

Universidad FASTA.

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Abogacía.

Cátedra de Derecho Internacional Público.

“Derechos Argentinos sobre las Islas Malvinas,
Georgias y Sandwich del Sur”.

Emilio Sarmiento.

Dr. Alexis Alain Ferrairone.
Lic. Amelia Ramírez.

Septiembre del 2006.

CASA C303
~~CASA 33~~



BIBLIOTECA

Abstract

<i>Preliminar</i>	
<i>Descubrimiento y Ocupación</i>	5
<i>Usurpación de 1833</i>	11
<i>Títulos de dominio</i>	17
<i>El principio del uti possidetis</i>	21
<i>El principio de la libre determinación de los pueblos y el de integridad territorial</i>	24
<i>Postura Argentina con respecto al principio de la libre determinación de los pueblos</i>	29
<i>Informe de la O.N.U sobre la libre determinación</i>	32
<i>Un plazo para descolonizar las Islas Malvinas</i>	34
<i>La prescripción en el derecho Internacional Público</i>	37
<i>La prescripción en el caso Malvinas</i>	43
<i>El tiempo necesario para prescribir</i>	45
<i>Valor jurídico de las protestas diplomáticas</i>	47
<i>El caso Malvinas en las Naciones Unidas</i>	53
<i>Conclusiones</i>	61
<i>Bibliografía</i>	66

Abstract.

Repasamos en este trabajo las posturas jurídicas oficiales Británicas y Argentinas con respecto a la soberanía de las Islas Malvinas, Georgias y Sándwich del Sur. También damos un panorama histórico que intenta dar claridad al descubrimiento y primera ocupación del archipiélago. Se abordan temas como el principio de libre determinación de los pueblos, la prescripción, el principio del *uti possidetis*, el papel de la O.N.U en el conflicto; vistos desde el prisma del Derecho Internacional Público.

Preliminar.

Si es cierta la frase que indica que uno es hijo de su tiempo, debo declarar que mi padre es el conflicto por las islas Malvinas. No haber tomado parte de la contienda y no haber vivido esa época no significa la despreocupación y la indiferencia, por el contrario, habita en nuestra generación una mezcla de asombro y dolor inconsciente. Más allá de la guerra de 1982, existe un conflicto de soberanía con el cual nació nuestra república, que la hiere en sus sentimientos más profundos, y lo cual es aún más importante, todavía perdura. El signo de la derrota es el olvido, nadie quiere recordar los momentos malos, nadie quiere hablar de excombatientes o de responsabilidades políticas, ningún profesor goza de exponer esta parte de la historia Argentina. Si el presente fuera un libro o un trabajo periodístico, sería extensísimo y deberíamos abordar temas tan variados como imposibles de solucionar, pero es un trabajo final de abogacía y debemos hablar del Derecho Internacional Público, que será nuestro prisma y norte, guiando los argumentos jurídicos que exponen las partes en conflicto y que resultan, una vez descartadas las vías de hecho, de vital importancia.

Introduccìon

Si bien se hallan variadas fuentes normativas en este campo del derecho, no es menos cierto que la existencia de países poderosos implica la carencia de respuesta punitiva o sancionatoria ante el incumplimiento de la norma (nadie imagina medidas económicas contra EEUU o Gran Bretaña). Más amplio es el campo de la discrecionalidad en el cumplimiento cuando dichos países son miembros fundadores de las organizaciones que regulan dicha coexistencia.

Pero algunas cosas resultan tan evidentes que nos persuaden de que hasta los países más poderosos y despreocupados se deben ajustar a los tiempos que corren, por salud institucional propia y por la mirada exigente del resto del mundo y de las organizaciones supraestatales. Existen ciertos pilares que estructuran las actuales relaciones de los países. Pueden ser puntos en común o bien, la unión se da, por repudiar conjuntamente hechos históricos vergonzantes y lesivos. Hoy en día, la lucha contra los delitos de lesa humanidad acercan a los países, las investigaciones llevadas a cabo en la actualidad para desenmascarar regímenes totalitarios y dictatoriales del pasado exigen las más variadas colaboraciones a nivel internacional, la interminable batalla por los derechos humanos de las minorías o por el cuidado del medio ambiente son actividades e ideologías que respetan (o dicen que respetan) todos los integrantes de la comunidad internacional.

No tengo ninguna duda que dentro de este campo cosmológico, la lucha de los países por la independencia y la resistencia al coloniaje vetusto del siglo XVIII y XIX son cuestiones en las cuales reina la unanimidad de esfuerzos e ideas; tal es así que los Británicos por motu proprio se han obligado ante la O.N.U a descolonizar los territorios que todavía subsisten bajo ese régimen. Pecan por ingenuidad aquellos que creen que la descolonización de Malvinas significa un reconocimiento de Gran Bretaña a nuestros derechos, nada más lejos de ocurrir que eso (luego de 1982), pero también es cierto que la O.N.U reconoció un conflicto de soberanía con la República Argentina y los demás países están enterados del mismo, lo cual traba en el tiempo la posibilidad de descolonización del archipiélago. Es una agenda ineludible para nuestro país reclamar por lo que tiene convicción le corresponde.

Este trabajo intenta bucear dentro de aquellos argumentos jurídicos que indican la pertenencia de las islas Malvinas, islas Georgias y Sándwich del sur a la soberanía Argentina. Asimismo, por ser la contracara de la misma moneda, analizaremos cuales son

los principios de que se vale Gran Bretaña para abrigar un manto de derecho a sus actos y a su actual posesión. Dentro de los primeros, hablaremos de la integridad territorial, del principio del *uti possidetis*, de su posesión pacífica, pública y mediando actos de soberanía y gobierno sobre las mismas. Es dable aclarar que por derecho sucesorio se pueden esgrimir principios como de primer descubrimiento y posterior ocupación, tratados de carácter bilateral y concesiones pontificias.

Dentro de los segundos, analizaremos el papel de la prescripción en el Derecho Internacional Público y la posibilidad de aplicarse a nuestro caso; el concepto de la libre determinación de los pueblos y su tipificación posible a los pobladores del archipiélago; el descubrimiento y ocupación de Port Egmont; la restitución de las islas por parte de España y su posterior abandono. Indicaremos nuestra posición acerca del valor de las protestas y sus consecuencias a nivel internacional; evaluaremos también el papel de la O.N.U en el conflicto.

Es entendible el abandono o la escasa preocupación hacia los aspectos jurídicos de la contienda, y el abanico de soluciones que los especialistas han creído oportunos, porque cualquier tentativa gnoseológica y jurídica se puede ver esterilizada por la parte poderosa, manteniéndose así el statu quo imperante. Por lo tanto, un trabajo como este, sin ser magnífico y cuhierto de humildad, es el resultado de la confianza hacia las normas y los principios jurídicos, una visión optimista que cree que las sociedades evolucionarán y que el derecho prevalecerá sobre la fuerza (condeno con esto también la guerra de Malvinas, aunque resulta evidente que es un poco más justo pelear por lo propio que hacerlo para apoderarse de lo ajeno). En el futuro próximo, recibiría con orgullo ver que la gente en sus trabajos, en los colegios y en los cafés, debata con conciencia este tema dominando términos que son jurídicos pero que hacen a nuestra sociedad toda; que la educación lleve a concientizar a la gente que volver a hablar de Malvinas no significa el peligro de una guerra, y así ir acortando la brecha que tristemente separa al derecho del hombre común.

Anàlisi de la qüestió

El afán de conocimiento ha acompañado al hombre desde que tomó conciencia de sus propias fuerzas y posibilidades. La exploración del mundo adquirió gran importancia cuando la lucha política por el dominio de los mares y las rutas hacia los principales puertos y ciudades del comercio se debatían entre las grandes potencias de la época. Reinaba una cierta anarquía y la proliferación de piratas era muy común, no existían tratados como hoy los conocemos, la competencia por la conquista y el poder, el comercio y la carrera armamentística han derivado en grandes y devastadores conflictos entre los países. En un principio España y Portugal se dividieron el mundo (tratado de Tordesillas del 3 de junio de 1494) con asentimiento a través de patentes pontificias y respaldados por la misión de evangelizar pueblos y comunidades salvajes. Luego, apareció en el ámbito mundial Gran Bretaña y Francia, intentando adquirir poder y tierras para engrandecer sus respectivos erarios.

Así fue que en la ruta del comercio que se llevaba a cabo desde Europa hacia las indias orientales, y con el afán de encontrar un paso desde el Atlántico hacia el Pacífico, se han producido descubrimientos de islas e islotes, cuyos nombres dan cuenta de la variada nacionalidad de sus descubridores.

El nombre de las islas Malvinas proviene de *iles Malouines*, ya que en el siglo XVII navíos bretones de Saint Malo observan con frecuencia el archipiélago en su ruta hacia los mares del sur y levantan mapas en los que consta su denominación. El primer nombre que se les dio a este grupo de islas fue el de "Islas Sansón y de los Patos" atribuido a Santa Cruz en su islarío (1541), cuya causa proviene de los pingüinos encontrados que les parecieron patos gordos y pelados, haciéndoles recordar a los marineros al héroe bíblico. Lo anterior es válido en cuanto al final de la denominación "de los Patos" pero sin duda el nombre de "islas Sansón" corresponde al topónimo *S. Antón*, nave con la cual Esteban Gomez (integrante de la expedición de Magallanes), una vez descubierto el estrecho, retornó a España y encontró en su camino este grupo de islas. Son los españoles entonces quienes muestran por vez primera el archipiélago en sus cartas de circunnavegación.

Para algunos historiadores, fue el navegante Flamenco Sebaald de Weert quién descubrió las islas en su *Gelooft*. Existe certeza de que avistó ciertos islotes en su derrotero de regreso, luego de fracasar en su cruce del estrecho de Magallanes, en 1660. Se conocieron con el nombre de Islas Sebaldinas.

Los descubrimientos hechos por Francis Drake han aportado nociones cartográficas tanto de la Tierra del Fuego como del estrecho de Magallanes, y si bien las Malvinas no figuran en su derrotero, sirvieron de base para que posteriormente se demandara por la posesión de las islas. Dentro de los descubrimientos que se adjudican los británicos, el primero parece ser de John Davies. Este comandante estaba a cargo del buque *Desire*, dentro de la expedición de Thomas Cavendish, cuando lo pierde de vista culpando a la intensa niebla y, soportando una fuerte tempestad, dice haberse guarecido en unas tierras nunca antes descubiertas a cincuenta leguas más o menos de la costa. Muy próximo a esta expedición se encuentra la travesía de Richard Hawkins, con la diferencia de que este explorador contaba con el nombramiento de la reina. Las imprecisiones tanto de lugar como de características topográficas llevan a la conclusión de que las tierras que avistó pueden ser cualquier cosa menos las islas Malvinas, en su relato dice¹:

"...esta tierra tiene buen aspecto y está poblada, vimos muchas fogatas, pero no pudimos acercarnos a hablar con sus habitantes..."

"...nos podíamos conjeturar de que tierras se trataba, por cuanto nos hallábamos alrededor de los cuarenta y ocho grados..."

"...Tenía grandes ríos de agua dulce, cuya desembocadura en el mar lo colorea en muchos lugares, como vimos en el curso de nuestra marcha. No es montañoso, pero tiene un aspecto parecido al de Inglaterra, siendo también similar su clima..."

"...Antes de recalar en esta tierra, a unas veinte o treinta leguas, se suelen encontrar restos de vegetación que se desplazan de aquí para allá en ese mar, con flores blancas creciendo en los mismos..."

Además de lo extraño del relato, es curioso que la posición que da Hawkins de las islas es 48 grados, estando las islas entre los 51 y 53 grados de latitud sur, por cuanto este explorador es generalmente exacto en sus manifestaciones de posición.

▪ Goebel Julius hijo. **La pugna por las Islas Malvinas**, Buenos Aires, Yale University Press, 1983 (tr. al castellano Marina de Guerra Argentina), Municipalidad de Buenos Aires, p.522.

Queda por lo tanto expresada nuestra posición acerca de que, de acuerdo a los documentos existentes, es de mayor exactitud y verosimilitud los descubrimientos hechos por España que los efectuados por cualesquiera otras naciones.

El valor del descubrimiento y de la ocupación de los territorios debe analizarse de acuerdo a las normas imperantes en la época. Si bien en un comienzo los descubrimientos del nuevo mundo no estaban sujetos a principios de derecho reconocidos universalmente que rigieran la forma y efectividad de la adquisición (las reglas mas aceptadas eran las impartidas por la Santa Sede), luego fue adoptándose el principio de que el descubrimiento efectuado por persona debidamente autorizada por el gobierno otorgaba sólo un título inicial o *inchoatle title*, que debía ser completado, dentro de un tiempo razonable, por la ocupación efectiva de dicho territorio. El título primario es por lo tanto de carácter precario, pues si la ocupación no se produce, aquel carece de valor. La práctica del siglo XVII de actos totalmente simbólicos y fugaces como el desembarco, plantar cruces y señalizaciones, izar el pabellón y hacer constar todo en actas, fue una actividad que llevó al repudio generalizado, reaccionando la doctrina en cuanto a la necesidad de una efectiva ocupación y no una "ocupación ficticia". Podemos afirmar que a fines del siglo XIX, era menester para ocupar territorios:

1. Que se trate de territorios deshabitados (*res nullius*) o donde habitaren tribus salvajes o semicivilizadas;
2. Que la ocupación sea realizada por un Estado y no por empresas particulares de carácter privado;
3. Que se ejerza autoridad real sobre el mismo, reglando los derechos de la colonia;
4. Que sean notificados los demás países.

Es por lo tanto menester aclarar quienes fueron los primeros en asentarse en las islas Malvinas, ya que en esa época la posesión era lo que realmente otorgaba títulos.

El primero en establecer una colonia en las islas fue Louis Antoine de Bougainville, el 3 de febrero de 1764, proveniente de Saint Malo. Según el mismo Bougainville, las islas fueron descubiertas por Américo Vespucio en su tercer viaje, y visitadas por marineros de muchas nacionalidades, constando en cartas de navegación de la época en algunas ocasiones y en la imaginación de los marineros en otra. Fue este extraordinario explorador (que dio la vuelta al mundo) quién reconoció por primera vez la dependencia

natural de las islas al territorio de la gobernación de Buenos Aires, declarando el mismo que pertenecían a España por derecho natural. El 5 de abril de 1764 tomó solemne posesión de las islas en nombre de Luis XV, rey de Francia, bautizando el lugar como Puerto San Luis. Cuando llega a París después de su segundo viaje hacia las Malvinas, Bougainville se encontró con la noticia de que el rey de España había tomado conocimiento de la instalación francesa y había pronunciado formal reclamación ante Luis XV. El gobierno Francés obligó la inmediata devolución de las tierras y reconoció el incuestionable derecho de dominio de España, sumidos ambos gobiernos en la amabilidad que proporcionaba el famoso Pacto de Familia. Además de la indemnización debida a Bougainville, se le ordenó efectuar el traspaso de la posesión. Indicó asimismo en su libro publicado 5 años después, que el rey de España no le debía ninguna indemnización, y si así lo hizo fue por su espíritu de justicia y generosidad. El sitio fue llamado por los españoles Puerto Felipe, pero pasó luego a conocerse con el nombre más exacto de Puerto Soledad. Dos años después de este suceso, en 1766, el capitán McBride desembarca en la pequeña isla Saunders, creando posteriormente el primer asentamiento Inglés. Si el tema del descubrimiento de las islas abriga algún manto de dudas, eso no sucede con la ocupación y el primer asentamiento Francés (luego cedido a España), que ya hemos dicho es el *quid* de la cuestión sobre los derechos sobre las islas, siendo evidente entonces que no se puede hablar de tierras *nullius* al tiempo de la conquista británica. Más enigmático aún resulta saber como, si los británicos creían tener derechos sobre las islas, no formularon reclamación alguna ante el asentamiento francés como si lo hizo España. En noviembre de 1769 el gobernador Ruiz Puente de la colonia española hizo un levantamiento de las islas y se encontró con el capitán Hunt que estaba realizando un Crucero, comenzando una serie de envíos de cartas de ambos exigiendo la retirada del otro. El 4 de junio de 1770 los españoles representados por Madariaga a bordo del *Industrial*, fondearon la bahía de Puerto Egmont, intimando a los Ingleses a abandonar las islas y advirtiéndoles que usarían la fuerza si fuera necesario. Así sucedió, porque los ingleses desoyeron las intimaciones y ofrecieron resistencia armada, siendo vencidos y obligados a entregar el fortín y el resto de la colonia. Los momentos posteriores a la difusión de la noticia en los ámbitos británicos fueron de tensión y nerviosismo, iniciando la lucha diplomática que, según entendían ellos, debía restituirlos en las islas y pagar las indemnizaciones correspondientes, no tanto por la importancia de las islas sino por las lesiones al honor y al pabellón británico. Algunos de los protagonistas de estas negociaciones fueron Lord North, Lord Weymouth y Rochford, el príncipe

Masserano y el Duque de Choiseul. Estuvo siempre latente la amenaza de la guerra, que por el tenor de los rivales sería de carácter mundial, ya que Francia apoyaba a España, no tanto por la justicia de sus reclamos sino por el Pacto de Familia que sustentaban ambas cortes, y estando Inglaterra en un momento en que su poderío bélico era superior al resto. Los españoles accedían a reconocer que la actitud del gobernador de Buenos Aires no había sido impartida por autoridades cercanas al rey, sino que había sido una actitud desmesurada e impulsada por motivos propios. Pero así y todo, España no accedía a la restitución de la colonia británica ya que violaba sus más elementales derechos y se creía que podía significar dicha restitución el reconocimiento a la soberanía de su rival. Fue por eso que las negociaciones se llevaron a cabo siempre bajo la reserva española de la soberanía sobre las islas. Como Inglaterra se encontraba más avanzada en su carrera armamentística, los españoles y franceses debían esperar varios años en procura de lograr una paridad bélica. Finalmente se acordó la restitución de la colonia Británica de Puerto Egmont, reduciendo sólo a esta extensión de tierra la devolución y bajo la reserva de la soberanía de España sobre el archipiélago todo, o sea dejando las cosas en el *statu quo ante* del violento desalojo.

Aquí me permito un paréntesis, pues este hecho de fuerza de España contra Inglaterra es de suma importancia. Esta medida, del todo similar a la de Argentina de 1982, con la única diferencia a nuestro favor que no hubo ni un disparo, nos llevó a decir que es del todo condenable el uso de la fuerza, pero que es muy distinto cuando la misma es empleada para hacer valer derechos incontestables de un Estado. Dicha actitud no debe ser analizada con el mismo prisma que las actitudes violentas y despojadas de razones jurídicas, como la de las tropas británicas en la recuperación de 1982, sobre todo por cuanto en dicho episodio no estaba en peligro ni la vida de los Malvinenses ni de los ingleses que habitaban el territorio. Se nos dirá aquí, y haciendo parangón con el derecho privado, que ni el propietario puede utilizar la fuerza por mano propia para desalojar al intruso de la posesión. Pero sabemos que dichas analogías no son exactas dentro del campo internacional, donde no existen tribunales que puedan ejecutar una medida de fuerza contra un Estado.

Casi todos los autores que han escrito sobre el tema incluyen la promesa no escrita de los británicos de que una vez restituidos el honor a su pueblo, abandonarían las islas, pues no le interesaban las mismas sino el honor afectado. Ante la carencia de documentos específicos que avalen esta teoría, nos queda la certeza que dicha acción fue realizada y se retiraron de las islas dejando el pabellón izado y una placa de plomo que sólo tiene

valor histórico. Lo cierto desde el análisis del derecho internacional, es el abandono voluntario de Gran Bretaña a la posesión de facto de Puerto Egmont realizada el 20 de Mayo de 1774.

El reino de Gran Bretaña ocupó efectivamente sólo puerto Egmont, por el transcurso de 8 años, habiéndolo hecho en violación a los tratados internacionales existentes. Además, reconoció tácitamente los derechos de España al aceptar la devolución del fuerte bajo reserva de soberanía y confirmándolo luego con su voluntario abandono (o en cumplimiento de la promesa secreta), sin realizar protesta alguna en el futuro mientras su contendiente ejercía la soberanía plena con actos de posesión y gobierno. Los sucesivos gobernadores eran designados desde España y subordinados a la Capitanía General de Buenos Aires y luego al Virreinato del Río de la Plata, creado en 1776. España poseyó las islas desde 1764 (de los franceses pero luego cedido solemnemente a España) hasta 1816, estamos hablando de 52 años ininterrumpidos donde ninguna nación realizó protesta o acción alguna en contra de la misma, sucediéndole luego las Provincias Unidas del Río de la Plata en los derechos plenos e incuestionados de su antecesor. Gran Bretaña reconoció la independencia de nuestro país en 1825 sin efectuar reserva alguna con respecto a las islas, por cuanto la sucesión estaba reconocida y aceptada por todos.

Cabe resumir entonces que por derecho sucesorio las islas estuvieron 69 años con posesión de Argentina en todo el archipiélago y Gran Bretaña estuvo sólo 8 años en Puerto Egmont, en la isla Saunders, violando tratados y principios generales del derecho (como aquel que reza que no puede establecerse una colonia en un lugar ya ocupado por otra nación), siendo claro entonces los derechos correspondientes a nuestro país.

En caso que se considere ilícita la posesión Francesa, y por lo tanto carente de efectos jurídicos en su trasmisión a España, consideramos acertado lo que expone Podestá Costa-Ruda²:

“La instalación de Bougainville tuvo los efectos jurídicos de una gestión de negocios en cosa ajena; pues España, invocando precisamente el Pacto de Familia, recibió de manos de Bougainville el establecimiento erigido en Port Louis, indemnizándole por los gastos efectuados, y permitió permanecer a los colonos franceses que lo desearan, todo lo cual significa que España reivindicó y obtuvo como suyos los derechos y deberes inherentes a la instalación y mantenimiento de aquella

² Podestá Costa-Ruda, **Derecho Internacional Público**, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1996, nota a p. 236.

posesión. Y si por vía de hipótesis se admitiera que la ocupación francesa, por ser ilícita, no otorgó derechos posesorios a España desde el 2 de febrero de 1764, día en que se había realizado, no debe olvidarse que ilícita fue, sin duda alguna, la ocupación realizada por los ingleses en 1776, porque a ellos estaba prohibido, en virtud de tratados vigentes, navegar y ocupar territorios en los dominios españoles, resultaría en consecuencia que, siendo ilícitas y sin valor ambas ocupaciones –tanto la francesa como la inglesa– quedaría en pie en todo caso como la primera y única ocupación incuestionable, la iniciada por España el 2 de abril de 1767, esto es, el día en que se retiraron los franceses y quedaron instaladas autoridades españolas.”

Usurpación de 1833.

El gobierno de Buenos Aires luego de la independencia de la metrópoli, tenía como objetivo su reorganización institucional y política. Y si bien siempre consideró parte de su territorio a las islas Malvinas, sólo en 1820, a bordo de la fragata *Heroína*, tomó posesión y designó “comandante” a Pablo Areguaty, otorgando concesiones de tierras y permisos de pesca. Se creaba por decreto, en 1829, la “ Comandancia civil y militar de las islas Malvinas y adyacentes al cabo de Hornos” con sede en Puerto Soledad.

Recién el 19 de Noviembre de 1829 Inglaterra formula una reclamación aduciendo que el gobierno Argentino “había asumido una autoridad incompatible con los derechos de soberanía de S.M.B sobre las islas Malvinas”. ¿Qué llevaba a la Corona Británica, a más de medio siglo de silencio, y luego de un abandono voluntario del territorio, a reclamar por estas islas en los confines del mundo?. Los autores indican que la nueva política de colonización llevada a cabo (en Australia y el Pacífico meridional), y la importancia que expresaban marineros y comerciantes de tener un puerto natural en medio de una extensísima ruta hacia el pacífico, donde poder reabastecerse y reparar las naves, así como también comerciar con los países más próximos, motivaron esta decisión.

En estricta opinión personal creemos que el motivo fue de otro carácter. Desde tiempos inmemoriales se considera conveniente una recalada como son las Malvinas para los buques que, por exploración o comercio, se veían inmersos en la travesía de viajar miles de kilómetros en mares donde las tempestades era frecuentes y las bajas y los daños requerían de una especie de oasis que diera calma a aquella empresa. El motivo principal creemos que fue el siguiente: las negociaciones que habían dado lugar en ocasión del conflicto entre España y Gran Bretaña no dejaron satisfecho a estos últimos

en lo más mínimo. No sólo se había dañado el honor de la Nación con un despojo violento, sino que se había mostrado ante los ojos del mundo que al cabo de algunos años las islas eran del total dominio Español. Sin duda las negociaciones tenían un triunfador: España. Y si los costos de enfrentar a Francia y España en una guerra cruel no tenía sentido por unas islas lejanas y remotas, la sucesión a un país recién organizado y con un poderío bélico exiguo, era la oportunidad perfecta de dar un golpe que no traería a la Corona el disgusto de una réplica grave. La oportunidad de cambiar de un contendiente fuerte y bajo una Alianza con Francia, a una nación incipiente y en estado de organización primaria, y así saldar una vieja cuenta con su propio honor y nombre, fue lo decisivo a nuestro entender. Nuestra Nación impactada por los logros de una independencia tan añorada, no estaba en condiciones de semejante tarea épica: Independizarse de España y declarar la guerra a la potencia más poderosa de la época, Gran Bretaña.

Así planteadas las cosas, un incidente vino a precipitar la reacción británica. A fines de 1831 la corbeta norteamericana *Lexington* destruyó Puerto Soledad, desembarcó y ejecutó serias depredaciones. El motivo era que el gobierno argentino no había admitido la reclamación hecha por E.E.U.U que exigía la devolución de tres goletas detenidas para ser sometida a proceso por haber infringido los reglamentos de caza de anfibios y pesca en las costas australes. Este hecho, concertado o no, vino a simplificar la tarea británica en las islas, pues ya ni siquiera tenían contendientes.

El 3 de enero de 1833 la corbeta inglesa *Clio*, en forma sorpresiva y violenta, desalojó a las autoridades Argentinas establecidas en las islas en nombre de la Corona británica, originando un conflicto aún subsistente sobre las soberanía de las mismas. La república Argentina había ejercido actos de soberanía y gobierno, como consecuencia de sus derechos incuestionables, y en conocimiento del mundo entero, hasta la reclamación de 1829 (cabe aclarar que la reclamación no fue sólo por Puerto Egmont sino por todas las Islas, algunas de ellas que ni siquiera sabían que existían).

Podría preguntarse por qué Inglaterra arrebató por la fuerza a una joven nación, con la cual había firmado un tratado de amistad, un grupo de islas situadas a 10 mil millas de su propio territorio. La respuesta es que, a comienzos del siglo XIX, estaba atacada por una fiebre expansionista que la condujo a anexarse territorios dispersos en todo el mundo. Buscando bases estratégicas en el Atlántico meridional, los ingleses invadieron Buenos Aires en 1806 y 1807, pero fueron rechazados; frustradas así sus intenciones, buscaron otra base de aprovisionamiento para sus barcos procedentes de Australia y el Pacífico meridional, y por lo tanto ocuparon las islas Malvinas, que ofrecían el atractivo adicional

de poseer ricos recursos pesqueros. En el siglo XX las islas sirvieron como base para la Real Armada durante las dos guerras mundiales.

Culmino este capítulo con una apreciación personal: quizá sea ese mismo sentimiento de honor lastimado que llevó a las proximidades de una guerra mundial entre Gran Bretaña y España-Francia por unas islas a las cuales le restaban toda importancia, el mismo sentimiento que experimentan en la actualidad a la hora de hablar de soberanía sobre las Islas en los foros internacionales, pues reconocer la soberanía Argentina luego de haber sufrido bajas en la guerra, de haber puesto orden a una Nación insolente que osaba quitarles parte de "su territorio" y que ofreció heroica resistencia, sería reconocer su propia torpeza y dañar su honor de Nación que se hace respetar.

Por si esto fuera poco, el establecimiento de 1833 se hizo en total infracción de los tratados vigentes. Se nos dirá que a una Nación que desconoce los principios elementales de convivencia y que fundamenta su actuar internacional en la violencia, poco le debe importar haber violado tratados con otros países. Sin embargo, en un tiempo donde la evolución del derecho internacional era primaria, donde no había reglas jurisprudenciales o doctrinarias (salvo Grocio) donde sujetarse, adquiere considerable valor la regla inmutable de derecho natural de respeto por la palabra dada, esto es el *pacta sum servanda* (tal es así que en otros conflictos Gran Bretaña alegó la presencia de tratados). Se violó el tratado de Madrid de 1670; el tratado de Utrecht de 1713; de Nootka Sounds de 1790; y el bilateral de paz, comercio y navegación con la Argentina de 1825.

Veamos un poco más acerca de estos tratados:

- o Tratado de Nootka Sounds: el estrecho de Nootka Sounds divide a Canadá (Vancouver) de una pequeña isla llamada Nootka. En 1789 un comisionado del virrey de Méjico apresó dos navíos de bandera Inglesa cuando procedían a erigir un establecimiento Inglés. El conflicto fue grave y ambas Naciones iniciaron su puja diplomática, hasta llegar al tratado de 1790. Por este se acordó en su artículo IV: "Su majestad británica se obliga a emplear los medios más eficaces para que la navegación y la pesca de sus súbditos en el océano pacífico o en los mares del sur no sirvan de pretexto a un comercio ilícito con los establecimientos españoles; y con esta mira se ha estipulado además, expresamente, que los súbditos británicos no navegarán ni pescarán en los dichos mares a distancia menor de diez leguas marítimas de ninguna parte de las costas ya ocupadas por España". El artículo más importante es el VI y reza: "Se ha convenido también, en lo que

respecta a las costas tanto orientales como occidentales de la América Meridional y a las islas adyacentes, que los súbditos respectivos no formarán en lo venidero ningún establecimiento en las partes de estas costas situadas al sur de las partes de las mismas costas y de las adyacentes ya ocupadas por España. Bien entendido que los dichos súbditos conservarán la facultad de desembarcar en las costas e islas así situadas, para los objetos de su pesca y de levantar cabañas y otras obras temporales que sirvan solamente a estos objetos”.

En opinión del consejero legal del Ministerio de Relaciones Exteriores de Gran Bretaña , en 1983, la convención no era aplicable ya que había dejado de regir por la guerra contra España en 1796 y que fue puesta en vigor de nuevo en 1814. Agrega que como España abandona las islas en 1811, Gran Bretaña no tenía ninguna obligación para con la misma. Enrique Ferrer Vieyra³ explica su sentido:

“En otras palabras, se puede interpretar el pensamiento del consejero legal en el sentido de que España no podía trasladarles a los nuevos países los derechos territoriales que ella tuvo en un determinado período. Estimo que esa opinión no sólo no está ajustada a derecho sino que Gran Bretaña mantuvo otro criterio cuando discutió con Estados Unidos los derechos de soberanía sobre la costa norte del Pacífico y sobre las Floridas, casos en los cuales Estados Unidos reclamó derechos de soberanía como sucesor o heredero de los derechos de España.”

En 1826, Gran Bretaña sostuvo que Estados Unidos no podía reclamar más títulos que los que había tenido España. Es, por lo tanto, asimilable al caso Malvinas, ya que Argentina no reclama más derechos que los que poseía España. No está de más decir que cuando se firmó esta convención que impedía la instalación de Gran Bretaña en las islas del Atlántico sur, no formularon reserva alguna que incluyera a las islas Malvinas.

o Tratado de Madrid de 1670: Por el Tratado de Madrid se convino que Gran Bretaña conservaría todas las tierras, islas, colonias y dominios que poseyere en América, pero este reconocimiento de la soberanía inglesa en América del Norte

³ Ferrer Vieyra, **Las islas Malvinas y el Derecho Internacional**, Buenos Aires, Depalma, 1984, p.113.

era acompañado en contrapartida por otra cláusula, que disponía que "los súbditos de Gran Bretaña no dirigirán su comercio ni navegarán a los puertos o lugares que el Rey Católico tiene en la dicha India, ni comerciarán con ellos".

o Tratado de Utrecht de 1713: En Utrecht se rehizo el mapa de Europa. España conservaba el trono y el imperio colonial. Cedía a Gran Bretaña Gibraltar, Menorca, el asiento para comerciar con los esclavos y el navío de permiso, pero se resistió a concederle bases territoriales en el Río de la Plata. . El Contrato de Asiento del 26 de marzo de 1713 fue un tratado internacional suscripto por dos soberanos, por el cual Gran Bretaña reconocía la jurisdicción española en sus tierras americanas y el mar adyacente. Así lo determinan sus disposiciones cuando se establece «como regla general, particular y fundamental que el ejercicio de la navegación y comercio con las Indias Occidentales de España quede en el mismo estado en que se encontraba en tiempos de Carlos II»(art.88).

o Tratado de Amistad, Comercio y Navegación firmado entre Su Majestad británica y las Provincias Unidas del Río de la Plata, en Buenos Aires, el 2 de febrero de 1825. Artículo I: Habrá perpetua amistad entre los dominios y los súbditos de Su Majestad el rey del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda y las Provincias Unidas del Río de la Plata y sus habitantes. En este tratado se estipula normas de carácter bilateral en asuntos de comercio, derechos de importación y establecimiento de súbditos de un país en el otro. En el mismo no sólo se impulsa la relación entre ambos países, sino que Gran Bretaña no realizó ninguna reserva con respecto a las Islas Malvinas, que ya estaban en poder de las Provincias Unidas del Río de la Plata. Además, al consumar este tratado se prueba el reconocimiento de parte británico acerca de la existencia de la Provincias Unidas como perteneciente a la comunidad de Naciones independientes. Había aceptado tácitamente la sucesión Española hacia las provincias sin hacer reserva alguna, por lo tanto aceptaba la posesión Argentina de las islas.

Queda claro, por lo tanto, que las Provincias Unidas del Río de la Plata habían sido reconocidas como integrante de la comunidad internacional, habiéndose ratificado dicho status por medio de un tratado bilateral con Gran Bretaña. En ningún momento, luego de nuestra independencia, se hace reserva o comunicado alguno que rechace la toma de

posesión por derecho sucesorio de las Islas Malvinas, hecho que fue ampliamente difundido en Londres. La usurpación violenta de 1833 se hizo en manifiesta violación de tratados y normas del derecho de gentes, habiendo sido escoltado y facilitado dicho acto por una acción claramente vandálica de Estados Unidos, violencia por la cual nunca respondió el país del norte (que ni siquiera proclamaba derechos sobre las islas). Nuestro país las había poseído de manera pacífica y de acuerdo a derecho, otorgando actos que así lo demostraban ante los ojos del mundo, periodo que culminó una vez que la fuerza de Gran Bretaña dominó nuestros legítimos derechos.

Títulos de dominio.

En un principio la controversia se había desarrollado con argumentos y principios que las partes creían oportuno alegar, y que con el tiempo y el estudio se fueron ampliando de manera considerable. La posición más férrea ha sido la sostenida por Argentina desde sus comienzos, siempre mantenida y ratificada en los foros internacionales. Por su lado, Gran Bretaña ha variado y aumentado sus tesis, las ha expuesto en los foros internacionales sin admitir un debate entre los Estados, sino de manera unilateral en su relación con los organismos. Cabe aclarar que la actividad doctrinaria Argentina, al tener una posición invulnerable, se ha limitado a rebatir a conciencia los argumentos introducidos por la potencia europea.

La República Argentina invocaba, originarios de España, los siguientes argumentos:

1. Derecho de dominio emergente de la concesión pontificia;
2. Descubrimiento y ocupación del territorio;
3. Usucapión.

Gran Bretaña por su parte había invocado originariamente, los siguientes argumentos:

1. Prioridad en el descubrimiento y posterior ocupación;
2. Derechos sobre las islas como consecuencia de la devolución de Puerto Egmont en manos de los españoles.

Pasemos revista a los argumentos primeros que las partes esgrimieron en su contienda. Con respecto a las concesiones pontificias dice Bonifacio del Carril⁴:

"Fue el título predilecto de los Reyes Católicos y sus sucesores. El 4 de Mayo de 1493 el Papa Alejandro VI promulgó la bula Inter Caetera adjudicando a la corona de Castilla toda la tierra firme y las islas del Mar Océano, descubiertas y por descubrir, más allá de la línea imaginaria que dividió el mundo. La validez de este título erga omnes ha sido muchas veces objetada. No hay duda que hoy en día la Argentina no puede pretender que Gran Bretaña le devuelva la islas Malvinas sólo en razón de que están situadas dentro de la zona que el Papa concedió en propiedad a los Reyes Católicos. Pero la concesión pontificia puede y debe ser

⁴ Bonifacio del Carril, **La cuestión de las Malvinas**, Buenos Aires, Hyspamérica, 1986, p.40.

invocada por la Argentina como justa causa de la posesión que en su momento ejerció España sobre las tierras en litigio."

Consideramos que si bien este título jamás sería invocado en la actualidad por la Argentina, no carece de valor, pues debe analizarse de acuerdo a la idiosincrasia de la época, que al carecer de normas específicas y vinculantes, adquirirían gran importancia aquellas bulas que los Estados se disponían voluntariamente a cumplir (o que en un caso similar alegaban a su favor y en otro la desconocían).

Del descubrimiento de las islas y la posterior ocupación ya hemos expuesto nuestra opinión, fundamentada en las opiniones de los estudiosos y en los acontecimientos históricos, seguido del valor que el derecho le asigna a tales actos. Cabe repetir que el primer descubrimiento debía ser seguido por la ocupación efectiva del territorio, tal era la normativa de la época, y en todos los casos debían ser tierras *nullius* (sin dueño).

Gran Bretaña había alegado en sus comienzos, tras la persona de Lord Palmerston, que la devolución de Puerto Egmont por parte de los Españoles significaba un reconocimiento a su soberanía sobre el archipiélago. Ya hemos descrito los hechos y los motivos de la devolución, sólo agregaremos unas palabras. La discusión de ambos países en 1770, estuvo reducida a la reparación del honor inglés luego del violento desalojo español. En ningún momento se habló de traspaso de soberanía; sólo se acordó volver al *statu quo ante*, o sea devolver Puerto Egmont y no la totalidad de las islas, que no habían ocupado. Siguiendo a Bonifacio del Carril⁵:

... "La interpretación que correctamente debe atribuirse al cambio de notas de Masserano y Rochford y a la solución del conflicto de España con Gran Bretaña en 1771 fue unánimemente dada por la opinión pública británica de la época. Todos, whigs y tories, coincidieron en considerar que si bien la devolución de Puerto Egmont había satisfecho el honor británico, la cuestión de las Malvinas había quedado resuelta de hecho en favor de España. En 1770 Gran Bretaña, en realidad, no disputó a España su derecho de soberanía y dominio sobre las islas Malvinas"...

Es incorrecto interpretar el cambio de notas como un triunfo de España en los derechos de soberanía sobre las islas. Si se habla de que para Gran Bretaña no se discutía la soberanía en la devolución del fuerte, debemos considerar que los

⁵ *ibid* pag 12.

españoles tampoco negociaban su soberanía. En esta justicia es interesante agregar que el *statu quo ante* posicionaba a España como legítimo ocupante de las islas. Al no tratarse el tema, seguían intactos los derechos españoles.

La devolución de Puerto Egmont pierde su valor cuando se analiza que luego los británicos lo abandonaron voluntariamente. Este abandono de la posesión debe considerarse definitivo ya que la posesión británica era precaria y sin título, y sólo puede ser mantenida con actos materiales de posesión, nunca por medio de marcas o señales simbólicas. Tampoco la posesión simbólica puede mantenerse frente a actos de posesión del legítimo dueño, como lo fue España y luego Argentina.

Según algunos autores, la República Argentina ha aducido la usucapión en su favor, más allá de los títulos que ya poseía. Luego se analizará este tópico con más detenimiento, pero baste señalar aquí que no es un recurso para subsanar la falta de título, aunque en el caso Británico parece tener eso motivos. Este modo de adquisición del dominio está más justificado a nivel Estados que a nivel particular, ya que es mucho más importante la paz y el orden mundial que la particular de los individuos. Culminaremos nuestros dichos sobre la cuestión con un párrafo de Bonifacio del Carril⁶:

..."España poseyó durante más de doscientos años el cono sur del continente americano sin que nadie discutiera sus derechos hasta la inesperada aparición de Gran Bretaña en la isla Saunders en 1766. En el caso concreto de las islas Malvinas, Gran Bretaña poseyó Puerto Egmont, en el mejor de los casos, sólo ocho años, desde 1766 a 1774. En 1833 la Argentina, uniendo su posesión con la de España, había poseído el estrecho de Magallanes y sus adyacencias, incluso las Malvinas, durante casi tres siglos. Ocupó, además, materialmente la Isla Soledad durante sesenta y nueve años, desde 1764 hasta 1833, y la totalidad del archipiélago, incluyendo la Isla Saunders, cincuenta y ocho años, desde 1775 hasta 1833. La posesión británica fue controvertida, jamás consentida por España y, además, compartida con ese país. La posesión Española, luego Argentina, fue pacífica, exclusiva, a título de dueño, desde tiempo inmemorial. Fue sólo interrumpida en la Isla Saunders desde 1766 a 1774, pero volvió a ser exclusiva, sin contradictor alguno, hasta la protesta de Parish en 1829."...

En la actualidad el centro de la controversia ha cambiado, si bien no se pierde lo esbozado con anterioridad, se ha agregado conceptos como la prescripción (ahora aducida por Gran Bretaña), la libre determinación de los pueblos. Se ha discutido el

⁶ Ibid pag52.

valor jurídico de las protestas, la oposición del principio del *uti possidettis*. En las páginas siguientes, trataremos de darle un manto de claridad a los conceptos precedentes, desmintiendo que los argumentos jurídicos puedan ser interpretados para uno u otro lado sin ser forzados o desnaturalizados.

El principio del *uti possidetis*.

Este principio proviene del derecho romano, que autorizaba a la parte beligerante a reclamar el territorio que había adquirido tras una guerra. A partir de ello, el término ha sido utilizado históricamente para legitimar conquistas territoriales, por ejemplo, la anexión de la Alsacia-Lorena por parte del imperio alemán en 1871. Más recientemente, el principio ha sido utilizado para establecer las fronteras de nuevos estados surgidos tras un proceso de independencia (descolonización), con el objeto de asegurar que las fronteras mantuvieran los límites de los viejos territorios coloniales de los cuales emergieron. Este principio fue aplicado durante el siglo XIX respecto a los territorios emancipados del imperio español en la América hispana. Es decir, que una vez independizado, cada Estado así surgido poseería el mismo territorio que le correspondía al final de la época colonial. Se tomó como base los territorios poseídos en 1810. Así, en América del Sur y América Central, al pasar a la vida independiente, se fijaron para los nuevos países, el *uti possidetis iure* de 1810; en otras palabras, los territorios que tenían en 1810 como integrantes del virreinato o capitania general correspondiente, seguían siendo poseídos ahora como estado.

Esta locución latina significa "así como poseéis, así poseeréis" y en latín su expresión completa es "*Uti possidetis, ita possideatis*". A mediados del siglo XVII, fue utilizada por España para señalar en sus dominios coloniales hasta donde llegaban los derechos y privilegios que otorgaba, y los estados emancipados querían significar los límites de sus territorios establecidos por la metrópoli al momento de su independencia.

Fue introducida por Colombia en los tratados de Panamá de 1826 y fue adoptada en varios tratados de límites celebrados entre estados hispanoamericanos. Al tener cierto grado de desconocimiento del propio territorio, ya que se ocupaban tierras tan vastas que no se habían logrado explorar en su totalidad, la posesión real era diferente a la que correspondía según el título. Así surgió la distinción entre "*uti possidetis iure* y *uti possidetis de facto*". El primero tiene en miras el derecho otorgado por los títulos reales y el segundo se refería al hecho de la posesión material existente.

Su utilización más frecuente fue en negociaciones sobre límites como base para llegar a un acuerdo, evitando enfrentamientos y posibilitando arreglos pacíficos a través del arbitraje. Schwarzenberger⁷ (autor que citan los británicos) dice que el objetivo del *uti possidetis* era reconocerles a los sucesores de España, títulos de propiedad sobre territorios que nunca habían sido ocupados por ese país. Agrega que la locución no tiene relación con la institución de derecho romano *interdictum uti possidetis*, sino que su utilización expresa la intención de los países latinoamericanos que han formado parte del Imperio Español de que sus fronteras internacionales, en lo posible, deben seguir las de la anterior potencia colonial. Así, aún en territorios que de hecho nunca habían sido ocupados por España fueron, por consentimiento común, considerados ocupados en razón de la ley, desde el primer momento.

Cuando Estados Unidos reclamó territorios como sucesor de España, la única objeción de Gran Bretaña fue que no podía reclamar "más derechos" que los que había tenido la propia España⁸. Esto no sólo demuestra que Gran Bretaña aceptó la sucesión territorial de un país a otro, sino que también conocía la regla del *uti possidetis* ya que el *statu quo* que implica esta regla es exactamente lo mismo que "no reclamar más que lo que el sucesor tenía". Argentina, al tiempo de su independencia, no reclamó más que lo que España legítimamente poseía, y esto incluye definitivamente a las islas Malvinas y adyacentes. Sin duda entonces, los límites de nuestros territorios incluyeron, luego de la independencia, la islas en disputa. Aquí volvemos a encontrarnos con una pregunta:

¿Qué llevó a Gran Bretaña, luego de reconocer estos principios con países poderosos, a desconocerlos sistemáticamente con los débiles y recién independizados?

Descartamos por inexistente y absurda la idea de que, de una época a otra, haya habido una evolución en las doctrinas y la jurisprudencia que llevaron a esta modificación de criterios por el lado de Gran Bretaña. Creo particularmente que las posiciones de derecho que sostuvo en otros casos, no eran necesarias discutirlos con estados recién instaurados, los cuales no resistirían la más mínima acción bélica. En 1833, una vez avasallados los derechos de la Provincias Unidas, mantuvieron el *uti possidetis de facto* en total ausencia del *de iure*. Pero al ser este un trabajo de

⁷ G. Schwarzenberger, *International law*, Londres, 1957, 3 vols. Citado por Ferrer Vieyra, pag.207.

⁸ La cuestión por el territorio de Óregon, involucró originariamente la soberanía de España, Rusia, Gran Bretaña y Estados Unidos, luego limitada a estos dos últimos. La disputa estuvo centrada por territorios situados desde el norte de la bahía de San Francisco hasta las Montañas Rocosas.

Derecho Internacional Público y no de estrategia bélica inglesa, cabe decir que la total carencia de títulos sobre un territorio conlleva dos posibilidades: se lo resigna en favor del verdadero dueño o se lo conquista a la fuerza y después se intenta darle un manto de juridicidad forzada. Este último a sido el camino elegido por Gran Bretaña en 1833, pero más absurdo y desconcertante aún es que lo siga manteniendo en el siglo XXI.

Si bien la regla del *uti possidetis* ha sido creada unilateralmente por España, fue expresamente aceptada por Gran Bretaña como señalamos, y es en la actualidad una norma consuetudinaria y convencional de Derecho Internacional. Por lo tanto, en el análisis jurídico del conflicto, es perfectamente posible recurrir a este precepto para reforzar nuestras pretensiones, aunque de ninguna manera dependemos de él.

Concluyo afirmando que cuando un Estado varía sus posiciones de un conflicto a otro, y cuando varía los argumentos jurídicos de un mismo conflicto, esta debilitando su posición ante la comunidad de las Naciones y ante el organismo o tribunal que decida, en última instancia, la controversia planteada.

El principio de la libre determinación de los pueblos y el de integridad territorial.

A fines del siglo XVIII, con la revolución de Estados Unidos en 1776, se proclamó el derecho de los pueblos a disponer de su destino, principio que también fue enunciado y aplicado en 1793 por Francia, aunque luego procedió a conquistar y anexar territorios. Se ha creado como reacción a las monarquías absolutas, donde el supremo soberano cedía territorios y/o los negociaba sin la intervención del pueblo. Grocio fue de los primeros en desestimar dicha conducta alegando que los territorios no se pueden enajenar sin el consentimiento de los ciudadanos. Desde mediados del siglo XIX se aplicó en varias ocasiones consultando a las poblaciones por medio de un plebiscito.

El presidente del Estados Unidos, al final de la primera guerra mundial, propugnó el modo plebiscitario para la reorganización política de Europa al restablecerse la paz.

Este principio de autodeterminación o también llamado de libre determinación de los pueblos, ha sido desarrollado a partir de 1945, en numerosos instrumentos aprobados en Naciones Unidas. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece en su artículo 1° inciso 1°: "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural". La resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de 1960, que contiene la "Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales" proclama en su artículo 2° la misma premisa que antes expusimos.

Este principio tuvo como principal misión teleológica poner fin al colonialismo y luego veremos como influye este norte en la alegación que del mismo realizan los países.

Se ha discutido si la libre determinación de los pueblos es un derecho o un principio, y si es un principio, si es jurídico o político. La gran mayoría de los tratadistas británicos de Derecho internacional niegan que sea una institución de

Derecho internacional Público, por lo tanto su enunciación en el caso de las Islas Malvinas tiene un objetivo eminentemente político.

La República Argentina ha venido enunciando que la libre determinación de los pueblos es un derecho, así lo ha hecho reiteradas veces en Naciones Unidas.

La enunciación de este principio ha tenido como principal consecuencia que Gran Bretaña logre evitar la verdadera disputa, que se trata simplemente de saber quién de las dos partes tiene mejores derechos sobre las islas. El modo plebiscitario en el caso de los *Kelpers* es sin duda inapropiado, al ser ciudadanos importados de la mismísima Inglaterra y al depender económicamente de la potencia Europea. La gran mayoría de las riquezas de las islas están en manos de los británicos, y se las explota en forma "colonialista".

Para pensar lo absurdo de la posibilidad del plebiscito expongo el siguiente ejemplo desde nuestra perspectiva: si Argentina tuviera poderío bélico, sería cuestión de, simplemente, elegir el territorio que deseamos para nuestra patria. Luego de eso, debemos desalojar a las autoridades que se hallen ejerciendo soberanía, de manera pacífica o violenta, para luego instalar nuestros conciudadanos a través de incentivos económicos y otras maniobras políticas. Luego, y para legalizar internacionalmente nuestro actuar, presentamos ante los organismos pertinentes la intención de que estos ciudadanos decidan su propia suerte a través de un plebiscito y aduciendo la libre determinación de los pueblos. Un resultado positivo no sólo daría independencia a estos pobladores sino que también sepultaría en lo oscuro del pozo el verdadero debate, que es sobre la soberanía de ese territorio. Si fuera mi país quién realizara semejante maniobra al otro lado del océano, por unas islas donde la supervivencia es muy ardua y complicada (y que ni siquiera sería muy importante económicamente porque Gran Bretaña es ya un país desarrollado y poderoso) no haría más que darme vergüenza y exigiría, por más que sea Argentino, su inmediata devolución. En este ejemplo absurdo se ve como, al igual que en el caso Malvinas, el principio puede ser desnaturalizado y utilizado, en vez de para poner fin al colonialismo en todas sus formas, para fomentarlo y legalizarlo.

Otros de los aspectos del asunto que se quiere evitar reconocer es que las islas constituyen parte del territorio Argentino, y que este precepto es principal dentro de la organización de los Estados. Tanto es así que la declaración sobre el otorgamiento de la independencia a los países y pueblos coloniales –resolución 1514 (XV)- aclara en su párrafo 6: "Todo intento por quebrantar total o parcialmente la unidad Nacional y la

integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas". En conclusión, el principio de autodeterminación cede ante el de integridad territorial, y es lógico que así sea, para evitar justamente la desnaturalización del principio como lo vimos en el ejemplo.

El derecho a la libre determinación no es aplicable a las minorías, pues produciría grandes problemas jurídicos y sociales.

Para entender la posición británica (no significa compartir) veremos como explicaban los señores Crawley Onslow (Miembro de la cámara y ministro de asuntos Externos y de la comunidad), E. Palmer y R. Westbrook (miembros del Departamento de las Islas Falkland de mismo ministerio) en la cámara de los Comunes el 21 de febrero de 1983 este principio. El ministro resumió la posición británica en un interrogatorio extenso:

1. Los deseos de los Kelpers tienen primacía sobre toda otra cuestión.
2. No tiene asidero la distinción entre intereses y deseos de los isleños.
3. Debe permitírseles a los pobladores definir cuales son sus intereses y expresar sus deseos.
4. El gobierno está obligado a consultar a los isleños antes de tomar una decisión.
5. Se señala que la opinión de los isleños, por ser estos una comunidad muy pequeña, es muy influible, hecho que quedó claramente en evidencia cuando se discutió la posibilidad de un arriendo de las islas, cuestión sobre la cual la población cambió de idea de un día para el otro.
6. Si anteriormente el gobierno había hablado de soberanía con la Argentina, la guerra lo había cambiado todo, aclarando el ministro que "no se puede poner la leche de nuevo en una botella una vez que ha sido derramada".
7. Se espera que la Argentina cuando tenga un gobierno democrático exprese su pesar por las acciones bélicas.
8. El gobierno Argentino tendrá que darles seguridad a los isleños de que no serán nuevamente agredidos, seguridades que deberán ser garantizadas por terceros Estados.

9. Los isleños no tienen derecho de veto, este es exclusivo de la Cámara de los Comunes, por lo tanto quién decidirá en última instancia es la Cámara.

10. Si la Argentina no cede en su pedido de soberanía se llegará a una situación donde será imposible un acuerdo bilateral.

11. Sin duda, se debe tener en cuenta la opinión de 55 millones de británicos por los gastos que ocasiona la fuerza militar permanente de Malvinas.

12. La posibilidad de que Naciones Unidas establezcan una especie de tutela sobre las islas debe ser considerada con la certeza de que se tratará de incluir a la Argentina.

De las declaraciones del ministro Onslow nos queda claro que el gobierno británico va a defender a toda costa el principio de libre determinación de los Kelpers. Sin embargo, surgió claramente de su discurso que la decisión final la tiene la Cámara de los Comunes en Londres. Esta apreciación es de suma importancia, pues no se puede pretender libre determinación de un pueblo en base a la decisión del parlamento de otro.

Se han esbozado otras opiniones sobre la libre determinación de los pueblos en la Comisión de Relaciones Exteriores, son las siguientes:

- El profesor Deas ha dicho que el principio en cuestión no tiene fuerza suficiente como para resolver conflictos de soberanía
- La población Malvinense no es población nativa que desee librarse del yugo británico (Deas).
- La libre determinación es un "axioma político" más que un "principio legal" (Fawcett y el consejero legal Sinclair).
- Los Malvinenses reclaman la ciudadanía británica, lo cual torna más dudoso su calificación como "pueblo" (Fawcett).
- ¿Se puede ser ciudadano del Reino Unido y a la vez exigir la libre determinación? (Fawcett).
- Para el gobierno de Gran Bretaña, "pueblo" es una comunidad asentada en un territorio, que se mantiene a sí misma, con sus propias instituciones y administración civil (Sinclair).

- El principio de libre determinación es aplicable por más que los Kelpers sean ciudadanos británicos.
- Las islas son esencialmente una colonia, y es difícil precisar los elementos democráticos en sus instituciones.
- Sugerir que la libre determinación puede dar títulos es una proposición muy nueva (Akehurst).
- El gobierno británico invoca la libre determinación no como un título sino como un argumento político para permitir que las islas sigan en sus dominios (Akehurst).
- La Argentina sostiene que los habitantes son inmigrantes ilegales o hijos de inmigrantes ilegales, sin derecho a determinar el futuro de las islas (Akehurst).
- Para muchos de los integrantes de las Naciones Unidas el colonialismo es ilegal por más que los isleños quieran seguir siendo una colonia.
- El párrafo 6 de la declaración sobre el otorgamiento de la independencia a los pueblos y territorios coloniales –resolución 1514 (XV)- condena la ruptura de la “Unidad Nacional” de un país, argumento que utiliza la Argentina en su favor. La posición británica sostiene que se refiera a rupturas futuras y no a las rupturas pasadas (Akehurst).
- Todas estas consideraciones llevan a demostrar que la libre determinación está mucho más controvertida de lo que se piensa (Akehurst).
- La solución inglesa debe estar en la descolonización de las islas, ya que el régimen colonial es ilegal para Naciones Unidas (Akehurst).

La ley aprobada por el parlamento inglés que otorga ciudadanía británica a los nacidos en las Islas Malvinas, con iguales derechos que los nacidos en Londres, anula toda posibilidad de considerarlos como un “pueblo”. No poseen una conciencia nacional propia ni la desean forjar, pues quieren ser británicos. No poseen identidad nacional propia, ya que la diferencia en las costumbres que produce la diversidad geográfica y climática no basta para diferenciarla de la identidad inglesa⁹.

⁹ Se ha dicho que la ley de nacionalidad estaría en contradicción con la resolución 31/49 (1976) donde se insta a las partes a no modificar unilateralmente la situación mientras esté en disputa la soberanía sobre las islas.

Postura Argentina con respecto al principio de la libre determinación de los pueblos.

La postura oficial Argentina fue expuesta por el canciller el 2 de Noviembre de 1982 en las Naciones Unidas. Ha llegado a las siguientes conclusiones:

1. El derecho a la libre determinación es uno de los derechos esenciales en materia de descolonización, y su jerarquía y papel es de particular importancia.

2. La propia Asamblea General ha establecido que en determinados casos cede su aplicación ante otros derechos, como el de integridad territorial, que responden más adecuadamente a los problemas que presentan algunos territorios como las Islas Malvinas, Gibraltar, Mayotte, etc.

3. La Asamblea General ha admitido la individualidad de los casos coloniales y la resolución 1514 (XV) establece que en determinadas situaciones el principio aplicable es el de integridad territorial y no el de autodeterminación.

4. La resolución 2353 (XXII) adoptada por la Asamblea con respecto a Gibraltar, es un claro ejemplo de la aplicación del principio de integridad territorial, se reiteró el principio y se dejó sin efecto alguno el referéndum celebrado allí por Gran Bretaña, en septiembre de 1967.

5. La Corte Internacional de Justicia reiteró el principio de integridad territorial y su valor frente al de autodeterminación. En dicha opinión consultiva, dice que en los casos donde existe una disputa de soberanía acerca de un territorio colonial, la aplicación del principio de libre determinación depende de la naturaleza del vínculo entre el territorio en cuestión y el Estado reclamante al momento de la ocupación por la potencia colonial (1833 en el caso de Malvinas).

6. En el caso de Gibraltar, una resolución de la asamblea manifestó que tiene que haber una identidad entre la población y el territorio para ser titulares del derecho de autodeterminación.

7. La intención del gobierno Británico, al invocar el derecho a la autodeterminación, es defender su supuesto derecho de soberanía sobre las islas.

8. Es evidente que los "deseos" de los isleños están condicionados a los "deseos" del parlamento inglés.

9. La Corte Internacional de Justicia aclaró que la autodeterminación es la voluntad de los pueblos libremente expresada, y en el caso de Malvinas, lo que cuenta es la voluntad del parlamento Inglés.

10. Si se acepta la tesis Británica, los territorios Palestinos y Árabes ocupados ilegalmente, tendrían derecho a autodeterminarse.

11. La autodeterminación en una población implantada por la fuerza, luego del desalojo forzado de sus anteriores ocupantes, constituye una burla a los esfuerzos de la O.N.U para terminar con el colonialismo: sólo conduce a la renovación del vínculo colonial bajo la apariencia de un arreglo libremente consentido.

12. La relación entre quienes pretenden determinarse y el territorio debe estar fundada en la legitimidad preexistente de la ocupación.

13. Los habitantes actuales deben ser lógicamente y justamente tenidos en cuenta, salvaguardando debidamente sus intereses.

14. En el memorando de entendimiento entre la Argentina y Gran Bretaña, de Agosto de 1969, se establecía que esta última reconocería la soberanía argentina cuando se considerase satisfactorias las garantías y salvaguardas que el gobierno ofreciera a los isleños.

15. En la conferencia de Ministros de relaciones exteriores de Países No Alineados (Lima, 1975) se adoptó una declaración en la que se expresa que las islas Malvinas constituyen un caso especial de no aplicación del principio de autodeterminación.

16. A la vez que reclamaba la libre determinación, Gran Bretaña establecía una base militar en las islas, contraria a varias resoluciones de la O.N.U y en manifiesta provocación hacia Argentina.

17. La única forma de descolonizar las islas Malvinas es solucionando la disputa entre Argentina y Gran Bretaña, únicas partes en el conflicto.

Considero los puntos 9), 11), 12) y 17) como de vital importancia para determinar si la población Malvinense tiene el derecho de autodeterminarse. Nuestro país ha interpretado que las resoluciones 2065 (XX), 3160 (XXVIII) y la res. 31/49 descarta totalmente la aplicación del derecho a la libre determinación en el caso particular de Malvinas, aunque se reconoce la vigencia del principio en otros casos.

La intervención del delegado argentino en la Asamblea de Nueva York, Sr. Ros, nos aclara la posición de nuestro gobierno ante el organismo¹⁰:

... "Entiende mi gobierno que el principio de libre determinación de los pueblos establecido en el párrafo 2 del artículo 1 de la Carta, debe ser considerado a la luz de las circunstancias que lo condicionan en su ejercicio; es decir, existen factores que limitan su alcance cuando otros principios, como el de integridad territorial del Estado o la particular situación de territorios en litigio, demandan una cuidadosa determinación del principio de autodeterminación. En ese sentido, consideramos que el principio no puede aplicarse indiscriminadamente a situaciones en que el territorio ha sido separado por la fuerza de un Estado independiente, sin que exista acuerdo internacional posterior que convalide esa situación de hecho y, en especial, cuando la población originaria ha sido dispersada y grupos de colonos de la Potencia ocupante se han instalado en el territorio.

Por ejemplo, la aplicación indiscriminada del principio de la libre determinación a territorios muy escasamente poblados pondría el destino de dichos territorios en manos de un limitadísimo grupo de colonos de la Potencia que se ha instalado allí por la fuerza, en violación de elementales normas de derecho internacional, sirviendo así el principio de autodeterminación como pantalla para legalizar un traspaso de soberanía bajo el manto de protección que le darían las Naciones Unidas".

Nadie pone en tela de juicio la existencia e importancia de los intereses de los isleños, pero no son parte esencial del conflicto de soberanía que existe; tal es así que se asentaron en un territorio de dudosa o, por lo menos, controvertida titularidad desde sus comienzos hasta la actualidad. Es más, el conflicto existía antes de su asentamiento regular, pero con otro contendiente (España). Por lo tanto la población no tiene el derecho de autodeterminarse, y no está ajena al conflicto existente, es la

¹⁰ Asamblea General, Doc. A/PV.1065, del 27 de Noviembre de 1961.

mínima consecuencia que deben sufrir aquellos que eligen para vivir un territorio tan conflictivo o, a decir mío, un territorio ocupado ilegalmente.

Informe de la O.N.U sobre la libre determinación.

Los relatores Gros Espiell y Cristescu han sido los relatores de los dos informes de N.U sobre libre determinación de los pueblos.

Gros Espiell deduce que el derecho a la libre determinación de los pueblos existe como tal en el derecho internacional de hoy, cuando un pueblo está sometido a cualquier forma o tipo, sea cual fuere su naturaleza, de dominación colonial y extranjera. Todo pueblo tiene ese derecho, sin que sea posible distinguir entre un pueblo y otro para reconocer su existencia, si se dan las condiciones requeridas.

Este derecho es *ius cogens*, es decir, una "norma imperativa de derecho internacional general", según la expresión de Viena sobre Derecho de los tratados. Es, en principio, un derecho de los pueblos. El derecho internacional de hoy no hace titulares de este derecho a las minorías. También se aclara que es a los pueblos y no a Naciones o Estados a los que se les ha atribuido expresamente la titularidad del derecho a la libre determinación. Gross Espiell dice que el plebiscito no es posible ya que el pueblo no puede expresar libremente su voluntad.

Aclara este relator que cuando esta en juego la integridad territorial no se aplica el de la libre determinación, criterio capital en el derecho de la O.N.U.

El relator Cristescu comienza con las normas que establece la resolución 1514 (XV) y que dice : "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de ese derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural". También lo relaciona con la resolución 2625 (XXV) que contiene la "Declaración sobre los principios del derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas". En la misma se dice que el principio a la libre determinación constituye una importante contribución al derecho internacional contemporáneo. Agrega que en virtud del principio de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, consagrado en la Carta de

Naciones Unidas, todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de procurar el desarrollo económico, social y cultural, y todo estado debe respetar este derecho con arreglo a las disposiciones de la Carta.

Dentro del acápite sobre libre determinación, debemos hacer referencia a las situaciones que han generado conflicto, como ser la definición de "pueblo". No existe ningún texto ni definición alguna acerca del término –pueblo-. Debemos decir con todo franqueza, que si bien es importante el problema doctrinario y práctico que implica la definición, no menos cierto es que en el caso de Malvinas carece de importancia, pues aquí se trata de un conflicto de soberanía, y una vez entendido esto pierde valor la cuestión de si los habitantes de las islas son un pueblo o no.

Es de vital importancia resaltar que en cumplimiento de la resolución 1514 (XV), el gobierno de Gran Bretaña inscribió numerosos territorios que, en pleno siglo XX, seguía ejerciendo prerrogativas de antigua potencia colonial. Entre estos territorios incluyó por *motu proprio* a las Islas Malvinas o *Falkland Island*, con lo cual asumió solemnemente la obligación de descolonizarlas. Hay dos formas de lograr este cometido; o se reconoce la soberanía Argentina o se otorga la independencia del archipiélago, cuando ya hemos visto la imposibilidad de esta última tarea.

Un plazo para descolonizar las Islas Malvinas.

Sin duda, luego de las reflexiones precedentes, debemos decir algo del plazo para descolonizar. Sea cual fuere la forma que adopta dicho objetivo, lo cierto es que debe hacerse pues se ha comprometido Gran Bretaña a hacerlo. No se ha hablado de plazos, por lo cual nos tomamos la libertad de realizar ciertas conjeturas sobre el tema. Se ha discutido mucho sobre el valor de las decisiones y de la fuerza ejecutiva de las resoluciones de las Naciones Unidas. Más allá de su eficacia, no hay duda de su importancia y Argentina así lo ha entendido, por eso puso casi todas sus expectativas en este organismo. De otra manera hubiera sido imposible, por un lado, darle difusión a los argumentos de derecho que existen a su favor, y por otro, explicar al mundo el porqué de la decisión armada en el intento de recuperación de las islas, que tan mal visto y tantos actos de repudio generó en el mundo entero. Además, con la actitud reticente que ha mostrado Gran Bretaña a la hora de negociar o siquiera discutir el tema de la soberanía de las islas Malvinas, poco o nada se hubiera hecho sin los organismos internacionales tales como la ONU y la OEA.

Los estados siguen siendo soberanos y dueños de sus propios actos, sin poder ser forzados, por más justicia que se requiera, a aceptar una negociación o un arbitraje. Después de la primera respuesta de Lord Palmerston a Manuel Moreno en 1834, Gran Bretaña no contestó siquiera a las reclamaciones posteriores argentinas. En cambio, cuando fue compelida por los compromisos que asumió frente a Naciones Unidas, se vio obligada a hacerlo en 1964 y 1965, y en otros años posteriores. Si bien las resoluciones de Naciones Unidas no van a lograr que Gran Bretaña devuelva las islas a la Argentina, es un compromiso importante que servirá de base para las negociaciones entre ambos países.

Escribía hace 30 años Bonifacio del Carril¹¹:

"Según mi opinión, las Naciones Unidas deben establecer además, ahora, un plazo final para que concluya el proceso de descolonización iniciado en 1960, no sólo de las islas Malvinas sino de todas las colonias todavía existentes, denunciadas por las propias potencias

¹¹ Bonifacio del Carril, **La cuestión de las Malvinas**, Buenos Aires, Hyspamérica, 1986, p.80.

colonizadoras. Si en 1945 y en 1960 no fue concebible que los estados miembro siguieran poseyendo colonias, hoy en 1976, cuando ya hemos entrado en el último cuarto del siglo XX, el mantenimiento de esta situación resulta sencillamente intolerable. ¿Hasta cuando va a durar el proceso de descolonización?."

Esta última pregunta fue hecha hace treinta años atrás y ya parecía un abuso, hoy, en el año 2006 es prácticamente una ilegalidad. La Asamblea General debe por una cuestión de moral y equidad fijar un plazo para concluir el proceso de descolonización. Además debe hacerlo para no ver truncado todos sus objetivos y esfuerzos, para no ver violados el espíritu y la justicia de sus pilares fundamentales. Sigue diciendo Bonifacio del Carril¹²:

"Mantengamos firme nuestra reclamación y la exigencia de que se respeten nuestros derechos. No hostiguemos innecesariamente a Gran Bretaña, que difícilmente entregará las islas mientras se mantenga la presión Argentina. Dejémosla, en cambio, que enfrente por sí misma y cumpla la obligación que ha contraído de descolonizar las islas, dentro del plazo que fije Naciones Unidas. Tengamos la seguridad de que sólo podrá hacerlo reconociendo el derecho argentino sobre el archipiélago."

Opinamos que la presión que debe ejercer Argentina es por los canales diplomáticos y jurídicos pertinentes, como cualquiera que tiene plena convicción y seguridad de la justicia de su causa. Convengamos también que existe una presión interna hacia nuestros gobernantes para que actúen y busquen la solución de la causa. Un pueblo que todavía está herido, en sus recuerdos por la guerra y en su derechos avasallados por el desalojo de 1833 ejerce su presión coherentemente. Hemos tenido claro ejemplo de la interpretación que le otorga Gran Bretaña a nuestra falta de presión, cuando luego de innumerables y frustradas reclamaciones, nuestro país dejó de realizar las protestas por algunos años, y ellos evocaron nuestra falta de interés sobre la resolución del conflicto y pretendieron usucapir el territorio en conflicto.

No hay la menor duda que Gran Bretaña ejerció o pretendió ejercer contra España, y luego contra Argentina, en 1806, 1807 y en 1833, simplemente el derecho del más fuerte, apoderándose de territorios que no le pertenecían, y en el caso de Malvinas, resolviendo por medio de la fuerza una discusión con España que nunca

12 ibid pag.anterior

mantuvo con el gobierno argentino. Por lo tanto, la intención de que el pueblo Malvinense se autodetermine, intenta darle un manto de legalidad a todo un siglo de usurpaciones y actos de piratería, dándonos la razón a todos aquellos que pensamos que es un intento político para evadir la verdadera raíz del conflicto. Durante la Asamblea Gran Bretaña sostuvo que debe consultarse la opinión de los habitantes, pero la resolución por abrumadora mayoría, fue explícita y categórica: deben consultarse los intereses de los pobladores y no sus deseos. Concluamos diciendo que en los numerosos conflictos de orden internacional en los que le ha tocado intervenir a Gran Bretaña –Israel y Palestina-, la India y Paquistán-, nunca se ha interesado demasiado por los deseos de sus pobladores, que eran en aquellos casos millones y millones de seres humanos.

La prescripción en el derecho Internacional Público.

Diversas son las opiniones que los autores versados en la materia han expuesto sobre este tópico. Una primera gran distinción entre ellos podemos situarla entre aquellos que creen que la prescripción es un instituto de derecho Internacional Público y aquellos que la consideran materia exclusiva del derecho privado, aduciendo que las instituciones del derecho privado no pueden ser aplicadas analógicamente al derecho Internacional Público. Dentro de aquellos autores que la consideran como un institución propia del Derecho Internacional Público, difieren sobre los requisitos que deben cumplirse antes de poder consumarse la prescripción adquisitiva.

Creo que la segunda opinión es la acertada, y luego del análisis del tema expondremos nuestro pensamiento sobre la misma.

El profesor Brownlie¹³ es contrario a la validez de la reclamación británica fundada en la prescripción. Este autor es de aquellos que no cree que la prescripción sea una institución de derecho internacional. En su obra titulada "*Principles of International law*" dice que eminentes juristas negaban en el siglo pasado que la prescripción fuese un modo de adquirir territorios. Sin embargo llega a esta conclusión luego de un exhaustivo análisis. Dice que hay tres formas de prescribir: 1) mediante la posesión inmemorial; 2) mediante una prescripción semejante a la usucapión, pero que requiere posesión no interrumpida, justo título (aunque defectuoso), buena fe y posesión por un periodo definido por la ley; 3) mediante la usucapión que se puede aplicar aun en situaciones de mala fe.

Para Brownlie la condición más importante es el consentimiento. La posesión debe ser ininterrumpida y pacífica, y para ser pacífica tiene que haber consentimiento, lo cual no ocurre cuando media una protesta. De igual parecer son los autores Hyde, Openheim y Fauchille. Existen autores que consideran que la prescripción puede crear un título sólo por el transcurso del tiempo, sin necesidad de consentimiento y siempre que no sea turbada por una medida de fuerza. A este tipo de prescripción la llaman "prescripción adversa".

¹³ I. Brownlie, *Principles of International law*, Londres, 6ª edición, 1979, p.157, citado por Ferrer Vieyra, *Las islas Malvinas y el Derecho Internacional*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p.363.

D.N.N Johnson¹⁴ publicó en 1950, en el *British Yearbook of International law*, su artículo titulado "Acquisitive prescription in international law". Atribuyen a este autor las incursión británica en la prescripción adquisitiva como argumento para fundar sus derechos sobre las Islas Malvinas. Dice este autor que todos los sistemas legales han considerado necesario tener una doctrina que dé validez legal a títulos de propiedad que originariamente no eran válidos o cuya validez original es imposible probar. Esta regla, comenta, tiene como objetivo preservar el orden y la estabilidad internacionales. Existen para este autor dos tipos de prescripción adquisitiva: una es la que tiene origen en la *usucapio romana*¹⁵ y la otra es el título de propiedad que deriva de "una posesión inmemorial".

Al hablar de los requisitos, el autor señala que aunque algunos autores, tales como De Louter, no requieren que la posesión sea pacífica, en el caso de la islas de Palmas, el profesor Hubert se refirió a un *-continuo y pacífico ejercicio de autoridad estatal-*. También en el arbitraje sobre el Chamizal¹⁶ se insistió en que una posesión mantenida por la fuerza bajo protesta de la otra parte no otorgaba derecho a prescribir. Agrega el autor que el ejercicio de autoridad por una parte y la aceptación del ejercicio por parte de la otra son las condiciones *sine qua non* de la prescripción adquisitiva. Johnson piensa que el tema de que la posesión debe ser pacífica no está en duda, aunque si su aplicación.

No se entiende como el autor puede poner en duda la aplicación del principio que líneas arriba defendió. Al quitar la aplicación de este requisito vuelve a considerarse la fuerza como parte del Derecho Internacional, derribando los cimientos de cualquier teoría o justificación jurídica. Desde Audinet, en el siglo pasado, quién decía que para poder prescribir es necesaria una posesión continua y no interrumpida, pacífica, pública y a título de propietario; hasta Vedross quién afirmaba que la prescripción adquisitiva supone, de parte del ocupante, una posesión pacífica y no interrumpida, que haga presumir el abandono de sus derechos al antiguo soberano¹⁷, corroboran la aplicación del principio. Parece este autor oscilar entre lo jurídico y lo político, o entre su doctrina jurídica y su

¹⁴ Citado por Ferrer Vieyra, **Las islas Malvinas y el Derecho Internacional**, Buenos Aires, Depalma, 1984, p.159.

¹⁵ Existían varios requisitos que debían cumplirse, tales como: a) que la cosa pudiera ser objeto de propiedad (*res habilis*); b) que exista un título de alguna clase (*justus titulus*) o un título deficiente; c) buena fe (*fides*); d) posesión; e) la posesión debía ser por un tiempo definido en la ley (*tempus*).

¹⁶ Fue un litigio entre Estados Unidos y Méjico por una porción del territorio limítrofe cercano a la ciudad de El Paso. Estados Unidos enunció la doctrina de la prescripción pero terminó por desecharla.

¹⁷ Para Fauchille, Kulaki, Gidel, Reastad, Jonston, y una veintena de autores más, el consentimiento es una condición esencial en la prescripción adquisitiva.

amor a la patria, de manera obsecuente y premeditada. Sin embargo culmina con la definición de prescripción en la que hace honor a su pensamiento científico, y dice:

"Prescripción adquisitiva es el medio por el cual, según el derecho internacional, se da reconocimiento legal al derecho de un Estado para ejercer soberanía sobre un territorio de mar o tierra en casos en que el Estado ha ejercido de hecho esa autoridad de una manera ininterrumpida, continua y pacífica sobre el área referida, por un período de tiempo suficiente, siempre que todos los intereses afectados (en caso de propiedad territorial, el poseedor anterior) hayan consentido ese ejercicio de autoridad. Este consentimiento se da cuando el Estado interesado no lleva al asunto, en tiempo razonable, a la organización internacional correspondiente o a un tribunal internacional; y cuando eso no es posible, cuando no haya manifestado su oposición a través de la protesta diplomática pertinente. El tiempo requerido para constituir un título por prescripción, por un parte, y la extensión de la acciones requeridas para impedir esa constitución, por la otra, son invariablemente cuestiones de hecho, a ser decididas por el tribunal internacional ante el cual se lleve eventualmente el asunto para su solución".

El doctor Jennings¹⁸ (Profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Cambridge, miembro de la Corte Internacional de Justicia), en su libro sobre los distintos modos de adquisición de territorios, trata el tema de la prescripción. Establece primero la distinción entre ocupación y prescripción adquisitiva, afirmando que la ocupación sólo puede ser aplicada a territorios que sean *res nullius* y en todos los casos debe ser legal su origen; el trascurso del tiempo no tiene efectos sobre ella siempre y cuando la aprehensión sea efectiva. La prescripción, dice Jennings, es un concepto que comprende una posesión cuyo origen es legalmente dudoso o controvertido y una posesión adversa, que es en su origen demostrable como ilegal. Concluye el autor diciendo que debe ser, en consecuencia, una posesión continua y prolongada, no cuestionada, y claramente atribuible a una reclamación de actuar como soberano. Piensa Jennings que la aceptación del Estado contra el cual se prescribe está en la esencia del proceso. La aceptación de terceros estados es prácticamente irrelevante.

Este autor habla también de la diferencia entre reclamación política y título legal. La cuestión es puramente legal cuando se quiere saber quién tiene mejor título sobre un territorio. Cuando se discute que debe haber una transferencia, por una razón u otra, del territorio a otra soberanía, se trata de una cuestión política. Pienso que tal vez la primera tenga como resultado la segunda, es decir que por tener justos título un país reciba la

devolución de su propio territorio usurpado. También creo que dentro de la discusión eminentemente jurídica, aparecen conceptos o interpretaciones políticas ocultas. Por último, en algunos autores la coherencia científica se ve mermada por el partidismo nacionalista.

Verykios¹⁹ (autor reiteradamente citado en la literatura jurídica sobre la cuestión) ha publicado como trabajo de tesis, el tema de la prescripción en el derecho internacional y ha ejemplificado con el caso Malvinas. Comenta este autor que en el año 1925 un comité de diecisiete juristas, encargado por la Sociedad de las Naciones de hacer una lista de materias sujetas a codificación, en su primera sesión (realizada en Ginebra) incluyó la prescripción dentro de las doce materias a codificar. En 1926 cuando se presentaron los informes, no se refería a la prescripción ningún artículo del mismo. La prescripción, para este autor, forma parte del Derecho Internacional Público por tres razones:

- Por la práctica que de ella han hecho los Estados;
- Porque está admitida en la legislación interna de todos los países;
- Porque es una institución necesaria para todo el sistema jurídico.

También se refiere al abandono. Aduce que es un derecho que posee cualquier Estado el de abandonar parte de su territorio. En lo referente a las islas Malvinas dice que España y luego Argentina, a pesar de la falta de ocupación efectiva, no han tenido jamás el *animus derelinquendi*, porque las protestas siguieron inmediatamente después al acto de ocupación extranjera. Si los ingleses hubiesen tenido algún derecho sobre las islas, lo hubieran perdido por el abandono de éstas en 1774. Aun cuando las islas hubieran podido ser consideradas como un territorio abandonado a comienzos del siglo XIX, no se podía considerar lo mismo después de la toma de posesión oficial de Daniel Jewitt en 1820, porque parece que a partir de ese momento la ocupación fue bien efectiva por parte de la Argentina. Concluye a favor de Gran Bretaña diciendo:

"...la prolongada ocupación ha borrado los vicios de su adquisición originaria y en nuestros días las islas Falkland son, por efecto de la prescripción, parte legítima del imperio británico. Por lo que vemos, una falta total de buena fe puede a menudo permitir la prescripción cuando las otras

¹⁸ R.Y.Jennings, *The acquisition of territory in International law*, Manchester University Press, 1963. Citado por Ferrer Vieyra, ob.cit pag.11

¹⁹P.A Verykios, *La prescription en droit international public*, París, Pedone. 1934, citado por Ferrer Vieyra pag.174.

condiciones requeridas son reemplazadas por el ejercicio de la soberanía territorial (carácter pacífico, continuidad) “.

MacGibbon (autor del que hablaremos más adelante) sostiene que el derecho internacional exige como prueba para la formación de un título histórico o por prescripción, que la posesión sea continua y pacífica.

En un caso jurisprudencial (Caso de las pesquerías, que después veremos) Gran Bretaña explica su interpretación de la institución: “La esencia del efecto de la prescripción a causa del paso del tiempo es demostrar que los Estados, por su falta de acción durante un largo período de tiempo, han consentido la violación de sus derechos, a lo que ellos deberían haberse resistido. La protesta de un sólo Estado, a criterio del gobierno de Gran Bretaña, es efectiva para prevenir la creación de un título por prescripción, precisamente, en la medida en que el Estado toma todas las providencias necesarias y razonables para reparar esa violación a sus derechos”. Dicen los voceros británicos en otro caso: “Cuando el paso del tiempo está acompañado de una protesta permanente por el otro Estado, no hay ni una –expresa aceptación– ni una –aceptación implícita–”

El principal requerimiento para poder ocupar un territorio es que sea *terra nullius*. MacGibbon reconoce que la ausencia de protesta frente a un acto realizado abiertamente para constituir un título por ocupación, puede confirmar la creencia de que el territorio era *terra nullius*.

Quiero agregar algo que me parece el *quid* de la cuestión referente a la prescripción. Ningún Estado puede prescribir contra sus propios títulos, es decir, si los británicos creen que las islas le pertenecen por otros títulos (descubrimiento y posterior ocupación), no pueden alegar la prescripción adquisitiva en su favor. Debe alegar este instituto aquel Estado que sepa de antemano (y quiera reconocerlo) que no posee título alguno que fundamente su ocupación sobre el territorio en litigio. Esta lógica del instituto fue puesta en evidencia en el caso de “El Chamizal” entre Méjico y Estados Unidos por una porción de territorio limítrofe. Estados Unidos alegó como título secundario el derivado de la prescripción adquisitiva, aunque carecía de los requisitos de pacífica, ya que Méjico realizó varias protestas, ni poseía el tiempo necesario para que dicha institución opere. Pero al alegar Estados Unidos una convención anterior con Méjico donde las partes reglaban sus derechos a la posesión del lugar, se dice que la sola existencia de esa convención le impide a Estados Unidos adquirir por prescripción en contra de los términos de su propio título.

En breves palabras quiero darle significado a las contradicciones jurídicas en las que incurre Gran Bretaña a la hora de fundamentar sus pretensiones. Primero, no se condice el intento de que la población malvinense se autodetermine con el planteo de la prescripción a favor de Gran Bretaña. Esta contradicción en el plano jurídico es plena coincidencia y coherencia en el plano político, ya que en ambos casos se quiere beneficiar a su propio Estado, de manera directa en el caso de la prescripción y de manera indirecta en el caso de la autodeterminación. Y como dijimos anteriormente, no pueden alegar la prescripción en contra de sus supuestos títulos, o sea que, o reconocen que nunca tuvieron títulos sobre las islas y aducen la prescripción, o tratan de hacer valer sus "posibles títulos", con lo cual no podrían prescribir contra lo propio.

La prescripción en el caso Malvinas.

Uno de los argumentos que con más asiduidad ha esbozado Gran Bretaña es el de la prescripción adquisitiva del territorio de las Islas Malvinas. Afirman que la posesión de las islas desde 1833 hasta al actualidad (173 años) les ha otorgado un título superior a los que puede oponer la Argentina. Los principales puntos sostenidos por el gobierno británico y el *Foreign Office* son:

- a. El gobierno británico no cree que los actos esporádicos de ocupación y administración efectuados por la Argentina, entre 1820 y 1833, puedan otorgarle a ésta un título válido sobre las islas.
- b. Se considera también que los actos de Vernet no configuraron una ocupación efectiva.
- c. La acción del capitán Duncan no tuvo por efecto dejar a las islas como *terra nullius*.
- d. En la presentación del caso por los británicos no se afirmaba que el territorio era *res nullius*, sino que la Argentina no tenía suficientes títulos sobre ellas.
- e. No consideran que las islas fueran tomadas por la fuerza en 1833.
- f. Se reconoció, por su parte, que el gobierno Argentino había protestado en 1833, 1834, 1841, 1842, 1849, 1888 y 1889; y repetidas veces en el siglo XX.
- g. Definen la prescripción adquisitiva como un medio para adquirir un título sobre un territorio, que no sea *terra nullius*, por medio de una prolongada y continua posesión²⁰.
- h. La prescripción se origina por una prolongada y continua posesión, cuando no existe una fuente natural de título, o cuando la posesión es efectuada frente a un título adverso y el propietario legítimo no ha tomado las medidas para afirmar sus derechos o ha sido incapaz de conseguir dicha afirmación.

El consejero legal del Foreign office recalcó además que:

²⁰ No hablan de posesión pacífica, una de los requisitos indispensables del instituto en el derecho interno.

I. Los actos que realizó Gran Bretaña en 1833, al tomar posesión de las islas, de ninguna manera invalidan el título por prescripción.

II. Para prescribir no hace falta el consentimiento de la otra parte.

III. Se señala que hubo dos períodos, de 1849 a 1884 (35 años) y de 1888 a 1908 (20 años), durante los cuales la Argentina no presentó ninguna protesta por la presencia británica en las islas Malvinas.

IV. Consideran que la protesta en sí no es suficiente para anular o impedir un título por prescripción.

V. La prescripción está cuestionada cuando existe una protesta diplomática, pero la Argentina protestó por primera vez en 1927.

VI. Desde 1833 a 1927, Gran Bretaña tuvo tiempo suficiente para crear un título por prescripción.

Los principios que se expusieron anteriormente pueden considerarse la posición oficial británica. El principio de la adquisición de las islas en virtud de la prescripción fue enunciado por el representante británico en las Naciones Unidas en 1965. El representante dijo que:

"...su gobierno estaba convencido de que las actividades británicas en épocas anteriores habían sido suficientes para darles buenos títulos sobre las islas Falkland por ocupación; además, el establecimiento de la soberanía británica mediante una abierta, continua, efectiva y pacífica ocupación por casi un siglo y medio le daba al Reino Unido un claro título prescriptivo"²¹.

En la réplica del delegado argentino sostuvo que incluso según autores británicos, la prescripción británica no podía constituir un título de adquisición válido sobre las islas, porque la Argentina la había interrumpido con las protestas que había efectuado en toda ocasión propicia. Este debate terminó con la declaración del representante del Reino Unido acerca de la imposibilidad del Subcomité de analizar cuestiones de soberanía.

Los adjetivos de abierta, continua y efectiva se condicen con la realidad desde que la posesión por la fuerza, sin ningún título, también puede corresponderse con esas características. Pero no puede decirse lo mismo del calificativo de "pacífica" ya que hubo un despojo violento (en 1833), una guerra sangrienta (1982), incesantes protestas

²¹ Organización de Naciones Unidas, Informe del Comité Especial, anexo A/AC.109/L.125/add3.

diplomáticas argentinas, exposiciones ante los organismos internacionales pertinentes (O.N.U, OEA, MERCOSUR), negociaciones y cartas formales cruzadas de manera directa entre los dos países, reconocimiento de todos los países latinoamericanos de la existencia de una controversia de soberanía, idéntica resolución del comité de descolonización de la O.N.U, quién afirmó que entre la Argentina y Gran Bretaña existe aun un conflicto pendiente de soberanía sobre las islas Malvinas e instó a las partes a la resolución negociada y pacífica del conflicto.

Si por abierta entendemos que la posesión de las islas fue pública, también fue abierta la consumación del violento ataque, primero de Estados Unidos al arrasar la posesión Argentina, y luego británica para consumir el despojo y ocupar las islas. En todo caso, también el período de posesión Argentina fue de público conocimiento, pacífico, efectivo y continuo. Fue continua hasta 1982 donde se intentó recuperarlas por la fuerza, con resultado negativo. Si, hoy en día, Gran Bretaña conquista cualquier país con menos poderío bélico, y mantiene sus fuerza militares para perpetuar dicha actitud, al cabo de varios años se dirá que la posesión fue efectiva y continua. Por lo antes dicho le restamos total importancia a estos adjetivos de la prescripción, que deben darse en su totalidad para poder aducirla jurídicamente, y en este caso no se dan.

Creemos que la imposición de la prescripción es de vital importancia, primero, porque a diferencia de la libre determinación de los pueblos, no se quiere evadir el conflicto principal proponiendo la intervención de los colonos para que decidan. En el caso de la prescripción, Gran Bretaña quiere para sí las islas Malvinas aduciendo que las tuvieron por un período largo de tiempo. Aquí se debate el tema principal, que es el de la soberanía. En segundo lugar es importante ya que la teleología de la prescripción es promover la seguridad jurídica y la paz en la comunidad de las naciones.

El tiempo necesario para prescribir.

La doctrina de la aceptación parece inclinarse a favor de que la cuestión sea considerada en cada caso particular. Según Oppenheim, el plazo debe ser el suficiente como para crear, bajo la influencia de los sucesos históricos, la convicción general de que la situación actual de las cosas está ajustada al orden internacional. MacGibbon dice que esta cuestión es motivo del más grande desacuerdo entre los autores del derecho Internacional. En la actualidad, inmersos en un mundo donde existen instituciones y

organizaciones internacionales, el tiempo de una prescripción adquisitiva que cumple con todos los recaudos simultáneamente, debe ser sin duda más corto que antaño, ya que cualquier país que se halle en desacuerdo y calle, está otorgando implícitamente sus derechos sobre el territorio. Pero volviendo al caso Malvinas, es evidente que la prolongada posesión británica podría mantenerse hasta que ellos lo considerasen pertinente, por la gran desigualdad de fuerzas entre ambas naciones, pero en el ámbito del derecho ningún autor imparcial puede decir que ese tiempo en que tuvo y tiene Gran Bretaña las islas (1833 hasta la actualidad) puede ser tenido en cuenta para prescribir. Y esto es así (a fuerza de ser reiterativo) ya que la Argentina nunca dejó de reclamar sus derechos, primero ante los responsables (EEUU y Gran Bretaña) de manera directa, y luego ante los organismos pertinentes con notable insistencia y respeto, y hasta intentó de manera francamente absurda el recupero planteando una guerra a la superpotencia.

El tiempo debe analizarse si se cumplen los otros recaudos, sino la fuerza primaria sobre el derecho. No se debe tener en cuenta las teorías como la de Lauterpacht, quien afirma que la cuestión no consiste en legalizar un acto ilegal, sino en tratar de definir que resultados legales pueden surgir de un acto ilegal. Sin embargo es escasa la importancia que le da este autor a la prescripción en el derecho Internacional, pues pone tantos requisitos que la anulan en la práctica. Consideramos oportuno señalar la importancia que tiene en el derecho Internacional la máxima *ex injuria ius non oritur*, o sea que de un acto ilegal no se puede originar un derecho. Algunos autores llegan a la conclusión que ante la imposibilidad de fijar un tiempo que sea suficiente para prescribir, la institución no debe considerarse parte del Derecho Internacional.

Cuando un estado posee un territorio sin ninguna protesta, no debe interponer ninguna prescripción, esta aparece cuando existe una disputa entre países soberanos sobre un porción de territorio que ambas partes se adjudican. Al existir un conflicto entre naciones, lo más lógico y aconsejable es que quién decida sobre el tiempo para prescribir y sobre la configuración de los requisitos de la misma sea el juez del tribunal ante el cual dos naciones civilizadas expongan sus respectivas posiciones. Esa es nuestra opinión.

Valor jurídico de las protestas diplomáticas.

Es sin duda uno de los puntos más controvertidos entre los autores, donde oscilan también las ideologías y los partidismos. La efectividad de una protesta está ligada a factores de poder, en muy pocos casos al tenor de la violación de derecho. Los países poderosos entre ellos y cuando son la parte lesionada en un conflicto, obviamente se hacen eco más fácil, y la respuesta de la protesta no se hace tardar.

Tal es así, que el ejemplo de Malvinas en su historia, es el mejor relato para demostrarlo: Cuando España reclama a Francia por la colonia de Bougainville en Saint Louis, este último país le devuelve el fuerte solemnemente bajo el pago de una pequeña indemnización. Cuando España se entera de la intrusión de Gran Bretaña en Port Egmont, en el islote Saunders, los desaloja a la fuerza y la protesta de los ingleses no se hace esperar. Tal es así que los restituyeron en la colonia que habían formado, bajo una cláusula "paraguas" de soberanía y la promesa de que abandonarían las islas una vez recompuesto su honor. La historia de esta paradoja se cierra en 1831, cuando la corbeta Lexington destruye Puerto Soledad en virtud de unos barcos que la gobernación Argentina había detenido por pescar sin permisos. La protesta Argentina fue seguida del silencio, y en 1833 Gran Bretaña toma las islas por la fuerza destituyendo los vestigios de autoridad Argentina, consumando el despojo (sincronizado o no) Estadounidense. Las protestas argentinas se elaboraron desde ese mismo año sin respuesta certera alguna, para luego trasladarse el eco de las mismas a las Naciones Unidas. En ese foro internacional se intercambiaron cartas, discursos y resoluciones sin un resultado prometedor para nuestro país (luego en más detalle).

Según Verykios²², el valor de la protesta diplomática reside en atraer la atención de la opinión pública sobre la cuestión. Sirve para informarle al otro estado que sus pretensiones no quedarán sin ser desafiadas. Una protesta no seguida por otras acciones se transforma, con el tiempo, en académica e inútil. Dice este autor que desde la creación de las Naciones Unidas y la Corte Internacional de Justicia, la protesta no es el primer medio que poseen los estados para interrumpir la prescripción adquisitiva. Para ser válida

²² P.A Verykios, *La prescription en droit international public*, París, Pedone, 1934, citado por Ferrer Vieyra pag.174.

en el derecho internacional, continua el autor, la protesta debe reunir las siguientes condiciones:

1. tiene que estar referida a la violación de un derecho, no a la violación de un "interés político", y el derecho violado ser de quién protesta.
2. quién protesta tiene que ser un sujeto de derecho internacional; puede serlo un Estado, una sociedad de naciones u otros organismos reconocidos.
3. la protesta debe expresar claramente que el derecho ha sido violado.

Dice este autor que la prolongada ocupación británica ha borrado los vicios de su adquisición originaria y que las Falkland son británicas por efecto de la prescripción. Como hace notar Ferrer Vieyra²³

... "es evidente que no todas las opiniones de Verykios están ajustadas a derecho. Parecería que la Argentina sólo hubiese protestado en contadas ocasiones, y que ellas no tuvieron el efecto de modificar el carácter de la ocupación, la cual, según reconocen casi universalmente los autores, debe ser pacífica, es decir, no cuestionada o discutida por otros Estados. Tampoco mencionablemente lo ignoraba-que el gobierno Argentino, después de protestar reiteradamente por la violación de su derecho, terminó por ofrecer a Gran Bretaña el recurso del arbitraje".

Sorensen afirma que una protesta que no conduce a un resultado subsecuente tiene sólo el efecto de posponer la fecha de la adquisición por prescripción. Esta tesis es favorable a la Argentina por la reiterada formulación de protestas a nivel internacional.

MacGibbon²⁴ cita a Oppenheim, Strupp, Bruel y Rousseau como pertenecientes al grupo de autores para los cuales la protesta no es necesaria. Acerca de Rousseau cita "siempre facultativa, la protesta no es jurídicamente necesaria sino en casos en que el silencio equivaldría a un consentimiento tácito". El punto clave lo indica MacGibbon cuando señala que es evidente que no se puede oponer la prescripción a un propietario que, al no poder obtener una reparación a sus derechos, se limita a señalar, por los medios que puede, que no los quiere abandonar. Es para eso que sirve la protesta.

También cita este doctrinario el caso Venezuela-Guyana Británica donde se enuncia la teoría de que la protesta interrumpía la prescripción si el Estado que la formulaba podía probar al tribunal, que ella constituía el único método práctico de reafirmar sus derechos.

²³ ob.cit.pag.179.

²⁴ I.C MacGibbon, *Some observations on the part of protest in international law*. "British Yearbook of International Law", 1953, ps.293 y ss, citado por Ferrer Vieyra, ob cit, pag.181.

En un pasaje de la presentación Venezolana, siempre brillante en los aspectos jurídicos, vemos representados los mismos problemas que en el caso de Malvinas. La presentación dice que Venezuela ha empleado la protesta en forma enfática y constante contra la usurpación británica de sus derechos; que era lo único que podía hacer un país débil frente al poderío de su oponente, y que se había llegado, por otra parte, hasta la ruptura de las relaciones diplomáticas. Nos vemos representados en la posición Venezolana, país que más fervientemente aboga por el fin del colonialismo en las Naciones Unidas, haciéndose hermana de la nación Argentina en sus causas comunes.

En otros conflictos, Gran Bretaña consideró necesario que el Estado ofendido persiguiera se derecho por medio de negociaciones diplomáticas, que se concretase una especie de *modus vivendi*, y que finalmente se sometiese la controversia a un tribunal internacional.

MacGibbon dice que los Estados deben mantener una escrupulosa vigilancia para defender sus derechos y responsabilidades. Cuando un Estado cree violados sus derechos debe reaccionar pronta e inequívocamente por medio de la protesta o medios semejantes. Este autor cita varios casos jurisprudenciales donde la ausencia de protesta gravitó sobre la decisión del asunto. Resumiremos algunos para consolidar la posición Argentina en este punto:

□ Frontera de Alaska (1903).

En oportunidad de esta disputa entre Estados Unidos y Gran Bretaña se expresó que uno de los argumentos para que se resolviera a favor del primero de dicho países, fue que durante más de sesenta años "Rusia y su sucesor Estados Unidos ejercieron posesión y gobernaron el territorio...sin ninguna objeción o protesta" por parte de Gran Bretaña. La admisión del primer ministro de Canadá, en el sentido de que no se había formulado ninguna protesta ante la ocupación del territorio por parte de los Estados Unidos, es citada como importante elemento de prueba en dicho arbitraje.

□ Fronteras de la Guayana-Británica (1904).

En esta controversia entre Brasil y Gran Bretaña, el laudo dictado por el rey de Italia, no deja dudas sobre el valor de las protestas. Actos sucesivos de autoridad y jurisdicción, efectuados en nombre de la soberanía británica, pasaron sin ser controvertidos y después aceptados. Esta falta de protesta dio lugar a que parte del territorio en disputa le fuera adjudicado a Gran Bretaña.

□ Caso de la bahía Delagoa (1875).

Esta controversia entre Portugal y Gran Bretaña fue resuelta por un laudo del presidente de Francia. Portugal había formulado continuas reclamaciones de soberanía sobre dicha bahía y sobre sus derechos exclusivos a comerciar con ella. La total ausencia de objeciones a estos actos por parte de Holanda y Austria sirvió, según el árbitro, para confirmar la validez de los derechos portugueses, ante el posterior reclamo de Gran Bretaña sobre la bahía.

□ Caso entre Guatemala y Honduras (1933).

En esta controversia, originada en cuestiones fronterizas, el tribunal fue bien claro al expresar que "las reclamaciones de Guatemala sobre la zonas de frontera, debieron ser cuestionadas oportunamente por Honduras, si ésta se creía con derechos sobre ellas. Al no protestar oportunamente consolidó los derechos de Guatemala".

□ Arbitraje sobre la islas de Palmas (1928).

El objeto de esta disputa entre Estados Unidos y Holanda sobre esta isla que había sido posesión de España, país que se retiró en 1666 de las Molucas haciendo reserva de sus derechos de soberanía. La isla fue ocupada por los holandeses y después reclamada por Estados Unidos. El genial árbitro Max Huber dijo que "después del retiro de los españoles en 1666 y hasta 1906, fecha de la reclamación de Estados Unidos, no hubo ninguna protesta o reclamación sobre los derechos holandeses. Ese continuo y pacífico despliegue de autoridad estatal por un largo período de tiempo era suficiente para reconocer la soberanía holandesa. Este es el arbitraje más famoso hasta la fecha del Derecho Internacional Público.

□ Caso de las Pesquerías (1951).

Este es un caso donde la ausencia de protesta ha sido enunciado por un tribunal Internacional. La Corte Internacional de Justicia, al fallar en contra de Gran Bretaña en el asunto promovido contra Noruega, dijo lo siguiente: "Desde el punto de vista del derecho internacional, es necesario considerar ahora si la aplicación del sistema noruego tuvo alguna oposición por parte de otros Estados. Por un período mayor a los sesenta años, el gobierno del Reino Unido no lo contradijo en ninguna forma. La protesta formal sólo tuvo lugar en 1933. La corte advierte que "en una situación que sólo podía ser fortalecida por el tiempo, el Reino Unido se abstuvo de hacer ningún reclamo".

Es en este caso donde surge una postura interesante desde el punto de vista de los derechos argentinos sobre Malvinas. Sostuvo en este caso Gran Bretaña que "la esencia del efecto de la prescripción a causa del paso del tiempo es demostrar que los Estados por su falta de acción durante un largo período de tiempo, han consentido la violación de

sus derechos, a lo que ellos se deberían haberse resistido. La protesta de un solo Estado, a juicio de Gran Bretaña, es efectiva para prevenir la creación de un título por prescripción, precisamente, en la medida en que el Estado toma todas las providencias necesarias y razonables para reparar esa violación de sus derechos". Se agrega en la réplica inglesa que "hay una gran diferencia entre una mera protesta en papel, presentada por un Estado por los canales diplomáticos, y la activa prosecución de su objetivo por medio de negociaciones diplomáticas, el arreglo de un *modus vivendi* y, finalmente, llevando el asunto -o demostrando el deseo de hacerlo- ante un tribunal internacional. Una protesta diplomática es, por sí misma, efectiva para demostrar la objeción del estado protestante, y por un cierto período de tiempo reserva sus derechos. Pero si el uso de la protesta es repetido y cuenta con el consentimiento de otros Estados, el interrogante que cabe plantear es por qué el Estado que protesta, si realmente le da importancia a sus derechos, no toma medidas para llevar el asunto a discusión o arreglo. En otras palabras, un Estado que se contenta con protestas de papel y no emplea los medios disponibles para presionar con sus objeciones, después de un cierto tiempo puede ser imposibilitado de cuestionar algo que se ha hecho parte de un orden legal establecido".

Parece lógico aclarar que la protesta no implica intrínsecamente que el Estado protestante posea derechos sobre los territorios. En ese orden de cosas, consideramos correcto que el primer valor de la protesta es llamar la atención a la comunidad internacional acerca de un avasallamiento en las pretensiones o derechos de un Estado.

La protesta es el modo jurídico principal por el cual un país pide el resarcimiento de un daño o perjuicio hacia otro Estado. Con la creación de los organismos supraestatales como las Naciones Unidas, se han canalizado las protestas y las vías pacíficas de solución de controversias. La República Argentina reclamó mediante protestas formales los abusos sufridos por parte de Gran Bretaña en sus derechos sobre las islas Malvinas, primero directamente a ese país, luego ante los organismos internacionales.

Cualquier autor o teórico que decida investigar la realidad de los hechos más que abogar ciegamente a favor de su respectivo país, llegará a la convicción de que la Argentina en ningún momento renunció a sus derechos sobre las islas; dedicó cada oportunidad posible a realizar la protesta indicada, llamó la atención a los organismos internacionales en numerosas ocasiones, firmó negociaciones entre los habitantes de las Malvinas y el gobierno británico a fin de aumentar los canales de comunicaciones entre el

territorio continental Argentino y las islas; intentó el canal del arbitraje²⁵, abogó a favor de la descolonización no sólo de las Malvinas sino de todos los territorios coloniales en el Comité de los 24, haciendo cumplir la resolución 1514 (XV) para todos los países por igual.

Como si esto fuera poco, recurrió a un intento de recuperación por mano propia de las islas en una guerra sangrienta y desproporcionada. Si algún autor, luego de analizar la historia del caso, decide que eso no basta para indicar que la Argentina no renunció a sus derechos, sin duda alguna no existe un medio legítimo para interrumpir la prescripción de una nación que ejerce la fuerza sobre una porción de territorio ajeno. Pero el derecho debe primar sobre la fuerza, y la lógica y la razón sobre los partidismos. Es entonces correcto decir, como lo afirmó el delegado de Venezuela, que las naciones más débiles interrumpen la prescripción de sus territorios ocupados ilegítimamente por medio de la protesta diplomática.

Considero acertado que luego de un período largo, donde las protestas son infructuosas, el Estado debe intentar el camino de la negociación, del arbitraje o las Cortes Internacionales; pero si la otra parte en el conflicto no acude a esos requerimientos, basta la mera protesta para anular cualquier pretensión adquisitiva.

²⁵ Después de varias protestas presentadas directamente al Ministro de Relaciones Exteriores en Londres, el canciller argentino en el gobierno de Roca, doctor Francisco J. Ortiz, mantuvo una comunicación continua con el Ministro de Gran Bretaña en Buenos Aires, Sr. Monson, sobre la cuestión Malvinas. En esas conversaciones, Ortiz, habría hecho referencia a la posibilidad de llevar el asunto a arbitraje internacional, sugerencia que no halló ninguna recepción en el Ministro británico.

El caso Malvinas en las Naciones Unidas.

El caso de las islas Malvinas ha tenido diferente intensidad y movimiento dentro de las Naciones Unidas. Durante el período de 1945-1964 el tema tuvo un tratamiento reducido en el seno de la comisión para la información (disuelta por Resolución 1970 de 1963), en la cuarta comisión de la Asamblea General y en el plenario de la misma, y se manejó a través de las informaciones que proporcionaba Gran Bretaña, y a las reservas formuladas por los delegados Argentinos. Distintos representantes argentinos rechazan la denominación "Falkland" y reafirman el nombre de "Islas Malvinas" en los sucesivos informes que presentaron los delegados británicos. En dicha reafirmaciones hacen igual uso de la reserva de soberanía sobre las islas en cuestión. El segundo período definido va de 1964 hasta los primeros meses de 1982; el tercero cubre el conflicto armado desencadenado por el conflicto de las islas Georgias; y el cuarto y último va desde la finalización del conflicto hasta nuestros días.

En 1946 Gran Bretaña presentó una lista de territorios sobre los cuales informaría de acuerdo con las disposiciones de la Carta, la cual figura en el Documento A/200 y fue incluida en la Resolución 66 (I) de ese año. Estas fueron las primeras menciones que se hicieron sobre las islas Malvinas en Naciones Unidas. A partir de 1960, al aprobarse la Resolución 1514 (XV), la cuestión de Malvinas cobre importancia y dinámica propia, hasta la aprobación de la Resolución 2065 (XX) de la Asamblea General.

Desde 1964 el tema es tratado anualmente por las Naciones Unidas en todos los órganos que, por mandato de la Asamblea General, están encargados del tema de la descolonización: el Comité Especial Encargado de Examinar la Situación con Respecto a la Aplicación de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, la Cuarta Comisión de la Asamblea General y la misma Asamblea General. El comité de descolonización o comité de los veinticuatro, fue creado en 1961 por disposición de la Resolución 1654 (XVI) y está encargado de analizar, informar, debatir y recomendar medidas tendientes a hacer efectivo el principio de descolonización, sobre el mandato de la Resolución 1514 (XV).

De 1945 a 1964.

La principal misión de la delegación argentina fue la formulación de reservas de los derechos sobre las islas. La primera de ellas fue interpuesta en 1945, en la segunda

comisión del Comité IV de la Asamblea General de la conferencia de San Francisco, cuando se debatía el sistema de fideicomiso para incorporarse a la Carta de las Naciones Unidas. En el año siguiente, las potencias presentaron voluntariamente la lista de territorios comprendidos dentro del capítulo IX de la Carta, o sea la información relativa a dichos territorios. Gran Bretaña inscribió a las islas Malvinas voluntariamente en dicha nómina. Sobre esa base, la Asamblea General redactó la resolución 66(I) en cuyo párrafo segundo figuran las Islas Malvinas. Fue en esa oportunidad cuando los representantes Argentinos efectuaron la reserva de soberanía sobre es archipiélago, actitud repetida hasta 1964 cada vez que la Cuarta Comisión analizaba la información transmitida por Gran Bretaña.

El 14 de diciembre de 1960 la Asamblea aprobó por 89 votos a favor, ninguno en contra y 9 abstenciones (entre ellos Gran Bretaña, EEUU y Francia) la resolución 1514 (XV), la cual proclamó la necesidad de poner fin al colonialismo en todas sus formas y manifestaciones. Esta resolución consagraba en su parte dispositiva dos principios esenciales: 1) la libre determinación de los pueblos; 2) la integridad territorial.

Un año después se creó el Comité de Descolonización, por resolución 1654 (XV), con 97 votos a favor, ninguno en contra y cuatro abstenciones (también figuraba Gran Bretaña).

En 1963 la Argentina señaló, tanto a la Cuarta Comisión, como al Plenario, que en el informe del Comité de Descolonización figuraban las Islas Malvinas como uno de los territorios a los que se les aplicaba la resolución 1514; planteó sus reservas de derechos y destacó la importancia del párrafo 6, relativo a la integridad territorial. Al año siguiente, nuestro país manifestó sus deseos de participar en los debates del Comité sobre las islas Malvinas.

Desde 1964 hasta marzo de 1982.

Fue en este período donde comenzaron los debates y se dilucidaron las posiciones de las partes.

El representante británico señaló que los isleños eran quienes en definitiva debían decidir el estatuto constitucional de las islas, como consecuencia del principio de libre determinación; y estos deseaban permanecer bajo la soberanía británica. El gobierno de Gran Bretaña, decía su delegado, no tenía dudas sobre sus derechos de soberanía sobre las islas; consideraba que la participación argentina en el Subcomité III constituía una

intervención en los asuntos del territorio; que las pretensiones argentinas implicaban una tentativa de anexión territorial contra los deseos e intereses de los pobladores; que violaba las disposiciones de la Carta y de la resolución 1514 (XV); Gran Bretaña no reconocía la competencia de Subcomité III y del Comité de Descolonización para examinar reivindicaciones territoriales; y por último, hacia reserva de los derechos británicos sobre la plataforma continental adyacente a las islas.

El delegado de la Argentina puntualizó que el caso de Malvinas no era un caso colonial clásico; y la aplicación indiscriminada del principio de autodeterminación a territorios poblados por nacionales de la potencia administradora consolidaba el colonialismo, en violación a las normas de Derecho Internacional Público; que Argentina reclamaba el restablecimiento de su integridad territorial mediante la devolución de las islas Malvinas, Georgias y Sándwich del Sur, tomadas por la fuerza por el Reino Unido; sostuvo que tendría especial consideración de los intereses de los isleños; que no aceptaría que se desnaturalizara el principio de libre determinación; por último señaló que Gran Bretaña había inscripto voluntariamente a las islas como territorio no autónomo al que se le aplicaban las disposiciones del Capítulo XI de la Carta, lo que equivalía a admitir la competencia del Comité de Descolonización.

El Subcomité III señaló que la resolución 1514 (XV) se aplicaba a la cuestión Malvinas; que se tomaba nota sobre la existencia de una disputa de soberanía entre Argentina y Gran Bretaña; y que se recomendaba a los gobiernos de ambos países a entablar negociaciones para hallar una solución pacífica, informándole de su resultado. Este proyecto se transformó, en sesión plenaria, en la resolución 2065 (XV). Esta resolución, establecía que las Islas Malvinas se encuadraban dentro de una de las formas de colonialismo a las que había que poner fin con la resolución 1514 (XV). Fue aprobada con 94 votos a favor, ninguno en contra y 14 abstenciones (Gran Bretaña, EEUU y Francia, entre otros).

El 22 de agosto de 1966, el representante argentino transmitió al Secretario General el comunicado conjunto, firmado al finalizar las reuniones bilaterales del mes de julio. Nuevamente, los dos gobiernos señalaban que en cumplimiento de lo dispuesto por la resolución 2065 (XX) habían iniciado negociaciones. Gran Bretaña, a través de los comunicados conjuntos, transmitidos al Secretario General, prestó su consentimiento a negociar dentro del marco de la resolución 2065 (XX).

En los primeros meses de 1968 los negociadores habían logrado acordar el texto de un documento que debía ser sometido a ambos gobiernos y que se conoce como

“memorándum de entendimiento”. En él se reconocía que el objetivo común era solucionar la disputa de soberanía en el debido respeto de los intereses de los isleños; como parte de la solución definitiva se reconocería la soberanía argentina sobre las islas; se promovería la libertad de movimiento entre el territorio continental y las islas; y se continuaría negociando para establecer salvaguardias y garantías para los habitantes.

La cuestión fue debatida en el parlamento británico, planteándose varios interrogantes. Se argumentó que la resolución 2065 (XX) de la Asamblea General violaba el artículo 2, párrafo 7 de la Carta e implicaba una intervención a las cuestiones internas; se insistió en los supuestos títulos británicos; en el deber de respetar los deseos de los isleños bajo el principio de la libre determinación; que debían reivindicarse los derechos sobre la plataforma continental de las islas; que era necesario establecer una zona de pesca de 200 millas; y finalmente el interés británico en las dependencias antárticas y sus recursos minerales.

El 17 de diciembre de 1968, el representante argentino informó a la Asamblea General “que en los últimos días el gobierno británico había comunicado al nuestro que no se encontraba preparado para formalizar el entendimiento logrado”. Fue así que la cuestión de fondo, la disputa de soberanía, quedó suspendida.

A partir de la firma del acuerdo de Comunicaciones y durante todo el año de 1972, se tomaron las medidas para implementar su cumplimiento y se firmaron los acuerdos de 1972 y 1974 sobre servicio aéreo y provisión de gas. Estas fueron algunas de las muchas contribuciones argentinas para estrechar los lazos y las comunicaciones con los isleños y las relaciones bilaterales con Gran Bretaña, siempre pensando en la posibilidad próxima de resolver el tema principal. En esa misma fecha comienza a debatirse el tema de los recursos naturales. La explotación de algas, desarrollar la actividad pesquera y el otorgamiento de licencias de exploración de petróleo. Las negociaciones sobre la cuestión de fondo seguían detenidas.

El 14 de diciembre de 1973 se aprobó la resolución 3160 (XXVIII). En los considerandos, la Asamblea señaló su grave preocupación por los ocho años transcurridos sin que hubieran progresos sustanciales; expresaba asimismo los esfuerzos realizados por el gobierno argentino para facilitar el proceso descolonizador y lograr el bienestar de la población Malvinense e instaba a las partes a continuar sin demora las negociaciones para poner fin a sus controversias. Fue aprobada por 116 votos a favor, ninguno en contra y 14 abstenciones.

En marzo de 1975 el gobierno argentino notifico al Secretario el texto de un comunicado donde afirmaba que no reconocería los derechos de exploración y explotación de hidrocarburos y minerales de las islas que hubieran sido otorgados por gobiernos extranjeros.

El 4 de febrero se produjo el incidente del buque Shackleton. Gran Bretaña lo puso en conocimiento del Consejo de seguridad. Argentina respondió que se había violado su jurisdicción marítima y que le llamaba la atención, el que Gran Bretaña recurriera al Consejo de Seguridad cuando no acataba las resoluciones de la Asamblea²⁶.

El 1 de diciembre la Asamblea aprobó la resolución 31/49 (XXXI) que instó a las partes a que "se abstengan de adoptar decisiones que entrañen la introducción de modificaciones unilaterales en la situación mientras las Islas estén atravesando el proceso recomendado en las resoluciones anteriores".

En 1978 las negociaciones bilaterales se retomaron según un plan de trabajo elaborado en Lima, sin embargo, un elemento perturbador surgió, al informar Gran Bretaña su decisión de extender la jurisdicción marítima de las islas a 200 millas, posibilidad que rechazó argentina respaldándose en la res.31/49 de la Asamblea General.

El 7 de enero de 1981, por 7 votos a favor y 1 en contra, el Consejo Legislativo de las islas decidió congelar las negociaciones sobre soberanía con la Argentina.

Un documento de trabajo de 1981 señaló que la exploración petrolera en el Atlántico Sur era económicamente viable, con una proyección de gastos para la prospección del área de 130 millones de libras esterlinas.

No hubo respuesta a las notas Argentinas del 27 de julio, ni la posterior del 27 de enero de 1982 para reanudar las negociaciones.

Período marzo-junio de 1982.

El 18 de marzo de 1982, trabajadores de una empresa privada argentina desembarcaron en la isla San Pedro, del grupo Georgias, a fin de dar cumplimiento a un contrato comercial privado, celebrado por la empresa y una compañía británica. Viajaron munidos del documento único (tarjeta blanca) previsto por el acuerdo argentino-británico de 1971, otorgado por el Ministerio de Relaciones Exteriores y culto. El gobierno británico impugnó la validez de esos documentos alegando que el acuerdo no se aplicaba a las

²⁶ Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, *Malvinas, Georgias y Sándwich del Sur*, Buenos Aires, 1985, tomo II, pags 193 y 194.

islas Georgias y requirió del gobierno argentino la aceptación de esta interpretación restrictiva, como así también el retiro de los trabajadores bajo amenaza de realizarlo por la fuerza.

El incidente agravó la situación de ambos países y se endurecieron y enfrentaron sus posturas jurídicas y políticas. Este agravamiento de la situación determinó el ingreso de la cuestión al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, por ser este órgano el encargado del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. El 1 de abril, el representante permanente argentino se dirigió al presidente del consejo para llamar la atención sobre la gravedad de la situación. Señaló que el gobierno británico pretendió desconocer la validez de los certificados provisorios, y había amenazado con el empleo de la fuerza, mediante el envío de submarinos nucleares y buques de su marina de guerra en el área del conflicto.

En la misma fecha, el representante permanente del Reino Unido se dirigió por carta al Consejo, pidiéndole su inmediata reunión por "tener razones fundadas de que Argentina invadiría las islas Malvinas en los próximos días".

Los debates del 2 y 3 de abril –luego del desembarco argentino- culminaron con la aprobación de la resolución 502 (1981). En esa oportunidad los delegados de la argentina rechazaron la acusación de agresión formulada por el representante británico, por entender que la acción implicaba un acto de recuperación de una parte de su propio territorio y el ejercicio del derecho de legítima defensa, ante los hechos de agresión previos perpetrados por Gran Bretaña en las islas Georgias. En la resolución 502 no había definición de estado agresor.

El 9 de abril, Argentina comunicó al Consejo el texto del comunicado del gobierno británico, que declaraba zona de exclusión de 200 millas para los buques de guerra y naves auxiliares argentinas. Afirmó que dicha medida implicaba un bloqueo, y que la res.3314 lo definía como un acto de agresión.

El 25 de abril, mientras se desarrollaban las negociaciones para una solución pacífica, se produjo el ataque británico a las fuerzas argentinas en las islas Georgias. El ataque británico a Puerto Argentino, en las islas Malvinas, se inició en la mañana del 1 de mayo. Ante el agravamiento de la crisis, el gobierno de Brasil solicitó al Consejo de Seguridad que tomara las medidas preventivas contempladas en el capítulo VII de la Carta, para "asegurar el cumplimiento de las res.502 en todos sus aspectos". El 2 de mayo fue hundido el crucero General Belgrano, fuera de la zona marítima de exclusión.

El 2 de junio, el Secretario General informó al Consejo sobre la imposibilidad de negociar un cese al fuego, dadas las posiciones de las partes.

España y Panamá presentaron al Consejo, un proyecto en el que se reafirmaba el contenido de las res.502 y 505. El proyecto no se aprobó por el ejercicio del derecho a veto de Gran Bretaña y Estados Unidos. El representante argentino afirmó la inutilidad del Consejo cuando se hallaba en juego intereses de los miembros permanentes.

El 14 de junio se produjo la rendición en Puerto Argentino.

Luego del conflicto armado.

En septiembre de 1982 se inició un nuevo período ordinario de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. El tema de las Malvinas, Georgias y Sándwich del Sur fue incluido en la agenda del 37° período de sesiones. La Asamblea aprobó tres resoluciones sobre las islas: 37/9, 38/12 y la 39/6. La primera de ellas señaló que el mantenimiento de situaciones coloniales era incompatible con el propósito de Naciones Unidas de mantener la paz. Pidió asimismo a los gobiernos de ambas partes que reanudaran las negociaciones a fin de encontrar la solución a la brevedad. La res.38/11 lamentó la falta de progreso desde la anterior resolución y instó nuevamente a negociar. La resolución 39/6 recordó las dos anteriores; reafirmó los principios de la Carta sobre el no uso de la fuerza y la solución pacífica de controversias, y observó con preocupación el tiempo transcurrido desde la resolución 2065 (XX).

Sin duda la estrategia de Gran Bretaña en las Naciones Unidas ha sido la negociación colateral, es decir, la discusión sobre toda aquella cuestión que no sea la soberanía sobre las islas.

Existen dos corrientes acerca del valor jurídico de las resoluciones de la Asamblea. Por un lado los países conservadores que le atribuyen al carácter de meras recomendaciones, mientras que la otra posición las considera fuente autónoma del derecho Internacional. Como dice Judith Canclini de Figueroa²⁷:

"adoptando la perspectiva equidistante, es real que en el estado actual de evolución del derecho Internacional, no todas las resoluciones de la Asamblea son meras recomendaciones, sino

²⁷ Judith Canclini de Figueroa, *La cuestión de las Malvinas, Georgias y Sándwich del Sur en Naciones Unidas*, C.A.R.I, tomo III, estudio preliminar, pag XLI.

que muchas inciden aún, en modos diversos, en el proceso de formación de las normas jurídicas internacionales”.

Por último, en estos últimos años el aspecto más positivo es haber reinstalado gradualmente el debate internacional sobre la disputa de soberanía entre Gran Bretaña y Argentina. Desde el punto de vista político fue un logro, y desde el punto de vista jurídico, el lograr que se rechace una enmienda destinada a aplicar el principio de autodeterminación, fue también un logro considerable.

Conclusiones.

Hemos intentado delinear como ha sido la disputa de soberanía sobre las islas Malvinas, Georgias y Sándwich del Sur entre Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República Argentina y su estado actual. La perspectiva ha sido histórico-jurídica en sus aspectos generales, haciéndonos responsables de las opiniones emitidas en el mismo.

No hemos iniciado este trabajo con la posición definida a favor de nuestro país, sino que lo encaramos con total independencia científica. Si en el trascurso del mismo, con el análisis y la investigación exhaustiva, hemos emitido opiniones a favor de la postura Argentina, se debe al mérito o justicia de las mismas y no al fervor nacionalista que domina estas cuestiones.

Es el campo del Derecho internacional público muy diferente a aquel de 1833, donde fuimos desalojados violentamente de nuestras tierras y posesiones. Existen hoy en día organismos de carácter supraestatal con reconocida fuerza y peso en los asuntos internacionales. También es cierto y debe reconocerse que los países poderosos e industrializados siguen siendo soberanos de sus propios actos, y juegan para ellos, los organismos internacionales, un papel secundario y hasta superfluo en algunos asuntos sensibles. Tal es el caso Malvinas, donde el gobierno de Gran Bretaña no negocia y exhibe su total seguridad acerca de sus derechos sobre el archipiélago. La República Argentina ha tenido cabal demostración, en 1982, que la fuerza de hecho y la actitud bélica es sólo para los países poderosos; y que los países en vías de desarrollo deben demostrar sus derechos con métodos jurídicos y diplomáticos (aunque fuésemos poderosos, el camino jurídico es el correcto). Debemos estar orgullosos de ser un país que recurre a razonamientos y lógica jurídica a la hora de afrontar controversias internacionales. La actitud bélica de 1982, si bien hemos demostrado que se correspondió con un "hartazgo diplomático"²⁸ al ver la reticencia de Gran Bretaña a negociar o por lo menos escuchar, no debe ser motivo para que la cuestión Malvinas sea olvidada y secundaria en los organismos multilaterales. Hemos visto que la justicia de la causa ha tenido eco primero en Latinoamérica, con la total solidaridad de los países, y luego en el mundo entero.

Debemos aclarar también que las organizaciones internacionales no emergen en total perfección, que sufren los avatares de la época en que se gestan, y que se

²⁸ Aclaremos que además de un "hartazgo diplomático", jugaron en esta cuestión motivaciones oscuras propias de un gobierno de facto, señalando que sólo nos referimos a la perspectiva internacionalista, y no a la interna.

perfeccionan con el experiencia y la dedicación. Debemos afirmar nuestro deseo de que la O.N.U de hoy no sea la O.N.U tímida y dubitativa de 1982. El Consejo de Seguridad no debe estar dissociado de la Asamblea General. Sabemos el papel que jugó el derecho de veto en el Consejo en las vísperas de la guerra. Este organismo debería democratizarse para no perder la justicia de sus objetivos.

De este humilde trabajo debemos sacar las siguientes conclusiones:

- El derecho debe primar sobre la fuerza en el campo del Derecho Internacional Público, como en el derecho todo.
- El ejercicio de la fuerza y la violencia no pueden generar derecho alguno.
- Existe un conflicto de soberanía entre dos países en pleno siglo XXI que debe ser resuelto por medios pacíficos.
- La República Argentina no ha abandonado nunca en su historia la lucha por la devolución de las Islas Malvinas y adyacentes.
- Ha demostrado nuestro país un largo historial de cumplimiento de decisiones arbitrales.
- El proceso de descolonización iniciado por las Naciones Unidas debe cumplirse en un plazo razonable, por ser justo en sí mismo, y por haberse comprometido los estados administradores a realizarlo.
- Las Islas Malvinas son una colonia británica susceptibles de ser descolonizadas de acuerdo a la resolución 1514 (XV).
- Si bien los países no pueden ser compelidos por la fuerza a cumplir con los compromisos que han formalizado, la buena fe y el respeto por las normas jurídicas de las naciones civilizadas deben ser los motivadores de las relaciones entre los estados.

Con respecto al cuerpo del trabajo, debemos resumir las conclusiones a las que hemos arribado para dar más claridad al asunto.

Respecto del descubrimiento y ocupación de las Islas Malvinas, fueron navegantes españoles los que primero hicieron constar la presencia de las islas en sus derroteros. La primera ocupación fue francesa, transmitida solemnemente a España por sus ocupantes. Gran Bretaña sólo ocupó la isla Saunders, fundando Port Egmont, en violación a tratados internacionales. Su posesión fue reducida a este fuerte y viciosa por estar en infracción a

normas convencionales de derecho internacional. España desalojó a los británicos y luego los restituyó en virtud de las protestas realizadas desde Londres. Lo cierto es que se devolvió el fuerte con la reserva de soberanía hecha por los españoles, el cual fue después voluntariamente abandonado. Argentina es el legítimo sucesor de España sobre las islas, ejerciendo actos de soberanía y gobierno sobre las mismas en total conocimiento de los terceros estados.

Gran Bretaña despojó ilegal y violentamente a las autoridades argentinas en 1833, poseyendo las islas de hecho hasta la actualidad.

La República Argentina en virtud del principio del *uti possidetis* sucedió a España en sus dominios coloniales, luego de la independencia. Gran Bretaña ha aceptado en otros casos que no se puede transmitir más derecho que los que poseía el sucesor. Consideramos que este principio es la esencia del *uti possidetis iure*, por lo tanto puede ser alegado por nuestro país en defensa de sus derechos.

Con respecto al principio de libre determinación de los pueblos, la Argentina ha reconocido su fundamental importancia en el proceso descolonizador. Pero cada caso debe ser analizado en su particularidad, y el de las islas Malvinas impide la autodeterminación de los Malvinenses, por estar en juego otro principio fundamental que es el de integridad territorial. Debe primar este principio por la sencilla razón de que, de lo contrario, se verían frustrados los objetivos y metas de la comunidad internacional de ver finalizado el colonialismo en todas sus formas y manifestaciones. Este principio alegado por Gran Bretaña tampoco goza de el carácter de extranjería que se requiere, esto significa que sólo se pueden autodeterminar los pueblos que no son parte de la potencia administradora. Al no haber población nativa en las islas y al ser los *Kelpers* población implantada por la potencia colonizadora, en violación a las normas internacionales, no pueden elegir su destino (que obviamente quieren ser parte del Reino Unido). Estas ideas se han visto plasmadas en el Comité de Descolonización de Naciones Unidas. Todo descarte de la aplicación de este principio significa también que la población de las islas debe ser escuchada y respetados sus derechos e intereses, pero que no son parte de la disputa de soberanía sino como integrantes de Gran Bretaña. Consideramos que este principio ha sido empleado como maniobra política para evadir la cuestión principal que se resume en la siguiente pregunta: ¿Quién posee mejores derechos sobre las Islas Malvinas?.

Consideramos asimismo que las razones del mantenimiento de las islas bajo el yugo colonial es de carácter económico, y no en salvaguarda de los malvinenses. Se ha

demostrado con actitud positiva el interés de nuestro país de respetar los intereses de los mismos, siendo además nuestro país destino de un sinfín de culturas que viven armónicamente, mostrando el máximo respeto por el elemento extranjero.

En cuanto a la prescripción, celebramos que se refiere al verdadero sentido del conflicto, que es sobre la soberanía de las islas. Creemos que es una institución necesaria, siempre y cuando cumpla con los requisitos que marca la doctrina de manera conjunta. Las islas Malvinas no pueden ser adquiridas por prescripción por los siguientes motivos:

- La Argentina ha hecho protestas desde el instante mismo del despojo, trasladadas luego año tras año al seno de los organismos multilaterales.
- Estas protestas interrumpen la prescripción, por no tener otros medios nuestro país de hacer valer sus derechos, ante la reticencia de Gran Bretaña a negociar.
- Además, la posesión británica no fue pacífica, por haber existido una guerra entre ambas naciones en 1982.
- Si Gran Bretaña cree tener derechos sobre las islas, no puede alegar la prescripción contra sus propios títulos.
- La teleología del instituto es mantener la paz y seguridad internacionales y no legalizar los despojos de las naciones poderosas sobre las débiles.
- Los territorios que se prescriben deben ser *terra nullius* y las Malvinas estaban pobladas por nuestro país.
- Cuando la posesión es precaria, no basta los símbolos y las placas para mantenerla, sino que se requieren actos materiales sobre la misma, habiendo abandonado Gran Bretaña las islas en 1774.
- Para prescribir, el estado despojado debe hacer abandono, explícito o tácitamente, de sus derechos soberanos, actitud que no tomó Argentina.
- La Argentina ha mostrado su vocación de negociar a lo largo de la historia, para poner fin de manera pacífica al diferendo.

Por último haremos algunas consideraciones sobre el caso Malvinas en Naciones Unidas. Ha sido notable el apoyo de los países latinoamericanos a la causa Argentina, con destacados informes de alguno de ellos, como Panamá y Venezuela. La justicia del caso a tomado público conocimiento en el foro internacional.

Las posibilidades de solución de la controversia se hallan limitadas a las negociaciones bilaterales o al compromiso que ha adoptado Gran Bretaña de manera unilateral en el Comité de Descolonización, inscribiendo a las Malvinas como susceptibles de ser descolonizadas. Las otras posibilidades (arbitraje, Corte Internacional de Justicia) se ven descartadas por la imposibilidad a nivel internacional de compeler a un Estado a aceptar la jurisdicción de un tribunal en materia de soberanía. En el estado en que se halla la cuestión, el paso lógico y trascendental sería que las Naciones Unidas pongan un plazo en el cual Gran Bretaña deba descolonizar las islas. Al haber hecho reserva la Argentina sobre las mismas, no podría administrar dicho territorio otro Estado que no fuera el nuestro. Pero el requerimiento de un plazo lo vienen postergando desde hace ya 30 años.

El camino debería ser el negociado entre ambos países, salvaguardando los intereses de los malvinenses. La O.N.U debería administrar el territorio hasta que la controversia, ya sea por negociaciones o por decisión de un tercero (C.I.J o arbitraje Internacional) sea resuelta definitivamente.

Por más justicia que veamos en las conclusiones precedentes, lo cierto es que en la actualidad la reticencia de un país tan poderoso como Gran Bretaña tiene la autoridad suficiente como para mantener un *status quo*, por más ilegalidad e injusticia que esto signifique. Ejemplo claro de esto lo vemos en la política exterior actual de los Estados Unidos.

El derecho debe prevalecer sobre la fuerza, la razón y la hermandad deben motivar las relaciones entre los Estados. Las viejas disputas, que pertenecen a la mentalidad de otra época, deben ser superadas en la actualidad con los organismos y métodos que tanto sacrificio ha llevado instaurar, dando el ejemplo de que la evolución de los medios económicos e industriales, van acompañados de la evolución de los pueblos y los gobiernos, de las ideas y del derecho.

Bibliografía.

- Bologna Alfredo Bruno, **Los derechos del Reino Unido sobre las islas Malvinas: Prescripción**, La Ley, 1983, T-C, p.976.
- Bonifacio del Carril, **La cuestión de las Malvinas**, Buenos Aires. Hyspamérica, 1986, p.186.
- Cardoso-Kirschbaum-Van der Kooy, **Malvinas, la trama secreta**, Buenos Aires, Sudamericana-Planeta, 1983, p.366.
- Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (C.A.R.I.), **Malvinas, Georgias y Sándwich del Sur**, Diplomacia del Grupo Latinoamericano en Naciones Unidas, Buenos Aires, 1995, Tomos I, II, III, IV, V.
- Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (C.A.R.I.), **La Soberanía en las Relaciones Internacionales**, perspectiva histórico-jurídica. Seminario Permanente sobre las Cuestión Malvinas, Artes Gráficas, 1994, Tomo III y Anexo documental I y II.
- Conte Grand José Amadeo, **Malvinas: Cuestiones de principio y frustración del Derecho**, La Ley, 1982, T-C, p.1018.
- Cosentino José María, **Legitimidad de la acción Argentina en el Atlántico Sur**, El Derecho, Buenos Aires, 1982, t-99, p.875.
- Ferrer Vieyra, **Las islas Malvinas y el Derecho Internacional**, Buenos Aires, Depalma, 1984, p.363.
- Goebel Julius hijo, **La pugna por las Islas Malvinas**, Buenos Aires, Yale University Press, 1983 (tr. al castellano Marina de Guerra Argentina), Municipalidad de Buenos Aires, p.522.
- Gonzales Ramírez Jorge Arturo, **El concepto de la Agresión (el problema en la O.N.U)**, El Derecho, Buenos Aires, 1982, t-99, p.885.
- O.N.U, Asamblea General, A/ac.109/2005/sr.9, A/ac.109/2005/sr.8, A/ac.109/2004/12, A/ac.109/2005/17, HRI/CORE/1/add.62/rev.1, anexo V, Biblioteca depositaria de Naciones Unidas, Mar del Plata.
- O.N.U, Asamblea General, Resolución 1514 (XV), (A/L.323 y add.1-6), Nueva York, 1960.
- O.N.U, Asamblea General, Resolución 2065 (XX), A/PV.1398, Nueva York, 1965.
- O.N.U, Consejo de Seguridad, Resolución 502, Doc. S/Res./502, Nueva York, 1982.

- Schönfeld Manfred, **La guerra Austral**, Buenos Aires, Desafios Editores, 1982, p.374.
- Trucco Fernando, **Los Estados Unidos y la guerra de las Malvinas**, Boletín del Centro Naval, Mar del Plata, 1996, p.338.