosando la *separación* o fiándola a un referéndum de la población del territorio concernido. Así ha ocurrido en Sudán, sobre la alfombra de dos millones de muertos y la experimentación fracasada de un régimen de autonomía, cuando en 2002 el gobierno sudanés y el movimiento de liberación del pueblo de Sudán suscribieron un acuerdo que incluía la celebración en 2011 de un referéndum sobre la separación del Sur. Dejando a un lado el *adelgazamiento* de la estratégica región de *Abyei* que podría ir al Sur, privándola de un par de importantes yacimientos petrolíferos (CPA, s. arbitral sobre *Abyei*, 2009), cabe seguir los acontecimientos con despierta curiosidad, teniendo en cuenta que el jefe del Estado sudanés, Omar Al Bashir, imputado ya ante la Corte Penal Internacional como autor de genocidio, crímenes de guerra y contra la humanidad (v. par. 587, 591), podría hacer póker si pone en la mesa el naipe de la agresión en el caso de los sud-sudaneses se pronuncien por la independencia.

72. La respuesta de los Derechos estatales

Dicho esto, el Derecho Internacional se atiene, en virtud del principio de *autoorganización* del Estado, a lo que dispongan los ordenamientos estatales. Nada impide que en su Constitución un Estado consagre la prevalencia de la libre determinación de los pueblos que lo componen sobre la unidad e integridad de su territorio, proclamando su fundamento en el consentimiento revocable de quienes lo configuran. Así, por ejemplo, la Constitución de Etiopía de 1994 incluyó una disposición reconociendo un derecho a la libre determinación de las naciones y nacionalidades del país que puede traducirse en la separación si lo decide la población en referéndum. Pero se trata de algo absolutamente infrecuente. (V. para España, C. de 1978, arts. 1.2, 2 y 8.1).

El uso de la fuerza armada para combatir movimientos separatistas violentos es totalmente conforme a las normas internacionales. Piénsese, por ejemplo, en la lucha de los tamiles en Sri Lanka, de los kurdos en Turquía o de los chechenos en Rusia. Lo censurable es el exceso en la represión que puede conducir a la violación de derechos humanos, que no se justifica ni siquiera en estados de emergencia, o del Derecho Internacional humanitario (v. par. 557). La ejecución de *crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y violaciones del Derecho Internacional humanitario*, cuyas normas han de respetarse también en los conflictos civiles, son lamentablemente corrientes en los conflictos separatistas.

Problema más delicado plantea el uso de la fuerza armada para reprimir conductas separatistas que son inconstitucionales. pero no violentas particu-

larmente si las encarnan instituciones democráticas. Un Estado democrático está mal dotado para combatir esta delincuencia política dentro del marco constitucional cuando sus autores cuentan con suficiente respaldo social.

73. Del pueblo étnico al pueblo territorial

Los nacional-separatistas más inteligentes, ante el escándalo de la violencia desatada invocando la etnia como fundamento del Estado, se han deslizado de la noción del pueblo étnico a la de pueblo *territorial*, para abarcar a la población del territorio sobre el que se extiende la pretensión independentista. Un deslizamiento así se ve favorecido en los Estados de estructura *compleja*.

La llamada *Comisión Badinter*, asesora de la Unión Europea, brindó algún aliento a esta doctrina cuando consideró que «en el caso de un Estado de tipo federal, que abarca comunidades con cierta autonomía y, más aún, participan en el ejercicio del poder político en el marco de las instituciones comunes de la Federación, la existencia del Estado implica que los órganos federales representan a los componentes de la Federación y ejercen un poder efectivo» (dictamen n° 1). Dadas las consecuencias que pueden deducirse de semejante afirmación, escasamente motivada, la Comisión debió ser más precisa al establecer las causas de la sobrevenida falta de representatividad —y efectividad— de las instituciones federales. Sería lamentable entender que la deslealtad constitucional de los órganos federados y su actuación irregular nutren la causal desencadenante del derecho de separación y, al mismo tiempo, condenar la acción de las Fuerzas Armadas —prevista por la Constitución— para conservar efectivamente el Estado.

Teniendo en cuenta la adhesión de la *Comisión Badinter* a la intangibilidad de las fronteras administrativas de las entidades federadas, convertidas en fronteras internacionales, y la prohibición del recurso a la fuerza para alterarlas, era posible apoyar la causa de Croacia y negar a los serbios mayoritarios secularmente en algunas de sus comarcas (la Krajina, la Eslavonia oriental) su aspiración a mantenerse dentro de Yugoslavia o incorporarse a Serbia; asimismo, podía honrarse en Bosnia y Herzegovina el pluralismo étnico desechado para conservar la antigua Yugoslavia.

Es explicable buscar un cierto orden dentro del caos rechazando los irredentismos de segundo grado, esto es el *derecho a separarse de los que se separan*. Pero esta clase de discursos pseudolegales exculpatorios de políticas contrarias al principio de soberanía no puede ocultar el aliento étnico de los procesos separatistas, ni puede la calidad administrativa de una entidad en la ordenación territorial de un Estado arbitrar la selección de los que van a ser endosados por los miembros más conspicuos de la sociedad internacional. Pretender identificar el titular de un derecho de separación en la población de los entes territoriales superiores del Estado, impulsada por una etnia dominante, no va a desanimar a los nacional-separatistas que ocupan nichos territoriales de menor categoría.

Tratar, por ejemplo, de asentar en términos jurídicos la subjetividad internacional de los kirguizios en el hecho de que el Kirguistán era una de las quince Repúblicas federadas de la Unión Soviética y negar esa misma subjetividad a los chechenos porque éstos sólo son una república autónoma dentro de Rusia, expone a los abogados a la rechifla popular.

74. El hecho del secesionismo no es el derecho a la separación del Estado democrático

El nacional-separatismo propone una lectura de la libre determinación muy destructiva y conduce al extrañamiento, por pérdida de ciudadanía o emigración inducida, de altos porcentajes de la población que no responden a la etnia dominante ni admiten su asimilación forzosa. Sólo en la antigua Unión Soviética setenta millones de personas (veintiseis de ellos rusos) se han encontrado en el *lado equivocado* de la frontera.

¿Qué ventajas podría sacar la sociedad internacional poniendo las normas que rigen las relaciones entre sus sujetos al servicio de los objetivos independentistas de los pueblos-naciones cuando un Estado garantiza los derechos de todos los ciudadanos y respeta, incluso protege, a sus minorías? ¿Qué sería, por ejemplo, de la India, con trece idiomas principales y una lengua oficial, el hindi, que habla menos de un tercio de la población, si los conflictos religiosos y los movimientos separatistas se generalizasen? No parece que las *poderosas fuerzas* que mueven la historia requieran la ayuda del Derecho para promover, precisamente, el *tribalismo posmoderno* (T.M. Franck). El nacional-separatismo, siempre buscando su realización *contra alguien*, tiene poco que ver con la lucha por los derechos y libertades fundamentales de los individuos y con la organización democrática de los Estados. Si la etnia y la nación son hoy la misma cosa no debería alentarse la descomposición de los Estados plurinacionales ofreciéndole armas legales a menos que éstos incumplan de manera grave, sistemática e irreversible sus obligaciones.

Los conflictos secesionistas son hechos sociales; los Estados, productos históricos. El Derecho Internacional está preparado para hacerse cargo de los nuevos entes soberanos resultantes del triunfo de la opción independentista, sea como consecuencia del ejercicio de la facultad eventualmente atribuida a los pueblos o a las entidades territoriales por la Constitución de un Estado, sea como efectividades nacidas de la revolución, de la guerra civil y hasta de la intervención extranjera si, terminada ésta, perseveran y cristalizan. El supuesto no tiene que ver con el principio de la libre determinación de los pueblos, sino con el reconocimiento del Estado, con los efectos que de ello se derivan, y con la regulación de los siempre complicados asuntos hereditarios de la sucesión (v. par. 23-35). Si el 1 de enero de 1991 los miembros de las Naciones Unidas eran 157, hoy su número es de 192, como fruto, sobre todo, de nuevas efectividades, y los expedientes

sucesorios se han ido resolviendo —o están pendientes— importando más los planteamientos políticos que las reglas jurídicas.

XIX. LOS PUEBLOS INDÍGENAS

75. Noción

Se considera *indígenas* a los descendientes de los pobladores de un país que, después de la llegada de otros pobladores de culturas y/o etnias diferentes convertidos en grupo dominante por conquista, ocupación, colonización u otros medios, han conservado sus características sociales, culturales, económicas y políticas. La recepción del *hecho indígena* en el sistema político, económico, social y cultural de un Estado ha planteado históricamente problemas graves y complejos, comenzando por el mismo reconocimiento del *hecho*. Para algunos existen *indígenas* sólo en el extranjero. Los países africanos, en particular, creen que el asunto no tiene que ver con ellos.

Los indígenas son beneficiarios, a título individual, de los derechos que corresponden a cualquier persona física y también pueden valerse y, en su caso, ejercer en común los derechos que se predicán de los miembros de las minorías étnicas o nacionales. Un indicio de que su situación es comparativamente peor que la de otros grupos lo ofrece la frecuencia con que son objeto de procedimientos, informes y decisiones de mecanismos de protección, como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (v. par. 553-555). Pero su especificidad reclama ir más allá, especialmente cuando se trata de grupos relativamente reducidos, que guardan una relación ancestral con la tierra y son especialmente vulnerables a lo que solemos llamar *progreso*.

Un régimen particular que mezcla la reparación histórica con la protección del *hábitat* natural del que forman parte es más visible cuando recae sobre los llamados pueblos *no contactados* o en *aislamiento voluntario*, caso de varias decenas que se mueven en la cuenca amazónica inmersos en su edad de piedra.

En la protección de los pueblos indígenas han desempeñado un papel importante ONG del *Primer Mundo*, unas veces por amor al prójimo y otras por amor a la vida salvaje. Pero el protagonismo de estos pueblos en la agenda internacional responde también en ocasiones a los intereses estratégicos de gobiernos extranjeros o consorcios industriales para forzar determinadas políticas estatales. No es casual que el problema *misquito* se agudizara en Nicaragua cuando la Administración Reagan decidió intervenir contra los sandinistas (1980). Algunas de las aproximaciones primimundistas al indigenismo en la Amazonia pueden contemplarse asimismo como amagos de injerencia en las políticas de desarrollo de los Estados de la región.

76. La Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La protección de los pueblos indígenas ha originado un cuadro normativo particular. Inicialmente, en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se adoptaron una serie de convenios para sustraer a los indígenas a la explotación y abusos de que eran objeto en el campo laboral. La cabecera de alguno de ellos, como el relativo a la abolición de sanciones penales por incumplimiento de contrato de trabajo de los trabajadores indígenas (1939, rev. 1955) es muy expresiva. También lo es la comparación entre el Convenio n° 107 (1957) relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas en países independientes, cuyo objetivo es su asimilación, y el Convenio el n° 169 (1989), llamado a reemplazarlo, que busca mejorar las condiciones de vida de los indígenas a partir de la conservación de su identidad cultural.

El interés de Naciones Unidas por la problemática indígena se despierta relativamente tarde, pero luego se convierte en uno de los puntos de atracción. En 2008 culminó con la aprobación por la Asamblea General de una Declaración Universal sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, un proyecto iniciado en 1985. Los más de veinte años transcurridos reflejan el gran número de dificultades que ha habido que sortear. Para los representantes de los grupos indígenas la Declaración es un documento de mínimos normativo y no sólo un estímulo para la asunción de obligaciones internacionales (como las reflejadas en el Convenio n° 169 de la OIT) y el desarrollo de las legislaciones estatales.

En un plano regional cabe recordar la existencia dentro de la Organización de Estados Americanos (OEA) de un texto consolidado para la discusión, menos ambicioso que la declaración de las Naciones Unidas, desde 2003, sin que haya sido posible ir más allá hasta ahora.

El elemento clave de la Declaración de las Naciones Unidas es el reconocimiento de la libre determinación de los pueblos indígenas (art. 3) y la delimitación de su alcance y contenido. Hasta ahora ningún representante de grupos indígenas ha reivindicado formalmente un derecho de separación del Estado. Todo lo contrario, han entendido que la libre determinación se concreta en el *autogobierno* (con una doble expresión, territorial y personal) *dentro del Estado cuya integridad territorial ha de ser respetada*. Este derecho a la autonomía o autogobierno en los asuntos locales (art. 3 *bis*) reforzaría —se dice— la unidad del Estado al asumir su multietnicidad y permitir la plena participación de los indígenas en la adopción de las decisiones que les afectan. La Declaración enumera en particular, como ámbitos de ejercicio de esa participación y autogobierno, la cultura, la religión, la educación, la información, los medios de comunicación, la salud, la vivienda, el empleo, el bienestar social, las actividades económicas, la gestión de tierras y recursos, el medio ambiente y el acceso a su territorio, así como los medios de financiar estas funciones. En América Latina, en particular, puede haber —y hay— movimientos descentralizadores y auto-

mistas, no necesariamente vinculados a la población indígena (como se advierte en Bolivia), pero no hay, al menos por ahora, movimientos separatistas, a salvo algunos grupos indigenistas muy radicalizados que se mueven en la región andina.

Al igual que ocurre con las minorías (v. par. 69), hay oposición de algunos Estados a reconocer derechos colectivos, insistiéndose en los derechos de los individuos, ejercidos en común. No obstante, en el caso de los indígenas el carácter necesariamente colectivo de algunos de los derechos que se reclaman (como el de la tierra) obliga a ser más receptivo a una pretensión de esta naturaleza. La Declaración se refiere a "los pueblos indígenas" como titulares de los derechos que enuncia y, en algún caso, explicita que se trata de un "derecho colectivo" (art. 6.2).

La tenencia colectiva de la tierra es la expresión más genuina del respeto y preservación de la identidad indígena. Pero sacar las consecuencias de orden jurídico, referidas a la explotación de los recursos (biodiversidad, energía, turismo), la conservación del medio natural y el patrimonio cultural y los ingresos fiscales, es más complicado (arts. 25-30 de la Declaración). Hay que tener en cuenta los conflictos que estos derechos pueden originar con las leyes estatales (por ej., las relativas a la propiedad de los recursos minerales y de los bienes culturales y su administración en beneficio del interés general) o con intereses de otros grupos sociales y corporaciones cuya expresión, digamos, *vigorosa* conduce a la reducción real y progresiva del territorio disponible por los indígenas, su traslado forzoso o su expulsión.

Esto último se prohíbe en la Declaración (art. 10), pero no con la misma contundencia en el proyecto de declaración de la OEA, que permite el desplazamiento forzoso por causa de "emergencia nacional u otra circunstancia excepcional de interés público", debiendo adjudicarse a los desplazados tierras equivalentes en otro lugar y las indemnizaciones a que haya lugar, colectivas e individuales (art. 25). El Convenio n° 169 de la OIT es aún más blando (art. 16). La construcción de una presa hidroeléctrica o de una carretera, la explotación y transporte del gas natural o de la madera, la deforestación para la instalación de ingenios agropecuarios o, incluso, la utilización de las tierras indígenas para los usos más contaminantes o potencialmente dañinos como, por ejemplo, los depósitos de residuos nucleares, forman parte de la crónica habitual.

La Declaración se pronuncia por una participación plena de los indígenas en todos los niveles de adopción de decisiones y todas las cuestiones que puedan afectarles y llega incluso, en relación con los planes sobre tierras y recursos, a la exigencia de su consentimiento "libre y responsable" antes de su aprobación por las autoridades estatales (art. 30). El texto consolidado de la OEA dispone sólo la obligación de consulta, a fin de llegar a un acuerdo, cuando los planes sean "susceptibles de afectar directamente" sus derechos o condiciones de vida (art. 29).

Uno de los conflictos más peliagudos se plantea cuando las instituciones consuetudinarias que se invocan para regular la vida social y administrar justicia penal se compadecen mal con las garantías individuales consagradas por la Constitución y las leyes. O cuando se pretende articular un régimen educativo o una gestión del patrimonio cultural estancos del Estado. El Comité de Derechos Humanos (aplicando el Pacto de derechos civiles y políticos) (v. par. 538) ha considerado que la supervivencia cultural de un grupo es superior a los derechos individuales de sus miembros, pero el mismo Comité matiza que las medidas discriminatorias han de ser razonables y proporcionadas a tal fin (*Lovelace c. Canada*, 1977; *Kitok c. Suecia*, 1980).

En cuanto al uso de las lenguas nativas, el Convenio n° 169 de la OIT pecó por defecto al condicionar la enseñanza a una viabilidad libérrimamente apreciada por las autoridades estatales (art. 28.1). La Declaración afirma, en cambio, este derecho sin restricciones. La oficialidad de las lenguas indígenas en su territorio propio ha sido objeto de reconocimiento constitucional en algunos países (Ecuador, Nicaragua, Perú, Venezuela...).

77. Los pueblos indígenas en los Derechos estatales

En términos generales puede decirse que en el orden interno se pasó de la asimilación forzosa de los individuos capaces de sobrevivir a la fatal extinción de sus pueblos, a veces inducida por las autoridades locales que deseaban una sociedad "sin indígenas" (en Australia, por ejemplo, se prolongó hasta 1970 la práctica de separar a los niños de sus padres para facilitarles una educación "europea", v. *Cubillo v. Commonwealth of Australia*, 2000), a un proteccionismo paternalista y, de ahí, en un giro radical, al reconocimiento de identidad, una afirmación de derechos y una cooperación más intensa, contando siempre con la acción de ONG dispuestas a financiar y aplicar programas que asumen las prioridades de los indígenas y cuentan con su consentimiento.

Cuando la población de origen indígena absorbe un porcentaje alto de la población total los problemas del indigenismo penetran en el núcleo mismo de la configuración del Estado y de su organización política, social y económica. Así ocurre en América latina en países como Bolivia, Perú Ecuador o Guatemala, donde la población indígena es mayoritaria o alcanza porcentajes que rebasan el 40%. Las Constituciones más recientes —Nicaragua, Brasil, Colombia, México, Chile, Ecuador, Paraguay, Venezuela, Guatemala...— y las leyes que las desarrollan dan ahora respuestas para acomodar la realidad social de estos pueblos.

Medidas referidas a la representación política (adoptando reglas de democracia consensual y no puramente mayoritaria), la autonomía territorial y personal, el sistema consuetudinario y judicial, el reconocimiento de derechos históricos y del patrimonio cultural, la tenencia de tierras, la gestión y el disfrute de sus recursos, la conservación del medio natural, los impuestos locales, la

educación y la salud, las relaciones transfronterizas, suponen un reconocimiento de la existencia y perdurabilidad de los pueblos indígenas, respeto, protección cultural y participación política, así como del pluralismo de la sociedad estatal. Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos parecen tomar en serio las consecuencias normativas de las Constituciones estatales al aplicar e interpretar los tratados cuya guardia les ha sido atribuida (por ejemplo, *Awas Tingni c. Nicaragua*, 2001) (v. par. 553).

No obstante, en países en desarrollo encadenados a planes de ajuste económico que sacrifican el gasto social, la discriminación positiva de los pueblos indígenas puede provocar reacciones hostiles de la población no indígena que también padece penurias, y no han de faltar quienes traten de sacar provecho de la situación si sus intereses entran en conflicto con los derechos indígenas. Terratenientes, *garimpeiros*, multinacionales, guerrillas, narcotráfico, la misma administración y las fuerzas armadas, prendidas de la corrupción, del desarrollismo y la ocupación del territorio, o de una metástasis de seguridad, *amenazan* a los pueblos indígenas. Así, avances constitucionales y legales pueden quedar en entredicho. En Guatemala, por ejemplo, las reformas constitucionales que requería la implementación del Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas (1995), central en el proceso de pacificación, fueron bloqueadas por el resultado adverso del preceptivo referéndum (1999).

La protección específica de los pueblos indígenas es, finalmente, compatible con la articulación de su participación en la vida pública del Estado a partir de su identidad, aprovechando al máximo los derechos que corresponden a sus miembros como ciudadanos para acceder, compartir o condicionar el poder político. También en este orden hay un largo camino por recorrer; pero si sus índices de representación política o su papel económico y social han sido marginales en el pasado, la situación está cambiando aceleradamente. En Ecuador, por ejemplo, los movimientos indígenas han sido decisivos para (des)ocupar el sillón presidencial en lo que va del siglo XXI. Otro tanto cabe decir de Bolivia, donde Evo Morales (2006), ha alcanzado democráticamente el poder.

78. ¿Una relación internacional entre el Estado y sus pueblos indígenas?

¿Cabe acaso una relación *internacional* entre los Estados y sus pueblos indígenas como sujetos no estatales del orden internacional? ¿Cabe pensar en la dimensión *internacional* de las acciones de los pueblos indígenas, por ejemplo, como receptores de asistencia financiera y técnica en proyectos propios de rehabilitación de medio ambiente, ayuda humanitaria u otros asuntos que les conciernen? ¿Cabe un control *internacional* de las obligaciones de los Estados en relación con los pueblos indígenas?

La primera interrogante reverdece la engorrosa cuestión de los *tratados* celebrados en el pasado por las autoridades coloniales o estatales emergentes con las tribus y jefes locales, deshonrados una y otra vez, sea cual sea el orden en

que se pretenda incardinarlos. Ahora, en nuestro tiempo, se habla de *compacts* o de *arreglos constructivos* en el marco del ordenamiento jurídico del Estado.

Estos *arreglos constructivos* se advierten sobre todo en países que responden a la tradición *pactista* anglosajona (como Estados Unidos, Australia y Canadá), llegando a asentarse sobre ellos regímenes de autonomía territorial de pueblos y comunidades indígenas (por ej., *Nunavut* en Canadá, 1999). Pero también se encuentran en otros países (Chile, Guatemala, Nicaragua, Paraguay...). Para prosperar, estos *arreglos* deben partir de una negociación libre y paritaria entre agentes representativos y no ser la tapadera de reglas impuestas por las autoridades estatales contando con clientes indígenas distanciados de sus bases.

La Declaración de Naciones Unidas afirma (art. 36) que los pueblos indígenas "tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados según su espíritu y propósito originales...". Es fácil entender, teniendo en cuenta los registros históricos, que los pueblos indígenas, aunque no busquen el reconocimiento de una personalidad internacional, exijan garantías internacionales. También es fácil entender que quieran protagonismo en los proyectos con financiación externa que les afectan. Y que reclamen el reconocimiento de *ius standi* ante organismos internacionales competentes para el seguimiento de las obligaciones internacionales consentidas por los Estados.

Uno de los aspectos más calientes del proceso consiste en la dificultad de establecer un mecanismo internacional de arreglo de las diferencias de los pueblos indígenas con las autoridades del Estado al que pertenecen. En la medida en que las autoridades estatales pueden considerar mortificante ser parte con las comunidades indígenas en un procedimiento internacional que dirime diferencias sobre un acuerdo al que no se reconoce ese mismo carácter y, al mismo tiempo, estas comunidades pueden contemplar con justificado recelo el recurso a los jueces estatales, parece aceptable proponer la constitución de comisiones de conciliación paritarias bajo la presidencia, en su caso, de un tercero (una de estas comisiones fue creada por ej. en el Acuerdo entre el gobierno de Nicaragua y Yatama). La Declaración (art. 36) apunta, en términos blandos y algo ambiguos, en esta dirección, pero el texto consolidado de la OEA no se atreve siquiera a enunciar el principio (art. 23).

XX. LA POBLACIÓN DEL ESTADO

79. El Principio Democrático

Una de las consecuencias inmediatas del principio de soberanía del Estado es, como sabemos, el de su *autoorganización*, es decir, el de su derecho a elegir y llevar adelante libremente un sistema político, económico, social y cultural y,

correlativamente, el deber de los demás miembros de la sociedad internacional de respetarlo, no inmiscuyéndose en sus asuntos internos (*no intervención*).

En el Derecho Internacional positivista, insensible en términos generales a la protección de los derechos humanos, considerados de la competencia exclusiva del Estado (v. par. 534), el énfasis en la libertad no se puso en el libre albedrío de la población, sino en la prohibición de la intervención extranjera respecto de las fuerzas incondicionalmente liberadas dentro del Estado. El carácter democrático o no de las instituciones era irrelevante. Bastaba con que éstas respondieran a un ejercicio efectivo de poder sobre bases autóctonas.

Ahora, la aplicación del derecho de libre determinación a la población del Estado se presenta sugestivamente como la dimensión comunitaria de los derechos y libertades públicas de los ciudadanos, traduce la soberanía popular y hace realidad el Estado democrático. Lejos de dar jaque a la existencia e integridad del Estado, la libre determinación de la población fortalece su legitimidad. Con ella el *albedrío del soberano* para decidir su destino sin intervención extranjera se vincula a las libertades ciudadanas y no queda a expensas de la liberación de una fuerza entre grupos contendientes que no sea la electoral.

Cuando la libre determinación popular se trasunta en la soberanía puede decirse que el Estado soberano y democrático son uno y el mismo, siendo la no intervención en sus asuntos un principio incommovible. Pero, ¿y si no es así? La solidaridad contra la tiranía es un clásico del Derecho de Gentes. La Francia revolucionaria y napoleónica encendió a Europa con ella. Ahora, distintas instancias políticas y doctrinales del *Primer Mundo*, sobre todo de los Estados Unidos, proponen la afirmación de un derecho de los pueblos a ser gobernados democráticamente que reclamaría de los demás una acción solidaria, haciendo caso omiso de un principio de no intervención deslegitimado como escudo de gobiernos no democráticos. En los planteamientos más radicales esa solidaridad podría conducir a la imposición de medidas coercitivas e, incluso, al empleo de la fuerza militar.

Una firme convicción en la significación unívoca de la democracia, unida a su *banalización* (que conduce a considerar democráticos regímenes *amigos* sólo por el hecho de que celebran elecciones periódicamente), alimentada por la autocomplacencia con el propio sistema y sostenida por el espíritu apostólico, el optimismo derivado de la *victoria* del neoliberalismo en la *guerra fría* y el postulado de que entre países democráticos no hay conflictos bélicos, pueden conducir, según la conocida fórmula de Groucho Marx, a espectaculares avances normativos que supongan lamentables retrocesos institucionales.

Cuando se habla de promover el principio *democrático* conviene distinguir entre diferentes supuestos, pues los medios lícitos para servirlo y las instancias implicadas en ello varían correlativamente. No es lo mismo proceder a la reconstrucción de un Estado *fallido*, como Camboya, Haití o Somalia, donde se han producido violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, que imponer un cambio de régimen en un país al que, simplemente, se tilda de no

democrático según el baremo de sus críticos. No es lo mismo actuar mediante un esfuerzo multilateral gestionado por la ONU, con la cooperación en su caso de otras Organizaciones, que actuar unilateralmente, solo o en cuadrilla, invocando una buena causa (v. par. 577-581).

80. La solidaridad democrática

Estimular la cultura, los procesos y las instituciones democráticas con medidas positivas y ejercer la *influencia* sobre los Estados que, viniendo de la autocracia o del autoritarismo, han decidido establecer un régimen democrático representativo, es inobjetable, tanto si se hace a través de una relación bilateral como si se canaliza por organizaciones internacionales, sea la ONU, sean organismos regionales, como la OSCE en Europa o la OEA en América latina. En el año 2000 la Asamblea General aprobó una resolución (55/96) sobre la promoción y consolidación de la democracia. Resoluciones similares se encuentran en el repertorio de cualesquiera organizaciones regionales de intereses generales y políticos. La asistencia técnica en la preparación de Constituciones y leyes políticas y la presencia de estas Organizaciones en los procesos electorales se han convertido, en la práctica, en un hecho común desde que terminó la *guerra fría*.

Asimismo, con independencia del juicio de oportunidad que merezcan, no se pueden poner tachas de legalidad a acciones sedicentemente inspiradas en un propósito democratizador que realizan los Estados, individual o colectivamente, dentro del ámbito de discrecionalidad que las normas internacionales les reconocen. En este sentido los Estados son libres en principio para mantener o no relaciones diplomáticas y comerciales con los demás y están en su derecho para vaciar en su particular molde democrático la doctrina del reconocimiento de los gobiernos extranjeros, la apertura y mantenimiento de misiones diplomáticas y agencias consulares o la celebración y vigencia de acuerdos comerciales y de cooperación.

En América, las doctrinas legitimistas del *reconocimiento de gobiernos* cuentan con una tradición secular. Conocidas bajo el nombre de sus patrocinadores (*Tobar*, canciller ecuatoriano, 1907; *Wilson*, presidente de los Estados Unidos, 1913; *Betancourt*, presidente de la República de Venezuela, 1960) han querido siempre ser un instrumento contra los golpes de estado y los cuartelazos, crónicos en el hemisferio. Frente a las doctrinas legitimistas se levantaron otras, partidarias estrictas de reconocer a los gobiernos *de facto* atendiendo al principio de efectividad, o —incluso— de prescindir de todo reconocimiento expreso, siendo el mantenimiento de relaciones diplomáticas bastante para implicarlo (*Estrada*, secretario de relaciones exteriores de México, 1930), criterio éste tradicionalmente seguido por España, pero ahora abandonado, al menos en las relaciones con los países latinoamericanos. El no reconocimiento de un gobierno *de facto* plantea, por lo demás, un problema de representación del Estado, particular-

mente grave cuando su control sobre el territorio es efectivo y estable. En unos casos, un legitimismo estricto puede conducir a mantener el reconocimiento del gobierno derrocado, eventualmente como gobierno en el exilio; en otros, los legitimistas, denegado el reconocimiento, actúan ignorando sus efectos jurídicos, es decir, circunscribiéndolo al más estrecho ámbito político. Las incongruencias de las reacciones de los diferentes Estados frente al gobierno *de facto* de Honduras tras el derribo del Presidente constitucional Zelaya (2009) es una prueba palmaria de las dificultades del legitimismo cuando la efectividad que lo contradice perdura.

Estados Unidos y la Unión Europea se han significado en los últimos años por la adopción de doctrinas legitimistas frente a determinadas situaciones decididas de la terminación de la *guerra fría*; en particular, los procesos de desintegración de las federaciones soviética y yugoslava. Por otro lado, promover y consolidar los valores democráticos (y los principios del libre mercado) ha sido el primer objetivo declarado de los programas de asistencia económica de los Estados Unidos y también de la Unión Europea al insertar la llamada *cláusula (de condicionalidad) democrática* en los acuerdos de asociación y de cooperación celebrados con terceros países y ser un elemento central de su *política de vecindad*. Todo ello sin entrar a valorar hasta que punto la práctica ha sido coherente con las declaraciones de principio.

Igualmente, las Organizaciones Internacionales pueden hacer condición de admisión y permanencia en su seno la adopción de un régimen democrático, tal como sus miembros lo entienden, pudiendo suspender o, incluso, expulsar a quienes no lo respeten (v. par. 93, 98). Así se advierte por ejemplo, en el Consejo de Europa (Estatuto, arts. 3 y 4), en la Unión Europea (TUE, art. 7), en la OEA (Carta revisada, art. 9). Antes, en 1962, Cuba fue excluida de esta Organización por su régimen, tachado de marxista-leninista.

81. La intervención por la democracia

Cuando la inquietud por la *democracia* se asocia a una violencia interna generalizada y a violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos fundamentales es esta situación la que marca el territorio de la *injerencia humanitaria* y desencadena el ejercicio de las competencias del Consejo de Seguridad *sub* Capítulo VII de la Carta, si considera presente una amenaza a la paz internacional (v. par. 577-579).

De no ser ese el caso, la intervención *pro democracia* responde a *políticas* que no han conseguido hasta ahora romper las barreras del principio de no intervención, por fluidas que puedan parecer en relación con las medidas de coerción no armada (v. par. 492), lo que se prohíbe, no sólo a los Estados, individualmente y en cuadrilla, sino también a los organismos regionales (arts. 52.1 y 53.1 de la Carta de las Naciones Unidas) (v. par. 520, 521).

En el caso *Nicaragua* (1986) la Corte Internacional de Justicia se manifestó en términos rotundos: el Derecho Internacional no ha evolucionado al punto de reconocer a los Estados un derecho general de intervención, directa o no, armada o no, para apoyar a la oposición interna de otro Estado cuya causa pareciera especialmente digna por los valores políticos y morales con los que se identificaría. La Corte concluyó, en consecuencia, que el apoyo suministrado por los Estados Unidos a las actividades de los *contras* en Nicaragua, bajo forma de asistencia financiera, entrenamiento, suministro de armas, información y ayuda logística, constituía una violación indudable del principio de no intervención.

Para cuando se desperezaba el *Nuevo Orden* (v. par. 10), Estados Unidos contaba, además de su intervención en Nicaragua, con intervenciones armadas directas en Grenada (1983) y en Panamá (1989) en las que se invocó, entre otras razones, la de coadyuvar a la restauración del gobierno democrático. Según el *documento estratégico de seguridad nacional* firmado por el Presidente de los Estados Unidos, George Bush, (1991) sólo Cuba seguía siendo recalcitrante, pero era sólo cuestión de tiempo que también allí ocurriera un cambio fundamental, anunciando que *reclutaría* "a nuestros amigos en el hemisferio para que presionen a Cuba a aceptar lo inevitable pacíficamente".

La *recluta* de los países americanos para políticas intervencionista no ha tenido hasta ahora, sin embargo, un encaje en el sistema interamericano. El Protocolo de Cartagena (1985), al instrumentar la reforma de la Carta de la OEA, se refirió a la responsabilidad colectiva en «promover y consolidar la democracia representativa con el debido respeto del principio de no intervención» (art. 2, b, de la Carta revisada), principio que es reafirmado a continuación (art. 3, e; tb., arts. 13, 17, 19-23 y 35).

Asimismo, la resolución 1080 de la Asamblea de la OEA (Santiago de Chile, 1991) aúna su intención de proteger la democracia con la de evitar una incursión sobre el principio de no intervención. Adoptada por unanimidad, disponía que cualquier interrupción del proceso político democrático en un país miembro reclamaba la convocatoria urgente del Consejo Permanente y, eventualmente, la de una reunión *ad hoc* de consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores o una sesión extraordinaria de la Asamblea. La resolución ha sido aplicada con resultados más o menos discretos en varias ocasiones (Haití, 1991; Perú, 1992; Guatemala, 1993; Paraguay, 1996...)

En la *Carta Democrática Interamericana*, adoptada por los Estados Miembros de la OEA (Lima, 2001) las disposiciones sobre "fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática" (arts. 17-22) no van más allá de lo dispuesto por la propia Carta de la OEA en vigor. Incluso las *misiones de observación electoral* se llevan a cabo sólo a solicitud del Estado miembro interesado y, en el caso de que aquéllas informen al Consejo Permanente que no existen condiciones para la celebración de elecciones libres y justas, el envío de una *misión especial* para contribuir a crear o mejorar dichas condiciones requiere el acuerdo del mismo Estado (arts. 23-25).

Después de un comportamiento cuando menos ambiguo en relación con el golpe cívico-militar en Venezuela (abril de 2002), la Administración de Georges W. Bush trató de modificar la *Carta Democrática* a fin de dotarla de un instrumento (un comité permanente de supervisión) que permita *aislar e intervenir* en países cuyos gobiernos *se desvían gradualmente de la democracia...* Pero sus esfuerzos han sido hasta ahora baldíos. Diríase que los miembros de la OEA siguen resistiéndose mayoritariamente a respaldar una determinada ortodoxia democrática si media el riesgo de que Estados Unidos se erija en su custodio infalible.

82. Con la democracia en los talones

Las cuestiones que plantea la democracia, antes incluso de ser adjetivada, son tales que conviene dejar su solución en manos de la población del Estado, sin intercesiones ajenas. Al iniciar en 1988 la relación de resoluciones en pro de elecciones periódicas y genuinas la Asamblea General de las Naciones Unidas tuvo cuidado siempre de aprobar simultáneamente otras en refuerzo de los principios de soberanía y no intervención (así por ejemplo, res. 60/1, adoptada por la *Cumbre Mundial 2005*).

La experiencia revela la manipulación de los principios de soberanía (no intervención) y libre determinación (democracia) por las grandes potencias a fin de asentar y expandir sus zonas o *esferas de influencia* (v. par. 52). La desintegración del *bloque socialista* en la última década del siglo XX no purifica los planteamientos democratizadores de los países capitalistas de sus condicionantes geopolíticos, estratégicos y económicos. El maniqueísmo en este juego dialéctico no tiene fin y la elección en libertad de régimen político, económico y social parece tener sus limitaciones cuando no cuadra con el molde del neoliberalismo. La libre determinación es de menú único.

La *comprensión* de los países occidentales con las *inevitables* violaciones de derechos humanos fundamentales y principios *democráticos* cuando sus autores son fuerzas amigas que —como, por ejemplo, ocurrió en Argelia— se interponen como un dique al gobierno de las mayorías desheredadas, entregadas al credo de pastores fundamentalistas que son ya su única esperanza de dignidad y bienestar, choca con los apremiantes requerimientos que se hacen a otros —Cuba, por ejemplo— donde se coartan las libertades públicas, pero se satisfacen —o satisficían— las necesidades básicas de una población a la que no se aterroriza con *desaparecidos* ni *ultimados* en las cunetas, lo que no pueden decir muchas de las democracias formales —y superficiales— que tachonan el planeta. El alegato de que hay que impedir el acceso democrático al poder de quienes —seguro— lo han de utilizar para acabar con la democracia *representativa* es la expresión patética de la contradicción entre los supuestos valores occidentales y las conveniencias geopolíticas, estratégicas y económicas.

Democracia *representativa* ¿de quién?, podría preguntarse allí donde la retórica de las libertades públicas se conjuga con el recurso a un cuasi permanente estado de emergencia, que permite anularlas o restringirlas, y se violentan, con durísimas políticas de *ajuste* económico, los derechos más íntimamente unidos a la satisfacción de necesidades básicas de la población. Diríase que se han buscado las apariencias de la democracia formal para continuar sustancialmente con políticas contrarias a los intereses populares, incompatibles con los de las clases instaladas en las instituciones y los compromisos con los acreedores extranjeros. De esta manera, quienes combaten una organización política incapaz de atender las necesidades primarias de la población pueden ser acusados de atentar contra el Estado *democrático* y éste puede poner la fuerza *represiva* al servicio de la democracia *representativa*, sofocando las propuestas de la democracia *participativa* y *directa*. Partiendo de que un conflicto entre el respeto de los derechos humanos fundamentales y un orden constitucional democrático es *contra natura*, carecen de legitimidad quienes respondiendo aparentemente a ese orden violentan tales derechos; pero hay intereses creados en endosar internacionalmente ciertas apariencias.

Si las proposiciones normativas no van acompañadas de un serio y riguroso desarrollo institucional que impida los abusos, mejor dejar el juicio de legitimación para la moral, la imagen y el intercambio diplomático y, en el ámbito legal, no moverse del orden más clásico. Al fin y al cabo el registro histórico no permite ser particularmente optimista acerca de lo que cabe esperar de los países capitalistas demo-liberales cuando se empeñan en difundir sus *valores*. Detrás de ellos avanzan hasta las múltiples periferias del *Sur* los renovados peones de la dominación, dispuestos a socavar las bases más profundas de la libre determinación de los pueblos con la ingeniería de formas aparentemente democráticas ocupadas por clientelas locales. El caso de Iraq, tras la intervención armada (2003) de Estados Unidos y sus aliados (v. par. 526) es un buen ejemplo de ello.

Hay que precaverse, pues, de alegatos entusiastas en pro de un *nuevo* Derecho Internacional *impuesto a recalcitrantes y obstinados* por una sociedad mostrenca manejada por Estados o grupos de Estados más poderosos que representativos. Han de temerse los corolarios últimos de las teorías de la legitimidad del Estado que se formulan aisladas de la constitución de una organización universal democráticamente articulada. El principio de no intervención pone en manos de los pueblos la responsabilidad de su propio destino y entre sujetos estatales soberanos iguala, democratiza.