

ISSN 2314-1905
e-ISSN 2591-5231

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
Y DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

CUADERNO DE DERECHO INTERNACIONAL

NÚMERO X

ISLAS MALVINAS

CÓRDOBA
REPÚBLICA ARGENTINA
2015

 **EDITORES**
INFORMACIÓN JURÍDICA

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS
Copyright © 2011, Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba
Artigas 74 - 5000 Córdoba (República Argentina)

IJ International Legal Group
Coordinación Editorial: Sebastián Carvajal
Dirección y correspondencia: Lavalle 1115 PB, Cap. Fed.
CP: 1010
TE: 5276-8001

Impreso en Argentina
Derechos reservados por la ley 11.723

ÍNDICE

STAFF

PALABRAS PRELIMINARES Y BREVES REFLEXIONES SOBRE LA TEMÁTICA

ERNESTO J. REY CARO.....9

OCUPACIÓN BRITÁNICA DE LAS MALVINAS EN VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA CONSECUENCIAS JURÍDICAS

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT.....17

NUEVOS DESAFÍOS PARA UNA VIEJA CONTROVERSI

ARTURO PAGLIARI | OSCAR BENÍTEZ.....61

ISLAS MALVINAS Y SUS RECURSOS NATURALES

GRACIELA R. SALAS.....81

LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR EN EL CONTEXTO DE LA DISPUTA POR LAS ISLAS MALVINAS, GEORGIAS DEL SUR Y SANDWICH DEL SUR

MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ DE TABORDA.....111

LA CUESTIÓN MALVINAS Y LA CUESTIÓN ANTÁRTIDA: VINCULACIONES JURÍDICAS Y ESTRATÉGICAS

EDUARDO J. PINTORE | MARÍA PILAR LLORENS.....129

EL PERÚ Y SU ACTUACIÓN DURANTE EL CONFLICTO POR LAS MALVINAS

DIEGO GARCÍA MONTAÑO.....145

STAFF

DR. ERNESTO J. REY CARO

Director

MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ DE TABORDA

Secretaria

LUIS MOISSET DE ESPANÉS †

ERNESTO J. REY CARO

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ DE TABORDA

Comité Editorial

RAFAEL CASADO RAIGÓN (ESPAÑA)

HUGO LLANOS MANSILLA (CHILE)

MANUEL PÉREZ GONZÁLEZ (ESPAÑA)

FRIDA M. ARMAS PFIRTER (ARGENTINA)

Comité Evaluador Externo

Dirección: Gral Artigas 74- 5000 – Córdoba

Tel./Fax (0054351) 4214929

E-mail: secretaria@acaderc.org.ar

Consulte novedades doctrinarias

y publicaciones en la página web: www.acaderc.org.ar

PALABRAS PRELIMINARES Y BREVES REFLEXIONES SOBRE LA TEMÁTICA

ERNESTO J. REY CARO

Como lo hace todos los años, el Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, escogió como tema para tratar durante las sesiones académicas la llamada “Cuestión Malvinas”, tópico este que ha concitado la atención de no pocos juristas argentinos y de otros estudiosos que han abordado la temática desde variadas perspectivas.

Siguiendo la programación de todos los años, el Instituto, como culminación de sus tareas, organizó un Seminario que tuvo como principales, pero no únicos destinatarios, los integrantes de las Cátedras de Derecho Internacional Público y los alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, interviniendo como coorganizador el Departamento de Derecho Público de esta misma Casa de Estudios.

Conforme a la metodología adoptada habitualmente, los Miembros del Instituto expusieron sobre aspectos de la problemática que desarrollaron en las sesiones realizadas en el año 2015. En estas ocasiones, las deliberaciones y debates que siguieron a cada presentación permitieron a los mismos expresar sus puntos de vista e incluso formular observaciones y propuestas. Al mismo tiempo, se puso de manifiesto la complejidad de la cuestión axial. Producto de este esfuerzo individual y colectivo, todos se enriquecieron y se abrieron interrogantes y numerosos canales para futuras investigaciones.

En oportunidad de abrir las deliberaciones del Seminario, destacamos que constituía un hecho sobradamente conocido que en muy pocos años el ámbito de aplicación personal, material, temporal y espacial del Derecho Internacional se había ampliado casi ilimitadamente. El Derecho de Gentes decimonónico e incluso el ordenamiento jurídico internacional de mediados del siglo pasado habían experimentado profundas mutaciones, aunque no era el momento para examinar este proceso.

A título ejemplificativo, señalamos que no se podía desconocer que el progreso tecnológico y científico -v.g.-, habían tenido un im-

pacto inimaginable en las instituciones tradicionales de esta rama del Derecho al que hemos orientado nuestras inquietudes. El hoy llamado Derecho del Mar, terminología que reemplazó a la clásica denominación del estudio de los espacios marítimos –Derecho internacional marítimo- es fruto, en gran medida, de la proyección de tales innovaciones en las aguas marítimas. Como se puede constatar, este hecho ha tenido una repercusión impensada sobre los intereses puestos en juego en las disputas territoriales recientes y en las añejas, como es el caso de Malvinas. Si imaginamos este conflicto cuando se reconocía al Estado ribereño el ejercicio de soberanía o de jurisdicción sobre los espacios marítimos hasta una distancia que no superaba las doce millas marinas, y el resto de las aguas marítimas eran consideradas “alta mar”, donde se reconocían las libertades clásicas (de navegación, sobrevuelo, tendido de cables submarinos, pesca, etc.) - estamos refiriéndonos al régimen jurídico aplicable a mediados del siglo pasado, es decir hace poco más de sesenta años- y, si examinamos el régimen consagrado en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar adoptada en 1982 –en vigor desde 1994- podremos advertir su incidencia en el conflicto de Malvinas. El reconocimiento de la una zona económica exclusiva que puede extenderse hasta las doscientas millas de las costas de los Estados y de las islas, y de una plataforma continental que puede llegar en algunos casos hasta las 350 millas marítimas, permite apreciar la incidencia que tienen en la actualidad tales innovaciones. La distancia entre las costas argentinas y las de las Islas Malvinas es de aproximadamente 465 kilómetros o sea 292 millas marinas. Por lo tanto, se originan superposiciones de reivindicaciones no concebidas a mediados del siglo pasado.

Por otra parte, el crecimiento demográfico y la necesidad de subsistencia de las poblaciones, tanto alimentarias como energéticas, son hechos que han producido una revalorización de los recursos naturales del planeta, tanto renovables como no renovables, y los conflictos sobre su soberanía así como de su aprovechamiento se han multiplicado. También estos hechos han impregnado la plataforma fáctica sobre la que reposa el diferendo entre nuestro país y la Gran Bretaña.

El surgimiento de las Naciones Unidas constituyó un acontecimiento único, con una proyección asombrosa en las relaciones internacionales tradicionales y en la estructura actual de la Comunidad Internacional. Varias Resoluciones de la Asamblea General, órgano principal de la Organización, están referidas expresamente o se pueden aplicar a la que hemos llamado “cuestión Malvinas”.

Solo hemos mencionado algunos acontecimientos que se proyectan en el conflicto, que hoy ofrece una multiplicidad de facetas. Sin restar importancia a la “historia” del mismo, que incluye su origen y los antecedentes, estos nuevos aspectos, como lo anticipáramos, han movido a los miembros del Instituto, a abordarlos y profundizarlos, procurando presentar una visión contemporánea de un conflicto que en pocos años más (2033) cumplirá su segundo centenario.

Han contribuido en esta nueva edición de los Cuadernos, los profesores Zlata Drnas de Clément, Graciela R. Salas, Arturo Pagliari, María Cristina Rodríguez de Taborda, Eduardo Pintore, Oscar Benítez, María Pilar Llorens y Diego García Montaña. A todos ellos nuestro agradecimiento.

Como cierre de las palabras preliminares deseamos agregar algunas breves reflexiones sobre la temática.

Los tiempos para la solución de los conflictos entre los Estados, en particular aquellos llamados “territoriales”, no deben medirse tomando como indicador la vida de los gobernantes o el período más o menos extenso en que alguno de ellos desempeña sus funciones. Pueden transcurrir varias generaciones sin que se atisbe una solución que satisfaga a las partes involucradas. Este último objetivo es de vital importancia para que el remedio sea permanente.

La experiencia argentina ha sido más que ejemplificadora en relación a estos problemas. Algunas de las desavenencias por cuestiones de límites han tardado más de un siglo para ser zanjadas, y se ha debido recurrir a los más variados mecanismos o procedimientos que ofrece el Derecho Internacional para estas circunstancias. En determinados casos, como el del Río de la Plata, o el llamado “conflicto Austral” se ha debido recurrir a una verdadera “arquitectura” jurídica, dejándose de lado los dogmatismos que con

tanta frecuencia impregnan las posturas que se adoptan en estas cuestiones y que, sin duda, no contribuyen al logro de una solución amistosa.

Por otra parte, si bien con frecuencia el conflicto de por sí no experimenta modificaciones, sí es cambiante la realidad en la que se hallan insertas las partes en el mismo e, incluso, también son fluctuantes los estadios de las relaciones entre los protagonistas del desacuerdo.

Pueden servir de ejemplo las controversias y disparidad de opiniones manifestadas en torno a ciertos acuerdos, proyectos de acuerdos y negociaciones celebradas antes y después del conflicto de 1982. Han presentado facetas diferentes. Ello porque las circunstancias no han sido similares. La sensibilidad de los argentinos no es la misma luego de los acontecimientos de 1982, como tampoco ha sido semejante la trascendencia de ciertos aspectos del conflicto otorgada por los Gobiernos de los países latinoamericanos o europeos.

En el ordenamiento jurídico nacional, se han fijado algunas pautas. Con la reforma constitucional de 1994, se incorporó en la Carta Magna una cláusula transitoria que además de proclamar la legítima e imprescriptible soberanía sobre las Islas Malvinas y las Georgias del Sur y Sándwich del Sur y los espacios marítimos e insulares respectivos, prescribe que “La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes, y conforme a los principios del derecho internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino”.

Esta última afirmación, en nuestra opinión, señala un objetivo básico al que debemos aferrarnos. Los medios, políticas y estrategias para lograrlo pueden variar, y ningún camino puede descartarse, no pudiendo inquietar la existencia de discrepancias y diferencias. Más aún, estas pueden ser útiles para promover un debate constructivo sobre la pertinencia de cada esfuerzo dirigido al reintegro de este territorio insular a la soberanía argentina.

Los estudiosos argentinos y no pocos extranjeros han realizado valiosos aportes en esta materia, y se han propuesto diversos me-

canismos, vías y formas para alcanzar una solución, que abarca desde los tradicionales mecanismos diplomáticos, hasta los recursos a medios jurisdiccionales, no faltando sugerencias originales que implican la aceptación de regímenes transitorios para arribar, con el tiempo, a la solución definitiva. Gran parte de estas iniciativas, que no es nuestro propósito examinar en esta oportunidad, pueden ser viables. Resulta contraproducente atenerse a criterios inamovibles o perder el poder de adaptación a las condiciones imperantes en el momento de cada negociación.

Otro presupuesto es que las negociaciones no deben apartarse del espíritu en que se fundaron la Resolución 2065 (XX) y demás resoluciones adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, tanto anteriores como posteriores al conflicto de 1982, y observando siempre los principios de la Carta de esta organización internacional, en particular los consagrados en los párrafos segundo y tercero del Artículo 2 de dicho instrumento.

Es obvio que como una cuestión que afecta a todos los argentinos, sería deseable que se lograra por parte de la dirigencia política del país y de quienes detentan un poder decisorio, sin distinción de partidos o grupos, ciertas coincidencias básicas, fijándose estrategias que pudieran ser observadas por cualesquiera que fuera gobierno, sin que ello importe colocar un “cepo” que prive a cada gobernante de su capacidad de acción y de negociación. Esta es una conducta que suelen adoptar los Estados que poseen una clara conciencia de las cuestiones claves de su política exterior, otorgando una mayor consistencia a su poder de negociación. Es muy posible que si aquellas coincidencias se hubieran manifestado desde hace tiempo, no se habría tenido que lamentar las consecuencias de empresas erróneamente acometidas.

Es inevitable que la tarea de recuperar las Malvinas recaerá en algo más de una generación. Abrigamos la esperanza de que este objetivo pueda cumplirse en el siglo que transitamos.

**OCUPACIÓN BRITÁNICA DE LAS MALVINAS EN
VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO *PACTA SUNT SERVANDA*
CONSECUENCIAS JURÍDICAS**

“Nadie puede beneficiarse de su propio crimen”

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT*

*Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Emérita de las Universidades Nacional de Córdoba y Católica de Córdoba, antigua Catedrática de Derecho Internacional Público. Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y miembro de su Instituto de Derecho internacional y Derecho de la Integración.

Resumen: El trabajo se ocupa del incumplimiento por parte del Reino Unido de Gran Bretaña de tratados vigentes al momento de la ocupación de las islas Malvinas, en violación del principio *pacta sunt servanda*. Tras relevar los tratados violados, considera en primer término los orígenes del principio *pacta sunt servanda* en las grandes culturas y corrientes doctrinarias, luego el concepto jurídico y la naturaleza de ese principio como norma de validez universal, general, pilar de la comunidad internacional, para concluir con algunas reflexiones sobre las consecuencias de la violación del principio.

Palabras-clave: Reino Unido de Gran Bretaña – Ocupación de las Islas Malvinas – *Pacta sunt servanda*.

Abstract: The work deals with the failure of the United Kingdom of Great Britain to comply with treaties in force at the time of the occupation of the Falkland Islands, in violation of the principle *pacta sunt servanda*. After reviewing the treaties violated, the article first considers the origins of the principle *pacta sunt servanda* in the great cultures and doctrinal currents, then the legal concept and the nature of that principle as a norm of universal, general validity, and pillar of the international community, to conclude with some reflections on the consequences of violation of the principle.

Keywords: United Kingdom of Great Britain - Occupation of the Falkland Islands - *Pacta sunt servanda*.

I. Introducción

En general, los trabajos que abordan los derechos argentinos sobre las Malvinas se centran en las cuestiones relativas al “mejor derecho” en base al descubrimiento, la ocupación, el derecho a suceder a España. Desde hace tiempo me han interesado algunos fundamentos teórico-jurídicos internacionales de la reclamación de soberanía argentina sobre Malvinas, en particular, el incumplimiento por parte del Reino Unido de Gran Bretaña de tratados vigentes en

violación del principio *pacta sunt servanda* (PPSS)¹, aspecto solo referido por unos pocos autores pero no considerado en particular².

Por nuestra parte destacamos que las instalaciones inglesas en Port Egmont³ de John Byron en 1765 y de John Mc Bride en 1766, al igual que la ocupación de James J. Onslow en 1833, se produjeron en violación a una serie de tratados en vigor celebrados entre España (o las Provincias Unidas del Río de La Plata) y Gran Bretaña. Ello, en una época de imperialismo en el que se había consolidado “al extremo en las relaciones intereuropeas el principio de santidad de los tratados (*pacta sunt servanda*) y el principio de soberanía territorial del Estado-Nación”⁴

Ya la primera reclamación para Inglaterra (reina Isabel I), registrada el 2 de febrero de 1594 por Richard Hawkins, violó instrumentos internacionales en vigor que le eran aplicables y que señalaremos más adelante⁵.

¹ El PPSS se puede definir sencillamente como: “Los pactos (en vigor) deben ser cumplidos por las partes de buena fe”, tal como es receptado en el art. 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y 1986. Lo opuesto a la buena fe es el abuso de derecho.

² Ello, sin dejar de percibir que, cualquiera fuera la argumentación argentina, es políticamente poco viable que el Reino Unido esté dispuesto a poner en discusión una cuestión sobre la que sus autoridades dicen “no tienen ninguna duda”, y correr el riesgo de una resolución adversa en ámbito político o jurisdiccional. (En idéntico sentido se ha pronunciado MILANOVIC, M. “Why the Falklands Dispute Will (Probably) Never Go to Court”, publicado el 25 de febrero de 2010, <http://www.ejiltalk.org/why-the-falklands-dispute-will-probably-never-go-to-court/> (consulta de 10 de mayo de 2015).

³ Nombre dado en honor al primer Lord del Almirantazgo inglés a una ensenada de la pequeña isla Saunders (denominada Croisade por los franceses en 1864), ubicada al NE del archipiélago, de difícil acceso en tiempo de navegación a vela por el tipo de mástiles y velas que se utilizaban.

⁴ BEDERMAN, D. J. *Globalization and International Law*, 2008, ASIL, Palgrave Macmillan, New York 2008, p. 9.

⁵ Es de tener en cuenta que incluso los ingleses, consideran dudoso al descubrimiento de Hawkins por la incorrecta ubicación y referencia de las islas (3 grados de diferencia en las coordenadas geográficas, señalamiento de la existencia de hogueras, tardío relato del presunto descubrimiento, etc.).

La página web oficial de las Falkland Islands⁶, al presentar la *Cronología* de las Islas, hace referencia textual a que en:

-“1765, *sin darse cuenta de la existencia de la colonia francesa*, el comodoro John Byron desembarcó en Puerto Egmont en West Falkland y tomó posesión de las islas para la corona británica” (el resaltado nos pertenece).

-“1766, el capitán John MacBride estableció un asentamiento británico en Puerto Egmont”.

-“1833, *el Comandante Mestivier fue asesinado por sus propios hombres en el momento en el capitán Onslow zarpó de Puerto Egmont⁷ en el buque de guerra “Clio” y tomó el mando de Port Louis para Gran Bretaña. La guarnición de Buenos Aires dejó pacíficamente las islas. Buenos Aires protestó (...)*” (los resaltados nos pertenecen).

Debe tenerse en cuenta que la ocupación francesa se extendió formalmente entre el 2 de febrero de 1764 y el 10 de abril de 1767, fecha en que se hizo la transferencia oficial de Port Louis a los españoles, si bien, ya el 4 de octubre de 1766 el Rey de España, había designado a Felipe Ruiz Puento como *primer gobernador* de las Malvinas, una vez reconocida por Francia la legitimidad de la reclamación sobreaña por parte de España. Gran Bretaña, que había tenido conocimiento de la transferencia de Francia España, no protestó el acto pero, posteriormente, ha pretendido que la entrega de las Islas a España no constituyó un reconocimiento de derechos sino una

⁶ V. <http://www.falklands.gov.fk/our-people/our-history/> (consulta 1 de junio de 2015).

⁷ Recuérdese que en 1774 Gran Bretaña se había retirado de Puerto Egmont, alegando más tarde motivos económicos como parte de un redesplicue de las fuerzas debido a la proximidad de la Guerra de la Independencia Americana y recién retornó en 1833 (Onslow) con la intención de ocupar las Malvinas. El texto que citamos de la *Cronología* malvinense se presta a confusión, ya que permite entender que Onslow habitaba en Puerto Egmont y que, tras tomar conocimiento del asesinato del comandante, decidió tomar Port Luis, lo que no se condice con la verdad.

compraventa, contradiciendo con ello infundadamente al propio Bougainville, quien expresó:

“España reivindicó estas Islas como una dependencia de América Meridional, y habiendo sido reconocido su derecho por el Rey, recibí orden de ir a entregar nuestros establecimientos a los españoles (...)”.

“Habiendo Francia reconocido el derecho de su Majestad Católica sobre las Islas Malvinas, el Rey de España, por un principio de derecho público reconocido en todo el mundo, no debía ningún reembolso por los gastos. Sin embargo, como adquirieron los navíos, bateles, mercaderías, armas, municiones de guerra y de boca, que componían nuestro establecimiento, este monarca, tan justo como generoso, ha querido reembolsarnos de nuestros adelantos, y la suma de 618.108 libras nos ha sido entregada por sus tesoreros, parte en París y el resto en Buenos Aires (...)”⁸.

De todos modos la posición británica de entender la devolución de las Islas a España como una compraventa no podría modificar las condiciones de legitimidad del derecho español-argentino ya que, tanto en aquella época como en la actualidad, la compraventa (bajo ciertas condiciones) es un modo lícito de adquisición territorial. Más aún, con esa posición, Gran Bretaña reconoce los mejores derechos de ocupación a los franceses y con el traspaso, a España. Ello, sin tener en cuenta su obligación de sumisión a la autoridad del Papa -a la cual estaba sometida-, que había reconocido los derechos españoles en la América meridional. Al momento del pronunciamiento de las Bulas por Alejandro VI, Inglaterra aceptaba la autoridad del Papa. Recién en 1531 Enrique VIII se proclamó jefe supremo de la Iglesia inglesa, habiéndose publicado el Acta de Supremacía en 1534. La primera vez que se usó el término “Anglica-

⁸ BOUGAINVILLE, L. A. de. *Viaje Alrededor del Mundo por la Fragata del Rey “La Boudense” y la Fusta “La Estrella” en 1767, 1768 y 1769.*, Edit. Calpe, Madrid, 1921, p.59. Cf. BOLOGNA, A. B.- *El Conflicto de las Islas Malvinas*, Ed. Facultad, Rosario, 1992, p. 18. V. asimismo, DRNAS DE CLÉMENT, Z. *Malvinas. ¿El derecho de la fuerza o la fuerza del derecho?*, Ed. Lerner, Córdoba, 2000, p. 7-8.

nismo” para referirse a la iglesia inglesa fue en 1838, si bien el término, con acepción distinta a la religiosa (“anglicano=inglés”) ya se conoce desde el siglo XII⁹.

La **Primera Bula Inter Caetera** de 3 de mayo 1493 de Alejandro VI establecía a favor de España:

*“(…) (P)ara que -dotados con la liberalidad de la gracia apostólica- asumáis más libre y audazmente una actividad tan importante, por propia decisión no por instancia vuestra ni de ningún otro en favor vuestro, sino **por nuestra mera liberalidad y con pleno conocimiento y haciendo uso de la plenitud de la potestad apostólica y con la autoridad de Dios omnipotente que decretamos en la tierra** y que fue concedida al bienaventurado Pedro y como Vicario de Jesucristo, a tenor de las presentes, **os donamos concedemos y asignamos perpetuamente, a vosotros y a vuestros herederos y sucesores en los reinos de Castilla y León, todas y cada una de las islas y tierras predichas y desconocidas que hasta el momento han sido halladas por vuestros enviados y las que se encontrasen en el futuro y que en la actualidad no se encuentren bajo el dominio de ningún otro señor cristiano, junto con todos sus dominios, ciudades, fortalezas, lugares y villas, con todos sus derechos, jurisdicciones correspondientes y con todas sus pertenencias; y a vosotros y a vuestros herederos y sucesores os investimos con ellas y os hacemos, constituimos y deputamos señores de las mismas con plena, libre y omnímoda potestad, autoridad y jurisdicción**” (el resaltado nos pertenece)¹⁰.*

⁹ WRIGHT, J. R. “An Essay in Terminology”, en SYKES, Stephen - BOOTY, John. *The Study of Anglicanism*, SPCK/Fortress Publishing, Nueva York-Londres, 1988, p. 426.

¹⁰ V. <http://www.artic.ua.es/biblioteca/u85/documentos/1572.pdf> (consulta de 20 de julio de 2015). V. asimismo para este y para los documentos históricos citados *infra* DAVENPORT, Frances G. *European Treaties Bearing on the History of the United States and Its Dependencies*. Washington: Carnegie Institution, 1917.

La *Segunda Bula Inter Caetera* de 4 de mayo de 1493 (se estima que en los hechos fue de junio del mismo año) disponía a favor de España:

“5. (...) **(D)onamos, concedemos y asignamos, todas las islas y tierras firmes descubiertas y por descubrir, halladas y por hallar hacia el Occidente y Mediodía, fabricando y construyendo una línea del Polo que es el Septentrión, hasta el polo que es el Mediodía, ora se hayan hallado islas y tierras firmes, ora se hayan de encontrar hacia la India o hacia otra cualquiera parte, la cual línea diste de las islas que vulgarmente llaman Azores Cabo Verde cien leguas hacia el Occidente y mediodía, así que todas sus islas y tierra firme halladas y que hallaren, descubiertas y que se descubrieren desde la dicha línea hacia el Occidente y mediodía que por otro Rey cristiano no fuesen actualmente poseídas hasta el día del nacimiento de Nuestro Señor Jesucristo próximo pasado del cual comienza el año presente de mil cuatrocientos y noventa y tres, cuando fueron por vuestros mensajeros y capitanes halladas algunas de las dichas islas con todos los dominios de las mismas, con ciudades, fortalezas, lugares y villas, derechos, jurisdicciones y todas sus pertenencias. Y a vosotros y a vuestro dichos herederos y sucesores os hacemos, constituimos y deputamos señores de ellas con plena y libre y omnímoda potestad, autoridad y jurisdicción.** Decretando no obstante que por semejante donación, concepción, asignación nuestra, a ningún Príncipe Cristiano que actualmente poseyere dichas islas o tierras firmes antes del dicho día de la Natividad de Nuestro Señor Jesucristo pueda entenderse que se quita o se deba quitar el derecho adquirido”(...).

“7. **Exclusividad de la donación.** Y severamente prohibimos a cualquiera personas, sean de cualquier dignidad incluso la imperial y la real, estado, grado, orden o condición, bajo pena de excomunión «latae sententiae», en la cual incurran por el mismo hecho si lo contrario hicieren, que no pretendan ir a las islas y tierras firmes, hallada y que se hallaren, descubiertas y por descubrir, hacia el Occidente y mediodía, fabricando y construyendo

*una línea desde el Polo norte al sur, ya sean tierras firmes e islas halladas y que se hubieren de hallar hacia la India o hacia cualquiera otra parte, la cual línea diste de cualquiera de las islas que vulgarmente llaman las Azores y Cabo Verde cien leguas hacia el Occidente y Mediodía como queda dicho, para granjear mercaderías o por cualquier causa, sin especial licencia vuestra y de vuestros herederos y sucesores. Y porque también algunos Reyes de Portugal descubrieron y adquirieron en las regiones de África, Guinea y Mina de Oro otras islas, igualmente por apostólica concesión hecha a ellos, y les fueron concedidas por la Sede Apostólica diversos privilegios, gracias, libertades, inmunidades exenciones e indultos, **Nos os concedemos a vosotros y a vuestros herederos y sucesores mencionados, que en las islas y tierras descubiertas por vosotros y que se descubrieren del mismo modo podáis y debáis poseer y gozar libre y lícitamente de todas y cada una de las gracias, privilegios, exenciones, libertades, facultades inmunidades e indultos, pues queremos que se encuentre expresado e incluido suficientemente en las presentes, como si estuviese aquí transcrito palabra por palabra, para que sea como si a vosotros citados herederos y sucesores hubiesen sido especialmente concedidos. Así pues con igual motu, autoridad, ciencia y plenitud de Potestad Apostólica y como especial donación graciosa concedemos todo ello en todo y por todo, a vosotros y a vuestros indicados herederos y sucesores, con la misma extensión y amplitud**” (el resaltado nos pertenece)¹¹⁻¹².*

¹¹ V. <http://www.mgar.net/docs/caetera.htm> (consulta de 25 de julio de 2015). La *Bula Eximiae Devotionis* tiene similar contenido a la Primera Bula y lleva igual fecha.

¹² El Tratado de Tordesillas de 7 de junio de 1494, luego confirmado por Bula Papal de 1509 expresaba: “(...) *que se haga é señale por el dicho mar Océano una raya, ó línea derecha de polo á polo, convien á saber, del polo ártico al polo antártico, que es de Norte a Sul, la qual raya ó línea se aya de dar, é dé derecha, como dicho es, á trecientas é setenta leguas de las islas del Cabo Verde, hacia la parte del Poniente, por grados ó por otra manera como mejor y mas presto se pueda dar (...)*”. En lo que hace a la jurisdicción establecía: “(...) *é que todo lo que hasta aquí se ha fallado é descubierto, é de aquí adelante se hallare, é descubriere por el dicho señor de Portugal, é por sus navios, asy islas como tierra firme, desde la dicha raya, é línea dada en*

Las ocupaciones inglesas se realizaron no solo en violación a los documentos papales señalados, sino a una serie de otros tratados en vigor, que establecían que la autoridad británica, al igual que sus súbditos, no dirigirían su comercio, ni navegarían, ni fijarían establecimientos estables en los puertos o lugares que el Rey Católico tenía en las Indias occidentales. Entre esos tratados, recordamos:

- ***Tratado de Münster*** (Paz de Westfalia)¹³ (Acuerdo entre Provincias Unidas de los Países Bajos y España al que se incorpora Gran Bretaña) de 30 de enero de 1648:

*“VI. Y en cuanto a las **Indias Occidentales**, los Súbditos y Habitantes de los Reinos, Provincias y Tierras de los dichos Señores Rey y Estados respectivamente, **se abstendrán de navegar y traficar en todos los Puertos, Lugares y Plazas guarnecidas de Fuertes, Lonjas o Castillos, y en todas las demás poseídas por una u otra parte (...)**”* (el resaltado nos pertenece).

*“XXIII. **No se podrá abordar, entrar, ni detenerse** en los Puertos, Abras, Playas y Radas de los Países de uno u otra con Navíos y gente de Guerra, en número que pueda dar sospecha, sin Pasa-
porte y Licencia de aquel que mandare los dichos Puertos, Abras, Playas y Radas, si no es que sean arrojados por tempestad, u obli-*

la forma susodicha, yendo por la dicha parte del Levante dentro de la dicha raya á la parte del Levante, ó del Norte, ó del Sul della, tanto que no sea atravesando la dicha raya, que esto sea, é finque, é pertenezca al dicho señor rey de Portugal é á sus subcesores, para siempre jamas, é que todo lo otro, asy islas, como tierra firme, halladas y por hallar, descubiertas y por descubrir, que son ó fueren halladas por los dichos señores rey é Reyna de Castilla, é de Aragón, etc., é por sus navios desde la dicha raya dada en la forma susodicha, yendo por la dicha parte del Poniente, después de pasada la dicha raya hacia el Poniente, ó el Norte, ó el Sul della, que todo sea, é finque, é pertenezca á los dichos señores rey é Reyna de Castilla, de León, etc., é á sus subcesores para siempre jamás (...)”. V. GREIG, D. W. “Sovereignty and the Falkland Islands Crisis”, 8 *Aust. YBIL*, 1978-1980, p. 21.

¹³ V. <http://www1.umassd.edu/euro/resources/dutchrep/14.pdf>; y <http://www.dipublico.org/3654/treaty-of-munster-1648-en-espanol/> (consulta de 20 de mayo de 2015).

*gados por necesidad, y para evitar algunos peligros del Mar” (el resaltado nos pertenece)*¹⁴.

-*Tratado de Madrid* de 18 de julio 1670¹⁵:

Art. 8: (...) los súbditos del rey de Gran Bretaña no dirigirán su comercio, ni navegarán a los puertos o lugares que el Rey Católico tiene en dicha India ni comerciarán con ellos; y recíprocamente los súbditos del rey de España no lo harán con los puertos o lugares del rey de Gran Bretaña (el resaltado nos pertenece).

Calvo, en su colección de tratados, en nota de pie de página, recuerda que no se señalaron las posesiones de Gran Bretaña pero que por cédula expedida el 7 de junio de 1689 n° 26 y 27 las posesiones de Gran Bretaña eran Barbados, Nueva Inglaterra, una partes de San Cristóbal, Canadá, Jamaica. En trabajo de Richard Blome, *América inglesa*, Amsterdam, 1688, también se señala que pertenecían a Gran Bretaña 4 provincias de Nueva Jersey, Pensilvania, Maryland, Nueva York, islas Nevis, Antigua, San Vicente, Dominica, Monserrat, Anguila, Carolina, Nueva Foundland, Tabaco, y más tarde Providencia. No se nombraba posesión alguna en los mares meridionales del Sur¹⁶.

-*Tratado de Utrecht* *Tratado preliminar de paz y amistad entre las coronas de España y de Inglaterra*¹⁷ de 13 de julio de 1713:

¹⁴ V. CALVO, Carlos, *Colección histórica completa de los tratados 1493-1694*, A. Durand, Paris, 1862. Obtenible en <https://books.google.es/books?id=XE8NAAAIAAJ&printsec=title-page&hl=es#v=onepage&q&f=false> (consulta de 7 de junio de 2015).

¹⁵ El tratado de Madrid de 1667, tratado comercial firmado el 23 de mayo de 1667 en la ciudad de Madrid (España), entre la Monarquía Hispánica y el Reino de Inglaterra, fue ratificado por el Tratado de Madrid de 1670. V. CALVO, Carlos, *Colección histórica completa de los tratados 1493-1694*, Ob. Cit.

¹⁶ CALVO, Carlos, *Colección histórica completa de los tratados 1493-1694*, Ob. Cit.

¹⁷ El primer tratado se suscribió el 11 de abril de 1713 entre el reino de

“Art. VIII: Será libre el uso de la navegación y del comercio entre los súbditos de ambos reinos como lo era en otros tiempos durante la paz y antes de la declaración de esta guerra, reinando el rey católico de España Carlos II¹⁸, de gloriosa memoria, conforme a los pactos de amistad, confederación y comercio que estaban establecidos entre las dos naciones, según las costumbres antiguas, cartas patentes, cédulas y otros actos especialmente hechos en este particular, y también según el tratado ó tratados de comercio ya concluidos en Madrid, o se concluyan luego. Y como entre otras condiciones de la paz general se ha establecido por común consentimiento como regla principal y fundamental, que la navegación y uso del comercio de las Indias occidentales del dominio de España quede en el mismo estado que tenía en tiempo del dicho rey católico Carlos II, para que esta regla se observe en lo venidero con fe inviolable de modo que no se pueda quebrantar y se eviten y remuevan todos los motivos de desconfianzas y sospechas acerca de este negocio, se ha convenido y establecido especialmente, que por ningún título ni con ningún pretexto se pueda directa ni indirectamente conceder jamás licencia ni facultad alguna a los franceses ni otra nación para navegar, comerciar ni introducir negros, bienes, mercaderías u otras cosas en los dominios de América pertenecientes a la corona de España, sino es aquello que fuere convenido por el tratado o tratados de comercio sobredichos y por los derechos y privilegios concedidos en el convenio llamado vulgarmente el asiento de negros, de que se hace mención en el artículo 12; y excepto también lo que el dicho rey católico ó sus herederos ó descendientes ofrecieren por el tratado ó tratados de la introducción de negros en las Indias occidentales españolas, después que se hubiere concluido el referido convenio del asiento de negros. Y para que la navegación y comercio a las Indias occidentales queden más firme y ampliamente asegurados, se ha convenido y ajustado también por el presente, que ni el rey católico, ni alguno de sus herederos y

Francia, el reino de Gran Bretaña, el reino de Prusia, el reino de Portugal, el ducado de Saboya y las Provincias Unidas de los Países Bajos.

¹⁸ Carlos II “El hechizado” reinó entre 1665 y 1700 (hasta 1675 bajo la regencia de su madre Mariana de Austria).

sucesores puedan vender, ceder, empeñar, traspasar a los franceses ni a otra nación tierras, dominios ó territorios algunos de la América española, ni parte alguna de ellos, ni enajenarla en modo alguno de sí, ni de la corona de España. Y al contrario, para que se conserven más enteros los dominios de la América española, promete la reina de la Gran Bretaña que solicitará y dará ayuda a los españoles para que los límites antiguos de sus dominios de América se restituyan y fijen como estaban en tiempo del referido rey católico Carlos II, si acaso se hallare que en algún modo ó por algún pretexto hubieren padecido alguna desmembración ó quiebra después de la muerte del dicho rey católico Carlos II” (el resaltado nos pertenece)¹⁹.

¹⁹ Según este tratado (Utrecht-Rastadt), Gran Bretaña recibió Gibraltar y Menorca y amplias ventajas comerciales en el imperio español de las Indias, concretadas en el asiento de negros, que fue concedido a la South Sea Company y en virtud del cual podía enviar a la América española un total de 144.000 esclavos durante treinta años, y el navío de permiso anual, un barco de 500 toneladas autorizado a transportar bienes y mercancías a la feria de Portobelo y libres de aranceles. Con estas dos concesiones se rompía por primera vez el monopolio comercial que había mantenido la Monarquía Hispánica para sus vasallos castellanos durante los dos siglos anteriores -los términos en que debía operar el navío de permiso fueron concretados en un sentido aún más favorable para los intereses británicos en el tratado comercial que se firmó en 1716-. Además, Gran Bretaña obtuvo Nueva Escocia (Acadia), la bahía de Hudson y la isla de Terranova (cedidas por la Monarquía de Francia); la isla de San Cristóbal en el Mar Caribe, el asiento de negros³⁵ (un monopolio de treinta años sobre el tráfico de esclavos negros con la América española) y el navío de permiso (concedidos por España). El “navío de permiso” autorizaba a Inglaterra a enviar un barco al año con una capacidad de carga de 500 toneladas a las colonias españolas americanas para comerciar con sus territorios. Esa concesión se consideró el fin del monopolio comercial español. Sin embargo, en el tratado de Madrid de 1750, Gran Bretaña renunció al navío de permiso junto al asiento de negros a cambio de 100.000 libras, terminándose el comercio británico en la América española, recuperando España el monopolio y el derecho de comercio con sus territorios. V.

<https://books.google.es/books?id=ersCAAAAYAAJ&printsec=frontcover&dq=Tratado+de+Utrecht+1713+%2B+texto&hl=es&sa=X&ei=eKFjV-ZiAFMGlwSQ64BI&ved=0CDkQ6AEwBQ#v=onepage&q&f=false> CANTILLO, A. *Tratados, convenios y declaraciones de paz y de comercio que han hecho con las potencias extranjeras los monarcas españoles de la casa de Borbón.*

-Tratado de Sevilla de 9 de noviembre de 1729. *Tratado de Paz, unión, amistad y alianza entre las coronas de España, Francia e Inglaterra (accesión de las Provincias Unidas de los Países Bajos)*²⁰:

“Art. 1: *Habrá desde ahora y para siempre una paz sólida, una unión estrecha y una amistad sincera y constante entre... Habrá igualmente olvido de todo lo pasado y todos los tratados y convenciones precedentes de paz, de amistad y de comercio concluidas entre las potencias contratantes respectivas, serán como en efecto lo son, renovados y confirmados en todos sus puntos (...) a los que no se deroga por el presente pacto (...)*” (el resaltado nos pertenece).

-Tratado de París definitivo de paz entre los reyes de España y Francia por una parte y la corona británica por la otra de 10 de febrero de 1763²¹:

“Art. 1: *Habrá una paz cristina, universal y perpetua así por mar como por tierra, entre... Sin excepción de lugares ni personas (...), sin permitir de aquí en adelante que ni de una ni de otra parte se cometa género alguno de hostilidades por mar o por tierra (...)*” (el resaltado nos pertenece).

-Convención concluida entre España e Inglaterra sobre pesca y navegación y comercio en el Océano Pacífico y los mares del Sur, San Lorenzo el Real, 28 de octubre de 1790 (Nootka Sound)²²:

Desde el año 1700 hasta el día, Imprenta de Alegría y Charlain, Santo Domingo, 1843.

²⁰ El tratado de Sevilla se firmó tras la guerra angloespañola de 1727-1729, entre España, Francia y Gran Bretaña, al que adhirieron posteriormente los Países Bajos. Se firmó en Sevilla debido a que entre 1729 y 1733 Felipe V inició un viaje prolongado por Andalucía que le llevó a establecer la Corte en Sevilla.

²¹ Pone fin a la guerra de los siete años.

²² Es de interés recordar que el *Convenio entre el rey de España y los Estados Unidos de América sobre indemnización de pérdidas daños y perjuicios irrogados durante la última guerra* (sucesos ocurridos en Nootka Sound-Costa O de EE.UU.), es consecuencia de los excesos cometidos por indi-

“Art. 6 (...) Se ha convenido también por lo que hace 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 esas costas, situadas al Sur de las partes de las mismas costas y de las islas adyacentes ya ocupadas por España. Bien entendido que los dichos súbditos respectivos 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 solo a esos objetos” (el resaltado nos pertenece).

En 1825 Gran Bretaña y las Provincias Unidas del Río de la Plata concluyeron un *Tratado de Amistad, Comercio y Navegación*²³. En el mismo, el Reino Unido reconoció la independencia del Río de la Plata, sin formular reserva alguna con relación al dominio de las Islas, a las que 8 años después ocuparía por la fuerza²⁴.

Dado que entendemos que Gran Bretaña obró en las fechas clave de 1765, 1766, 1833 en violación a un principio básico del derecho y la convivencia de la comunidad internacional, el *principio pacta sunt servanda* (PPSS), consideraremos en primer término los orígenes del PPSS en las grandes culturas y corrientes doctrinarias y luego el concepto jurídico y la naturaleza del PPSS como principio de validez universal, general, pilar de la comunidad internacional,

viduos de ambas naciones contra el derecho de gentes o tratado existente (Madrid, 11 de agosto de 1802). Recién fue ratificado por ambos Estados en 1818.

²³ Treaty of Amity, Commerce and Navigation, Great Britain-Río de la Plata, Feb. 2, 1825, 75 Parry's T.S. 75.

²⁴ Lowell Gustafson entiende que al no haber reclamado Gran Bretaña las Islas en esa oportunidad -como tampoco frente a los actos de posesión de Jewitt o Vernet a nombre de la nueva república-, se debilitó su posición (GUSTAFSON, L.S., *The Sovereignty Dispute Over the Falkland (Malvinas) Islands*. Oxford University Press. 1988, p. 22). En igual sentido se pronuncia PINTO, M. "Argentina's Rights to the Falkland/Malvinas Islands", *18 Tex. Int'l L. J.* 1983, p. 3. Pinto cit. a Schwarzenberger: "However weak a title may be, and irrespective of any other criterion, recognition stops the state which has recognized the title from contesting its validity at any future time" (SCHWARZENBERGER, *Title to Territory. Response to a Challenge*, *51 Am. J. Int'l L.* (1957), pp. 316-317).

para concluir con algunas reflexiones sobre las consecuencias de la violación del principio, si bien el tema, por su profundidad amerita un estudio por separado.

II. Breve reseña del origen del PPSS en las grandes culturas y corrientes doctrinarias

El PPSS se encuentra en todas las épocas de la historia, en todos los sistemas jurídicos²⁵, en todas las religiones²⁶, en los dictámenes de soberanos y de tribunales²⁷.

Se recuerda *i.a.* que en el año 1292 a.J.C., el *Tratado de la paz y la convivencia mutua entre Ramsés II y Hatushill III* colocó a las deidades de los dos soberanos como garantes del cumplimiento del mismo²⁸.

Confucio, casi seis siglos antes de la era cristina consideró a la obligación de cumplir de buena fe los acuerdos como “ley de la necesidad”, “ley de absoluta justicia”²⁹.

Se ha señalado que en el derecho romano, *Marcus Catón, el viejo*

²⁵ Se lo encuentra en las Decretales del Papa Gregorio IX (1234), en el Código Napoleónico (*i.a.* art. 1134), otros códigos civiles europeos, en el common law anglosajón, en la sharia, etc.

²⁶ Se halla en las religiones hinduista, budista, musulmana, confuciana, judeo-cristiana, e incluso en el sistema comunista y ateo.

²⁷ El árbitro Sobhi Mahmassani en su dictamen de 12 de abril de 1977, en el caso *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v The Libyan Arab Republic* dictaminó que, “[e]l principio de la inviolabilidad de los contratos [...] siempre ha constituido una parte integral de la mayoría de los sistemas jurídicos. Estos incluyen aquellos sistemas que se basan [en] el derecho romano, el Código Napoleónico (por ejemplo, artículo 1134) y otros códigos civiles europeos, así como en el modelo anglosajón del Common Law, como en el islámico (...)

“V. http://www.biiicl.org/files/3939_1977_liamco_v_libya.pdf (consulta de 5 de mayo de 2015).

²⁸ MAZZACANO, P.J. “Force Majeure, Impossibility, Frustration & the Like: Excuses for Non-Performance; the Historical Origins and Development of an Autonomous Commercial Norm in the CISG”, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2011-2, p. 6.

²⁹ WHITTON, J. B. “The sanctity- of treaties (*pacta sunt servanda*)”, *Int'l Conciliation*, 1934-1935, p. 395 y ss.

en el II a.J.C. llamó ante el senado a la destrucción de Cartago (“*Defenda est Cartago*”), por haber violado su obligación frente a Roma de no entablar guerra con otras naciones. Citamos el hecho a pesar de que esa indignación había sido fraudulenta en tanto Roma habría incitado a Numidia -su aliada- para que atacara a Cartago y desencadenara la guerra por la cual luego castigó a Cartago y la destruyó. Cicerón, en el Libro tercero de *De legibus* (3.24.92) señalaba que los pactos y promesas siempre deben ser cumplidos cuando no hay fuerza ni dolo malo (*Pacta et promissa semperne servanda sint, quae nec vi nec dolo malo (...) facta sint*). En el Libro I.10.32 señaló que cuando el cumplimiento de un tratado se vuelve peligroso, la promesa no debe ser cumplida. No compartimos con Richard Hyland que, dado que Cicerón consideraba que la moralidad en ciertas circunstancias no exigía que las promesas siempre fueran cumplidas, el origen del PPSS debe ser buscado en otra parte³⁰. Ello, en base a las condiciones que se requieren para que un entendimiento sea un “*pactum*” conforme al derecho internacional³¹.

En general, el *Derecho romano* fue estricto y nunca reconoció un derecho general de rescisión en caso de incumplimiento, excluyendo la situación de imposibilidad de cumplimiento no atribuible al incumplidor.

De acuerdo a la teoría monista del *derecho greco-romano clásico y la tradición cristiana*, un compromiso, una vez dado, debía ser llevado a cabo de buena fe como una obligación sagrada, como ley de Dios. Del mismo modo, el resto de las religiones más importantes y sus sistemas legales han tenido una posición similar.

San Agustín en el Siglo IV -al igual que otros padres de la Iglesia- sostuvo que hay que mantener la palabra dada, incluso con los enemigos³².

En el *Derecho Islámico*, el PPSS tiene origen religioso. En el *Corán*, en varias partes, se encuentran expresiones tales como: “Los musulmanes deben cumplir sus compromisos”; “Debes ser justo con las obligaciones contraídas... Alá es tu testigo”.

³⁰ HYLAND, R “*Pacta Sunt Servanda: A Meditation*”, 34 *Va. J. Int'l L.*, 1993-1994, p 405 y ss.

³¹ *V. infra*.

³² WEHBERG, H., “*Pacta sunt servanda*”, 53 *Am. J. Int'l L.* 1959, p.775 y ss.

La misma idea se encuentra en el *Decretum Gratiani* (*Concordantia discordantium canonum*) del siglo XII (Second section, Ch. 23, qu. 1, c. 3). Debe tenerse en cuenta que en la Edad Media, después de la disolución del imperio de Carlomagno, cuando se rompió la unidad de la voluntad del Estado, el sistema feudal implicó una cadena de contratos, celebrados voluntariamente entre señores y vasallos. Precisamente, la existencia de tales contratos (basados en la huella cristiana) y su convicción de cumplimiento obligatorio evitaron la anarquía. El derecho feudal consideró que un rey no puede cometer injusticias, ya que si lo hace (violar la norma), con este acto se convierte *ipso facto* en un tirano.

Santo Tomás de Aquino³³, en el siglo XIII, sostuvo (al igual que San Agustín) el principio de que los tratados y contratos deben cumplirse incluso con respecto a los enemigos, sin embargo, si las circunstancias existentes en referencia a personas u objetos en el momento de cumplir el contrato habían cambiado, el incumplimiento del mismo era justificable.

El Renacimiento y la Reforma trajeron la idea de la “Razón de Estado”. Incluso Maquiavelo expresaba: “Todo el mundo sabe cuán laudable es en un príncipe guardar la palabra prometida y vivir con integridad y no con astucia” (*Il principe*, cap.18)³⁴, sin embargo, recuerda Wehberg³⁵ que, si bien, en ese tiempo los pensadores adhirieron sin reservas al “valor general de la religión, la moral y la ley”, el pensamiento político fue influenciado por la idea de la necesidad. Así, Maquiavelo afirmó que el príncipe podría ponerse por encima de la ley y la justicia, si fuera necesario para el Estado. El príncipe debía, si podía, seguir los caminos de Dios; pero le estaba justificado hacer el mal en casos de necesidad, con el fin de proteger los intereses del Estado. El Príncipe debía estar listo para actuar “en contra de la lealtad, la caridad, la humanidad y la religión”.

³³ TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologicae*, 2, 2, q. 140.

³⁴ MAQUIAVELLO, N., *El príncipe* (edición crítica bilingüe de la Universidad de Puerto Rico, Madrid 1955), cap. XVIII, pp. 370 - 373. La primera edición de *El Príncipe* fue en 1532.

³⁵ WEHBERG, H., “Pacta sunt servanda”, ob.cit, p. 776.

Junius Brutus en *Vindiciae contra Tyrannos*³⁶, considera que cuando Dios llamó a Moisés, Jehová contrajo una alianza con todo el pueblo, con toda la multitud, con todos los ancianos, con todos los hombres de Judea. La comunidad de Israel, precisa Brutus, lo ha considerado siempre así. El fundamento moral del *pactum* equivale al reconocimiento de su legitimidad³⁷.

Incluso *Jean Bodin*, opositor de Maquiavelo, en *La República*, entendió que ninguna ley era tan sagrada que no pudiera cambiar bajo la presión de la necesidad, en interés y bien del Estado. Sin embargo, al referirse al plano internacional fue mucho más riguroso al señalar que el gobernante debe, sobre todo, cumplir su palabra, ya que la “fidelidad y la lealtad son las bases mismas de toda justicia”. Ello era válido, en tanto no solo el Estado, sino toda la comunidad humana, se mantienen unidos por ellas. “Los ‘tratados’³⁸ celebrados con países extranjeros deben ser fielmente cumplidos. Ni siquiera el peligro de destrucción puede liberar al Estado de sus obligaciones contractuales”. Las únicas excepciones que admitía eran la imposibilidad de cumplimiento o la naturaleza abusiva del tratado³⁹.

Thomas Hobbes, en el *Leviatán*, en su capítulo XV, cuando se refirió a la tercera ley de la naturaleza, que ordena a los hombres cumplir los pactos que han celebrado, señaló que la expresión de

³⁶ Se duda sobre su autoría ya que lo único que se conoce con certeza es que fue una obra de los hugonotes publicada en 1579 en Basilea bajo ese seudónimo.

³⁷ BRUTUS, J. *Vindiciae contra Tyrannos* (n. 16), qu. III, p.159 y (n. 17), qu. I, p. 73. (V. <http://faculty.history.wisc.edu/sommerville/367/Vindiciae.htm>; <http://reformed.org/documents/vindiciae/index.html> (consulta de 2 de mayo de 2015).

³⁸ Usó el término “tratados” para los acuerdos entre Estados para distinguirlos de los contratos entre particulares.

³⁹ KUNSTEN, T.L. *History of International Relations Theory*, 2da. Ed. 1997, Manchester University press, New York, p. 74 y ss. (obtenible en <https://books.google.com.ar/books?id=XejIDV8S3TUC&pg=PA72&lpg=PA72&dq=BODIN+%2B+pacta+sunt+servanda&source=bl&ots=-QWLG-eSxg&sig=RjIxxoo6KTbH2WuPXDUjCg3ISHc&hl=es&sa=X&ei=H7J1VaaMK8XSgwSt6IDgCw&ved=0CCUQ6AEWAQ#v=onepage&q=BODIN%20%2B%20pacta%20sunt%20servanda&f=false>) (consulta de 6 de junio de 2015).

este principio constituye la máxima voluntad ordenadora de la sociedad civil. Sin embargo, como exponente de la “razón de Estado” y filósofo utilitarista, al igual que *Spinoza*, en su *Tractatits Theologico-politicus*, señaló que ningún titular del poder del Estado puede adherirse a la inviolabilidad de los contratos en detrimento de su propio país, sin cometer un crimen⁴⁰.

Huesbe Llanos⁴¹ recuerda que los doctrinarios de la *Escuela de Salamanca*, cuyos principales representantes fueron entre otros Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Diego de Covarruvias y Leiva, y Fernando Vázquez de Menchaca, trasladaron a la condición de derecho de naturaleza, por medio del mandato de la razón, el cumplimiento de los contratos. Domingo de Soto desde la teología, fundamentó la obligación ineludible del cumplimiento de los contratos en que estos se refieren a situaciones jurídicas y especialmente referidas al derecho de gentes. Hace presente que, posteriormente, a las propuestas de la Escuela de Salamanca las asumen destacados autores del siglo XVII como *Althusius* y *Grocio* entre otros representantes de la doctrina racionalista iusnaturalista. Sin embargo recordamos las críticas que se hicieron a la posición de Grocio por considerarla interesada. Así, John Parry⁴² recuerda que Grocio durante la tregua de los doce años -frente a la actitud de comerciantes ingleses que ofrecían mejores precios que los pactados con los holandeses- en su doble papel de funcionario del gobierno y abogado de la compañía Holandesa de las Indias Orientales (Dutch East India Company) apoyó la reclamación, intimidación, incluso el uso

⁴⁰ HOBBS, Th. *Leviatán o la materia, forma o poder de una república eclesiástica y civil* (1651, trad. cast. México, 1994), part. I, cap. 15. SPINOZA, B. *Tractatits Theologico Politicus* (1670). Cf. TAUBE, M. de. « L'inviolabilité des traités », *Rec. des Cours*, 1930, Vol. II, pp. 295-387. V. asimismo ARYNAUD, Ph. - RIALS, S. (Eds). *Diccionario Akal de Filosofía Jurídica*, Ediciones Akal, Madrid-España, 2001.

⁴¹ HUESBE LLANOS, M. A. “La irrevocabilidad del pacto (...)” ob. cit. http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552005000100015&script=sci_arttext#3

⁴² PARRY, J. T. “WHAT IS THE GROTIAN TRADITION IN INTERNATIONAL LAW?”, *35 U. Pa. J. Int'l L.* 2013-2014, p. 337 y ss. V. asimismo, SHARP, M. P. “PACTA SUNT SERVANDA”, *41 Colum. L. Rev.*, 1941, p. 783 y ss.

de la fuerza para forzar a los nativos al cumplimiento de los acuerdos que habían celebrado con carácter de exclusividad con los holandeses y que no eran simples contratos comerciales que podían ser regidos por normas locales. Acompañó esa tesis la posición de que los nativos tenían capacidad para asumir derechos-deberes plenos iguales a los de los holandeses (tenían sus reyes, sus leyes y sus libertades) y la teoría de que “en ausencia de un juez independiente y eficaz, surgía el derecho a la guerra privada”. Es decir, la compañía podía tomar las armas contra los ingleses y los isleños para proteger y hacer cumplir los tratados celebrados con los holandeses. Hugo Grocio invocó al derecho natural, la inviolabilidad de los tratados, la legitimidad del uso de las armas para asegurar el cumplimiento de los tratados. Parry entiende que Grocio debió forzar sus posiciones académicas para cumplir su rol de abogado de los intereses de la empresa.

Los seguidores de Grocio -*Samuel Pufendorf, Cornelius van Bynkershoek, Emmerich de Vattel*- se inclinaron por la inviolabilidad de los tratados, entendiendo que sin el principio de buena fe y de la de la fuerza obligatoria de los tratados, el derecho internacional desaparecería⁴³.

Johann Jakob Moser, fundador de la escuela positivista señaló que los tratados solo podían ser cancelados con el consentimiento de todas las partes interesadas⁴⁴.

Georg W. F. Hegel ejerció una fuerte influencia en el pensamiento del derecho internacional del siglo XIX. Para él, la ley era un producto de la voluntad. La voluntad de la nación era la portadora de la ley. Con relación al PPSS señaló que los tratados vinculan las partes a él ya que son la base de la relación social. Distinguió las consecuencias diferenciadas según se trate de un tratado bilateral

⁴³ PUFENDORF, S., *De jure naturae et gentium*, Book II, chap. III, § 23; Book III, chaps. III, IV, § 1, 2. BYNKERSHOEK, C. *Quaestionum juris publici*, Libri duo (1737), IT, cap. 10; VATTEL, E., *Droit des Gens*, Book II, chap. XII, § 163. Cf. WEHBERG, H., “Pacta sunt servanda”, ob.cit, p. 778 y ss.

⁴⁴ MOSER, J.J. *Grundsätze des jetzt üblichen Europäischen Völkerrechts in Friedenszeiten*, Raspe, Frankfurt am Main, 1763 (<http://digital.ub.uni-duesseldorf.de/urn/urn:nbn:de:hbz:061:1-72731>) (consulta de 7 de mayo de 2015).

y multilateral. Sin embargo, entendía que una tribu nómada o de baja cultura, no podía ser reconocida como persona jurídica por carecer de la capacidad abstracta del derecho institucionalizado⁴⁵.

Georg Jellinek, que tuvo influencia en el Derecho internacional, hizo descansar la validez del derecho de los tratados en la obligación autoimpuesta y desvinculable. *Heinrich Triepel* rechazó la autolimitación y sostuvo la teoría de la “voluntad común” de las partes.

Dionisio Anzilotti describió el principio de la inviolabilidad de los tratados como una norma fundamental hipotética, que se puede suponer, pero no probar. Concibió al PPSS como norma básica de todo el derecho internacional. Como positivista, dualista, reconoció el principio *in non adimplenti non es adimplendum*⁴⁶.

Para *Hans Kelsen*, normativista, neopositivista, el sistema jurídico de normas encuentra su validez fuera de la voluntad de los Estados (PPSS, norma objetiva, no sometida al derecho subjetivo de los Estados). La norma del derecho internacional se analiza en sí misma, fuera de cualquier consideración meta-jurídica (política, moral, social) y dentro de una “teoría pura” del derecho. Concebido en un jerárquico sistema jurídico, las normas del derecho internacional (“orden jurídico internacional”) tienen preeminencia⁴⁷.

Alfred Verdross ha argumentado que la fuerza vinculante de los acuerdos internacionales es lógicamente anterior a cualquier acuerdo particular y, por tanto, no puede ser en sí mismo el resultado de un tratado internacional. Por esta razón lo llamó *pacta máxima* de la *Grundnorm*, la norma básica de todo el derecho internacional. La fuerza del PSS es lógicamente superior a cualquier pretensión particular⁴⁸.

⁴⁵ CONKLIN, E. E. *Hegel's Law: The Legitimacy of the Legal Modern Order*, Sanford University Press, Stanford California, 2008, p. 285.

⁴⁶ ANZILOTTI, D. *Cours de droit international*, Vol. I, Sirey, Paris, 1929, p.43-44.

⁴⁷ KELSEN, H., *La theorie pure du droit*, Paris, 1962, p. 425, 442 - 444 ; KELSEN, H. « Theorie du droit international Public », *RdeC*, I-1953, p. 7-14, 33 ; VERDROSS, A. « Le fondement du droit international », *RdeC*, 1927-1.

⁴⁸ VERDROSS, A. *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1929, pp. 28-33.

Luis E. Le Fur entendió que: “la ley natural, propiamente hablando, no es variable, ya que solo contiene las aplicaciones inmediatas del sentido de la justicia, universal entre los hombres, y esto es precisamente lo que le da el nombre de naturales de conformidad con su naturaleza”. Consideró entre las dos reglas básicas naturales que una era la obligación de respetar los tratados libremente concluidos en tanto de ella depende todo el orden jurídico⁴⁹.

Bien señala *John B. Whitton* que el hecho de que en los tratados se incluyan cláusulas para la revisión o el retiro son una muestra de la fortaleza del PPSS⁵⁰.

*Huge Thirlway*⁵¹ considera que los tratados generan obligaciones y que la única ley es el PPSS y recuerda la posición de *Gerald Fitzmaurice* en similar sentido (“Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law”, *Symbolae Verzijl*, Nijhoff, The Hague, 1958).

*Malgosia Fitzmaurice*⁵² llama la atención sobre la importancia que dio la Corte Internacional de Justicia al PPSS en el caso *Gabčíkovo Nagymaros Project* (Eslovaquia/Hungría) al llamar la atención a las partes por no haber dado cumplimiento al tratado de 1977, ni justificar su terminación (para 133, 142⁵³).

⁴⁹ LE FUR, L. (« La forcé obligatoire des traités », 10 Archives de Philosophie de droit et de Sociologie Juridique 85 (1940), p.85. Cf. WHITTON, J. B. “The sanctity- of treaties (*pacta sunt servanda*)”, ob. cit., p. 395 y ss. V asimismo, WHITTON, J. B., « La règle *pacta sunt servanda* », *RdeC*, 1934-Vol. II, pp. 151-276.

⁵⁰ WHITTON, J. B. “The sanctity- of treaties (*pacta sunt servanda*)”, ob.cit, p. 412.

⁵¹ THIRLWAY, H. « The sources of International law », en EVANS, M.D. *International Law*, 2da. Ed, Oxford, New York, 2006, p. 219.

⁵² FITZMAURICE, M. “The Practical Working of the Law of the Treaties”, en EVANS, M.D. *International Law*, 2da. Ed, Oxford, New York, 2006, pp. 196-197.

⁵³ ICJ *Report* 1997: “133. The Court, however, cannot disregard the fact that the Treaty has not been fully implemented by either party for years, and indeed that their acts of commission and omission have contributed to creating the factual situation that now exists. Nor can it overlook that factual situation - or the practical possibilities and impossibilities to which it gives rise - when deciding on the legal requirements for the future conduct of the Parties. This does not mean that facts - in this case facts which

En resumen, y para resumir las grandes posiciones doctrinarias, podemos concluir que más allá de las obligaciones morales de la escuela del Derecho natural y sus principios, otras teorías, como las de la jurisprudencia (common law) han llegado a similar conclusión al entender que el PPSS es la norma más básica del derecho consuetudinario general.

Cada ordenamiento jurídico regula por sí mismo la creación de sus normas pero el PPSS es concebido como principio general del derecho o como norma consuetudinaria de derecho internacional general, norma constitucional internacional de rango superior, en la que anida un complejo procedimiento especial relativo a la creación de los pactos como normas de derecho internacional, que incluyen el comportamiento de las partes, el procedimiento de creación y el contenido del tratado.

Según el positivismo y las percepciones dualistas, los gobiernos acatan las obligaciones que han asumido, simplemente, porque ese cumplimiento estricto “refleja su voluntad y sirve a sus propios intereses”, enfoque que se hace especialmente evidente cuando se consideran las organizaciones regionales y su pervivencia.

flow from wrongful conduct - determine the law. The principle *ex injuria jus non oritur* is sustained by the Court's finding that the legal relationship created by the 1977 Treaty is preserved and cannot in this case be treated as voided by unlawful conduct. What is essential, therefore, is that the factual situation as it has developed since 1989 shall be placed within the context of the preserved and developing treaty relationship, in order to achieve its object and purpose in so far as that is feasible. For it is only then that the irregular state of affairs which exists as the result of the failure of both Parties to comply with their treaty obligations can be remedied.” “142. What is required in the present case by the rule *pacta sunt servanda*, as reflected in Article 26 of the Vienna Convention of 1969 on the Law of Treaties, is that the Parties find an agreed solution within the cooperative context of the Treaty. Article 26 combines two elements, which are of equal importance. It provides that “Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.” This latter element, in the Court's view, implies that, in this case, it is the purpose of the Treaty, and the intentions of the parties in concluding it, which should prevail over its literal application. The principle of good faith obliges the Parties to apply it in a reasonable way and in such a manner that its purpose can be realized.”

Jules L. Coleman afirma que lo que distingue a los positivistas de los Dworkinianos y los naturalistas es la afirmación de que todos los criterios de legalidad son convencionales. Sin embargo, no deja de reconocer que todos los positivistas se han visto forzados a admitir que, a veces, la moral puede ser una condición de la legalidad (los principios actuando como instrumentos correctivos al servicio de la justicia)⁵⁴.

Vinculada a la teoría jurídica pragmática se halla la sociológica -ya crítica frente al derecho o ajurídica-, la que debilita al PPSS en tanto lo relaciona a las cambiantes condiciones de los sucesos y hechos, a la relación de fuerza-debilidad entre las partes, a la intención de las mismas. Esta percepción “cambia el contenido” del pacto. Esta corriente busca dar sostén a las condiciones del mundo en desarrollo y, al reflejar sus estructuras político-económico-sociales, debilitar la validez de los pactos al tomar en consideración el significado del lenguaje, la comunicación entre los negociadores, la fuerza moral del pacto.

Los autores pragmáticos, empiristas, del common law⁵⁵, de las escuelas críticas⁵⁶ del derecho como *Pound, Kennedy, Koskenniemi*,

⁵⁴ COLEMAN, J.L. *The practice of principle*, paper, New York University, Oxford University Press.

⁵⁵ La expresión “derecho común”, surge de la costumbre y la actividad judicial, en contraste con la ley estatutaria, los principios generales como la equidad, el derecho codificado en sus distintas ramas, de las abstracciones y generalizaciones jurídicas. Su principal construcción se centra en Inglaterra, si bien hunde sus raíces en la caída del Imperio Romano de occidente en 476, la debilitación de la unidad romana (*unam imperium unam jus*) y el influjo de los glosadores, los comentaristas, las modalidades locales, las costumbres, los usos de conducta, costumbres que fueron construyendo una ética externa, que reposaba en lo bueno y justo, consagrado por la práctica de los tribunales. Holmes señalaba que “los jueces no hacen la ley, la encuentran”; “La ley no se basa en la lógica, sino en la experiencia”. Se suele destacar que el derecho medieval británico se hallaba lleno de la denominada relatividad de derechos, en función de la búsqueda del mejor derecho para los contendientes. (V. el antiguo trabajo de FINCH, F. M. “The Common Law”, 4 *Cornell L. Q.*, 1918-1919, p. 148 y ss.).

⁵⁶ Sourgens hace una crítica a los críticos, buscando demostrar que son inconsistentes, en tanto su deconstrucción (que sigue básicamente a Derrida, no puede ser sustentada por sus propios términos sino por elementos externos, es decir la misma crítica que ellos hacen al Derecho

señalan que todo derecho-obligación es relativo, conexo a la civilización a la que se aplica, al momento y al lugar donde opera, ya que no hay un cuerpo de instituciones y normas jurídicas para todas las civilizaciones (derecho universal de la civilización humana). Por otra parte, señalan que la costumbre no es algo estático sino algo que está en perpetuo cambio, reformulándose perpetuamente. Con relación al PPSS -en particular desde el área del derecho inglés- señalan que no existe obligación moral ni jurídica de cumplir con los compromisos asumidos. Como mucho puede haber un deber de compensar por el daño emergente de una promesa⁵⁷ incumplida (razonable expectativa de que el tratado sea cumplido), deber sometido a la discreción de un juez conforme al caso⁵⁸.

*Marco Benatar*⁵⁹, con visión sociológica, en un trabajo reciente, señaló que para comprender un instituto de Derecho internacional, es necesario ingresar en el análisis de la cultura jurídica interna del Derecho Internacional, en el concepto de derecho, en los modos de razonamiento, en el lenguaje técnico que semánticamente difiere del lenguaje ordinario, en la teoría de las fuentes jurídicas, en el proceso de socialización y enculturación, en la metodología jurídica, en la teoría de la argumentación aceptable, en la teoría de la legitimación, en las ideologías básicas que se hallan detrás de las percepciones jurídicas, en las interpretaciones judiciales, incluso en los efectos sociales de las interpretaciones. Ese tipo de percepciones hace que principios como el PSS dejen de mostrar un molde claro, perdurable, al menos en su aproximación superficial y a la hora de su aplicación como instrumento de la política.

internacional. Su tesis sostiene que el Derecho internacional funciona como el common law, siguiendo un proceso inductivo para el establecimiento de normas (regularidad factual). SOURGENS, F. G. "Reconstructing international law as common law", *47 Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, 2015, p. 1 y ss.

⁵⁷ Percibe al acuerdo como la suma de dos actos unilaterales (promesa-aceptación).

⁵⁸ GEBHARDT, J. H., "*Pacta sunt servanda*", *10 Mod. L. Rev.*, 1947, p. 159 y ss.

⁵⁹ BENATAR, M. "International law, domestic lenses", *3 Cambridge J. Int'l & Comp. L.*, 2014, p. 357 y ss.

Como principio básico ha sido incluido en instrumentos de entidades internacionales. Así, *i.a.* el Pacto de la Sociedad de Naciones en el preámbulo hace referencia al “respeto escrupuloso de todas las obligaciones de los tratados”; la Carta de Naciones Unidas en el preámbulo habla del “respeto a las obligaciones emanadas de los tratados”, en el art. 2.2. dispone sobre el “cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas”; La resolución de la AGNU 2625 (XXV) consagra el principio de que los Estados “cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas”. Es de observar que la Resolución precisa que esas obligaciones pueden surgir de la Carta, de los principios y normas del DI generalmente reconocidos y de acuerdos internacionales válidos con arreglo a esos principios.

III. Concepto y Naturaleza del PPSS

Designado como “*pacta principum bona fides*”⁶⁰, al PPSS se lo ha relacionado (a veces, identificado) con la denominada “santidad de los tratados - inviolabilidad de los tratados”⁶¹, con el principio de buena fe en general⁶², con el principio de no abuso del derecho⁶³.

⁶⁰ ORENCH Y DEL MORAL, M.A. *El Derecho internacional como ordenamiento jurídico objetivo. Los principios generales del Derecho Internacional*, ICAI-ICADE Comillas, Madrid, 2004, p. 183.

⁶¹ El Tratado de Versalles, en su art. 227 consideró a las “ofensas a la sacrosanta inviolabilidad de los tratados” (crímenes contra la paz) como delitos gravísimos por ir contra los solemnes compromisos internacionales y la moral internacional.

⁶² El art. 18 de las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVT) de 1969 y 1986 –instrumentos fundados en normas consuetudinarias) pone en evidencia esa relación al establecer la obligación de los Estados de abstenerse de actos que puedan frustrar el objeto y fin de un tratado antes de su entrada en vigor, haya no manifestado su voluntad en obligarse. También es observable el estrecho lazo entre buena fe y PSS en el art. 69 de la CVT al distinguir las consecuencias de los tratados viciados según haya habido buena fe o no entre las partes. V. sobre el principio de buena fe, KOTZUR, Markus, “Good Faith (Bona Fide)” (2009), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* Oxford Public International Law, Oxford University Press. V. asimismo, LACHS, M. “*Pacta sunt servanda*”, BERNHARDT, R. (Ed) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (1997), p. 851. (<http://opil.ou->

Se ha señalado que la buena fe y el PSS son principios fundamentales para todo el sistema jurídico internacional⁶⁴. Sin ellos no sería imposible la existencia de una comunidad de Estados. Llevados al plano del derecho de los tratados, han sido calificados como base sobre la que se apoya todo el sistema del derecho de los tratados y más aún, parte del derecho universal, en tanto el PSS es un principio eje de la comunidad-sociedad internacional como tal. Ha sido llamado por Michael de Taube “*positive norm of general international law*”, axioma⁶⁵, postulado, imperativo categórico de la ciencia del

plaw.com;

http://campus.unibo.it/180450/7/EPIL_Good_Faith_Bona_fide.pdf). Consulta de 10 de abril de 2015).

⁶³ El principio de no abuso de derecho está relacionado con la conducta subjetiva de un sujeto internacional, el que si bien obra en concordancia formal con la norma vigente (por ejemplo, derecho de conquista de un territorio “nullius”, o el derecho de usurpación en ciertas épocas de la historia del DIP), lo hace contradiciendo la buena fe, la moral, pactos preestablecidos, los fines sociales o económicos de la comunidad internacional.

⁶⁴ NUSSBAUM, A. “Forms and Observance of Treaties in the Middle Ages and Early Sixteenth Century”, *Law and politics in the world community: Essays on Hans Kelsen's pure theory and related problems in International law*, G. LIPSKY ed, 1953, p. 196 cf. GORMLEY, W. P. “The codification of *pacta sunt servanda* by the International Law Commission: The preservation of classical norms of moral force and good faith”, *14 St. Louis U. L.J.*, 1969-1970, p. 367 y ss.

⁶⁵ Ernesto de la Guardia observa que la formulación del art. 26 de Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 -en la que por primera vez es utilizada la expresión PSS en un documento positivo- el establecer “*Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*”, no tiene estructura normativa típica (condición-consecuencia), es axiomático, categórico. Es decir, es una proposición que se considera «evidente» y se acepta sin requerir demostración previa. En un sistema hipotético-deductivo es toda proposición no deducida (de otras), sino que constituye una regla general de pensamiento lógico por oposición a los postulados, que no son proposiciones evidentes pero que se aceptan en tanto no pueden ser deducidas de otra u otras (por ejemplo, la libertad según Kant entendida como capacidad de la conciencia) (DE LA GUARDIA, E. *Derecho de los tratados internacionales*. Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997.p.193 y ss.

derecho internacional⁶⁶. Ha sido considerado como un principio tan claro y simple que no requiere explicación⁶⁷, que es una norma de valor autoevidente⁶⁸.

Este principio, en apariencia sencillo, fundado en la naturaleza social del hombre, sin embargo, ha mostrado que sus interpretaciones tienen entidad para resultar controversiales. Algunos ponen el acento en la expresión “servanda”, es decir en que todos los tratados deben ser cumplidos; otro en “pacta” y los requisitos para que sean tales, es decir, las condiciones para su obligatoriedad o, dicho de otro modo, las excepciones a la obligatoriedad de su cumplimiento.

Daniela Popescu⁶⁹ señala que “el tratado celebrado de conformidad con el derecho internacional se vuelve después de su entrada en vigor, un instrumento jurídico internacional con valor obligatorio para las partes contratantes”.

Maurice Bourquin considera que el PPSS es una mera forma particular de un principio más vasto: las leyes deben ser obligatorias universal y continuamente⁷⁰. Ello, de alguna manera coincide con Herman Heller, quien ha considerado que el PPSS es tautológico ya que lo único que dice es que las leyes son válidas⁷¹.

⁶⁶ TAUBE, M. de. « L'inviolabilité des traités », *RdeC*, 1930-II, pp. 295 y ss.

⁶⁷ LACHS, M. “Pacta Sunt Servanda,” in *Encyclopedia of Public International Law* (1984), p. 364.

⁶⁸ VERDROSS, A. “Le Fondement du droit international”, *RdeC*, 1927, pp 247, 286 (1928). Cf. HYLAND, R., “Pacta Sunt Servanda: A Meditation”, *34 Va. J. Int'l L.*, 1993-1994, p 405 y ss.

⁶⁹ POPESCU, D. N. “The principle *pacta sunt servanda* : Doctrine and practice”, *16 Lex ET Scientia Int'l J.*, 2009, pp 128 y ss.

⁷⁰ BOURQUIN, M. « Régles générales du droit de la paix », *RdeC*, 1931-I, p. 80.

⁷¹ HELLER, H. *Die Souveränität*, Verlag Clasik edition, 1927, 2010 e-book, p. 132. Dworkin al criticar al positivismo, señaló: “If we simply designate our rule of recognition by the phrase “the complete set of principles in force,” we achieve only the tautology that law is law.” DWORKIN, R.M. “The Model of Rules”, Faculty Scholarship Series. Paper 3609 (1967), p. 45 (http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3609) (Consulta de 6 de junio de 2015).

Christina Binder⁷² a más de llamar al PPSS “pilar” de todo el derecho de los tratados, recordó la percepción de la PPSS de destacados doctrinarios, así hizo presente que Hans Kelsen vio al PPSS como *Grundnorm*, norma hipotética de las normas internacionales sobre la cual se construye toda la teoría jurídica (“the original hypothesis on international norms on which the whole structure of legal theory is built”) y sin la cual no sería posible imaginar el Derecho internacional⁷³. A su vez, Lauterpacht señaló que la norma PPSS se enfrentaba con los Estados como un principio objetivo independiente de su voluntad⁷⁴. McNair en su obra *The Law of Treaties* dedica un capítulo completo al PPSS y a la presunción generalmente aceptada de que el principio no admite la terminación unilateral de los tratados⁷⁵. Sinclair lo llamó “el más fundamental principio del derecho de los tratados”⁷⁶. Orench y del Moral lo ha

⁷² BINDER, Ch. “The *pacta sunt servanda* role in the Vienna Convention on the Law of the Treaties: A Pillar and its Safeguard”, *International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in honour of Gerhard Hafner*, Koninklijke Brill NV, Leiden 2008, p. 317 y ss.

https://books.google.com.ar/books?id=knGwCQAAQBAJ&pg=PA319&lp_g=PA319&dq=International+Law+Commission+%2B+pacta+sunt+servanda&source=bl&ots=g67PC7SmA4&sig=3EuVL2nw5RMIVgISCd8TCWNc1TA&hl=es&sa=X&ei=fD1wVbXCLseMNqniqgAI&ved=0CDMQ6AEwBA#v=onepage&q=International%20Law%20Commission%20%2B%20pacta%20sunt%20servanda&f=false

⁷³ KELSEN, H. *Principles of International Law*, 1966, p. 28. ; 564; KELSEN, H. “Théorie du Droit International Public”, *RdeC*, 1953-III, v. 84, P. 131. “Als Grundnorma wurde zunächst der satz PSS angesehen” (Reine rechts-leher p. 222. Cf. MENZEL, E.- IBSEN, K. *Völkerrecht*, C H Beck, Munich, 1979, p. 45.

⁷⁴ LAUTERPACHT, H. *The Nature of International Law and General Jurisprudence*, Económica, 1932, pp.314.

⁷⁵ MCNAIR, A. *The Law of Treaties*, 1961, p.493. Lord McNair en esa obra señaló que ningún gobierno podría negarse a aceptar el principio *pacta sunt servanda*, y que el hecho de que los gobiernos [o sus representantes en las Conferencias de Viena] debieran gastar tanto esfuerzo en explicar en un caso particular que el *pactum* ha dejado de existir, o que el acto que se reclama no es una violación del mismo, ya sea por razón de una cláusula implícita o por alguna otra razón, es el mejor reconocimiento de la fortaleza del principio.

⁷⁶ SINCLAIR, J. *The Vienna Convention on the Law of the Treaties*, 1984, p. 2.

considerado causa y origen de la sociedad internacional, razón por la cual tiene un carácter absoluto. No podría admitirse como legítimo un principio *pact non sunt servanda*, de igual modo que ningún ordenamiento puede aceptar la mala fe⁷⁷.

El principio es importante en el derecho interno pero lo es más aún en el plano internacional atento al sistema horizontal de cooperación imperante en las relaciones internacionales al no haber instituciones centralizadas con capacidad de coacción.

La importancia dada el PPSS se observó tanto en las labores de la Comisión de Derecho Internacional como en las propias Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT) de 1969 y 1986. Fitzmaurice⁷⁸, en su primer informe a la Comisión de Derecho Internacional (CDI), aclaró que el principio PPSS y la buena fe se colocaron en la Sección I, Artículo 5⁷⁹, principalmente con el propósito de hacer presente la autoridad moral de la norma aplicable a la totalidad del proyecto. En 1965, Waldock declaró que creía que el *pacta sunt servanda* era el núcleo de todo el proyecto.

Los principios PPSS y buena fe, en conjunción con el *jus cogens*, reflejan los estándares clásicos de la fuerza moral desarrollada durante cinco milenios por todas las civilizaciones y religiones, a las que recepta el derecho internacional moderno. Ello se refleja en el hecho de que se incorporara al PSS en el Preámbulo de la CVDT y en el texto dispositivo.

Algunos doctrinarios -como Gromley- han entendido que las excepciones⁸⁰ al PPSS, que se reflejan en la Parte V de las conven-

⁷⁷ ORENCH Y DEL MORAL, M. A. "El derecho internacional como (...)", ob.cit. p. 183.

⁷⁸ Los relatores en el Proyecto sobre Derecho de los Tratados, iniciado en 1949, fueron Brierly (50-52), Lauterpacht (52-54), Fitzmaurice (1955-1960), Waldock (1961-1966).

⁷⁹ Tuvo distintas ubicaciones, así estuvo durante el desarrollo del proyecto por la CDI en el art. 55, en el 5, en el 23, en el 26 y en el preámbulo.

⁸⁰ Aun cuando no esté correctamente expresado ya que el "*pactum*" no reúne las condiciones de tal, se suele decir que el PSS no se aplica en los siguientes casos: *-error (art. 48); *-dolo (art. 49); *-corrupción (art. 50); *-coacción (art. 51-52); *jus cogens* (53, 64, 71); *-violación por una de las partes (art. 60); *- imposibilidad de cumplimiento (art. 61); *-*rebus sic stantibus* (art. 62); *-compromiso contrario a la Carta de Naciones Unidas

ciones internacionales sobre derecho de los tratados de 1969 y 1986, no invalidan la autoridad ni plenitud de la regla básica. Más aún, que el concepto de “tratado” (acuerdo, convenio), en sí, las contiene en su propia naturaleza, por lo que no puede decirse que el PPSS admita “excepciones”. Así por ejemplo, Verdross mantuvo su posición en las Conferencias de Viena de 1968 y 1969 en el sentido de que no debía expresarse “tratado en vigor” sino solo “tratado”, ya que el agregado “en vigor” no aportaba nada. Si no estaba en vigor, no existía como tratado. Si se incluía la expresión llevaba a dudas sobre la existencia misma del principio.

Tal como lo veremos más adelante -y ya lo adelantáramos- su inclusión en el preámbulo de las Convenciones de 1969 y 1986 (junto con el principio de libre consentimiento y buena fe, denominando al PPSS “norma”) y al inicio de la Parte III, ponen en evidencia su jerarquía en el sistema de los textos de las convenciones.

Por otra parte, no puede minimizarse lo establecido en el art. 42 de los convenios de 1969 y 1986 con relación a las limitaciones al PPSS. Esa formulación reafirma al principio y resguarda el valor de los pactos:

*42. Validez y continuación en vigor de los tratados. 1. La **validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención.** 2. **La terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención.** La misma norma se aplicará a la suspensión de la aplicación de un tratado⁸¹.*

Lo mismo sucede con los recaudos procedimentales a seguir con respecto a la nulidad, terminación, retiro o suspensión de un tratado, establecidos en los arts. 65 a 68 de las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados.

(art 103 de la Carta). Cf. GORMLEY, W. P. “The codification of *pacta sunt servanda* by the International Law Commission: The preservation of classical norms of moral force and good faith”, *14 St. Louis U. L. J.*, 1969-1970, p. 367 y ss.

⁸¹ Debe tenerse en cuenta que, en el caso de suspensión de los tratados, la validez vinculante del tratado se mantiene incólume.

Estas llamadas excepciones son parte del PPSS, y actúan como elemento objetivo de estabilidad de los tratados, ya que el cambio de circunstancias, las deficiencias en el consentimiento, las causales de nulidad basadas en condiciones de justicia y orden público, hacen que obligaciones injustas⁸² o imposibles -que no pueden ser consideradas “pactos”- no puedan sostenerse en base a un excesivo formalismo. Es decir se trata de elementos correctivos que permiten consolidar el propio concepto de “*pactum*”.

Buena parte de la doctrina ha afirmado el valor universal absoluto del PPSS. Ello, en tanto, tal como lo señaláramos, las condiciones de su aplicabilidad están incorporadas a su propia naturaleza (“*pactum*”).

Omar Dajani recuerda -en el ámbito de las labores de la CDI, los argumentos de Lauterpacht a favor de la jurisdicción obligatoria ante la CIJ en el marco del derecho de los tratados⁸³, posición poco realista en el clima político del momento, especialmente tras la experiencia de las dificultades que encontró similar propuesta en la Conferencia de Ginebra de 1958 sobre el Derecho del Mar, especialmente, atento a la composición de la Corte y las dudas sobre su imparcialidad⁸⁴. Waldock, por su parte señaló que el sometimiento

⁸² Varios doctrinarios han considerado, por ejemplo, que un tratado de paz impuesto no es un tratado sino un acto legislativo unilateral del vencedor. La firma de los vencidos no es más que el reconocimiento de la mayor fuerza del vencedor. Similar situación se da en los tratados desiguales, ambos injustos. Kant, por ejemplo, en *La Paz Perpetua* señaló: “No treaty of peace shall be esteemed valid, on which is tacitly reserved matter for future war.” (V. KANT, I. *Perpetual Peace*, U.S. Library Association edition. Los Angeles, 1932, p. 14; SCELLE, G. *RdeC*, 1933, Vol. IV, p. 675). Ya antes de la II GM Dalzell se refería a coacción por presión económica. (V. DALZELL, J., “Duress by economic pressure”, in *N. C. Law Review*, Vol. X, No. 3 (April, 1942).

⁸³ El art. 66 de las CVT logró que en caso de violación de norma de *jus cogens* por un tratado (art. 53 y 64) cualquiera de las partes en una controversia, tras 12 meses de la formulación de la objeción según el procedimiento del 65 pudiera someter la controversia a la CIJ.

⁸⁴ También Edward MC WHINNEY en su trabajo *The International Court of Justice and the Western Tradition of International Law: The Paul Martin Lectures in International Relations and Law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht-Boston, 1987, p. 67 hizo referencia a la “clientela establecida de la CIJ”: los

de los diferendos en materia de tratados a la CIJ “sin duda sería la solución ideal” pero reconoció que “no parecía posible que la Comisión adoptara esta solución en el proyecto”. Sin embargo, Waldock se mostró dispuesto a apoyar la anulación, la denuncia o el retiro de un tratado condicionado al consentimiento de las otras partes en el mismo, enfoque que implicaba subordinar los principios jurídicos que rigen el derecho de los tratados al principio *pacta sunt servanda*.

Durante las labores de la CDI -al igual que más tarde en las Conferencias de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1968 y 1969- el aparentemente claro, largamente asentado, universalmente aceptado e indubitable PPSS ocupó una proporción inusitada de las sesiones y debates. Se recuerda⁸⁵ que el PPSS fue el principal campo de batalla de las Conferencias, tras más de dieciséis años de labor codificadora. Es así como el PPSS fue “amoldado” en la Convención, particularmente, en la Parte V.

En la CDI fueron remarcables los debates entre Verdross, Ruda, Lachs sobre si el PSS debía ir en el art. 55, en el preámbulo⁸⁶, en la

pases política y económicamente fuertes de Occidente, basados en los principios de la Pre Guerra y la inmediata Postguerra. Una corte que a fines de 1990 aún era considerada un tribunal europeo. Cabe preguntarse si aún lo sigue siendo. En este momento (mayo de 2015) es Presidente Ronny Abraham (Francia-nacido en Alejandría, Egipto 1951-estudios en ciencias política y relaciones internacionales) y Vicepresidente Abdulqawi Ahmed Yusuf (Eyl,Somalia 1948) y Miembros Hisashi Owada (Nigata, Japan 1932), Peter Tomka (Banská Bystrica, Slovakia 1956), Mohamed Bennouna (Morocco 1943), António Augusto Cançado Trindade (Belo Horizonte,Brazil 1847), Christopher Greenwood (Wellingborough,United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, 1955 abogado práctico), Xue Hanqin (Shangai, China, 1955, Lenguas, con post grado corto en DI), *Joan E. Donoghue (Yonkers NYUnited States of America 1956 de la Diplomacia), Giorgio Gaja (Lucerna-suiza nac. Italy 1939), *Julia Sebutinde (Entebbe, Uganda 1954), Dalveer Bhandari (India 1947 familia de juristas), Patrick Lipton Robinson (Jamaica 1944, lenguas inglés, latín, juez, diplomático en NU), James Richard Crawford (Adelaida, Australia 1948), Kirill Gevorgian (Moscú, Russian Federation 1953 Diplomacia). Es decir, sobre 15 jueces, 9 pertenecen a Estados en desarrollo no occidentales.

⁸⁵ GORMLEY, W. P. “The codification of *pacta sunt servanda* (...), ob.cit., p. 369 .

⁸⁶ En las Convenciones de Viena sobre derecho de los tratados adoptadas

primera parte⁸⁷ o al final y si debía hacer referencia a tratados “en

en 1969 (tratados entre Estado) y 1986 (tratados entre Estados y OI y OI entre sí), el párr. tercero del preámbulo expresan: “*Advirtiendo* que los principios de libre consentimiento y de buena fe y la norma *pacta sunt servanda*, están universalmente reconocidos”. Obsérvese que el enunciado hace referencia a “norma” PSS frente a los “principios” de libre consentimiento y buena fe. La Convención de 1969 cuenta con 114 partes, y la de 1986 con 43. Tanto el Reino Unido de Gran Bretaña como Argentina son partes en las convenciones. Dworkin es uno de los más destacados exponentes de la tesis de la distinción entre principios y normas. Entiende que un principio es una pauta, estándar a ser observado, que describe derechos y deberes (no meras directrices que describen objetivos), que ha de observarse en tanto exigencia de justicia, equidad o de otro aspecto de la moral (“nadie puede beneficiarse de sus propios actos ilícitos”); las normas operan de la manera todo o nada, es decir, en forma disyuntiva, binaria, se aplica o no se aplica, no habiendo una tercera posibilidad. Las normas son válidas o no válidas. Si es válida debe ser aceptada y aplicada. Dworkin se opone al positivismo y sustenta su teoría de los principios como base de la coherencia del sistema jurídico, un sistema sin lagunas, sin antinomias. Para Dworkin hay estándares que forman parte de los sistemas jurídicos por su moralidad y no por su origen. Así, recuerda el caso “*Riggs v. Palmer*” en el que la Corte Suprema del Estado de Nueva York decidió no conceder la herencia a una persona que asesinó a su abuelo para que este no cambiara su testamento. La decisión se basó en el principio legal según el cual “uno no puede beneficiarse de su propio crimen”. Este principio, según Dworkin, hace parte del ordenamiento jurídico, aunque nunca haya sido promulgado y sin haber dado satisfacción a las condiciones de la “tesis del pedigree” de Hart. V. DWORKIN, R. M., “The Model of Rules”, ob.cit.

⁸⁷ La Carta de las Naciones Unidas en el art. 2.2. establece “Los miembros de la Organización *a fin de asegurarse* los derecho y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta. Además, los arts. 102 y 103 de la Carta establecen: *Art. 102 1.-Todo tratado y todo acuerdo internacional concertados por cualesquiera Miembros de las Naciones Unidas después de entrar en vigor esta Carta, serán registrados en la Secretaría y publicados por esta a la mayor brevedad posible. 2.-Ninguna de las partes en un tratado o acuerdo internacional que no haya sido registrado conforme a las disposiciones del párrafo 1 de este Artículo, podrá invocar dicho tratado o acuerdo ante órgano alguno de las Naciones Unidas. Art. 103. En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impues-*

vigor”⁸⁸. Ello hacía a la determinación de la naturaleza del principio.

En el período de sesiones de 1964 de la CDI, en la Parte III de proyecto, se incluyó el PSS en los siguientes términos: “*Art 55 Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*”, formulación que mantendría hasta su adopción en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. En el comentario al artículo, se señaló que se trata de un principio fundamental del derecho de los tratados y que numerosa jurisprudencia de los tribunales internacionales ha entendido que el principio de buena fe es un principio legal que forma parte integrante de la norma PSS⁸⁹.

tas por la presente Carta En las convenciones sobre derecho de los tratados de 1969 y 1986, el PSS fue incorporado en la Secc III de la parte primera en los arts. 26 y 27: *Art. 26. “Pacta sunt servanda”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe* (se mantuvo igual tanto cuando era art. 23, como 55, como 5 del proyecto). *Art. 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.*

⁸⁸ V. *supra*.

⁸⁹ La jurisprudencia relativa al PPSS es sumamente rica. Si bien, en este trabajo, por razones de extensión, no podemos ocuparnos de ellas, solo citamos algunos casos de interés por orden cronológico y con sus mínimas referencias: -*Pacific Fur Seal Arbitration (Great Britain and Canada v. USA)* (15 de agosto de 1893); -*The North Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain, United States)* (CPJI) (7 de septiembre de 1910); - *Article 3, paragraph 2, of the Treaty of Lausanne (Frontier between Turkey and Iraq)* Advisory Opinion of the PCIJ (21 de noviembre de 1925); - *Case concerning the factory at Chorzow (Claim for jndemnity)* PCIJ (13 de septiembre de 1928); - *Yhe diversion of water from the Meuse* PCIJ (28 de junio de 1937); -*Case of certain Norwegian Loans Case*, ICJ (6 de Julio de 1957); -*Austria Adm Cont (VerwGH) Interpretation o customs valuations statute Case* (28 de febrero de 1962); -*Case concerning the Northern Cameroon (Cameroon v. United Kingdom) Preliminary objections*, ICJ (2 de diciembre de 1963); -*BP Exploration Company (Libya) Limited v. Government of the Libyan Arab Republic (Lagergren, sole arbitrator)* (10 de octubre de 1973) y 1 de agosto de 1974); -*Nuclear Tests case (Australia v.France)*, ICJ (20 de diciembre de 1974); -*Texaco Overseas Petroleum Comp., California Atax Oil Comp v Libia, ad hoc Aword* (arb. Dupuy) (19 de enero de 1977); -Arbitral

En la Conferencia de Viena de 1969, Lachs señaló que el PSS tanto en la teoría como en la práctica había sido discutido desde los inicios del derecho formal. Recordó que Vattel había dedicado un capítulo entero a ella en su *Droit des Gens*, y que el principio también había sido discutido por Maquiavelo y sus seguidores hasta nuestros tiempos. Entendió que cualquier enumeración limitativa del principio podría ser engañosa por falta de exhaustividad. Hizo presente que el artículo 12 del Tratado de Utrecht, que había dado lugar a la conocida situación de conflicto de interpretación entre Francia e Inglaterra -por lo revelador de los escritos de Vattel y Voltaire- permitía afirmar que las partes habían dejado deliberadamente el texto poco claro con el fin de dejar el camino abierto para el incumplimiento. Las advertidas partes indudablemente habían sido sorprendentemente negligentes. Por eso creía que convenía dejar el art. 55 como estaba, en enunciado simple, abierto⁹⁰.

En esa misma conferencia, la delegación china consideró que una formulación rígida del PSS podía impedir el progreso del derecho y llevar a situaciones incompatibles con la equidad. Sin embargo, señaló que la aplicación de excepciones a la cláusula PSS podía entrañar peligro atento a la ausencia de una autoridad imparcial a pronunciarse sobre todas las cuestiones planteadas. Con-

award in the *Case Libyan American Oil Company (LIAMCO) v The Libyan Arab Republic* (12 de abril de 1977); -*Amco Asia Corp, Pan American Development Ltd and PT Amco Indonesia v. Republic of Indonesia*, ICSID, Case N° ARB/81/1 (27 de septiembre de 1983); -*Case of Military and Paramilitary activities*, ICJ (27 de junio de 1986); -*Rainbow Warrior (New Zealand v France)* (30 de abril de 1990); -*Case of Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v Norway)* ICJ (14 de abril de 1993); -*A. Racke GmbH & Co. v Hauptzollamt Mainz* Case C-162/96, ECJ (16 de junio de 1998); - *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú* (17 de noviembre de 1999); -*Metalclad Corp. V. United Mexican States* ICSID Case N° ARB (AF)/97/15 (Award of 30 de agosto de 2000); - *EC-Sardinias*, WTO Appellate Body Report (23 de octubre de 2002); - *US-Offset Act (Byrd Amendment)* WTO Appellate Body Report (16 de enero de 2003); - *Medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derecho Humanos en los Casos contra Venezuela de Liliana Ortega y otras; Luisiana Ríos y otros; Luis Uzcátegui; Marta Colomina y Liliana Velásquez* (4 de mayo de 2004).

⁹⁰ ILC 1969 *Yearbook* Vol. 1 parte 2, pp.16-17.

sideró que no debía dejarse a la apreciación subjetiva de un Estado decidir si un cambio de circunstancias [u otra causal] justifica su liberación de las obligaciones del tratado. Por ello, la delegación abogaba por un estudio más profundo del tema fin de salvaguardar no se abuse del PPS⁹¹.

Josef Kunz⁹² mucho antes de que la CDI se ocupara de los tratados, recordó una frase de Michael de Taube⁹³ relativa a la naturaleza del PSS, largamente consolidada en el tiempo: “*pacta sunt servanda* (...) has constituted since times immemorial the axiom, postulate and categorical imperative of the science of law.” “*Pacta sunt servanda* is a genuine law of nations.”⁹⁴

IV. Algunas reflexiones sobre la violación del PPSS en la ocupación de las Islas Malvinas por Gran Bretaña

Uno de los grandes debates doctrinarios en torno al PPSS se centra en la tensión existente entre la estabilidad y el cambio de los contenidos normativos, en tanto los tratados no son compromisos congelados en el tiempo, que deban y puedan mantenerse apegados estrictamente al texto y espíritu establecido al momento de su adopción⁹⁵.

⁹¹ ILC 1969 *Yearbook* Vol II p. 41, p. 15 y ss.

⁹² KUNZ, J. L. “The meaning and the range of the norm *pacta sunt servanda*”, 39 *Am. J. Int'l L.* 1945, p. 180.

⁹³ Cf. HUESBE LLANOS, M. A. “La irrevocabilidad del pacto en autores protestantes franceses del siglo XVI”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXVII*, 2005, pp.329-338 Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

⁹⁴ Comments “Non-Recognition: A Reconsideration”, 22 *U. Chicago. L. Rev.*, 1954-1955, p. 275. Ello, independientemente, de que otros desconfiaran de su fuerza, como del Vecchio: “The old illusion that the maxim *pacta sunt servanda*, independently of any jurisdiction which ascertains the subjective and objective requisites of the validity of a contract, is sufficient to regulate the relations between states, is vanishing from the field of international law.” (DEL VECCHIO, G., *Pol. Sci. Quar.* Vol. L (1935), p. 529. Cf. KUNZ, J. L. “The meaning and the range (...), ob. cit., p. 196).

⁹⁵ V. BINDER, Ch. *The limits of pacta sunt servanda in international law*, Max Planck, <http://www.mpil.de/files/pdf3/beitr2452.pdf>

Ello se hizo especialmente visible en momentos post-bélicos. Suele recordarse al respecto el art. 19 del Pacto de la Sociedad de Naciones que establecía: “*La Asamblea puede, de tiempo en tiempo, invitar a los miembros de la sociedad a proceder a un nuevo examen de los tratados que hubieran llegado a ser inaplicables, así como de las situaciones internacionales cuyo mantenimiento podría poner en peligro la paz del mundo*”⁹⁶.

A modo de visión global, estimamos que la violación de un pacto -entendido el PPSS como principio basal del derecho internacional y de la paz de la sociedad mundial⁹⁷- implica consecuencias jurídicas de conformidad a las causas del incumplimiento.

En primer término nos referiremos, muy brevemente⁹⁸, a las causales pertinentes contempladas en la Parte V en las convenciones de Viena sobre Derecho de los tratados como bases de la nulidad, terminación o suspensión de un pacto y a algunas causales de exclusión de ilicitud, causales ambas que hunden sus raíces en el derecho consuetudinario general (a); luego nos referiremos al denominado “derecho de conquista” que podría haber existido en 1833 (b); para pasar a considerar el purgamiento de la violación del PPSS a través de la prescripción en el plano internacional (c); y cerraremos la secuencia con una reflexión sobre la responsabilidad que aún pervive para el Reino Unido por la violación de mala fe de los pactos territoriales con relación a las Islas Malvinas por carecer de fundamento jurídico su violación del PPSS (d).

⁹⁶ V. asimismo el preámbulo y los arts. 10, 16, 18 del Pacto.

⁹⁷ Recordemos que la agresión fue considerada “crimen contra la paz”, “ofensa a la sacrosanta inviolabilidad de los tratados”, “ofensa a la sagrada potestad de los tratados”, norma consuetudinaria general de carácter superior (denominada más tarde *jus cogens*, caracterizada por su imprescriptibilidad y por su aplicabilidad en tal carácter al Estado y al individuo infractores) en el art. 227 del Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919 y los principios del Comité de Responsabilidades y el Tribunal supremo de Leipzig. Este perfil ya fue percibido desde épocas remotas, tal como lo señaláramos precedentemente. V. nuestro trabajo “Jurisdicción Penal Internacional” en *Revista de la Facultad*, N° 4 Vol. 2 Año 1997, p. 157 y ss.

⁹⁸ Lo hacemos “brevemente” ya que cada tópico amerita un estudio en profundidad.

a). Todas las causales de nulidad, terminación y suspensión de los tratados contempladas en la Parte V de la CVSD (o su contenido, en calidad de norma consuetudinaria) deben ser desechadas, por su no pertinencia y, simplemente, por no haber sido jamás invocadas por el Reino Unido de Gran Bretaña.

En el marco de la responsabilidad de los Estados que podría emerger por el incumplimiento de un tratado, cabe considerar causas de exclusión de ilicitud tales como el estado de necesidad (art. 25 del Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos), la fuerza mayor (art. 23 del mismo proyecto), el surgimiento de normas imperativas del derecho internacional general (*jus cogens*) (art. 26 del mismo proyecto). Ninguna de esas causales tuvo lugar, ni fue invocada por el Reino Unido de Gran Bretaña.

b). Bien recuerda Sharon Korman, en su obra *The Right of Conquest: The Acquisition of Territory by Force in International Law and Practice*⁹⁹, que el Reino Unido jamás invocó como base de sus títulos sobre las Islas Malvinas al derecho de conquista. Considera que esa circunstancia es por demás significativa. Encuentra la causa de ello en el hecho de Gran Bretaña (GB) ocupó las islas cuatro años antes del incidente del *Caroline* en el que el tribunal estableció como condición para que se pueda invocar el derecho de conquista que el uso de la fuerza fuera legítimo en forma de guerra¹⁰⁰. Recuerda el autor que, la propia GB arguyó que no hubo uso de la fuerza en 1833 en el Caso de las Malvinas. Para Korman, la ocupación en 1833 fue ilegítima ya que no se dio en un contexto bélico. Los dos Estados estaban en paz y, Gran Bretaña, violó acuerdos en vigor que no admitían la anexión.

⁹⁹ Clarendon Press Oxford, 2003

(<https://books.google.com.ar/books?id=ueDO1dJyjrUC&pg=PA337&dq=Falkland+islands+%2B+pacta+sunt+servanda&hl=es&sa=X&ved=0ahU-KEwjdm77dr-vMAhWIFZAKHeaqDB4Q6AEIJDAB#v=onepage&q=Falkland%20islands&f=false>) (consulta 4 de abril de 2015), p. 104-105, 126, 232 y ss.

¹⁰⁰ Lowel S. Gustafson considera que la conquista no era bien vista ni siquiera en el siglo XIX. Ello es comprensible ya que en ese siglo regía el orden mundial del Congreso de Viena. (GUSTAFSON, L. S. *The Principle of Self-Determination and the Dispute about Sovereignty over the Falklands (Malvinas) Islands*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p.83.

c). En lo que hace a la prescripción -que invoca Gran Bretaña¹⁰¹-, la misma implica una posesión prolongada, ininterrumpida¹⁰², en la que el paso del tiempo tiene la capacidad de purgar la ilicitud originaria de la adquisición territorial. Sin embargo, la institución requiere además, indefectiblemente, que la posesión sea indiscutida, es decir, exige la aquiescencia del despojado. MacGibbon¹⁰³, expresamente, recuerda con relación a la prescripción adquisitiva: “Display of authority by the one party, acquiescence in that display by the other party-those are the *sine qua non* of acquisitive prescription.”

En el caso de Malvinas, Argentina siempre mantuvo su reclamación por la desposesión. Ni bien tuvo oportunidad, reclamó ante organismos internacionales adecuados. Debe darse un valor especialmente significativo al hecho de que el RU GB no votara en con-

¹⁰¹ Debe tenerse en cuenta que Gran Bretaña negó la existencia del instituto de la prescripción. Aún sin usar la expresión, lo hizo Lord Hannen, árbitro británico en el Caso *Fur Seal Arbitration* 1893 (*Great Britain and Canada v. USA*) (15 de agosto de 1893), expresiones que se reiteraron después en el Caso *Alaskan Boundary Dispute* 1903 (*EEUU v. GB/Canada*). V. BLUM, Y. *Historic titles in International law*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1965, Notas 113 y 117 (<https://books.google.com.ar/books?id=n1j7AwAAQBAJ&pg=PT38&lpg=PT38&dq=International+law+%2B+prescription+%2B+bad+faith&source=bl&ots=ZQNGTfzwV7&sig=3t4tzL8lk2SuceKtlSyxd7GDKS8&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjO7Y2c-oTLAhUJGZAKHQ9DDIIQ6AEIIZAC#v=onepage&q=International%20law%20%2B%20prescription%20%2B%20bad%20faith&f=false>). (Consulta de 26 de mayo de 2015).

¹⁰² La única interrupción fue la ocupación argentina de 1982. Recuerda Korman que, al momento de la ocupación argentina de 1982, Rusia, China y la mayoría de los Estados del Tercer Mundo consideraban que la recuperación de las Islas por Argentina representaba el conflicto entre al imperativo deber de poner fin al colonialismo y la proscrición del uso de la fuerza, es decir una situación similar a la de Goa 20 años atrás, con la única diferencia, la relativa a la población. La “Doctrina Goa” afirmaba que el colonialismo constituye una “permanente agresión”. Korman recuerda las palabras de Costa Méndez, quien decía que no podía haber agresión ya que tampoco existía un derecho de Gran Bretaña a las islas (KORMAN, op cit., p.277).

¹⁰³ MACGIBBON, I.C. “The Scope of Acquiescence in International Law”, *31 Brit. Y.B. Int'l L.*, 1954, p. 153.

tra de la Res. 2065 (XX) de la Asamblea General de Naciones Unidas, con lo que daba su “aquiescencia” a la improcedencia de la prescripción al reconocer la existencia de una disputa territorial por la soberanía de las Malvinas, a la cual debía buscarse solución negociada por la vía pacífica.

Si se pretendiera, lisa y llanamente, de modo simplista, sostener derechos de Gran Bretaña en base a un presunto principio de efectividad, sin apoyo en la estructura jurídica de cualquier momento histórico, sería lo mismo que considerar que el uso de la fuerza (cualquiera fuera su tipo) por parte de un Estado poderoso para someter al débil es un principio de justicia válido entre las naciones civilizadas, lo que sería la negación misma del Derecho en general y, en particular, del Derecho internacional.

d).- Tal como lo señalaran las potencias reunidas en Londres (Protocolo de Londres de 1871) para dar su respuesta a la circular Gortchakoff de 1870, por el que Rusia dio a conocer su intención de denunciar las cláusulas del Tratado de París de 1856 (relativo a la neutralización del Mar Negro) existe el “principio esencial de la ley de las naciones por el que ningún poder puede liberarse de la participación en un tratado, ni modificar las estipulaciones del mismo, a no ser con el consentimiento de las Potencias contratantes por medio de un arreglo amistoso”¹⁰⁴. Este principio fue reiterado en términos idénticos innumerables veces¹⁰⁵.

La violación unilateral de un tratado, en desconocimiento deliberado por interés particular del PPSS, perturba y ha perturbado el orden internacional del momento histórico en que se ha producido y, tanto antes como ahora, hace surgir la obligación de reparar/compensar los perjuicios causados a la víctima y de restaurar el orden interrumpido. Bien decía Vattel en 1916 “quien viola la fe de

¹⁰⁴ WHITTON, J. B. “The sanctity- of treaties (*pacta sunt servanda*)”, ob.cit., pp.411-412.

¹⁰⁵ V. i.a. la Resolución de 26 de septiembre de 1928 (League of Nations, *Official Journal*, 1928, p.1669) y la Convención en materia de Tratados adoptada el 20 de febrero de 1928 por la Sexta Conferencia Internacional americana (*American Journal of International Law*, Vol. 26, 1932, p. 343).

los tratados -fe que es sagrada- viola la ley de las naciones”¹⁰⁶, el PPSS es norma sagrada, inviolable y perdurable de la sociedad internacional¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Vattel, E. *The Law of Nations*, Carnegie Institution, Ed. J. Scott, Washington, 1916. P. 160.

¹⁰⁷ FIXICO, D. F. *Treaties with American Indians: An Encyclopedia of Rights, Conflicts, and Sovereignty*, ABC-CLIO, Oxford (England), 2007, p. 50.

NUEVOS DESAFÍOS PARA UNA VIEJA CONTROVERSI

ARTURO PAGLIARI*

OSCAR BENÍTEZ**

*Profesor Titular de Derecho Internacional Público - Cat B -Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración.

**Profesor de Derecho Internacional Público - Cat B -Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración.

Resumen: La problemática de los actos unilaterales desplegados por las partes ha recrudecido la añosa controversia sobre las Islas Malvinas. Las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas imponen a ambos estados una obligación de negociar. En el artículo se trata de determinar los alcances de dicha obligación, sin soslayar los alcances del principio de libre determinación de los pueblos en la controversia, y se propone un camino a seguir para la reanudación de las negociaciones.

Abstract: The issue of unilateral acts performed by the parties has intensified the ancient controversy over the Malvinas Islands. The Resolutions of the United Nations General Assembly impose both states an obligation to negotiate. In this article, an attempt is made to determine the scope of such obligation, without disregarding the scope of the principle of self-determination of peoples in the dispute, and a course of action is proposed for the resumption of negotiations.

Palabras clave: Actos Unilaterales – Obligación de Negociar – Libre determinación de los Pueblos

Keywords: Unilateral Acts - Obligation to Negotiate - Self-determination of Peoples

Introducción

La escalada de actos unilaterales llevados a cabo por las partes en este año litigio parece haber ingresado en una meseta a partir de los cambios producidos en la conducción de ambos países¹⁰⁸. Sin

¹⁰⁸ Cabe estacar que el 13 de setiembre de 2016 la Canciller Argentina Malcorra suscribió con el vicescanciller británico Alan Duncan un acuerdo que contempla el restablecimiento de la cooperación en materia comercial, de defensa, seguridad e inversiones que despertó controversias en nuestro país. Sin embargo, esta relativa paz se vio alterada cuando el presidente argentino Mauricio Macri, el 20 de setiembre siguiente, expresó que la Primera Ministrar británica Theresa May le había dicho que estaba “lista”

embargo, no se puede desconocer la trascendencia de algunos actos cumplidos por las partes, fundamentalmente por el Reino Unido (RU), que entrañan un obstáculo a la resolución de un conflicto que parece perpetuarse.

Consideramos como de mayor relevancia para el análisis de este problema las Resoluciones de la Asamblea General 2065 (XX) y 31/49. La primera, porque declara la existencia de una controversia de soberanía sobre las islas, y la segunda porque plantea obligaciones concretas a las partes involucradas, a saber: a) la obligación de negociar con respecto a la disputa sobre soberanía; b) la obligación de no innovar, es decir, la obligación que tienen las partes de abstenerse de adoptar decisiones que signifiquen la introducción de modificaciones unilaterales en la situación de las Islas mientras se cumple la primera obligación.

Antecedentes

La Resolución 2065 (XX) es de importancia fundamental ya que declara que la cuestión de las Islas Malvinas es una situación colonial, reconociendo que existe una disputa de entre dos Estados acerca de la soberanía de las islas. Esta afirmación la diferencia de lo ocurrido en otras situaciones coloniales en la que el enfoque se centra en el principio de Libre Determinación de los pueblos, aunque vale aclarar en este caso que la Asamblea, reconoce que en las negociaciones debían tenerse en cuenta los intereses de la “población” del territorio. Es decir, remarcó que la cuestión de las Islas

para “comenzar un diálogo que incluya el tema de soberanía, tal vez lo haya manifestado pero el 21 de setiembre el Foreign Office lo negó y motivó una rectificación del presidente Macri que debió admitir que no se había hablado el tema soberanía, desinteligencia muy criticada en nuestro país. En ese contexto se habla de un veto de Gran Bretaña a que Malcorra ocupe la Secretaría General de Naciones Unidas. Lo que parece haber alterado definitivamente esta paz es el reciente anuncio de pruebas militares con lanzamiento de misiles en las Islas Malvinas anunciada por el Reino Unido y que motivase la enérgica protesta de la República Argentina, una nueva muestra de la mala fe británica apenas días después de haber hecho una declaración conjunta de carácter amistosa.

Malvinas es una situación colonial, “*especial y particular*”, lo que la coloca en el marco del proceso de descolonización de las Naciones Unidas y su régimen jurídico. A este respecto cabe acotar que la Resolución 2621 (XXV) declaró “*que la continuación del colonialismo en todas sus formas y manifestaciones es un crimen que viola la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales y los principios del derecho internacional*”. Esto hizo surgir un deber de la comunidad internacional (tanto de los Estados como de las organizaciones internacionales) de *poner fin al colonialismo*. La Resolución marcó el comienzo de un proceso intermitente de diálogo e intercambio entre las partes.

El descubrimiento de petróleo en la plataforma continental de las islas agregó un nuevo condimento a la controversia y la adopción de algunas medidas unilaterales que elevaron la tensión entre las partes. De allí que se aprobara en 1976 la resolución 31/49 instando a las partes a no adoptar este tipo de medidas (ap-4). En efecto, la Asamblea General aprobó la resolución 31/49, en la que, entre otras cosas, deben destacarse los ap-3 y 4 donde se pide a las partes que aceleren las negociaciones, según las resoluciones anteriormente citadas, y las instó a “*abstenerse de adoptar decisiones que entrañen la introducción de modificaciones unilaterales en la situación mientras las Islas están atravesando por el proceso recomendado en las resoluciones*”, es decir, el proceso de descolonización mediante negociaciones entre los dos Estados.

En 1982, la Guerra de Malvinas, produjo un quiebre definitivo en el proceso negociador. A pesar de lo establecido en resoluciones posteriores de la Asamblea General y la recuperación de la democracia en la Argentina, las negociaciones sobre la soberanía no prosiguieron. La Asamblea General aprobó la resolución 37/9, que en lo sustancial, pidió a ambos gobiernos que reanuden las negociaciones a fin de encontrar a la mayor brevedad una solución pacífica a la disputa de soberanía, petición que reiteró en sus resoluciones 38/12 y 39/6, y que también efectuó el Comité Especial en su resolución A/AC.109/756, de 1 de septiembre de 1983. En 1985, la Asamblea General aprobó la resolución 40/21, en la que pidió a ambos gobiernos “*que inicien negociaciones con miras a encontrar*

los medios de resolver pacífica y definitivamente los problemas pendientes entre los dos países, incluyendo todos los aspectos sobre el futuro de las Islas Malvinas”.

En 1989, coincidiendo con el cambio de gobierno, la Argentina no volvió a presentar un proyecto de resolución a la Asamblea General sobre la cuestión (y no lo volvería a hacer desde entonces) optando por un acercamiento bilateral con el Reino Unido que recompuso las relaciones diplomáticas bajo una fórmula de “paraguas” de la soberanía. Bajo esta misma fórmula tuvieron lugar conversaciones en materia de pesca¹⁰⁹, hidrocarburos¹¹⁰ y comunicaciones¹¹¹, de resultado dispar. No obstante los frecuentes contactos entre los gobiernos de ambos Estados, las negociaciones sobre la soberanía no han tenido lugar desde 1982. No son pocos los que critican el proceso iniciado en 1989 y que se desarrolló durante la era menemista ya que significó hacer numerosas concesiones de parte de Argentina sin obtener ningún resultado concreto sobre la cuestión de fondo.

En la actualidad, mientras que la postura argentina ha reiterado su espíritu negociador, la del RU ha cambiado no solo su lenguaje jurídico que consideramos importante (ya no habla de negociaciones sino de conversaciones), sino que también ha introducido un concepto fundamental en la disputa: el principio de la libre determinación establecido en el Artículo 1.2 de la Carta de las Naciones Unidas y en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civi-

¹⁰⁹ El 20 de noviembre de 1990 se adoptó la Declaración conjunta sobre conservación de recursos pesqueros y se constituyó la Comisión de Pesca del Atlántico Sur. En 2007 se interrumpieron las negociaciones sobre el mandato de la Comisión y en 2012 el gobierno argentino presentó una propuesta de reanudación al gobierno del Reino Unido, que respondió que en todo debate sobre la cuestión de las pesquerías debían participar “representantes del Gobierno del Territorio” (Comité Especial 2013).

¹¹⁰ El 27 de setiembre de 1995 se adoptó la Declaración Conjunta de Cooperación sobre Actividades de Exploración y Explotación Off Shore de Hidrocarburos en el Atlántico Sudoccidental. Esta declaración fue dada por terminada por el gobierno argentino el 23 de marzo de 2007, debido a actos unilaterales del Reino Unido contrarios a la Declaración (Asamblea General 2007)

¹¹¹ El 14 de julio de 1999 se adoptó una Declaración Conjunta sobre diferentes áreas, fundamentalmente en materia de comunicaciones y pesca, entre otras.

les y Políticos. Hay que reconocer, que todo proceso inherente al derecho de descolonización está vinculado íntimamente con la realización del derecho a la libre determinación del pueblo de que se trate.

Aunque la Cuestión Malvinas no configure un caso típico de descolonización en donde la opinión de los habitantes del territorio no tenga su habitual relevancia, y como se ha dicho no constituyan un “pueblo” titular del derecho a la libre determinación, esta última afirmación debe ser analizada a la luz del alcance que se le otorgue a este principio. De otra manera se trataría de una afirmación para la opinión pública y para la prensa pero sin precisión jurídica. Esto es así porque, desde la perspectiva jurídica, y aunque escasa, jurisprudencial, un interrogante que es insoslayable es precisar si la población de las islas es titular del derecho a la libre determinación y cuál es el alcance de este principio para dicho grupo humano. La Resolución 2625 expresa que *“todos los pueblos tienen el derecho a determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de proseguir su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta”*. Las nuevas tendencias se inclinan a darle al principio un contenido amplio y comprensivo de todo grupo humano lo que no quiere decir esto que se habilite a la población de Malvinas a utilizar algunas de las formas que con carácter enumerativo refiere en su párrafo 4º la Resolución 2625. La aplicación de la libre determinación puede y debe estar condicionada al respeto de la integridad territorial de los Estados y que hayan ostentado soberanía (previa) sobre el territorio.

Adviértase con relación a lo que venimos exponiendo que en la Opinión Consultiva sobre la independencia de Kosovo se produjo un interesante intercambio entre los Estados (mayoritariamente europeos) a través de las opiniones escritas. Dentro de este grupo de estados europeos se encuentran los que en general se posicionaron a favor de la legalidad de la declaración de independencia de Kosovo a los que se agrega los EEUU, mientras que los Estados de los restantes continentes, España y Rusia son los que se ubican en la posición contraria.

Es de algunas de estas opiniones donde podemos extraer el contenido y alcance del principio de libre determinación de los pueblos en donde se distinguen dos facetas del principio, una interna y otra externa (*ad intra* y *ad extra*). Alemania en su contribución escrita expresa que “*la autodeterminación se puede ejercer sobre el plano interno y sobre el plano externo: la interna implica el ejercicio de una cierta autonomía en el seno de una entidad más vasta, sin dejarlo completamente pero acordando sobre las cuestiones de interés local. La autodeterminación externa significa el derecho de un grupo¹¹² de determinar libremente su estatuto político y constitucional en el nivel internacional*”. La libre determinación interna es la forma más común en la Comunidad Internacional de coexistencia entre el principio de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos y el principio de respeto a la integridad territorial de los Estados.

Donde indudablemente se presentaron las desavenencias entre los Estados es en la interpretación del principio de la libre determinación en el plano externo. Las opiniones discurrieron entre los encendidos defensores de la independencia de Kosovo y los no menos apasionados defensores de la integridad territorial de Serbia. Esto condujo a que para algunos Estados la cuestión de Kosovo se trate de un caso excepcional, *sui generis* y que por tanto no podía considerarse un precedente obligatorio¹¹³, afirmación de dudosa factura si consideramos que el precedente se constituye cuando se habilita la aplicación de una resolución anterior en un caso igual o semejante al que se presenta. Ni la simple afirmación de algunos Estados, ni las expresiones de una determinada integración de la Corte pueden tener por efecto privar a una resolución de constituirse en un precedente para casos análogos, y la realidad indica que Kosovo es hoy un Estado independiente. Argentina en su contribución escrita expresa que “*si se acepta la legalidad de la misma (declaración de la independencia) constituirá sin lugar a dudas un precedente, sin embargo si no está conforme al Derecho Internacional no constituirá ni un precedente ni un caso especial*”.

¹¹² Disentimos con la utilización del término “*grupo*” ya que entendemos que solo los “pueblos” en el sentido que este término recibe en el Derecho Internacional gozan del derecho a la libre determinación externa.

¹¹³ Alemania

Se advierten entonces las dificultades para sacar a la Cuestión Malvinas del ámbito de la libre determinación de los pueblos toda vez que no cabe duda que la población de las islas goza de derechos que se encuentran comprendidos en el principio desde su faz interna. Este es sin duda el camino seguido por la Comunidad Internacional y en tal sentido se puede destacar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas que fue adoptada por la AGNU el 13/12/2007 por 144 votos a favor, 4 en contra (EEUU, Canadá, Nueva Zelanda y Australia) y 11 abstenciones (entre ellos Colombia y Rusia entre los más destacables). Esta Resolución refiere en cuatro oportunidades de manera expresa al derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, pero sin duda se refiere a la faz interna de este principio puesto que el artículo 46 de la Resolución expresa que *“nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de Naciones Unidas o se entenderá en el sentido de que autoriza a fomentar acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes”*.

Principios jurídicos generales y particulares aplicables a este tema

Existe un principio de derecho internacional indiscutible (algunos incluso lo califican de norma *ius cogens*), la obligación de *arreglo pacífico de las controversias*, contracara del principio imperativo de la amenaza o prohibición del uso de la fuerza. La cuestión que estamos analizando se encuadra sin duda en el marco del principio del arreglo pacífico de las controversias internacionales. La obligación de arreglo pacífico no impone un resultado determinado: las partes no están obligadas a solucionar la controversia, sino a *“procurar llegar a un arreglo y a seguir tratando de arreglar la controversia”*, siempre por medios pacíficos. Es decir es una obligación de comportamiento no de resultado. Completa esta obligación el prin-

cipio de libre elección de los medios. Tanto la Carta de San Francisco como en la Resolución 2625 así lo establecen, instrumentos que fueron reconfirmados por la Declaración de Manila sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales, aprobada por resolución 37/10 de la Asamblea General, la que dispone: “*Los Estados procurarán, de buena fe y con un espíritu de cooperación, el arreglo pronto y equitativo de sus controversias internacionales por cualquiera de los medios siguientes...*”

Cabría distinguir entre esta obligación genérica, con obligaciones de negociar establecidas en forma más concretas, como las que surgen de ciertos regímenes particulares o disposiciones de organismos internacionales. Existe una obligación de negociar, que surge como una derivación necesaria del régimen sustantivo de la descolonización, para solucionar la controversia de soberanía y así cumplir con el deber de poner fin a la situación colonial de las Islas Malvinas. La Resolución 2065 (XX) de la Asamblea General, y las que le siguieron, no crean esta obligación, sino que solamente la declaran. Las negociaciones recomendadas por un órgano de una organización internacional retornan en obligatorias en virtud de la aceptación de las partes en la controversia. En el caso concreto de esta Resolución que la estableció, si bien es cierto que el Reino Unido no votó a favor –ni de ninguna resolución posterior de la Asamblea General–, sino que se abstuvo, la Argentina, si lo hizo. Sin embargo, el RU participó de los consensos de 1966, 1967 y 1971 sin objeción, y los contenidos de los mismos son, en lo que a las negociaciones respectan, idénticos a los de la resolución 2065 (XX), en la que se basan y a la que citan expresamente. Por ello entendemos que el RU aceptó la invitación a negociar de la Resolución 2065 (XX). Prueba de ello, es que desde 1966 comenzó entre las partes un proceso de negociaciones que se extendió en forma ininterrumpida hasta comienzos de 1973. De acuerdo a todos los comunicados y declaraciones conjuntas de las partes en dicho período, las negociaciones tuvieron lugar “*de conformidad*”, “*en cumplimiento*” o “*de acuerdo*” a la Resolución 2065 (XX) de la Asamblea General. Las conversaciones entre las partes se reanudaron en 1977 y continuaron hasta comienzos de 1982.

Por lo tanto, entendemos que existen suficientes elementos para afirmar que las partes *aceptaron* la recomendación contenida en la resolución 2065 (XX) y comenzaron a ejecutarla, reconociendo así la existencia de una obligación de negociar para solucionar la disputa de soberanía sobre las Islas Malvinas y poner fin a dicha situación colonial. En definitiva, la existencia de la obligación de negociar no solo deriva directamente de la Resolución, sino de la aceptación y comportamiento ulterior de las partes.

La jurisprudencia internacional en varios casos judiciales y arbitrales (CPIJ: *Opinión consultiva sobre el Tráfico ferroviario entre Lituania y Polonia*, Tribunal arbitral en el caso del Lago Lanoux, CIJ: *Plataforma Continental del Mar del Norte*, Tribunal arbitral Greco-alemán, CIJ: *Jurisdicción en materia de Pesquerías*, *Aplicación de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial*), ha precisado varios caracteres vinculados a esta obligación de negociar: a) Esta obligación no solamente tiene una base convencional sino también, y fundamentalmente consuetudinaria; es decir, puede derivar tanto de un *pactum de contrahendo*, como de un *pactum de negotiando*; b) La obligación de negociar comprende no solo comenzar las negociaciones, sino también continuarlas con el fin obvio de llegar a un acuerdo; c) Las negociaciones deben ser significativas traducida en un “*intento genuino*” de las partes con miras a resolver la controversia en el sentido de que deben necesariamente tomar en consideración las propuestas o los intereses de la otra parte, y no negarlas sistemáticamente, o insistir en su propia posición sin contemplar ninguna modificación de la misma ya que tal comportamiento violaría la regla de la buena fe; es decir, las partes deben, de buena fe, tener en cuenta razonablemente los derechos de la otra para la solución equitativa de sus diferencias; d) no obstante tratarse de una obligación de comportamiento, al no exigirse el resultado de un acuerdo, las negociaciones deben celebrarse y estar orientadas con el fin de alcanzar un resultado aceptable para ambas, y de esta forma poner fin a su controversia.

El significado de la obligación de negociar en el caso Malvinas

Teniendo en cuenta lo precisado anteriormente es claro que ninguna de las dos partes debe mantener rígidas sus pretensiones sobre soberanía. Evidentemente deben lograr un punto medio en que concilien sus intereses y los de la población de Malvinas (de conformidad a la Resolución 2065). Lo que impone la resolución es que negocien sobre ello, no que necesariamente impongan sus respectivos (presuntos) derechos de manera categórica e inmodificable. Esta parece ser la posición actual argentina expuesta por la propia Presidente Fernández al dirigirse al Comité Especial el 14 de junio de 2012: *“Lo único que pretendemos, señor Presidente, es dejar atrás esta historia de colonialismo, esta historia anacrónica y construir una nueva historia en base al diálogo. Mire qué poco pedimos: dialogar. No estamos pidiendo que nos den la razón; no estamos pidiendo que digan que “sí, las Malvinas son argentinas”. Estamos pidiendo apenas nada más ni nada menos que se sienten a una mesa a dialogar...”*. Sin embargo, esta afirmación, efectuada por quien circunstancialmente ocupaba el cargo de Presidente de la Nación, pareciera entrar en colisión con la Disposición Transitoria Primera de la Constitución Nacional por la que se limita las facultades que pudiera tener el Poder Ejecutivo y se le impone como objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino *“la recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes y conforme a los principios de Internacional”*. Esta Disposición Transitoria en ningún caso prohíbe negociar pero, sin duda, establece una restricción importante y cualquier concesión de un representante de nuestro país vulneraría esta disposición y su autor podría ser considerado un traidor a los intereses del Estado.

El cumplimiento de la obligación de negociar en el caso Malvinas

La República Argentina y el Reino Unido están obligados a negociar la controversia de soberanía sobre las Islas Malvinas para poner fin a dicha situación colonial. Ambas partes comenzaron negociaciones

en un marco de cooperación hasta el año 1982. Luego de concluida la guerra hasta la actualidad, la RA insistió en reanudar las negociaciones encontrándose con una cerrada negativa del RU. La pregunta sería ¿Cuál de las partes ha incumplido con esta obligación de negociar? La repuesta reúne enorme importancia ya que al infractor le caben todas las consecuencias jurídicas de la responsabilidad internacional por la comisión de un acto internacionalmente ilícito por violación de una obligación internacional vigente. Si nos atenemos a los antecedentes la primera en incumplir con esta obligación sería la RA al cometer el acto de agresión de 1982, que significó no solo la violación de esta obligación, sino también la violación de una norma imperativa de Derecho Internacional.

Se podría decir que hubo una oportunidad única de reanudar las negociaciones desperdiciada por Argentina una vez comenzada la guerra: la propuesta del RU del 17 de mayo de 1982¹¹⁴.

Pero también es responsable el RU por incumplir las posteriores resoluciones de los organismos internacionales que instaban a una prosecución de las negociaciones internacionales sobre la soberanía de Malvinas. La actual negativa del RU a reanudar las negociaciones, en contravención al marco dispuesto por las resoluciones pertinentes de los órganos de las Naciones Unidas, constituye una violación de su obligación de negociar.

No se puede soslayar que las negociaciones mantenidas siempre tuvieron por objeto cuestiones instrumentales y en pocas oportunidades se logró introducir la cuestión de la soberanía, pero el uso de la fuerza por parte de la República Argentina dejó secuelas que se mantienen hasta nuestros días. Sin embargo, el conflicto armado no es justificativo, ni excluye la responsabilidad del RU, por impedir la reanudación de las negociaciones.

¹¹⁴ Un representante de la ONU se encargaría de la administración de las islas con la posibilidad que ambos Estados mantengan tres observadores en las islas. Bajo los auspicios del Secretario General de la ONU se desarrollarían negociaciones de buena fe a fin de lograr una solución pacífica de la disputa, procurando con sentido de urgencia llegar a un acuerdo antes del 31 de diciembre.

La obligación de no innovar

Si bien es cierto que la Resolución 31/49 de 1976 aprobada por la Asamblea de la UN en su apartado 3, solicita a los Gobiernos de la Argentina y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte que aceleren las negociaciones relativas a la disputa sobre soberanía, de conformidad a las resoluciones 2065 (XX) y 3160 (XXVIII), no es menos cierto que el apartado 4. insta a las dos partes a que se abstengan de adoptar decisiones que entrañen la introducción de modificaciones unilaterales en la situación mientras las Islas están atravesando por el proceso recomendado en las resoluciones arriba mencionadas. Es decir, por una parte es indudable el incumplimiento por parte del RU a reanudar negociaciones relativas a la disputa sobre soberanía, pero también es innegable que ambas partes han producido actos unilaterales sobre las islas Malvinas contradiciendo el apartado 4. En efecto, el RU trasladó en el año 2004 el Comando Naval del Atlántico Sur a las Islas Malvinas lo que implica la militarización de la zona, el otorgamiento de licencias de pesca por períodos de 25 años, la campaña de prospección de hidrocarburos iniciados en el año 2010 entre otros constituyen actos unilaterales ilícitos. Pero también se pueden considerar tales, las medidas tomadas por la República Argentina, tales como la Resolución 407/2007 de la Secretaría de Energía en materia de Exploración y Explotación de hidrocarburos, leyes tales como la 26.386 sobre Régimen Federal de Pesca del año 2008 y la 26.659 sobre condiciones para la exploración y explotación de hidrocarburos en la Plataforma Continental Argentina, del año 2011 o bien el Decreto 256/2010 sobre las condiciones que debe reunir todo buque que se proponga transitar entre puertos ubicados en el territorio continental argentino y en las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sándwich del Sur del año 2010 o la creación de Áreas protegidas.

También es curiosamente destacable que ambos Estados a pesar de la disputa de soberanía han mantenido y concretado diversos acuerdos que no condicen con una visión pura y dura de disputa sobre las mencionadas islas. Los Acuerdos de Madrid de 1989 y 1990 fueron sin duda una medida desacertada de parte de la RA,

ya que fue una puerta abierta a innumerables medidas unilaterales sobre las Islas tomadas por el RU bajo su amparo, pero además permitió a los capitales británicos participar en el proceso de privatizaciones que inició el gobierno argentino por aquellos años. Todo esto gracias a un Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones que se gestó y aprobó en un período de ridícula ingenuidad de nuestros gobernantes. Aún en estos tiempos para el RU la soberanía era un tema No Negociable. El Convenio para la Promoción y Protección de Inversiones¹¹⁵ fue sin dudas el caro precio que pagó Argentina para lograr el restablecimiento de las relaciones diplomáticas con el RU. No lo es menos la legitimación de la presencia británica en nuestro litoral marítimo, sin limitación alguna, que no sea el endeble paraguas de soberanía, cada vez más emparchado. El creado Grupo de Trabajo Argentino-británico sobre pesca condujo a la Declaración conjunta sobre conservación de Recursos Pesqueros del 28/12/1990 que crea la Comisión de Pesca del Atlántico Sur, y todo ello se resumió en un complejo andamiaje elaborado para transferir los profundos conocimientos del litoral marítimo recabados durante años por nuestro país hacia el RU y que facilitó las medidas unilaterales en materia de licencias de pesca que el RU había iniciado en 1986. Todo a cambio de nada. Esta Declaración aún no ha sido denunciada. No resultó menos preocupante la Declaración Conjunta sobre Cooperación de Actividades Costa Afuera del Atlántico Sudoccidental del 21/09/1995 que podría considerarse que asimila al RU a un Estado ribereño y abría la puerta a la explotación de hidrocarburos en nuestro litoral Marítimo. Este acuerdo fue denunciado por nuestro país el 27/03/2007. El Acuerdo de Londres de 1999 restableció los vuelos de Lan Chile a las islas con escala en Río Gallegos y de manera inaceptable exige que los ciudadanos argentinos deban acreditar su identidad en las Islas con el pasaporte argentino, de la otrora tarjeta blanca que se había logrado imponer en 1971 a reconocer el carácter de extranjero en nuestra propia tierra. La Ley 24.543 por la que se aprueba la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, adoptada por la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y el

¹¹⁵ 11/12/1990, solo tres legisladores no lo votaron en el Congreso Argentino

Acuerdo Relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, adoptados el 30 de abril de 1.982 y el 28 de julio de 1.994, respectivamente, Promulgada Octubre 17 de 1.995, El Acuerdo aprobado por Ley 25.290 (año 2000) sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo del Mar del 10 de diciembre de 1982 relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios, adoptado en Nueva York. No parece razonable pedir que no se ratifique este acuerdo, cuando la ley que lo aprueba está vigente y debiera derogarse, ¿cambia en algo que no se haya depositado el instrumento de ratificación?, solo en lo formal, ningún Tribunal Argentino consideraría que este convenio no está vigente y al haber sido firmado por la RA también estará obligado por las disposiciones del art. 18 de la Convención de Viena de 1969. Este Convenio implica un nuevo reconocimiento del carácter de Estado ribereño del RU. Abre la puerta a la creación de una Organización Regional de Ordenación Pesquera en la región (OROP) que deben ser analizadas con particular atención ya que pueden estar integradas por Estados que reconocen el gobierno colonial de las Islas Malvinas e incluso por el propio gobierno de estas.

Es en este contexto que el Gobierno Argentino ha privilegiado la búsqueda de la reanudación de las negociaciones sobre la soberanía, persistiendo ante los organismos internacionales, regionales y la comunidad internacional en el llamado al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para reanudar el diálogo, de conformidad con las resoluciones y declaraciones de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización de los Estados Americanos (OEA) y otros organismos internacionales.

Consideraciones finales

Ha sido valioso para nuestro país mantener una activa política multilateral, destacando en este sentido que han sido importantes, importantes y efectivos, los apoyos regionales, sin embargo, se hace

necesario en el caso de la Cuestión de las Islas Malvinas, instrumentar algunas políticas activas que lleven a crear capacidad negociadora para nuestro país.

Sin duda es conveniente mantener las actividades en organismos y foros multilaterales para el sostenimiento de los derechos de soberanía argentinos sobre los tres archipiélagos y espacios marítimos circundantes que constituyen el objeto de la Cuestión.

La República Argentina debe hacer un esfuerzo para difundir la discriminación que sufren los ciudadanos argentinos en los territorios ilegítimamente administrados por el Reino Unido. La contracara a este problema, sería el planteo a efectuar y resolver con referencia al tratamiento a dar a los isleños en cuanto a sus intereses, dejando de lado posiciones extremistas “nacionalista” y “patriótica”, reconociéndoles derechos a esa población, cambiando su calificación de invasores u ocupantes ilegales, por integrantes de la población argentina con caracteres especiales.

La ratificación del Acuerdo de Nueva York de 1995 es indudablemente perjudicial para nuestro país, y entendemos que no basta con mantener el *status quo* actual sino que se debe derogar la aprobación legislativa efectuada en el año 2000.

Argentina debe realizar controles más exhaustivos en materia pesquera en el Atlántico Sur, disponer recursos para contar con equipamientos suficientes en cantidad y calidad, con el fin de proteger los recursos de la explotación irresponsable, pero también para proteger los derechos soberanos que Argentina tiene sobre dichos recursos. Para ello es precisa una presencia activa de la República Argentina en la Plataforma Continental y en las aguas suprayacentes bajo jurisdicción argentina.

Los riesgos para los recursos del pueblo Argentino son de relevancia por lo que es necesario profundizar la legislación nacional sancionatoria de las empresas que realizan actividades pesqueras y de exploración (y eventual explotación) de hidrocarburos en el área ilegítimamente ocupada por el Reino Unido sin el correspondiente permiso de las autoridades competentes argentinas incluyendo a las empresas y entidades financieras y de seguros que ofrecen servicios a dichas empresas.

Todas estas medidas tienen que tener como Norte conseguir la reanudación de las negociaciones sobre soberanía según lo estipulado en la Resolución AGNU 2065 (XX), que debe ser la principal bandera de nuestro país. La Resolución 2065 constituye un logro diplomático para nuestro país que generó una conciencia general en la comunidad internacional sobre la cuestión.

La realidad, y lo que indica la política de Estado argentina, es otra: el principal obstáculo al crecimiento económico, desarrollo sustentable y normalidad de las islas, es la subsistencia de la controversia de soberanía. La medida apropiada para remover ese obstáculo es la que exige el derecho y la comunidad internacionales: la negociación para resolver la disputa. Toda acción argentina debe evaluarse en cuanto a sus efectos si es conducente a resolver la disputa o a mantener el *status quo*.

Una negociación bilateral con el Reino Unido para recomponer las relaciones diplomáticas bajo una fórmula de “*paraguas*” de la soberanía, similar a la iniciada en 1989, (sobre pesca, hidrocarburos y comunicaciones), parece ser el acuerdo Foradori-Duncan del corriente año. Se incluye en este acuerdo un capítulo sobre el Atlántico Sur referido a “asuntos de interés recíproco” en dicha área. Si bien no se refiere expresamente al tema de la soberanía sobre las islas, es evidente la existencia de la cláusula paraguas de 1989, al acordar que las partes dejan preservadas sus distintas posiciones jurídicas.

Este acuerdo manifiesta una intención recíproca para estimular la cooperación en los asuntos más importantes que hacen al interés común de ambas partes, salvo la cuestión relativa a la soberanía.

Esta reanudación de las relaciones es un paso importante logrado y quizás con un futuro sustentable, para la reanudación de las negociaciones, debido a la magnitud del efecto político internacional que significó el Brexit para el RU. Sin embargo, en los últimos tiempos los avances han sido siempre seguidos de actos unilaterales del Reino Unido encaminados a mantener el *status quo*, sin duda allí se enmarca los recientes anuncios de pruebas militares con lanzamiento de misiles desde las Islas Malvinas.

Un escollo insoslayable lo constituye la Disposición Transitoria Primera de la Constitución Nacional por la que se limita las facul-

tades que pudiera tener el Poder Ejecutivo y se le impone como objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino *la recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes y conforme a los principios del derecho Internacional*. En tal sentido toda negociación o manifestación del gobierno argentino debería encuadrarse dentro de los términos y alcances de tal precepto constitucional. Desde este punto de vista se habría consagrado una política de Estado que obliga a los gobernantes argentinos a observarla, respetarla y mantenerla. Esta Disposición Transitoria en ningún caso prohíbe negociar pero, sin duda, establece una restricción importante y cualquier concesión de un representante de nuestro país vulneraría esta disposición y su autor podría ser considerado un traidor a los intereses del Estado. Sin embargo, esta no solo constituye una limitación externa en el manejo de nuestras relaciones exteriores, sino que es una verdadera limitación interna para nuestros gobernantes que en no pocas oportunidades han tenido un derrotero errático, la cláusula constitucional debe convertirse en un faro para los representantes argentinos, siendo el pueblo argentino el que en definitiva deba refrendar el resultado de una negociación.

De acuerdo a lo expresado, existirían dos posturas diferentes: la primera, que se inclina a reforzar las relaciones con el RU, en consecuencia, con una actitud más aperturista, ve como favorable el Comunicado Conjunto Foradori-Duncan al establecer un sistema amplio de cooperación con el RU en materia de hidrocarburos, pesca, navegación y turismo. Esta clase de acuerdos posibilita más alcanzar el objetivo primordial cual es el recuperar la soberanía sobre las Islas Malvinas. Un tema muy delicado es en materia de exploración y explotación de los recursos y cuáles serían los criterios para hacer efectiva tal cooperación. La discusión y eventual implementación de lo acordado exige participación parlamentaria puesto que se hace necesario una reforma legislativa que requiere debates y consensos en el Congreso Nacional.

Hay que convertir a la cuestión Malvinas en una política de Estado. Para ello habría que delinear un plan con metas y objetivos en el corto, mediano y largo plazo. Se hace necesario que el gobierno

argentino defina hasta donde es posible avanzar en las negociaciones sin descuidar el objetivo central de la recuperación de la soberanía sin menoscabarla letra constitucional. Difícil pero no imposible.

ISLAS MALVINAS Y SUS RECURSOS NATURALES

GRACIELA R. SALAS*

*Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Catedrática de Derecho Internacional Público. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Blas Pascal. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración.

Sumario: Introducción. Los recursos naturales. Los recursos naturales en las Islas Malvinas. Qué y dónde. Conclusiones.

Resumen: La historia de las Islas Malvinas es, en definitiva, la historia de la disputa por el aprovechamiento de sus recursos naturales.

Los recursos naturales no solamente le pertenecen a la soberanía del Estado territorial, sino al pueblo organizado en Estado. En consecuencia, la explotación por el ocupante ilegal puede generar responsabilidad internacional de este respecto del pueblo a cuya soberanía pertenecen.

Las Islas Malvinas, Georgias y Sándwich del Sur, poseen recursos naturales ubicados con cierta precisión en este trabajo.

Sin embargo, al tema Malvinas hay que comprenderlo desde múltiples enfoques, en los cuales la soberanía no está ausente, pero también se encuentran presentes el conocimiento, el cambio climático, la transformación de la matriz energética global, temas estos que merecen un estudio pormenorizado.

Palabras clave: Malvinas – Recursos naturales

Introducción

Más allá de los datos históricos sobre los títulos que fundamentan los reclamos argentinos por la soberanía sobre las Islas Malvinas, en esta oportunidad centraremos la atención en los recursos naturales de estas islas, por considerar que constituyen, en cierta forma, uno de los fundamentos de la negativa de una de las partes a negociar sobre el fondo de la cuestión.

En efecto, con base en los títulos obtenidos por sucesión de Estado como el de descubridor, de ocupante, de titular del reconocimiento de soberanía, al comenzar a hablar del ejercicio de la jurisdicción por parte de nuestro país inmediatamente después de la declaración de la Independencia, ya estamos hablando de la importancia de los recursos naturales en la historia de las islas Malvinas.

En 1811 las fuerzas españolas fueron retiradas de Malvinas con el fin de reforzar el fuerte de Montevideo, ante el estallido de la Revolución de Mayo en Buenos Aires. Sin embargo, continuaron habitadas por españoles y nativos y continuó el ejercicio de la jurisdicción especialmente a través de la aplicación de legislación de pesca y autorizaciones con el mismo objeto¹¹⁶.

El 06 de noviembre de 1820 David Jewet arribó a las Islas Malvinas, tomó posesión de ellas oficialmente en nombre de las Provincias Unidas del Río de la Plata, y el 09 del mismo mes notificó este hecho a más de cincuenta capitanes de buques surtos en la región, entre los que se encontraba el navegante inglés James Weddell, de tan grande actuación posteriormente en el mar que lleva su nombre, ya dentro del espacio incluido en el sistema antártico. Precisamente es de destacar el protagonismo de las Islas Malvinas en el descubrimiento de ese continente.

El 10 de junio de 1829 el gobernador de la Provincia de Buenos Aires, Martín Rodríguez, encargado también de las relaciones exteriores, dictó el decreto de creación de la Comandancia Político-Militar de Malvinas, designando a Luis Vernet como gobernador de las Islas, al que se agregó poco después el decreto del 28 de octubre del mismo año reglamentando la caza y la pesca en la región¹¹⁷. Este hecho significó el estallido del conflicto de soberanía

¹¹⁶ La navegación de la época requería de puntos de aprovisionamiento en tierra firme, de allí la profunda relación entre estas islas y la actividad pesquera, foquera y ballenera en estas latitudes. En 1817 ó 1818, momento en el que se encontraron en las Malvinas la tripulación del “Spíritu Santo” y el “San Juan Nepomuceno” con registro en Malvinas, entonces bajo soberanía de las Provincias Unidas del Río de la Plata, y la tripulación del “Hersilia”, al mando de Nathaniel Palmer (EEUU). Esta última, al decir de los hombres de mar “le siguió la estela” al primero de ellos y arribó a las Islas Shetland del Sur cuando ya las tripulaciones de ambos foqueros argentinos cargaban con las últimas piezas que acababan de cazar. Ver al respecto nuestro trabajo *Breve Historia de la Antártida*. Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Año XLV: 273-298. Enero-diciembre de 1981. También *Cuestiones territoriales argentinas*. Advocatus. 2003. Pág. 17.

¹¹⁷ El decreto en cuestión dice:

“Cuando por la gloriosa revolución del 25 de Mayo de 1810 se separaron estas provincias de la dominación de la metrópoli, España tenía una posesión material de las islas Malvinas y de todas las demás que rodean el cabo de

con Gran Bretaña, ya que el representante de Su Majestad Británica en Buenos Aires, M. Woodbine Parish protestó por dicho decreto por considerar que afectaba “*los derechos de soberanía ejercidos hasta ahora por la corona de Gran Bretaña*”, cuando en verdad esa corona había aceptado abandonar las Islas Malvinas en los términos negociados oportunamente con España, nuestra antecesora en la soberanía sobre estas islas. El comandante político y militar designado fue Luis Vernet, ya afincado en las islas, que fijó su residencia en Puerto Luis o Soledad de Malvinas.

Un hecho acaecido en 1831 sin embargo, preanunciaba los acontecimientos que habrían de producirse: la goleta Harriet y las naves Break Water y Superior, todas ellas de nacionalidad estadounidense cometieron actos predatorios en Malvinas y fueron apresadas por autoridades locales. Ante esto la corbeta de guerra estadounidense Lexington arribó a Buenos Aires para protestar por ese hecho.

El gobierno nacional protestó por este atropello el 14 de agosto de 1832 ante el encargado de negocios de EEUU en Buenos Aires

Hornos, incluso la que se conoce bajo la denominación de Tierra del Fuego, hallándose justificada aquella posesión por el derecho de primer ocupante, por el consentimiento de las principales potencias marítimas de Europa y por la adyacencia de estas islas al continente que formaba el Virreinato de Buenos Aires, de cuyo gobierno dependían. Por esta razón, habiendo entrado el gobierno de la República en la sucesión de todos los derechos que tenía sobre estas provincias la antigua metrópoli, y de que gozaban sus virreyes, ha seguido ejerciendo actos de dominio en dichas islas, sus puertos y costas, a pesar de que las circunstancias no han permitido hasta ahora dar a aquella parte del territorio de la República la atención y cuidado que su importancia exige; pero siendo necesario no demorar por más tiempo las medidas que puedan poner a cubierto los derechos de la República, haciéndola al mismo tiempo gozar de las ventajas que puedan dar los productos de aquellas islas y asegurando la protección debida a su población, el gobierno ha acordado y decreta: Artículo 1º: Las islas Malvinas y las adyacentes al cabo de Hornos, en el mar Atlántico, serán regidas por un comandante político y militar, nombrado inmediatamente por el gobierno de la República. Artículo 2º: La residencia del comandante político y militar será en la isla de la Soledad y en ella se establecerá una batería bajo el pabellón de la República. Artículo 3º: El comandante político y militar hará observar por la población de dichas islas las leyes de la República y cuidará en sus costas de la ejecución de los reglamentos sobre pesca de anfibios”. Registro Nacional.

Francis Baylies. Posteriormente Carlos de Alvear, representante argentino ante el gobierno de Washington, reiteró los reclamos en el año 1839, exigiendo además indemnización por los daños causados. Este reclamo fue rechazado en 1841. La cuestión quedó pendiente luego de varias marchas y contramarchas de autoridades estadounidenses¹¹⁸.

En estas condiciones, se encontraba abierta la puerta para la usurpación británica a las Islas¹¹⁹.

Dejaremos ahí los datos históricos, dado que es sabido que, abierta la puerta del descubrimiento de la Antártida en la segunda década del Siglo XIX, se produjo una gran depredación de los recursos naturales vinculados con el mar y tanto la actividad como las islas cayeron en un momentáneo olvido. Se agregaron posteriormente los avances técnicos, que permitieron una mayor autonomía a la navegación, liberándola de la necesidad de apoyos en tierra firme.

En el pasado siglo, las islas cobraron alguna importancia durante ambos conflictos mundiales¹²⁰, por razones militares, y solamente fue objeto de reclamaciones argentinas y de negociaciones en el seno las Naciones Unidas como es de público conocimiento.

¹¹⁸ “...hasta tanto se arreglará la controversia pendiente...” con Gran Bretaña, según surge del mensaje del Secretario de Estado de EEUU del 04 de diciembre de 1841.

¹¹⁹ Si bien la intención manifestada por el Almirantazgo era “...Nuestra intención es ordenar a nuestros barcos que pasen por el Cabo de Hornos haciendo escala en Puerto Egmont asegurando nuestra soberanía por lo menos sobre esa isla...” Nota del secretario J. Barrow.

¹²⁰ Durante la primera Guerra Mundial se produjo la llamada batalla de Malvinas entre buques británicos y alemanes. En la segunda conflagración, se inició en esa zona la persecución del acorazado alemán Graf Spee que protagonizó la batalla del Río de la Plata, perseguido por buques ingleses y terminó con el hundimiento de la nave alemana precisamente en ese río. Se consolidaba así el dominio británico en la vía navegable que comunica el Océano Atlántico con el Pacífico.

Los recursos naturales

Fue en el seno de las Naciones Unidas donde se produjo todo un avance en materia de soberanía sobre los recursos naturales¹²¹. Lentamente se fue abriendo paso el *principio de soberanía sobre los recursos naturales*, avanzando desde aquel concepto que lo reservaba a los estados que nacieron como consecuencia de la descolonización, hacia una concepción mucho más amplia, extendiéndose a todos los estados. Se dictó así la Res. AG/626 (VII) que comenzaba a precisar los alcances de ese derecho al extenderlo a la prohibición de cualquier acto, directo o indirecto, contra el ejercicio por un Estado de su soberanía sobre sus recursos. Se comenzó también a vincularlo con el *principio de no intervención*. Posteriormente en la conferencia de Bandung (1955), ya con la presencia de numerosos nuevos estados, se lo vinculó con el *principio de cooperación*. En el mismo orden la Res. AG/1314 (XII) de 1958 llevaría a la creación de la Comisión para la Soberanía sobre los Recursos Naturales, con mandato de trabajar en relación directa con el derecho a la libre determinación de los pueblos. Esto se Lograría con la Res. AG/ 1803 (XVII), y la vinculación de este principio con los pueblos y naciones y los principios emanados de la Carta de las Naciones Unidas, entre ellos el de cooperación con esta en el mantenimiento de la paz. Esta resolución no hace sino reproducir lo expresado por las Res. AG/ 1514 (XV) sobre descolonización y la Res. AG/1515 (XV) por la que se recomendaba el respeto del derecho soberano de todo Estado a disponer de su riqueza y de sus recursos naturales. Pocos años después este principio recibió su consagración como principio general del DI¹²² al incluirse en el artículo 1, común, de los dos Pac-

¹²¹ Para profundizar sobre este punto se sugiere nuestro trabajo *Soberanía y Recursos Naturales. Un enfoque americano*. 40º Curso de Derecho Internacional. Comité Jurídico Interamericano. 2013.

¹²² En este punto debemos aclarar, respecto del carácter de este principio, que la Corte Internacional de Justicia, en ocasión de dictar sentencia en el Caso de las Acciones militares sobre el territorio del Congo (República Democrática del Congo c/ Uganda), 2005, en el parágrafo 244 en cuanto al carácter de este principio sostiene que... “*el principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales, fue enunciado en la Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General... Reconociendo la importancia de este prin-*

tos internacionales sobre Derechos Humanos, conocidos como Pactos de Nueva York¹²³. Se reproducen también en los artículos 47 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Corresponden a esta época las Res. AG/ 2386 (XXIII), AG/2692 (XXV), AG/3016 /XXVII), AG/3171 (XXVIII).

En cuanto al *principio de no intervención* en su aplicación a la soberanía sobre los recursos naturales, vemos que incluye el derecho de explotar libremente esos recursos, agregando la prohibición de actos que atenten contra el ejercicio de su soberanía sobre ellos.

También lo encontramos en el art. 17 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados.

Por su parte en la Resolución 1803 (XVII)¹²⁴, medular en este punto, se reconoció:

“... el derecho inalienable de todo Estado a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales en conformidad con sus intereses nacionales, y en el respeto a la independencia económica de los Estados...”

En párrafos posteriores fue precisando esos alcances, ya no como un derecho emanado exclusivamente de su carácter de Estado, sino como un pueblo organizado en Estado. Encontramos así el reconocimiento de la soberanía sobre los recursos naturales en numerosísimos tratados.

Y en la misma resolución se abren otras relaciones que se identificarían con posterioridad:

... principio que reviste el carácter de un principio de derecho internacional consuetudinario...” En consecuencia, cabe dejar a salvo que según esta jurisprudencia no es tan claro que este principio realmente esté reconocido como un principio general de Derecho Internacional.

¹²³ Pacto de Derechos Civiles y Políticos y Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

¹²⁴ Con fundamento en sus resoluciones 523 (VI) de 12 de enero de 1952 y 626 (VII) de 21 de diciembre de 1952, resolución 1314 (XIII) de 12 de diciembre de 1958, resolución 1515 (XV) de 15 de diciembre de 1960.

“El derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales debe ejercerse en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado”.

Se anuncia así el desenvolvimiento de toda la corriente que habla de la soberanía sobre los recursos naturales, vinculada indisolublemente con el concepto de desarrollo.

A partir de allí podemos analizar, por ejemplo, el Principio 2 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo:

“De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo”.

Como podemos observar entonces, se trata aquí de rescatar a los recursos naturales desde la soberanía estatal, y a partir de este del principio de integridad territorial.

Por otra parte, si bien la explotación de los recursos naturales de las islas no se encuentra expresamente citado en la Res. 2625 (XXV), fuerza es referirse al *principio de soberanía permanente de los pueblos sobre sus recursos naturales*, en los términos establecidos por las Res. 1314 (XII) y la Res. 1893 (XVII). Este principio constituye un patrimonio exclusivo de los pueblos, aún antes de su independencia, impidiendo así la explotación colonial y protegiendo los derechos del estado en ciernes. En el caso que nos ocupa, en el que los habitantes de las islas no conforman un pueblo que sea titular del derecho a la libre determinación y por el contrario forman parte de la integridad territorial argentina, el titular de los derechos sobre esos recursos naturales es el pueblo argentino. Por ende la explotación de esos recursos que realiza actualmente la potencia ocupante, atenta directamente contra los derechos del pueblo argentino sobre sus recursos naturales, lo que, a la larga, generaría responsabilidad internacional del ocupante ilegal.

Los recursos naturales en las Islas Malvinas

La cuestión de los recursos naturales en las Malvinas comenzó a agitarse con nuevo impulso ya con la expedición Shackleton, previo al estallido de la Guerra de Malvinas.

En efecto, ya desde 1969 Gran Bretaña percibía la importancia que podría tener la posible existencia de petróleo alrededor de las Islas Malvinas y decidió hacer sus propias exploraciones en las aguas de la zona para verificar si lo había allí. Así lo hizo, de manera que hasta mediados de la década siguiente se relevaron pruebas de la probable existencia de ese recurso en la región.

Varias empresas petroleras se interesaron en el tema y se encargó un informe a un equipo de investigadores del Departamento de Ciencias Geológicas de la Universidad de Birmingham. Este preparó el informe "Geology of the Region around the Falkland Islands" que se presentó en marzo de 1975. De él surge la posibilidad de encontrar petróleo en las Islas y en el mar adyacente.

Inmediatamente la Cancillería argentina emitió un Comunicado¹²⁵ por el que manifestaba no reconocer el ejercicio de ningún derecho en materia de exploración o explotación de recursos naturales por considerar que las Islas Malvinas y dichas áreas forman parte integrante del territorio nacional, en consonancia con lo afirmado precedentemente en este trabajo.

A pesar de ello el gobierno inglés envió a las islas una misión económica encabezada por Lord Shackleton (1976). Desde esa oportunidad quedó demostrado que las intenciones de Gran Bretaña eran de intentar llevar adelante una cooperación con Argentina teniendo en cuenta el desarrollo y diversificación de la economía de las islas solamente, reconociendo que solo podía hacerse en un espíritu de cooperación con la Argentina, mientras que nuestro país sostuvo como cuestión previa la resolución de la controversia sobre la soberanía.

Ante este anuncio, el 22 de octubre, el Ministerio de Relaciones Exteriores declaró que no concedía permiso oficial a la misión

¹²⁵ Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 23. (A/10023/Rev. I), vol. IV, cap. XXIX, anexo, párr.-16.

Shackleton. Ya con anterioridad, había comunicado que el envío de la misión de relevamiento económico introduciría una nueva perturbación en las relaciones mutuas, lo que pondría en peligro la solución pacífica de la disputa.

El envío de esta misión introdujo un cambio sustancial que violaba un tácito principio de no innovar, que ambas partes habían respetado hasta ese momento.

En 1975, el Reino Unido propuso a la Argentina discusiones para el desarrollo conjunto del Atlántico sudoccidental. El Canciller Vignes aceptó esa posibilidad pero la ató a la transferencia de la soberanía a través de un arriendo (leaseback) por un término fijo. La propuesta argentina incluía la ocupación inmediata de las islas Georgias y Sándwich del Sur con el consentimiento británico, lo que fue rechazado por el Gobierno británico. Argentina rechazó cualquier conversación sobre cooperación económica que excluyera una discusión del tema de la soberanía. Durante ese año se produjeron nuevas discusiones entre las partes, que llevaron a lo que nuestro país calificó como una “ruptura unilateral” de las conversaciones por parte de los británicos y la Cancillería argentina estimó inadecuado avenirse a considerar temas que, frente a aquella reticencia, resultaban insustanciales con relación al problema verdadero, y no conducentes por lo tanto a la justa solución del mismo.

El 3 de enero de 1976, Lord Shackleton arribó a las Malvinas a bordo del buque *HMS Endurance*. El Canciller argentino consideró ese hecho, coincidente con un nuevo aniversario de la ocupación de las Malvinas por la fuerza en 1833, como una “coincidencia hostil y desconsiderada” y que por ello el Gobierno argentino consideraba que el Gobierno británico había roto unilateralmente con las negociaciones. A partir de entonces, las relaciones se mantuvieron congeladas a pesar de que ambos gobiernos aseguraron que los hechos no implicaban una ruptura diplomática. Al mismo tiempo se mantuvieron las comunicaciones con las Malvinas.

Pocos días más tarde, el 27 de enero, el Ministro de Estado del Foreign Office declaró ante la Cámara de los Lores que:

*...no habrá cambios en la soberanía británica sobre las Islas Falkland en contra de los deseos de los isleños. Pero el gobierno de Su Majestad estima... que se atenderá mejor a los intereses a largo plazo de los isleños mediante vínculos estrechos y amistosos con la Argentina*¹²⁶.

Del informe Shackleton se desprende ya que las islas Malvinas estaban rodeadas en ese momento por los mayores recursos mundiales de proteínas, particularmente consistentes en pesca, algas y mariscos.

La presencia de esta expedición motivó la rápida reacción de las autoridades argentinas, no solo con la presencia de buques de guerra en la región, sino también con la notificación al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a través del Representante Permanente de la Argentina ante las Naciones Unidas y al Secretario General de la *“seria violación de las normas relativas a la jurisdicción marítima argentina en que había incurrido el buque británico Shackleton, como consecuencia de las actividades de investigación científica - geofísicas y geológicas realizadas por el mencionado buque en la plataforma continental argentina”* Que estaban *“claramente orientadas a la prospección geológica con miras a la eventual explotación de hidrocarburos”*. Recordó que el Gobierno del Reino Unido había sido notificado el 14 de noviembre de 1975 de que debía cumplir con la legislación argentina sobre la investigación científica en zonas marítimas sometidas a su jurisdicción. A este respecto, se refirió a su carta del 25 de marzo de 1975, dirigida al Secretario General, en que se decía, entre otras cosas, que las Islas Malvinas formaban parte integrante de la Argentina y que su Gobierno no reconocería el derecho a la exploración y explotación de minerales o hidrocarburos en esa

¹²⁶ Historia general de las relaciones exteriores argentinas. Consultada el 29.09.2016. Disponible en: <http://www.argentina-rree.com/12/12-07.htm>. También ver el Informe del 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. Vol. IV. Pág. 188. Documentos Oficiales ~I Consejo de Seguridad, Trigésimo Primer Año, Suplemento de enero, febrero y marzo de 1976 (S/11972). Documentos oficiales: Trigésimo primer período de sesiones. Suplemento N° 23 (A/31/23/Rev.1)

*zona por parte de un gobierno extranjero. Consideraba que las actividades de esta índole eran contrarias a las resoluciones y consensos sobre las Islas Malvinas adoptadas por las Naciones Unidas, cuyo fin era encontrar una solución pacífica a la disputa entre el Reino Unido y la Argentina mediante negociaciones bilaterales*¹²⁷.

Por otra parte, más allá de las respectivas zonas sometidas a jurisdicción nacional, curiosamente se acerca a esas aguas lo que se conoce como la *convergencia antártica*, en la que además se desarrolla un ingente recurso como es el *krill*. Ahora bien, es de remarcar que en esta zona se aplican los términos de la Convención de Canberra sobre Recursos Vivos Marinos Antárticos, de manera que, si bien pudiera existir alguna relación entre las especies, y los espacios disputados, en este caso por Argentina y Gran Bretaña, los regímenes aplicables en cada una de estos espacios, son diferentes.

Quedaba así perfilada ya desde mediados de la década de los años '70 la situación de las Islas Malvinas, que poco tiempo después se vería afectada por la Guerra de las Malvinas.

En 1986 Gran Bretaña proyectó la creación de la *Falkland Islands Conservation Zone* (FICZ) (“Zona de Conservación de las Islas Malvinas”), una zona de protección pesquera de 150 millas alrededor de las Islas Malvinas, intentando no superponerla con la zona económica exclusiva argentina y, pese a la oposición argentina, fue puesta en marcha a principios del año siguiente.

Producido el cambio de gobierno en Argentina (1983), se iniciaron intentos de acercamiento de las partes. Una de las primeras ocasiones fue una reunión reservada en Berna, Suiza, convocada por el secretario de Estado Eduard Brunner, como mediador. Sin embargo, desde el comienzo quedaron planteadas posiciones encontradas entre ambas partes, que reaparecerían en una serie de reuniones posteriores, celebradas a través del secretario de Estado de los EEUU., conocidas como los *non papers*. En ellos Gran Bre-

¹²⁷ Informe del 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. Vol. IV. Pág. 196. Documentos Oficiales ~l Consejo de Seguridad, Trigésimo Primer Año, Suplemento de enero, febrero y marzo de 1976 (S/11972). Documentos oficiales: Trigésimo primer período de sesiones. Suplemento N° 23 (A/31/23/Rev.1)

taña insistía en la declaración del cese de hostilidades en forma unilateral por parte de Argentina y la celebración de conversaciones sobre temas como la protección de la pesca que estaba siendo depredada por la pesca furtiva, o las comunicaciones con el continente por parte de los isleños, mientras que Argentina insistía en la discusión de la cuestión de fondo sobre la soberanía sobre las islas y el levantamiento de sanciones impuestas especialmente por los países europeos como consecuencia de la Guerra de Malvinas. En ese ámbito bilateral Argentina también propuso canjear la declaración formal de cese de hostilidades por la eliminación de la zona de protección, lo que nuevamente fue rechazado por Inglaterra.

Comprobado que las negociaciones bajo el sistema de *non papers* no habían demostrado ser útiles en esa etapa, Argentina comenzó a llevar la cuestión a la OEA y a la ONU. Durante la 40ª Asamblea General de las Naciones Unidas, Argentina presentó una iniciativa instando a que ambas partes reanudaran conversaciones diplomáticas por las Malvinas, sin hacer mención al tema de la soberanía respecto de las islas, uno de cuyos objetivos era “*negociar sobre todos los aspectos que hacían al futuro de las islas*”¹²⁸. Aquí vemos aparecer solapadamente a los recursos naturales. En esta etapa el mayor avance alcanzado fue colocar la disputa bajo un *paraguas*, que permitiera llevar adelante conversaciones sobre otros temas, sin tocar la cuestión de la soberanía.

Durante el siguiente gobierno, el de Carlos Menem, la Cancillería volvió a privilegiar el diálogo directo¹²⁹. En esta etapa los *non papers* lograron transformarse en *papers*. De las negociaciones resultaron la reducción de la zona de exclusión pesquera¹³⁰, que pasó a coincidir con el anillo de protección militar establecido por Gran Bretaña alrededor de las islas como consecuencia de la Guerra de

¹²⁸ Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Argentina. La participación argentina en los organismos multilaterales. La Organización de las Naciones Unidas (ONU). Consultada el 30.09.16. Disponible en: <http://www.argentina-rree.com/14/14-086.htm>

¹²⁹ Para lo cual contó con la colaboración de los presidentes de Uruguay, Julio María Sanguinetti; Brasil, José Sarney, y la intermediación del Departamento de Estado de los EEUU.

¹³⁰ Establecida unilateralmente por Gran Bretaña el 29.10.86 estableciendo una zona de exclusión pesquera alrededor de las islas.

Malvinas y el restablecimiento de las relaciones diplomáticas entre ambas partes.

Fue en ese contexto que se firmó en Londres la Declaración Conjunta sobre Conservación de los Recursos Pesqueros (1990)¹³¹. Esta declaración, sin embargo, no implicaba que se hubiera comprometido la administración conjunta de los recursos pesqueros de los espacios marítimos que rodean a las Islas Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur, precisamente por la situación de ilegalidad de la ocupación británica.

Una de las cuestiones más candentes ya desde entonces fue la necesidad de protección de los recursos pesqueros, particularmente del *calamar illex*. Con este objeto se celebraron reuniones que derivaron en la celebración del acuerdo provisorio del 1º de noviembre de 1993, pero esta explotación se vio envuelta en la permanente disputa por la extensión del área de protección por parte de Gran Bretaña, como así también su amenaza de exigir licencia británica a los buques argentinos que pescaran en aguas de las islas Georgias y Sandwich del Sur

Más allá de ello, Gran Bretaña siguió ejecutando actos unilaterales en la región, incluyendo la instauración de “*pretendidas jurisdicciones marítimas alrededor de las Islas Malvinas en 1986 y 1990, y alrededor de las Islas Georgias del Sur y Sandwich del Sur en 1993, la venta de licencias de pesca desde 1987, el levantamiento unilateral en 1994 de la prohibición total temporaria de pesca estipulada en el área descrita en el Anexo de la Declaración Conjunta del 28 de noviembre de 1990 y en el área al Oeste de aquella y la instauración en 2005 de un régimen de cuotificación de los recursos pesqueros en aguas circundantes a las Islas Malvinas. Esta medida constituye una forma de disposición ilícita y unilateral a largo plazo de recursos pesqueros en los espacios marítimos disputados*”¹³². Por otra parte vio-

¹³¹ El 28.11.1990. Disponible en:

https://www.mrecic.gov.ar/userfiles/sumas_1990_declaracion_conjunta_conservacion_recursos_pesqueros.pdf

¹³² Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. *Estado de situación de los entendimientos provisorios*. Consultado el 30.06.2016. Disponible en: <https://www.mrecic.gov.ar/es/la-cuesti%C3%B3n-de-las-islas-malvinas/estado-de-situaci%C3%B3n-de-los-entendimientos-provisorios#02>

lando lo establecido por la Res. AG/31/49 que impide a las partes adoptar modificaciones unilaterales y Res. AG/2065(XX) Cuestión de las Islas Malvinas.

Ante esta situación Argentina promulgó la Ley 26.386¹³³ sobre Régimen Federal de Pesca regulando las actividades de las empresas que explotan recursos pesqueros en la zona económica exclusiva argentina, sin la autorización de nuestro país, con el objeto de conservar los recursos pesqueros del Atlántico Sur. Cabe agregar que esta ley a su vez es complementaria de la Ley 24.922¹³⁴ de Régimen Federal de Pesca, aplicable a los espacios marítimos de la República Argentina, entre ellos la zona económica exclusiva y la Plataforma continental.

Se intentó convocar a nuevas reuniones tendentes a acordar sobre una agenda orientada a organizar el mandato de la Comisión de Pesca del Atlántico Sur, a lo que se oponía Gran Bretaña, lo que impidió que se lograra. En 2007 Argentina denunció la Declaración Conjunta del 27 de septiembre de 1995¹³⁵ y se interrumpieron las conversaciones sobre el particular.

Por otra parte, la posible existencia de petróleo en las aguas adyacentes a las islas aportó conflictos adicionales a los ya planteados en las relaciones bilaterales con el Reino Unido. Desde 1991 ambas partes en la controversia comenzaron a examinar los respectivos marcos legales a los efectos de cooperar en el área de Malvinas en materia petrolífera, pero rápidamente los británicos exigieron la celebración de un acuerdo de cooperación con Argentina, al mismo tiempo que autorizaba a los isleños a iniciar la búsqueda de petróleo en su zona marítima.

Desde 1994 se comenzó a negociar un posible acuerdo entre ambos estados que permitiera la prospección petrolera de la que

¹³³ Consultada el 06.10.2016. Disponible en:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141671/norma.htm>

¹³⁴ Régimen Federal de Pesca. Consultada el 26.05.16. Disponible en:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/48357/te-xact.htm>

¹³⁵ Consultada el 30.07.16. Disponible en: http://tratados.mrecic.gov.ar/tratado_archivo.php?tratados_id=12460&tipo=1&id=4866&caso=pdf

participarían YPF y British Gas. Finalmente ambas partes firmaron la Declaración Conjunta de Cooperación sobre Actividades Costa Afuera en el Atlántico Sudoccidental el 27 de septiembre de 1995, en la que se establecía un *área de cooperación especial*, en la que se incluían zonas disputadas y no disputadas. Se abrió así una etapa de *seducción* en la que el gobierno argentino hizo algunas propuestas para resolver la controversia¹³⁶. Sin embargo, esta política no logró cambiar la posición de los isleños respecto de Argentina, que venían manteniendo desde 1982, y particularmente luego de la cláusula transitoria incluida en la reforma constitucional argentina de 1994.

Gran Bretaña intentó lograr un acuerdo de pesca de largo plazo para el Atlántico Sur, a fin de asegurar la supervivencia económica de las islas, y dejó sujeto a un acuerdo de cooperación con Argentina la búsqueda de petróleo en los espacios marítimos adyacentes a Malvinas. Se había avanzado en la relación bilateral, pero subsistía el desacuerdo respecto de la pesca, lo que se hizo notorio ya desde 1996. En efecto, durante ese año se endurecieron las posiciones nuevamente, ante el intento de Gran Bretaña de imponer un canon al buque argentino Antartic III, lo que motivó la suspensión de las conversaciones sobre un acuerdo pesquero de largo plazo. El gobierno argentino llevó la cuestión al ámbito específico de la Convención de Canberra sobre Recursos Vivos Marinos Antárticos, se informó al Grupo de Río, a la OEA y a los estados de la región. Esta posición se mantiene en la actualidad, ya en otros ámbitos como en el MERCOSUR, la Comunidad de Estados de Latinoamérica y El Caribe (CELAC) y las Cumbres Iberoamericanas que vienen exhortando a las partes para que vuelvan a negociar.

Las declaraciones firmadas en el seno de esos foros internacionales se tradujeron en el rechazo de los buques con destino a Mal-

¹³⁶ Fueron de tres tipos: a) convertir a las islas Malvinas en un estado libre asociado a Argentina (1992); b) someter la cuestión a un arbitraje internacional (1993); c) indemnizar a los isleños a cambio del reconocimiento de la soberanía argentina. Ver. *Historia General de las Relaciones Exteriores de la República Argentina. Relaciones con los países europeos* (1989 – 1999). Consultado el: 30.07.16. Disponible en:

<http://www.argentina-rree.com/15/15-066.htm>

vinas que intentaran atracar en sus puertos, incluyendo aquellos que llevaban objetivos de seguridad en el archipiélago.

Se destaca asimismo que la actitud adoptada por los países de la región se extiende también al rechazo de la explotación de los recursos naturales por parte de Gran Bretaña, sean estos renovables o no, oportunidad en la que inclusive se comprometieron a informar a Argentina sobre el transporte en buques que enarboles la bandera ilegal de Malvinas de materiales destinados a actividades hidrocarburíferas en la región, que se ubican en la plataforma continental argentina. Asimismo el art. 27 de la Ley Nacional de Pesca establece que *“los operadores pesqueros nacionales y/o provinciales deben declarar bajo juramento que no tienen vínculo con empresas pesqueras que realicen pesca ilegal (sin autorización)”*

La posición argentina se ha venido orientando hacia el tratamiento de las Islas Malvinas y las Georgias del Sur como una unidad en materia pesquera, a lo que se oponía Gran Bretaña.

Respecto del petróleo la situación se endureció, especialmente desde que los isleños decidieron excluir al consorcio YPF – British Gas, aceptando a otras empresas, mientras que por parte de Argentina se establecían sanciones para las empresas que buscaran petróleo en las aguas malvineras sin la expresa autorización argentina.

Durante el año 1998 se logró algún avance en las relaciones entre ambos estados, aunque no en el sentido esperado por nuestro país, sino en otras materias de interés mutuo, siempre bajo el “paraguas” de la soberanía. Los malvineros reclamaban la celebración de un acuerdo pesquero de largo plazo, y a la reanudación de los vuelos comerciales con escala en el territorio continental argentino. Esto último ocurrió con el vuelo de Lan Chile que hiciera escala en Río Gallegos.

En 1995 ambas partes firmaron la Declaración Conjunta de Cooperación sobre actividades costa afuera en el Atlántico Suroccidental» para la exploración y explotación de hidrocarburos alrededor de las Malvinas. En esa Declaración se definía un “área especial” de cooperación de 21.000 km² de mar. Se creó una comisión conjunta que se reunió por última vez en julio de 2000. Ya en octubre de 1995 el gobierno británico de las Malvinas había licitado

para exploración petrolera 44.000 km² en sendas áreas al Norte y al sudeste de las islas, sin dar participación a la República Argentina por entender que solo estaba obligado a hacerlo en el “área especial”, por lo que Argentina rechazó esa interpretación. En 1996 se otorgaron licencias para la cuenca norte, algunos de cuyos pozos revelaron la existencia de petróleo. En 2007 Argentina se retiró de la declaración conjunta.

Ínterin se fueron celebrando acuerdos bilaterales entre Argentina y la UE como así también entre organizaciones de integración como MERCOSUR – UE en los que los temas económicos y comerciales fueron marcando las nuevas relaciones internacionales. También entró en vigor el Tratado de Lisboa.

Como es notorio, durante los primeros años del presente siglo las relaciones entre ambas partes volvieron a endurecerse.

A comienzos de 2010 las empresas *Desire Petroleum* y *Rockhopper* instalaron la plataforma petrolera «*Ocean Guardian*» al Norte de las Malvinas, sin resultados, pero los primeros resultados no fueron alentadores, sin embargo poco después la empresa *Rockhopper Exploration* anunció el hallazgo de petróleo¹³⁷.

Ante esta situación el P.E. argentino dictó el Decreto N° 256/2010¹³⁸, cuyo art. 1 dice: **Artículo 1°** — *Todo buque o artefacto naval que se proponga transitar entre puertos ubicados en el territorio continental argentino y puertos ubicados en las ISLAS MALVINAS, GEORGIAS DEL SUR Y SANDWICH DEL SUR, o atravesar aguas jurisdiccionales argentinas en dirección a estos últimos, y/o cargar*

¹³⁷ Así surge de la prensa británica *BBC NEWS*. Disponible en: <http://www.bbc.com/news/10100769>

¹³⁸ Según dicho decreto el fundamento radica en la permanente violación por parte de Gran Bretaña de las Resoluciones 2065 (XX), 3160 (XXVIII), 31/49, 37/9, 38/12, 39/6, 40/21, 41/40, 42/19 y 43/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que reconocen la existencia de una disputa de soberanía referida a la “Cuestión de las islas Malvinas” y se insta a ambos gobiernos a reanudar las negociaciones a fin de encontrar a la mayor brevedad posible una solución pacífica, justa y duradera de la disputa, y la persistencia del incumplimiento británico de la disposición de no innovar, establecida en la Resolución 31/49 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que se manifiesta en sucesivos episodios vinculados a la explotación de recursos naturales.

mercaderías a ser transportadas en forma directa o indirecta entre esos puertos, deberá solicitar una autorización previa expedida por la autoridad nacional competente”.

En consonancia con este decreto, las provincias con litoral marítimo dictaron legislación acorde, dentro de sus competencias, en lo que la Provincia de Tierra del Fuego llamó la Ley Gaucho Ri-vero¹³⁹.

Argentina logró asimismo el apoyo de los países de la región, tanto miembros de MERCOSUR como sus asociados, lo que colocó nuevamente a las islas en un virtual aislamiento, al tiempo que volvía a llevar la situación a los foros internacionales como OEA, ALADI, UNASUR, la Zona de Paz y Cooperación del Atlántico Sur¹⁴⁰, las Cumbres Iberoamericanas. Precisamente un punto importante en el tema que nos ocupa, es el apoyo que ha merecido la posición argentina por parte de las organizaciones multilaterales, de lo que da muestras la Declaración de los Estados Parte del MERCOSUR y Estados Asociados sobre Buques que Enarbolan la Bandera Ilegal de las Islas Malvinas¹⁴¹.

La política exterior argentina actual muestra la existencia de una nueva agenda internacional, centrada esencialmente en: seguridad en todas sus acepciones, medio ambiente, energía, alimentos, incluyendo a la tecnología necesaria para producirlos en forma efi-

¹³⁹ Ley N° 852. Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur: Reafirmense los derechos imprescriptibles sobre los espacios marítimos y prohíbase la permanencia, amarre o abastecimiento en territorio provincial de buques de bandera británica.

¹⁴⁰ La Zona de Paz y Cooperación del Atlántico Sur (ZOPACAS) fue impulsada por Brasil en el seno de Naciones Unidas en el año 1986. La integran 24 Estados ribereños de Sudamérica y África cuyo objetivo es propiciar la ampliación de la seguridad marítima en las vías comerciales. Asimismo, se creó el foro multilateral IBAS (integrado por India, Brasil y África del Sur) que es uno de los pocos organismos internacionales cuyas misiones son relativamente efectivas en lo relativo a logística y movilización; este organismo, fue precisamente el que implementó las operaciones que permitieron conocer las rutas del comercio ilegal a través de la captura de navíos piratas. Argentina no es parte de este foro.

¹⁴¹ Montevideo, 20 de diciembre de 2011. Disponible en: www.mercosur.int/.../1/cmc_2011_acta02_ane13_declaracion__islas_malvinas.docx

ciente, y recursos naturales, de manera que la *diplomacia de los recursos naturales* a que hacíamos referencia, se integra a la política exterior argentina, en la que una parte importantísima está reservada a los recursos marinos, entre ellos los ubicados en nuestra plataforma continental, incluyendo a las Islas Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur.

En este sentido se orienta la posición argentina, en tanto interpreta que “*al pretender Gran Bretaña ejercer derechos soberanos sobre espacios marítimos... revela que el centro de la controversia con la República Argentina es, precisamente, la soberanía sobre las Islas Malvinas*”¹⁴²

Nos acercamos así al proyecto *Pampa azul*, que veremos más adelante.

En la actualidad se discute sobre las diferentes vías a emprender en pos de encontrar una solución a la cuestión de las Islas Malvinas. Sobre la base de la existencia de una disputa de soberanía, y el camino a las negociaciones por otro, siempre desde la cláusula establecida por la reforma de la Constitución Nacional de 1994. Se discute asimismo si mantener el tema en el marco de la Asamblea General que podría constituir un problema por la diferente conformación actual de la luego de la disolución de la Unión Soviética.

En forma imperceptible estamos hablando de la moderna *economía azul*¹⁴³.

En este contexto se generó una corriente en la que Brasil habla actualmente de la *Amazonia Azul*¹⁴⁴ y en Argentina del proyecto

¹⁴² Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. *Historia General de las Relaciones Exteriores de la República Argentina. Capítulo 59. Discusiones confidenciales anglo-argentinas sobre temas de pesca: la intervención de los Estados Unidos (1986 - 1989)*. Pág. 1. Consultado el 01.10.16. Disponible en: <http://www.argentina-rree.com/12/12-17.htm>

¹⁴³ PAULI, Gunter, *La economía azul*. Consultado el 26.06.16. Disponible en: <http://www.librosyes.com/la-economia-azul/>

¹⁴⁴ Se trata de un área oceánica extensa, adyacente al territorio de Brasil, cuya extensión es aproximadamente de un 52% del área continental y que, debido a la necesidad de garantizar su protección, alertar a la sociedad sobre su biodiversidad y vulnerabilidad se la conoce como, cuya área es algo menor, pero comparable a la Amazonia Verde. Mayor información en: <https://www.marinha.mil.br/content/amazonia-azul-0>. En 2004, Brasil

conocido como *Pampa Azul*¹⁴⁵, como una iniciativa estratégica a desarrollarse durante una década y que tiene como objetivo profundizar el conocimiento científico en vista de la conservación y manejo de los recursos naturales marítimos. En este proyecto se establecieron cinco áreas geográficas prioritarias: el **Agujero Azul**¹⁴⁶ del talud continental, el **banco Burdwood-Namuncurá**¹⁴⁷; el **Golfo San Jorge**; las zonas subantárticas que refieren a los espacios marítimos de las islas **Georgias y Sandwich del Sur** y el **estuario del Río de la Plata**. La cuarta área, correspondiente a las islas **Georgias del Sur y Sandwich del Sur**, se encuentra dentro de la zona de aplicación de la Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos y conocida como la *convergencia antártica*. Allí, el proyecto “Pampa Azul” investigará la influencia de esas islas, que se encuentran en el paso de la Corriente Circumpolar Antártica, sobre la productividad biológica. Esta área (Georgias y Sandwich del Sur) se encuentra incluida en la disputa con Gran Bretaña por la soberanía sobre las Islas Malvinas.

De todos modos el escenario siempre es cambiante y dinámico. Aparecen nuevos actores y nuevos desafíos que, a su vez, también repercuten en los problemas existentes.

descubrió en esta zona que su lecho marino albergaba las reservas de hidrocarburos del pré-sal que constituyen actualmente una de sus áreas de mayor importancia estratégica en sus aspiraciones de potencia mundial.

¹⁴⁵ “Es una iniciativa estratégica de investigaciones científicas en el Mar Argentino que incluye actividades de exploración y conservación; de innovación tecnológica para los sectores productivos vinculados al mar; y de divulgación científica dirigida al público en general”. Consultado el 13.10.15. Disponible en: <http://www.mincyt.gov.ar/accion/pampa-azul-9926>

¹⁴⁶ Se encuentra fuera de la zona económica exclusiva, sobre el talud de la plataforma continental patagónica argentina al Este del golfo San Jorge. Está en la ruta migratoria del calamar *illex* argentino y es área de alimentación de aves y mamíferos marinos. Disponible en:

www.mincyt.gov.ar/_post/descargar.php?idAdjuntoArchivo=32947

¹⁴⁷ El Área Protegida Namuncurá - Banco Burdwood fue creada por Ley 26.875 de 2014 y está ubicada al Este de la Isla de los Estados y al Sudoeste de las Islas Malvinas. Es una meseta sumergida rodeada de aguas profundas, de una profundidad mínima de cincuenta metros y de gran importancia biológica.

Es en este orden que, a nivel regional, el proyecto “Pampa Azul” comparte sus objetivos con el proyecto “Amazonia Azul” en la búsqueda de una revalorización de los respectivos espacios marítimos, lo que brinda una nueva oportunidad para estrechar lazos y afianzar los procesos de integración regionales a través de la cooperación y las experiencias compartidas.

Esto también forma parte de la política exterior argentina desde la restauración de la democracia, ante la imposibilidad de avanzar en las negociaciones bilaterales con el Reino Unido.

Asimismo es de destacar la posición asumida por la Unión Europea en cuanto a que, si bien las Malvinas fueron incluidas en el Tratado de Lisboa como territorios de ultramar británicos, no significa que se reconozca soberanía a los británicos por parte de los integrantes de esa organización, y que la cuestión debe resolverse en forma bilateral entre Argentina y Gran Bretaña¹⁴⁸. Por otra parte, la salida de esta de la Unión Europea, plantea nuevos interrogantes sobre el futuro de las islas y de los isleños.

La situación de las Islas Malvinas ha llevado a hablar de la “*diplomacia de los recursos naturales en el Atlántico Sur*”, que por su vinculación con los espacios antárticos de acuerdo a la posición británica, explica con mayor precisión su posición frente a la cuestión Malvinas.

La vinculación de las Islas Malvinas con el control y fiscalización de la caza y la pesca en el Atlántico sur es un tema recurrente desde el comienzo de su ocupación efectiva y ya las autoridades rioplatenses, pioneras en la preservación de los recursos naturales, establecieron un antecedente innegable y único para nuestro país, en primer lugar al oponerse a la ocupación extranjera y sobre todo al expulsar por la fuerza a los británicos en el Siglo XVIII y a iniciar la aplicación de la legislación de pesca en la región.

Tal parece, por otra parte, que la *diplomacia de los recursos naturales*, surgida como herramienta exclusivamente antártica, avanza hacia el Norte, y ha quedado patentizada en las recientes declaraciones de la canciller argentina, Susana Malcorra, quien manifestó que actualmente el gobierno argentino no veía por qué la disputa

¹⁴⁸ La Nación, Buenos Aires, 30.01.2012.

con Gran Bretaña por la soberanía sobre las Islas Malvinas podría impedir acordar en otras cuestiones¹⁴⁹, léase recursos naturales en nuestro tema.

Qué y dónde

Estamos ya en condiciones de precisar si existen o no los tan mentados recursos naturales en el área de influencia de las Islas Malvinas.

La actividad agropecuaria ha sido desde siempre la actividad tradicional de estas Islas, y actualmente se limita a la cría de ganado ovino, tanto para la producción de carne como de lana. Esta actividad es importante para los isleños que trabajan en 84 granjas que cuentan con aproximadamente medio millón de ovejas. Se han realizado intentos de iniciar la producción de carne y leche vacuna, pero los mismos fracasaron, motivo por el cual para el consumo de estos bienes, la población local depende de la importación proveniente de los países integrantes de la UE. En 2010, según Sian Ferguson, del Departamento de Agricultura de las islas, se exportaron un millón y medio de toneladas de lana en las 1.109.535 hectáreas que explotan las 293 personas que viven en el campo.

Por otra parte es innegable ya la existencia de los recursos marinos como la **pesca o las algas**, que han provocado un rápido enriquecimiento de los isleños a través de las concesiones de pesca, dando sentido así a la moderna concepción de la *economía azul* junto a la tradicional explotación lanera de las islas, inclusive desde los tiempos de la colonia española.

En 2012 el ingreso a la economía de las islas en concepto de pesca fue de unos 40 millones de dólares en concepto de licencias de pesca. En ese mismo año se capturaron 200.000 toneladas de calamar illex, lo que equivale a un monto de U\$S 600 millones¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Reportaje en vivo en Animales Sultos, emitido el domingo 2 de octubre de 2016.

¹⁵⁰ El calamar illex (*Ilex argentinus*) es considerado un recurso de bajo costo económico, pero compensa su bajo costo con la cantidad de los individuos que pueden pescarse en una campaña, ya que se reproduce muy

También se capturó merluza austral, de cola y negra, camarones, gambas, langostas, cangrejos y otros crustáceos.

Otro aspecto a tomar en consideración es el de la biodiversidad de aplicación farmacéutica. Precisamente ese fue el objetivo de Gran Bretaña al anunciar sobre finales de 2011, su intención de crear el Área Marina Protegida (MPA) en las aguas que rodean a las islas Georgias del Sur y Sandwich del Sur, con una superficie de 1,07 millones de km², que se inscribe en la carrera en el patentamiento de la diversidad biológica para fines farmacéuticos.

En este punto cabe remarcar que ambos archipiélagos se encuentran dentro de la *convergencia antártica* y en consecuencia se les aplica la Convención de Canberra sobre Recursos Vivos Marinos Antárticos. Esto significa que, siendo partes de dicha convención tanto Argentina como Gran Bretaña, deben aplicarla de una forma diferenciada a esos espacios, en relación a la situación relativa a las Islas Malvinas.

Constatamos entonces que, más allá de las disquisiciones jurídico – políticas, existe una profunda relación entre las Islas Malvinas y la Antártida, en la que los recursos naturales desempeñan un rol preponderante. ¿Cuáles son los bienes en disputa? Por un lado el agua, de la cual la Antártida es un reservorio a nivel mundial y en lo que no vamos a detenernos. Pero a renglón seguido aparece la biodiversidad de los espacios marítimos, de alto valor para la industria farmacéutica. Y es a través de las investigaciones del Servicio Antártico Inglés, uno de cuyos aportantes económicos es el consorcio británico de investigación biomédica, que Gran Bretaña se encuentra investigando y patentando organismos capaces de vivir a -20°¹⁵¹. La carrera hoy es por el patentamiento de esa biodiversidad. He allí entonces la importancia del área de reserva natural que intenta establecer Gran Bretaña en las Islas Georgias del Sur y Sandwich del Sur¹⁵².

rápidamente en las aguas argentinas.

¹⁵¹ Para estas investigaciones utiliza el sistema Argos, constituido por un sistema de satélites franceses y estadounidenses.

¹⁵² RECCE, Juan. *Resignificar Malvinas en clave geopolítica, geosocietal y geoeconómica*. Consultado el 01.10.16. Disponible en: <http://www.caei.com.ar/sites/default/files/resignificar.pdf>

A estos recursos se agregó el **turismo**, particularmente después de la Guerra de Malvinas. Sin embargo, las restricciones impuestas por los estados de la región al tránsito de buques con destino a Malvinas han provocado que este recurso se haya visto sensiblemente reducido actualmente. Este recurso se había potenciado con la llegada de los grandes cruceros que, en definitiva, solo favorecen la actividad comercial y proporcionan un ingreso extra a algunos habitantes de las islas, y siempre sujeto a que la meteorología permita el desembarco¹⁵³. En la temporada 2009-2010 arribaron a las islas en cruceros 62.500 personas, se esperaba un descenso para la temporada 2011-2012, estimándose que arribaron unos 40.525.

Una situación diferente se plantea en relación a los **recursos minerales**, en tanto las investigaciones que han surgido a partir de las concesiones británicas, arrojarían algunas expectativas acerca de la posible existencia de hidrocarburos en general. Junto a los hidrocarburos se abre también la posibilidad de existencia de oro, diamantes y nódulos polimetálicos, siempre en el suelo y el subsuelo marinos, lo que plantea dificultades particulares a su extracción. La empresa británica que ha iniciado la búsqueda de estos minerales es la *Falkland Gold and Minerals Limited (FGML)*.

Según es de práctica la explotación *off shore* es de muy elevado costo, ya que se supone que los reservorios están a más de 2.700 m. de profundidad. Aún más costosa sería la extracción en las cuencas situadas al sur y al este de las islas, dadas las profundidades y la modernidad de la tecnología a emplearse, a lo que debe agregarse la conflictividad de la zona por la disputa de soberanía que subsiste.

En la actualidad, con la caída del precio del **petróleo** a nivel mundial, la rentabilidad de este tipo de explotaciones está en serias dudas. De todos modos lo que se planifique se hará en un período de décadas y en condiciones de agotamiento de los recursos petroleros *on shore* y de fuentes tradicionales. Debe recordarse, sin embargo, que la mayor parte del petróleo que actualmente se extrae a nivel mundial proviene de cuencas marinas.

¹⁵³ El calado de Puerto Argentino no permite que atraquen los grandes buques turísticos, de manera que el desembarco debe producirse mediante el trasbordo a embarcaciones menores, absolutamente inseguras en caso de inclemencias meteorológicas.

En 2004 se creó la FOGL (Falkland Islands Oil & Gas Limited) con una concesión de exploración de más de 5.235 Km² de superficie, para iniciar perforaciones en 2007 al SE de las islas, en el complejo Diomedea. En 2012, la misma empresa anunció que había concedido una opción de entrar en un Acuerdo de Explotación a otras empresas. No se conoce que se hayan producido resultados positivos. De todos modos el alto costo del traslado del gas implicaría que el único comprador cercano podría ser Argentina, lo que obligaría a iniciar tratativas con nuestro país. Podría conectarse con nuestro gasoducto procedente de Tierra del Fuego lo que haría más beneficioso aún la vinculación, por las condiciones técnicas para su construcción y su apoyo en el lecho de la plataforma submarina que en la región no alcanza la isobata de 200 m. de profundidad. Recordemos que algo más al sur se encuentra el Banco Burdwood - Namuncurá¹⁵⁴, con características especiales y que también es una de las áreas incluidas en el proyecto *Pampa Azul*.

De hecho, el descubrimiento en 2010 de hidrocarburos a pocos kilómetros al norte de la costa de las Malvinas, en una zona conocida como Sea Lion, promete potenciar la economía de las islas cuando comiencen las exploraciones petrolíferas entre 2017 y 2019.

En cuanto a la **explotación minera**, si bien es un importante factor económico a nivel mundial, aún no ha tenido un desarrollo relevante en estas islas. Si bien se considera que los recursos mineros en el lecho marino son viables, lo serán en los próximos años. Se considera que hay pocas empresas capaces de extraer minerales metalíferos en profundidad.

Pero no debemos perder de vista que estas islas forman parte de una carrera geopolítica del futuro sobre todo si la estudiamos en relación a la Antártida, particularmente para Gran Bretaña, como ya lo expresáramos anteriormente. Se mete en esta relación, a pre-

¹⁵⁴ Está constituido por una meseta submarina cuya profundidad no supera la isobata de 200 metros. Está ubicada aproximadamente a 150 km al este de la Isla de los Estados y a unos 160 km al sur del archipiélago de las islas Malvinas. Entre sus recursos se destacan peces de interés comercial, como la polaca, la merluza negra y la sardina fueguina que se reproducen en las aguas que rodean al banco. Es zona también de nódulos polimetálicos.

sión y con toda urgencia, la próxima salida de esta última de la Unión Europea, dentro de lo cual se inscribe la urgencia en realizar ejercicios con misiles en las Islas Malvinas, previstas para octubre de 2016, situación esta bajo protesta de nuestro país y que viola abiertamente la obligación de no innovar impuesta por las resoluciones de las Naciones Unidas¹⁵⁵.

El intento del Reino Unido de mantener un único sistema estratégico de poder en el Atlántico sur integra a las islas de Ascensión, Tristán de Acuña, Malvinas, Georgias del Sur, Sandwich del Sur y la Antártida.

Pero para ello se hace imperioso encontrar un yacimiento muy grande, más allá de lo que representan Sea Lion o Darwin, que justifique los enormes costos de la instalación de plataformas petroleras en espacios marinos tan complejos y conflictivos.

Según informa la empresa Rockhopper Exploration¹⁵⁶ en la Cuenca Malvinas Norte se produjeron tres hallazgos de petróleo y tres de gas. Se detectó petróleo en Sea Lion y comprobó la existencia de petróleo y gas en Casper y Casper South, y solo gas en Beverley, unos 225 kilómetros al norte de las islas. En el caso de Sea Lion los datos que surgen de las excavaciones aún no proporcionan precisiones respecto de la presencia de yacimientos, existen rocas, pero aún no se han encontrado yacimientos. Necesariamente deben realizarse ensayos de producción que permitan determinar la viabilidad de su potencial desarrollo para que se pueda avanzar en su explotación económica. Otras dos empresas Borders & Southern Petroleum¹⁵⁷ y Falkland Oil and Gas Limited, operan en lo que se

¹⁵⁵ Surge con meridiana claridad que el proceso de separación de la Unión Europea produce efectos también en la región, más allá del status jurídico marginal que ocupaban las Malvinas en el sistema europeo. Asimismo, los ejercicios militares encarados por Gran Bretaña en la región para estas fechas, se advierten como un aprovechamiento de los últimos recursos como integrantes de la UE antes de la separación definitiva. Sería importante que Argentina no sucumbiera a esta posible celada, tal como ocurrió en 1982, cuando la Guerra de Malvinas fue la excusa para que Gran Bretaña pusiera a salvo su flota naval, puesta entonces en serio cuestionamiento por los restantes miembros del sistema europeo.

¹⁵⁶ <http://rockhopperexploration.co.uk/operations/falkland-islands/>

¹⁵⁷ <http://www.bordersandsouthern.com/>

conoce como Cuenca Malvinas Oriental. El primer pozo lo perforó Borders & Southern en enero de 2012 en el prospecto Darwin Este, al sur de Malvinas. Hasta el momento se han dado a conocer datos hipotéticos que dependen de la exploración que se haga in situ. Por su parte, esta última centró sus expectativas en el sitio Loligo, donde se detectó la existencia de gas.

Por otra parte, la cuenca Malvinas Oriental se diferencia notablemente de la Cuenca Malvinas Norte y se asemeja bastante a nuestra cuenca Austral, según los expertos, de lo que pueden deducirse las expectativas respecto de los posibles recursos y se la considera acotadas en cuanto a volúmenes, por ser más gasíferas que petroleras, lo que las calificaría como de altísimo riesgo. El aprovechamiento que podría hacer de este recurso la población malvinera es absolutamente marginal atento el bajo número de pobladores y que ya se encuentran utilizando la energía eólica, que cubre gran parte de las necesidades locales.

En cuanto al **oro, diamantes y nódulos polimetálicos**, un informe de la *Cambridge Mineral Resources*, ya en 1998 dio a conocer que a partir de las exploraciones realizadas, podrían existir yacimientos minerales incluso de oro y de diamantes, aunque aún no se conoce a ciencia cierta la ley de ese mineral. Si nos atenemos a la tesis de la deriva de los continentes, es fácilmente deducible que, dadas las vinculaciones geológicas con Sudáfrica, es posible esperar que estas especulaciones sean ciertas, tal como podría ocurrir con la Patagonia. Esto siempre en el área de las deducciones y con horizontes muy prolongados en el tiempo.

La explotación de estos recursos en el suelo y subsuelo¹⁵⁸ acarrea otras disquisiciones, atento a que son pocas las empresas que cuentan con la tecnología adecuada para ejercer estas actividades. Entre ellas Nautilus, la empresa británica que desarrolla sus actividades en los mares del sur, particularmente en dominios británicos.

¹⁵⁸ <http://juanrecce.com/avatar-en-el-fondo-del-mar-la-mineria-submarina-y-las-riquezas-del-atlantico-en-el-itinerario-de-la-britanica-nautilus-minerals-inc-caei-2013/>

Conclusiones

De las consideraciones precedentes surge con meridiana claridad que la historia de las Islas Malvinas es, en definitiva, la historia de la disputa por sus recursos naturales.

Un viejo principio de Derecho Internacional sostiene que “la tierra domina al mar”, de allí la importancia de las reclamaciones argentinas por el ejercicio de la soberanía que le fuera arrebatada por la fuerza en 1833, y que actualmente se extiende a los respectivos espacios marítimos.

A nivel mundial, las experiencias operativas permiten formular dos conclusiones: por una parte que el desarrollo de algunas áreas marítimas se orienta a satisfacer imperiosas necesidades de nuevos yacimientos de petróleo y gas por parte de los estados, por otra parte que los regímenes de cooperación acordados entre los estados suelen tener como objetivo fundamental poner fin a disputas de soberanía entre los mismos, aunque en el caso particular de Malvinas es exactamente a la inversa y casi podría afirmarse que es actualmente una de las causas de la controversia.

De todos modos, los intereses de ambas partes por explotar los recursos naturales y el conflicto de soberanía pueden confluir en la necesidad de estudiar la posibilidad de avanzar en la construcción de un nuevo modelo de cooperación, que a su vez allane el camino hacia una solución pacífica de la controversia. Los fracasos en los intentos anteriores, lejos de ser un óbice, deben operar como un aliciente para volver a intentarlo, en la búsqueda de mejorar la predisposición a cualquier tipo de negociación posterior entre las partes.

Al tema Malvinas hay que comprenderlo desde múltiples enfoques, en los cuales la soberanía no está ausente, pero también se encuentran presentes el conocimiento, el cambio climático, la transformación de la matriz energética global, temas estos que merecen un estudio pormenorizado.

Finalmente en este punto es importante no perder de vista que, tanto por sus orígenes como por su importancia actual y a futuro, que para Gran Bretaña las Islas Malvinas constituyen un trampolín para la Antártida, y allí la debe estar esperando Argentina.

**LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
SOBRE EL DERECHO DEL MAR EN EL CONTEXTO
DE LA DISPUTA POR LAS ISLAS MALVINAS,
GEORGIAS DEL SUR Y SANDWICH DEL SUR**

MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ DE TABORDA*

*Profesora de Derecho Internacional Público - Cat B - Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba. Secretaria del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración.

Resumen: El presente trabajo aborda aspectos vinculados a varios artículos de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y su posible aplicación a la controversia sobre las Islas Malvinas e islas del Atlántico Sur en resguardo de los derechos soberanos de Argentina sobre sus recursos naturales, en particular el sistema de solución de controversias establecido por este acuerdo.

Abstract: The present work addresses aspects linked to several articles of the United Nations Convention on the Law of the Sea and its possible application to the controversy over the Malvinas Islands and islands of the South Atlantic to safeguard the sovereign rights of Argentina on their natural resources, in particular the system of settlement of disputes established by this agreement.

Palabras-clave: Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Arbitraje. Recursos naturales. Medidas conservatorias.

Keywords: United Nations Convention on the Law of the Sea. Arbitration. Natural Resources. Provisional Measures.

La Resolución 2065 (XX) aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1965 por 94 votos a favor, 14 abstenciones¹⁵⁹ y ningún voto en contra fue el resultado de un arduo trabajo diplomático de Argentina, particularmente del jurista José María Ruda. En efecto, en 1964 dicho embajador pronunció un discurso (*Alegato Ruda*) que llevó a la adopción de un dictamen -emitido por unanimidad el 18 de diciembre de ese año- por el Subcomité III Especial Encargado de Examinar la Situación con Respecto a la Aplicación de la Declaración de la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales. Las conclusiones a las que arribó este organismo fueron recogidas en el texto de la citada Resolución, de cuyo contenido se desprende que:

¹⁵⁹ Se abstuvieron Canadá, Dinamarca, Finlandia, Francia, Islandia, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Portugal, Sudáfrica, Suecia, Reino Unido, Estados Unidos y Australia.

1. Toma nota de la existencia de una disputa entre los Gobiernos de la Argentina y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte acerca de la soberanía sobre dichas Islas;

2. Invita a los Gobiernos de la Argentina y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a proseguir sin demora las negociaciones recomendadas por 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 a fin de encontrar una solución pacífica al problema, teniendo debidamente en cuenta las disposiciones y los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas y de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, así como los intereses de la población de las Islas Malvinas;

3. Pide a ambos Gobiernos que informen al Comité Especial y a la Asamblea General, en el vigésimo primer período de sesiones, sobre el resultado de las negociaciones.

A partir de 1966 esta decisión implicó un cambio rotundo en el camino hacia una solución pacífica y el inicio de conversaciones entre ambos gobiernos para resolver la cuestión de la soberanía¹⁶⁰. El dia-

¹⁶⁰ En el punto 4 del Memorándum de Entendimiento suscripto en 1968 consta lo siguiente: “El gobierno del Reino Unido, como parte de esa solución final, reconocerá la soberanía de la República Argentina sobre las Islas a partir de una fecha a ser convenida tan pronto como sea posible después de que (i) los dos gobiernos hayan resuelto la actual divergencia entre ellos respecto del criterio conforme al cual el gobierno del Reino Unido considerará si los *intereses* de los isleños estarían asegurados por las salvaguardias y garantías a ser ofrecidas por el gobierno argentino y (ii) el gobierno del Reino Unido se halle entonces satisfecho de que aquellos intereses estén asegurados así”. La versión inglesa expresa “The Government of the United Kingdom as part of such a final settlement will recognize Argentina’s sovereignty over the Islands from a date to be agreed. This date will be agreed as soon as possible after (i) the two governments have resolved the present divergence between them as to the criteria according to which the United Kingdom Government shall consider whether the interests of the Islanders would be secured by the safeguards and guarantees to be offered by the Argentine Government, and (ii) the

logo bilateral –público en la primera etapa- quedó trunco por la injerencia de algunos diplomáticos británicos que se inclinaron por satisfacer los deseos de un pequeño grupo de pobladores de las islas –movilizados por el *Falkland Islands Executive Council*- pasándose en 1979 a negociaciones secretas, las que culminaron en 1981, año en el que el *Legislative Council* británico congela el tratamiento de la disputa¹⁶¹.

La Resolución 502 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de 3 de abril de 1982 –adoptada al inicio del conflicto armado- también exhorta a Argentina y al Reino Unido que procuren hallar una solución diplomática a sus diferencias. Si bien emplea la expresión “exhorta” el artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas no hace diferencias en cuanto a la obligatoriedad de las resoluciones del Consejo según el modo en el que han sido redactadas¹⁶².

Con el tiempo, y particularmente luego de la guerra que enfrentó a Argentina con Reino Unido durante 1982, los argumentos británicos que sostenían la soberanía sobre las islas fueron mutando. En efecto, en el gobierno y la doctrina ingleses comienzan a advertir las falencias de títulos alegados durante mucho tiempo, por lo que son incorporados nuevos elementos de discusión (libre determinación y prescripción) y niegan la pertinencia del *uti possidetis*¹⁶³ y la contigüidad¹⁶⁴.

Government of the United Kingdom are then satisfied that those interests are so secured”

¹⁶¹ STEVEN G. STRANSKY. *Re-Examining The Falkland Islands War: The Necessity For Multi-Level Deterrence In Preventing Wars Of Aggression*. GA. J. INT’L & COMP. L. 2012, Vol. 40:473, P. 505.

¹⁶² Véase: Repertorios sobre las funciones y facultades del Consejo de Seguridad de la ONU

(http://www.un.org/en/sc/repertoire/functions_and_powers.shtml#rel2).

¹⁶³ Al primero los juristas británicos suelen llamarlo “doctrina del *uti possidetis*” y mayoritariamente consideran que solo sirve para fijar las fronteras entre estados surgidos de la descolonización¹⁶³. No obstante, Crawford cree que, además, sirve para fijar las fronteras internacionales. Lo cierto, es que desde 1986 la CIJ ha reconocido el *uti possidetis* como un principio general en el diferendo fronterizo entre Burkina Faso y Malí. Luego en 2007 en el asunto entre Honduras y Nicaragua sobre la frontera terrestre, marítima e insular la Corte da un paso más al señalar que esta puede aplicarse a las islas y espacios marítimos. Da importancia al Estado (Honduras

Hasta nuestros días la solución de la disputa se halla congelada, pero Reino Unido ha actuado contrariamente a lo establecido en la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas n° 31/49 de 1976 por la que se insta a ambos estados a abstenerse de adoptar decisiones que entrañen la introducción de modificaciones unilaterales en la situación mientras están atravesando el proceso de negociación. Por este motivo el objeto del presente artículo no es profundizar sobre los fundamentos que justifiquen los derechos soberanos, sino las consecuencias que se derivan de la falta de solución de la controversia, como lo es la afectación de los derechos argentinos sobre las islas, los espacios marítimos adyacentes y sus

o Nicaragua) que había administrado las islas en época colonial y advirtió que los reglamentos de pesca adoptados por Honduras probaban algún tipo de efectividad. Además, señaló que por virtud del *uti possidetis* los estados tienen derechos sobre los territorios insulares y los mares continentales¹⁶³. La jurisprudencia arbitral también ha hecho mención del principio en la controversia entre Yemen y Eritrea laudada en 1998. Reconociendo que ha sido esencialmente aplicable en Latinoamérica, afirma que puede también serlo en Medio Oriente después de la finalización de la Primera Guerra Mundial. En el caso se disputaban islas y espacios marítimos que estuvieron bajo jurisdicción del Imperio Otomano del cual formaron parte ambos estados.

¹⁶⁴ El principio de integridad territorial va emparentado con el de contigüidad constituyendo una regla fundacional del derecho internacional, pero ni la jurisprudencia ni la doctrina le ha otorgado valor jurídico significativo. Así, por ejemplo, en el laudo sobre la *Isla de Palmas* el árbitro Huber niega a la contigüidad la naturaleza de título, pero no la descarta cuando va acompañada de otros elementos. Para Crawford es un principio aplicable, pero considera que puede ser inútil para las islas (WALDOCK, C. H. M. "Disputed Sovereignty in the Falkland Islands Dependencies". *British Yearbook of International Law* 25, 1948) sin dar mayores razones que su mención al laudo sobre la isla de Palmas. De igual manera, en el diferendo *Qatar c. Bahrein* (2001) tres jueces de la CIJ la llamaron "principio de proximidad" aunque entendieron que la contigüidad por sí sola no constituye un título si no va acompañada de otros elementos. Lo cierto es que el factor de la proximidad, también llamado "criterio de distancia", ha jugado un rol en algunos asuntos en los que estaban en disputa islas, como fueron el de la *soberanía sobre la Islas de las Aves* (Países Bajos y Venezuela) donde se invocó un derecho de preferencia por hallarse la isla más cerca del territorio continental (argumento de Venezuela) y el caso de *Pulau Ligitan y Pulau Sipadan* (Singapur y Malasia).

recursos naturales, reconocida en varios ámbitos internacionales¹⁶⁵. En efecto, la ocupación ilegítima del archipiélago por Reino Unido desde 1833 le ha permitido la explotación de los recursos naturales en la zona en litigio, por lo que es válido que nos preguntemos a

¹⁶⁵ Entre otros se han expedido sobre la ilegalidad de esta situación: En la Declaración Ministerial, adoptada en Nueva York en 2014, el Grupo de los 77 en las Naciones Unidas (hoy 132 estados) y China han reconocido expresamente el derecho que le asiste a la República Argentina de emprender acciones legales, con pleno respeto del Derecho Internacional y de las resoluciones pertinentes, contra las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos no autorizadas en sus espacios marítimos. En el ámbito regional, la Cumbre Iberoamericana ha emitido numerosos Comunicados Especiales (4 de diciembre de 2010, 28 y 29 de octubre de 2011, 16 y 17 de noviembre de 2012, 18 y 19 de octubre de 2013, 8 y 9 de diciembre de 2014) que destacan que las actividades unilaterales británicas en la zona disputada que incluyen la exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables son contrarias a la resolución 31/49 de la Asamblea General de las Naciones Unidas e incompatibles con la búsqueda de una solución pacífica y definitiva de la disputa. La “Declaración especial de los presidentes de los Estados Partes del Mercosur y Estados Asociados sobre la exploración de recursos naturales no renovables en la plataforma continental argentina” de 3 de agosto de 2010, fija que “de conformidad con el derecho internacional, el derecho del mar y las normas nacionales respectivas, se comprometen a no facilitar las actividades de naves que tengan por fin apoyar de manera directa las actividades hidrocarburíferas que afecten los derechos de la República Argentina en su plataforma continental”. En la Declaración de la III Cumbre de Países Sudamericanos y Países Árabes, celebrada en Lima (Perú) en octubre de 2012, los Jefes y Jefes de Estado y Gobierno de los países miembros manifestaron, asimismo, que las actividades de exploración de recursos naturales no renovables en la plataforma continental argentina llevadas adelante por el Reino Unido son incompatibles con lo dispuesto en la resolución 31/49 de la Asamblea General de la ONU; y llamaron al Reino Unido a abstenerse de desarrollar ejercicios militares en territorios sujetos a una disputa de soberanía reconocida por las Naciones Unidas. En 2014 ALADI emitió una nueva “Declaración de respaldo a los legítimos derechos de la República Argentina en la Cuestión Malvinas” reconociendo el derecho de la República Argentina para adoptar acciones legales contra las actividades no autorizadas de exploración y explotación de hidrocarburos en la plataforma continental argentina. En 2015 los ministros de Energía de los países miembros de la Organización Latinoamericana de Energía (OLADE) aprobaron respaldar a Argentina en sus denuncias contra la exploración y explotación de hidrocarburos en la zona de las disputadas islas Malvinas.

modo de hipótesis a qué medios jurisdiccionales podría recurrir Argentina para impedir esta conducta¹⁶⁶.

La posibilidad de recurrir ante la Corte Internacional de Justicia ha quedado parcialmente obstaculizada por la declaración realizada por el gobierno británico el 30 de diciembre de 2014. En ella reconoce como obligatoria *ipso jure* y sin acuerdo especial, bajo condición de reciprocidad, su jurisdicción, con arreglo al apartado 2 del artículo 36 del Estatuto y hasta la notificación de su revocación, con respecto a todas las disputas que surjan después de 01 de enero de 1984, que se refieren a situaciones o hechos posteriores a esa fecha, aparte de: 1) toda controversia que Reino Unido y otra u otras partes hayan convenido de solucionar pacíficamente, 2) toda controversia con un gobierno de un país que es o ha sido miembro del Commonwealth; 3) toda controversia respecto de otra parte que haya aceptado la jurisdicción obligatoria únicamente en lo que concierne a dicho diferendo habiendo depositado o ratificado su declaración doce meses antes de la demanda; y 4) toda controversia idéntica en cuanto al fondo de un diferendo respecto del cual la Corte haya entendido respecto a la misma u otra parte.

No obstante, nos interrogamos si para resguardar los derechos argentinos sobre los espacios marítimos y sus recursos naturales sería factible recurrir a la *Convención sobre el Derecho del Mar (Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, aprobada en 1982) y a los medios de solución por ella fijados, pues es un acuerdo que liga a ambos estados¹⁶⁷. Así, el párrafo 1 del artículo

¹⁶⁶ El Parlamento argentino modificó, mediante la Ley 26.915, los artículos 7 a 11 de la Ley 26.659 para establecer sanciones penales a las empresas y sus dirigentes que se dediquen a la exploración y explotación ilegales de hidrocarburos en la plataforma continental argentina. Ello motivó una protesta del gobierno británico pese a que en el texto de dichos artículos no se cita a las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur.

¹⁶⁷ Cuando el Senado de la Nación aprobó la Convención (ley 24543) estableció: “d) La ratificación de la Convención por parte del gobierno argentino no implica aceptación del Acta Final de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar y a ese respecto la REPUBLICA ARGENTINA, como lo hiciera en su declaración escrita del 8 de diciembre de 1982 (A/CONF. 62/WS/35), hace expresa su reserva en el sentido de que la Resolución III, contenida en el Anexo I de dicha Acta

36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que la competencia “se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes”¹⁶⁸. Al respecto, advertimos que respecto de la Convención sobre el Derecho del Mar Reino Unido ha aceptado la competencia de esta para resolver los diferendos que surjan de su aplicación e interpretación conforme a su declaración de enero de abril de 1998¹⁶⁹. Además, declaró que “en aquellos casos en los cuales la Convención establece la jurisdicción obligatoria del Tribunal, está dispuesto a contemplar la presentación de controversias ante el Tribunal en función de cada caso concreto”¹⁷⁰. Excluye aquellas enumeradas en los párrafos 1(b) y (c) del artículo 298 mediante una declaración de abril de 2003¹⁷¹.

Final, no afecta en modo alguno la ‘Cuestión de las Islas Malvinas’, la cual se encuentra regida por las resoluciones y decisiones específicas de la ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS 20/2065, 28/3160, 31/49, 37/9, 38/12, 39/6, 40/21, 41/40, 42/19 y 43/25, 44/406, 45/424, 46/406, 47/408 y 48/408 adoptadas en el marco del proceso de descolonización”.

¹⁶⁸ Para mayor información sobre este tema jurisdiccional véase: TREVES, T. *Conflicts Between The International Tribunal For The Law Of The Sea And The International Court Of Justice. International Law and Politics*, vol. 31, 1999, pp. 809-821.

¹⁶⁹ “In accordance with article 287, paragraph 1, of the [said Convention], the Kingdom of Great Britain and Northern Ireland chooses the International Court of Justice for the settlement of disputes concerning the interpretation or application of the Convention” (Declaración de 1998).

¹⁷⁰ Respecto de las Islas Malvinas en su declaración de 1998 expresa: “Por lo que respecta al párrafo d) de la declaración formulada por el Gobierno de la República Argentina al momento de ratificar la Convención, el Gobierno del Reino Unido no tiene duda alguna respecto de su soberanía sobre las Islas Falkland y sobre las Islas Georgias del Sur y Sandwich del Sur. En su calidad de Potencia Administradora de ambos Territorios, el Gobierno del Reino Unido ha hecho extensivas la adhesión a la Convención y la ratificación del Acuerdo a las Islas Falkland y a las Islas Georgias del Sur y Sandwich del Sur. En consecuencia, el Gobierno del Reino Unido rechaza el párrafo d) de la declaración de Argentina debido a que carece de fundamento”.

¹⁷¹ “... the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland does not accept any of the procedures provided for in section 2 of Part XV of the Convention with respect to the categories of disputes referred to in

Estas son cuestiones vinculadas a actividades militares (c) y las relativas a controversias respecto de las cuales el Consejo de Seguridad esté ejerciendo sus funciones conferidas por la Carta de las Naciones Unidas (b).

La dificultad de actuación de la CIJ aparece con la declaración¹⁷² formulada por Argentina, ya que no ha optado por este tribunal sino –por orden de preferencia– por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar y un tribunal arbitral especial (arbitraje especial para el Anexo 8). En caso del segundo para las cuestiones relativas a la pesca, la protección y preservación del medio marino, la investigación científica marina y la navegación. No acepta los procedimientos previstos en la Convención en lo referente a los diferendos previstos en el párrafo 1 del art. 298 (inc. a, b y c¹⁷³). Merece destacarse que el inciso a) deja fuera de la competencia del Tribunal o del tribunal arbitral cuestiones vinculadas a la delimitación de zonas marítimas respecto de costas adyacentes o situadas frente a frente y las relativas a bahías o títulos históricos y toda controversia que entrañe necesariamente el examen concurrente de una controversia no resuelta respecto de la soberanía u otros derechos sobre un territorio continental o insular. Entonces ¿podría tratarse la explotación de los recursos hidrocarburíferos por Reino Unido de manera no concurrente con la disputa respecto de la soberanía sobre los territorios insulares Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur, quedando abierta la vía al tribunal arbitral previsto para el Anexo 7?

paragraph 1(b) and (c) of article 298” (Declaración de 2003).

¹⁷² El art. 309 de la Convención prohíbe reservas o excepciones fuera de las expresamente autorizadas.

¹⁷³ Controversias en las que se alegue que un Estado ha actuado en contravención a la Convención respecto de libertades de navegación, sobrevuelo, tendido de cables y tuberías submarinas (a) o cuando se alegue que un Estado en ejercicio de tales derechos ha actuado en contravención a la Convención, reglamentos del Estado ribereño y otras normas de derecho internacional (b); controversias sobre contravención a reglas y estándares internacionales sobre protección del medio marino por parte del Estado ribereño, incluidas las previstas en la Convención o por conducta de una organización internacional competente...(c).

En primer lugar, debemos señalar que aunque la Convención sobre el Derecho del Mar estipule que cuando surge una controversia relativa a su interpretación o aplicación existe la obligación sin demora de intercambiar opiniones con miras a resolverla, mediante negociación u otros medios pacíficos (art. 283.1), a juicio del Tribunal no existe tal deber cuando un Estado considera que las posibilidades de llegar a un acuerdo han sido agotadas (asuntos *Atún de aleta azul*¹⁷⁴ y usina *Mox*), situación existente en el caso de Malvinas¹⁷⁵.

En segundo lugar, la Sección 2 de la Parte 15 (Solución de controversias) titulada “Procedimientos obligatorios conducentes a decisiones obligatorias” estipula que, a menos que se convenga otra cosa, cuando en una controversia los Estados no han aceptado el mismo procedimiento para la solución de la controversia esta solo podrá ser sometida al arbitraje (Anexo 7, art. 287.5)¹⁷⁶.

Este medio ha llevado a que estados débiles hayan podido reclamar por violaciones a sus derechos contemplados en la Convención por parte de potencias mundiales. Así, por ejemplo, en 2012 Mauricio solicitó la constitución de un tribunal arbitral sobre aspectos vinculados a la isla Diego García -arrendada por Reino Unido a Estados Unidos¹⁷⁷- y al archipiélago de Chagos respecto al

¹⁷⁴ TIDM. Ordenanzas en asuntos *Atún de Aleta Azul*, 2000 y Usina *MOX*, 2001. Ambos razonamientos fueron confirmados por sendos tribunales arbitrales.

¹⁷⁵ También ha sido de la misma opinión la CIJ en los asuntos *Sudeste Africano* (1962) y *Plataforma Continental del Mar del Norte* (1969)

¹⁷⁶ Esta situación surgió con motivo de la disputa sobre la Usina *MOX* pues Reino Unido había optado por la CIJ mientras que Irlanda no había formulado ninguna opción.

¹⁷⁷ En 1810 Reino Unido ocupa Mauricio perteneciente a Francia, país que en 1814 la cede al primero por el Tratado de París. En 1965 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 2066 (XX) referida a la “Cuestión Mauricio” que comprendía Mauricio y otras islas que componen el territorio de Mauricio. En el ínterin y hasta que Mauricio deviene independiente en 1968 Reino Unido decide retener el archipiélago y facilitárselo a Estados Unidos para que los utilizara para propósitos defensivos en el Océano Índico. En 1965 los habitantes de la isla Diego García deben abandonarlas ofreciéndose una compensación económica. Reino Unido garantiza el archipiélago regresaría a manos de Mauricio y sus ha-

cual el gobierno británico estableció una zona marítima protegida de 200 millas marinas (*Fisheries Conservation and Management Zone*) en 1991, la que en 2003 transformó en zona de protección y preservación ambiental (*Environmental Protection and Preservation Zone*). Cuando Reino Unido depositó el documento que indicaba la ubicación de esta zona ante el Secretario de Naciones Unidas Mauricio formalizó una protesta. Reino Unido objetó que el tribunal arbitral tuviese competencia en cuestiones de soberanía ligadas al reclamo, pero en el laudo de 18 de marzo de 2015 -que resuelve tanto la cuestión de jurisdicción como de fondo- parcialmente admite su competencia y la petición de Mauricio. Respecto de la cuestión de fondo unánimemente declara que al establecer una zona de protección alrededor del archipiélago de Chagos Reino Unido ha violado los artículos 2.3¹⁷⁸, 56.2¹⁷⁹ y 194.4¹⁸⁰ de la Convención.

Idéntica vía convencional habilitó el arbitraje en el diferendo entre la República Popular China y las Filipinas. Los hechos son los siguientes: el 25 de agosto de 2006 China realizó una declaración por la que no aceptaba ninguno de los procedimientos respecto de las disputas referidas en el párrafo 1 a) y c) del art. 298. Ni China ni Filipinas declararon por escrito haber optado por alguno de los medios de solución previstos en el art. 297, párrafo 1, por lo que conforme con este párrafo ambos aceptaron el arbitraje establecido por el Anexo 7. Presentada la demanda China no reconoció la jurisdic-

bitantes podrían retornar a Diego García una vez que no fueran necesarios para la finalidad de defensa. Los chagosianos iniciaron una demanda contra Reino Unidos en el ámbito de la Corte Europea de Derechos Humanos, pero esta se declaró incompetente.

¹⁷⁸ Art. 2, párrafo 3: “La soberanía sobre el mar territorial se ejerce con arreglo a esta Convención y otras normas de derecho internacional”.

¹⁷⁹ Art. 56, párrafo 2: “En el ejercicio de sus derechos y en cumplimiento en la zona económica exclusiva en virtud de esta Convención, el Estado ribereño tendrá debidamente en cuenta los derechos y deberes de los demás Estados y actuará de manera compatible con las disposiciones de esta Convención”.

¹⁸⁰ Art.194, párrafo 4: “Al tomar medidas para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino, los Estados se abstendrán de toda injerencia injustificable en las actividades realizadas por otros Estados en ejercicio de sus derechos y en cumplimiento de sus obligaciones de conformidad con esta Convención”.

ción del Tribunal Permanente de Arbitraje Internacional argumentando que se trataba de un conflicto sobre espacios marítimos que llevaba implícita la determinación, directa o indirectamente, de cuestiones sobre soberanía en el Mar de China Meridional. A su juicio estas caían dentro de la excepción del art. 298. China había proclamado -mediante normativa interna- “derechos históricos” sobre esas aguas, islas e islotes, hecho rechazado por Filipinas por considerarlos contrarios a la Convención sobre el Derecho del Mar, dejando en claro que únicamente pide al tribunal que se expida sobre el ejercicio de derechos sobre este espacio marítimo donde China venía desarrollando actividades pesqueras, de exploración y explotación de petróleo, a lo que se sumaba la instalación de islas artificiales. Según Filipinas estas acciones interferían con similares derechos exclusivos que le correspondían por tratarse de su zona económica exclusiva y de su plataforma continental.

Como China desconoció la competencia del tribunal arbitral no participó en el procedimiento, hecho que no impidió que el laudo arbitral sobre la admisibilidad y jurisdicción fuese emitido el 29 de octubre de 2015. En esta primera decisión declara que la solicitud no está relacionada con el conflicto de soberanía ni sobre delimitación marítima, sino con la interferencia china en los derechos exclusivos de Filipinas, motivo por el cual da curso a la cuestión de fondo¹⁸¹. El laudo definitivo—emitido el 12 de julio de 2016—da razón a Filipinas pues, además de afirmar que las rocas que no son aptas para la vida humana o una vida económica propia no tienen ni zona económica exclusiva ni plataforma continental, sostiene que en ciertas zonas de la zona económica exclusiva de Filipinas China ha violado los derechos soberanos del primero al construir islas artificiales, no prohibiendo que barcos de pesca bajo su bandera realicen actividades de pesca en la zona, impidiendo que Filipinas desarrolle actividades pesqueras y de explotación petrolera y

¹⁸¹ Corte Permanente de Arbitraje. Caso n° 2013-19. In *The Matter Of An Arbitration - Before - An Arbitral Tribunal Constituted Under Annex VII To The 1982 United Nations Convention On The Law Of The Sea - Between - The Republic Of The Philippines - and - The People's Republic Of China. Award On Jurisdiction And Admissibility*. Sentencia de 29 de octubre de 2015.

poniendo en riesgo embarcaciones a través del accionar de naves de su fuerza pública. También se ocupa de los daños ocasionados al medio ambiente marino con la construcción de las islas artificiales¹⁸².

Por otro lado, hasta tanto se constituya el tribunal arbitral puede recurrirse al Tribunal Internacional del Derecho del Mar a los efectos de solicitarle que decrete medidas provisionales. Será esta corte la que estime que, en principio, el tribunal arbitral sería competente y siempre que la urgencia de la situación lo requiera (art. 290.5). El hecho que luego un tribunal arbitral considere que no es competente no resta validez a las medidas provisionales decretadas hasta que este hecho ocurra. Llevado este planteo al caso Malvinas cabría la hipótesis que, aun cuando Reino Unido no haya aceptado la competencia del Tribunal Internacional sobre el Derecho del Mar, lo es al efecto del dictado de medidas provisionales. En este sentido, puede advertirse que la Convención le ha otorgado una jurisdicción residual obligatoria para actuar hasta tanto se constituya el tribunal arbitral, u otra corte designada de común acuerdo, o “a falta de tal acuerdo, en el plazo de dos semanas contado desde la fecha de la solicitud de medidas provisionales”.

Las medidas provisionales (*mesures conservatoires* en el idioma francés) previstas en la Convención tienen por finalidad preservar los derechos de las partes en litigio (particularmente del Estado que las solicita), además de proteger al ambiente marino de daños graves. Conforme al inciso 3 del artículo 290 solo pueden ser decretadas, modificadas o revocadas a petición de una de las Partes en la controversia y después de dar a las Partes la posibilidad de ser oídas. No necesariamente pueden ser aquellas solicitadas, sino que el tribunal puede decretar todas las que “estime apropiadas” con arreglo a las circunstancias del caso (art. 290, 1 y art. 89, pár. 5 del Reglamento). Además, debe constatar la urgencia y gravedad de las circunstancias, esto es, “un riesgo real e inminente que un perjuicio

¹⁸² Corte Permanente de Arbitraje. Caso n° 2013-19. *In The Matter Of An Arbitration - Before - An Arbitral Tribunal Constituted Under Annex VII To The 1982 United Nations Convention On The Law Of The Sea - Between - The Republic Of The Philippines - and - The People's Republic Of China. Award On Jurisdiction And Admissibility*. Sentencia de 12 de julio de 2016.

irreparable sea causado a los derechos de las partes en litigio” (medidas conservatorias en el caso del buque *Luisa* –San Vicente y Granadinas c. España- 2010, pár. 72).

Sin lugar a dudas la extracción de recursos naturales en los espacios marítimos circundantes a Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur (Zona Económica Exclusiva y Plataforma continental) significa un perjuicio irreparable para Argentina, en particular la explotación de petróleo. Téngase presente que el artículo 77 de la Convención sobre el Derecho del Mar prevé que los derechos sobre los recursos naturales de la plataforma continental son exclusivos en el sentido de que, si el Estado ribereño no los explota nadie podrá emprender esas actividades sin su expreso consentimiento (inc. 3) y que tales derechos son independientes de su ocupación real o ficticia, así como de toda declaración expresa (inc. 4).

A este respecto, es elocuente la ordenanza de medidas provisionales decretadas por la Sala Especial del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en el litigio entre Ghana y Costa de Marfil en 2015 pues, no solo hace hincapié en la protección del medio marino por las actividades de exploración y explotación de petróleo llevadas a cabo por Ghana en la zona en litigio, sino también en lo que concierne a los derechos soberanos reivindicados por Costa de Marfil a los fines de la explotación de su plataforma submarina y de sus recursos naturales. Efectivamente, la Sala Especial considera que las pérdidas económicas derivadas de la producción petrolera podrían ser objeto de una indemnización adecuada en el futuro y que la prosecución de actividades llevadas a cabo por Ghana en la zona litigiosa entrañaría una modificación de las características físicas de la plataforma existiendo un riesgo de perjuicio irreparable importante y permanente que no podría ser reparada completamente por una indemnización¹⁸³.

¹⁸³ “concerne les droits souverains revendiqués par la Côte d’Ivoire aux fins de l’exploration du plateau continental et de l’exploitation de ses ressources naturelles, la Chambre spéciale considère que la perte alléguée de revenus tirés de la production pétrolière pourrait faire l’objet d’une indemnisation adéquate à l’avenir, mais que la poursuite des activités d’exploration et d’exploitation menées par le Ghana dans la zone litigieuse entraînerait une modification des caractéristiques physiques du plateau

Por último, debemos señalar que un conflicto sobre delimitación territorial y marítima tiene sus implicancias técnicas y legales. En el caso de los recursos naturales ubicados en la plataforma continental presenta una importante dificultad, como lo es la previa delimitación de la misma. El artículo 76.8 de la Convención prevé que el estado ribereño presentará información sobre los límites de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base ante esta comisión, quien hará las recomendaciones a los estados ribereños sobre las cuestiones vinculadas a la determinación de los límites exteriores. Los límites determinados por el Estado tomando como base tales recomendaciones serán definitivos y obligatorios. Lo cierto es que cuando el 11 de marzo de 2016 la Comisión de Límites de la Plataforma Continental -creada por la Convención sobre el Derecho del Mar- emitió sus recomendaciones¹⁸⁴ sobre el informe presentado por Argentina en 2009 tomó en cuenta la existencia de una disputa de soberanía en la zona de Malvinas, Georgia del Sur y Sandwich del Sur¹⁸⁵, reiterando su decisión respecto del documento presentado por el Reino Unido en 2010¹⁸⁶. La importancia de esta medida

continental » (párr. 88) y que “existe un risque de préjudice irréparable notamment lorsque les activités entraînent une modification importante et permanente du caractère matériel de la zone en litige et que ladite modification ne peut être réparée complètement par une indemnisation financière » (párr. 89). Tribunal Internacional de Derecho del Mar. Sala Especial. *Diferendo relativo a la delimitación de la frontera marítima entre Ghana y Costa de Marfil en el Océano Atlántico. Demanda de prescripción de medidas provisionales*. Ordenanza de 15 de abril de 2015.

¹⁸⁴ Doc. CLCS/93 de 18 de abril de 2016. *Progresos en la labor de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental*.

¹⁸⁵ Anexo I, 5 c) del Reglamento de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental de 2008: “En caso de que haya una controversia territorial o marítima, la Comisión no considerará ni calificará la presentación hecha por cualquiera de los Estados Partes en esa controversia. No obstante, la Comisión podrá considerar una o varias presentaciones respecto de las zonas objeto de controversia con el consentimiento previo de todos los Estados que sean partes en ella”.

¹⁸⁶ CLCS/66 de 30 de abril de 2010. Tema 15. *Documento presentado por el Reino Unido “con respecto a las Islas Falkland y a las islas Georgia del Sur y Sandwich del Sur”*: “55. Presentaron el documento a la Comisión el 7 de abril de 2010 el Sr. Christopher Whomersley, Asesor Jurídico Adjunto del Ministerio de Relaciones Exteriores y Asuntos del Commonwealth, jefe

seguramente constituye un elemento a tener presente ante foros diplomáticos o tribunales internacionales para resguardar los derechos soberanos argentinos sobre sus recursos naturales.

de delegación, y el Sr. Lindsay Parson, jefe del Grupo de Derecho del Mar del Centro Nacional de Oceanografía de Southampton. La delegación del Reino Unido incluía varios asesores (...) 57. De conformidad con el párrafo 2 a) del anexo I del reglamento de la Comisión, el Sr. Whomersley comunicó a la Comisión que el asunto de la presentación parcial también era el asunto de una presentación hecha por la Argentina. 58. Con respecto a la nota verbal de la Argentina de fecha 20 de agosto de 2009, el Sr. Whomersley declaró que el Reino Unido rechazaba firmemente la pretensión de la Argentina a la soberanía sobre las Islas Falkland y sobre Georgia del Sur y las islas Sandwich del Sur. Subrayó que el Reino Unido no tenía duda alguna de su soberanía sobre las Islas Falkland y los espacios marítimos circundantes y rechazaba firmemente toda pretensión argentina a la soberanía sobre esos espacios. También subrayó que el Reino Unido no tenía duda alguna de su soberanía sobre Georgia del Sur y las Islas Sandwich del Sur y los espacios marítimos circundantes y rechazaba firmemente toda pretensión argentina a la soberanía sobre esos espacios. Esto se había indicado en la nota verbal del Reino Unido de 6 de agosto de 2009 en respuesta al documento argentino. 59. El Sr. Whomersley dijo que el Reino Unido deseaba informar a la Comisión, de conformidad con el párrafo 2 b) del anexo I del reglamento de la Comisión, de que, a su juicio, el examen de la presentación parcial por la Comisión no prejuzgaría cuestiones relacionadas con la determinación de los límites entre el Reino Unido y otros Estados. 60. Luego la Comisión continuó su reunión a puerta cerrada. Con respecto a las modalidades del examen de la presentación, la Comisión tomó nota de la nota verbal de la Argentina de fecha 20 de agosto de 2009. La Comisión también tomó nota de las opiniones expresadas, con respecto a esa nota verbal, en la exposición hecha por la delegación del Reino Unido. Teniendo en cuenta esa nota verbal y la exposición hecha por la delegación, la Comisión decidió que, de conformidad con su reglamento, no podía examinar ni calificar la presentación”.

LA CUESTIÓN MALVINAS Y LA CUESTIÓN ANTÁRTIDA: VINCULACIONES JURÍDICAS Y ESTRATÉGICAS¹⁸⁷

EDUARDO J. PINTORE*
MARÍA PILAR LLORENS**

¹⁸⁷ El presente trabajo constituye una revisión del ensayo de los autores “Malvinas y su proyección continental. La Cuestión de Malvinas e Islas del Atlántico Sur y su proyección sobre la Antártida sudamericana como problema continental” publicado en *Malvinas en la Universidad: concurso de ensayos 2012*, Ministerio de Educación de la Nación. Subsecretaría de Gestión y Coordinación de Políticas Universitarias, Buenos Aires, 2013.

*Abogado (UNC). Doctor en Derecho y Magister Legum (LL.M.) ambos en la Freie Universität Berlin, Alemania. Profesor Ayudante en Derecho Internacional Público y Profesor Dictante del curso opcional La República Argentina y los Conflictos Armados Internacionales ambos en la Facultad de Derecho Universidad Nacional de Córdoba. Jefe de Trabajos Prácticos en Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba, Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro del Consejo Argentino de Relaciones Internacionales (CARI).

**Abogada. Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales – Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Becaria doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Profesora de Derecho Internacional Público – Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Resumen: El presente trabajo examina la estrecha vinculación que existe entre cuestión de las Islas Malvinas e Islas del Atlántico Sur y la cuestión de la Antártida en dos aspectos principales: el jurídico y el estratégico. El aspecto jurídico supone un análisis de la analogía de algunos títulos sobre cada espacio geográfico mientras que el aspecto estratégico supone identificar la importancia que las Islas Malvinas tienen como punto de acceso a los demás espacios geográficos del Atlántico Sur, así como a sus recursos naturales.

Palabras clave: MALVINAS – ANTÁRTIDA – VINCULACIÓN JURÍDICA – VINCULACIÓN ESTRATÉGICA

Abstract: This article analyses the main aspects –legal and strategic– of the close relationship between the Falklands Islands and South Atlantic Islands Issue and the Antarctica Issue. The legal aspect examines the analogy among some titles over each region while the strategic aspect looks to identify the Falkland Islands significance as a gateway to the South Atlantic and South Pacific region and to their natural resources.

Keywords: FALKLANDS – ANTARCTICA – LEGAL CONNECTION – STRATEGIC CONNECTION

Sumario: I. Introducción – II. La proyección jurídica – II.1. Títulos jurídicos de base geográfica – II.1.a. La teoría de los sectores – II.1.b. El principio de contigüidad – II.1.c. El principio de continuidad – II.2. Títulos jurídicos de base histórica. *Uti possidetis iuris* de 1810 – II.3. La vinculación jurídica de la Cuestión Malvinas con la Antártida desde la posición británica – III. La proyección estratégica – IV. Consideraciones finales.

I. Introducción

Comúnmente se analiza la cuestión Malvinas e Islas del Atlántico Sur y la cuestión de la Antártida de forma aislada aun cuando

ambas se encuentran estrechamente vinculadas. Los espacios geográficos que abarcan tanto una como otra cuestión constituyen para Argentina la problemática irresuelta de todo el Atlántico Sur.

Esta conexión entre ambas cuestiones está basada en distintos aspectos. Objeto de este trabajo es llamar la atención sobre dos de ellos que, a nuestro entender, tienen vital importancia: Ellos son el aspecto jurídico y el aspecto estratégico.

Consideramos que debe hablarse de “la cuestión Antártida” por la siguiente razón: El artículo 4 del Tratado Antártico ha congelado las reclamaciones de soberanía, pero hay que tener en cuenta que este tratado es de duración indefinida y no eterna. Ello implica que cuando las necesidades y los precios de los recursos naturales se eleven lo suficiente, sin ningún lugar a dudas se replanteará la cuestión de la soberanía sobre la Antártida y frente a una escalada de este conflicto, la cuestión Malvinas se tornará fundamental.

II. La proyección jurídica

La vinculación jurídica entre la cuestión Malvinas y la cuestión Antártida se da, por un lado, por la aplicación de la teoría de los sectores en el polo sur, por el principio de contigüidad y el de continuidad, así como por el principio del *uti possidetis iuris* de 1810, dada la analogía de títulos argentinos sobre Malvinas y Antártida. Por el otro lado, y desde el punto de vista británico por la constitución de la Antártida e islas del Atlántico Sur como las Dependencias de las Islas Malvinas (*Falkland Islands Dependencies*).

II. 1. Títulos jurídicos de base geográfica

II.1.a. La teoría de los sectores

La República Argentina reclama derechos soberanos sobre una porción de la Antártida sobre la base de la teoría de los sectores¹⁸⁸, pro-

¹⁸⁸ La teoría de los sectores fue desarrollada por el senador canadiense Pascal Poirier en 1907 a los fines de delimitar la zona del Ártico. *Consiste en atribuir a cada Estado con litoral sobre en el Océano Glacial Ártico la so-*

yectando los meridianos de los puntos extremos Este y Oeste del territorio nacional hasta el Polo Sur, como límites orientales y occidentales del espacio reclamado. En virtud de ello Argentina establece sus límites entre el meridiano de 74° longitud oeste, que se corresponde con su extremo occidental dado por el cordón Mariano Moreno, y los 25° longitud oeste que se corresponde con el extremo este de las Islas Sandwich del Sur. Esto es realizado por el decreto-ley 2191 del año 1957¹⁸⁹. Este decreto-ley no establece expresamente los motivos de esos límites, pero es sabido que para establecerlos se tomaron como punto de referencia los dos accidentes arriba mencionados.

Ahora bien la conexión entre la cuestión Malvinas y Antártida, se da con respecto a los sectores en el hecho que el límite este del sector argentino está dado por el extremo oriental de las Islas Sand-

beranía sobre todas las tierras comprendidas en un triángulo cuya base está formada por las costas de los Estados, el vértice es el Polo Norte y los lados los meridianos que pasan por los dos extremos del litoral de cada Estado. Mediante esta teoría se proyecta la soberanía de los ribereños sobre todas las tierras e islas situadas dentro de su sector, pero en ningún caso sobre las aguas y hielos del mismo. Cfme. Díez de Velasco y Vallejo, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 558.

Algunos autores señalan que la aplicación de esta teoría solo tiene sentido en el Ártico en tanto y en cuanto tenía por objetivo monopolizar la soberanía de las islas que se encontraran en un determinado sector independientemente de si habían sido descubiertas o no por el Estado. Cfme. Mouton, M. W. "The International Regime of Polar Regions" en *Recueil des Cours*, 107, 1962, pp. 169-286, p. 243.

Esta teoría encuentra un considerable sustento en el principio de contigüidad –Cfme. Mouton, M. W, *ibíd.*, p. 243 y Jennings, R. y Watts, A. *Oppenheim's International Law: Volumen 1 Peace*, 9º ed. Oxford, Oxford University Press, 2008, pp.692-693– por lo que parte de la doctrina considera que no es un título generalmente aceptado para fundar por sí mismo (o en modo alguno) una reclamación territorial.

¹⁸⁹ Decreto-Ley 2191/1957, artículo 2: El Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sud comprende: La parte oriental de la Isla Grande y demás Islas del Archipiélago de Tierra del Fuego e Islas de los Estados y Año Nuevo, conforme a los límites fijados por el tratado del 23 de julio de 1881, las Islas Malvinas, las Islas Georgias del Sur, las Islas Sandwich del Sur y el Sector Antártico Argentino comprendido entre los meridianos 25° Oeste y 74° Oeste y el paralelo 60° Sur.

wich. Como resultado de ello, de perder Argentina sus derechos sobre estas islas el límite este del sector antártico argentino perdería sustento. Se perdería masa territorial proyectable sobre Antártida, lo cual tendría un efecto desde el punto de vista de la teoría de los sectores.

Esta consecuencia, sin embargo, no sería forzosa ya que ni Chile¹⁹⁰ ni Gran Bretaña¹⁹¹ toman los puntos extremos geográficos de su territorio para la fijación del límite y, a su vez, Argentina fundamenta sus derechos sobre Antártida de basándose también en otros títulos jurídicos, que serán examinados a continuación. No obstante esta proyección no puede pasar desapercibida.

II.1.b. *El principio de contigüidad*

Recordemos que este principio, de base geográfico-geológica, establece que los territorios contiguos al territorio de un Estado y que no pertenecen a ningún Estado, deben pertenecer al Estado del territorio más próximo. De esta forma, *el derecho del ocupante se extiende a aquellas tierras e islas que se encuentran vinculadas geográficamente en forma natural a la región ocupada*¹⁹². Se sostiene que este principio se basa en ponderaciones de defensa nacional y de carácter económico. Si bien este principio por sí solo no puede constituir título sobre un territorio, coadyuva a los restantes títulos¹⁹³, constituyendo tal como lo señala López Martín, un título in-

¹⁹⁰ Ver decreto supremo 1747 de 1940, accesible en:

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1017683> Fecha de consulta 17/08/2016.

¹⁹¹ Ver Letter Patent of 21 July 1908, publicado en: The Falkland Islands Gazette, del 1 de Septiembre de 1908 y en el British and Foreign State Papers, 1907-08, Vol. 101, London, 1912 y Letters Patent of 28 March 1917, publicado en: The Falkland Islands Gazette, del 2 de Julio de y en el British and Foreign State Papers, 1917-18, Vol. 111, London, 1912. Ambos documentos son accesibles en:

http://journals.cambridge.org/download.php?file=%2FPOL%2FPOL5_35-36%2FS003224740003792Xa.pdf&code=e0120dcb18d6d0b101f7ea49a2a202a6 Fecha de consulta 17/08/2016.

¹⁹² Pagliari, A. *Curso de Derecho Internacional Público*. 2º ed., Advocatus, Córdoba, 2013, p. 331.

¹⁹³ Cabe resaltar que en el *Caso de la Isla de Palmas* el árbitro Max Huber señaló que no existe ninguna norma de derecho internacional positivo

coado¹⁹⁴. La República Argentina adopta este fundamento para sus reclamaciones tanto sobre Malvinas e Islas del Atlántico Sur como sobre Antártida. Esta identidad de fundamentos basados en el principio de contigüidad tanto en una como en otra cuestión, lleva necesariamente a que si, llegado el caso, se desconociera su vigencia en la cuestión Malvinas, se debilite su fuerza argumentativa sobre el territorio antártico y viceversa.

II.1.c. Principio de unidad geográfica o continuidad

El principio de unidad geográfica o de continuidad tiene en cuenta los casos en que el territorio en disputa no es sino la continuidad tectónica del territorio nacional del Estado reclamante. Como resultado de ello, el mismo razonamiento que el inmediatamente anterior cabe con respecto a este principio, también sostenido por Argentina tanto en una como en otra cuestión: Así como las Islas Malvinas e Islas del Atlántico Sur no son más que una continuación de la masa continental argentina, de su Pampa, del mismo modo la porción del territorio antártico reclamada por Argentina es solo la continuidad del continente Sudamericano. Esto ocurre a través del Arco Antillano Austral o Antillas del Sur que está unido a la Península Antártica como prolongación de la Cordillera de los Andes a través de la isla de los Estados, el Banco Namuncurá, la Roca Negra, los Islotos Cormorán, las Islas Georgias, Sandwich, Orcadas y Shetland del sur emergiendo desde allí hasta la Península Antártica.

Es por ello que el desconocimiento del principio de continuidad en la cuestión Malvinas quitaría todo valor argumentativo a este principio también en la cuestión de la Antártida, como así también a la inversa.

que sirva para fundar el otorgamiento de soberanía sobre un territorio sobre la base de la proximidad geográfica. Por ende, este título no puede ser utilizado como método para decidir cuestiones de soberanía territorial porque carece de precisión y su aplicación puede dar lugar a resultados arbitrarios. –Cfme. Permanent Court of Arbitration, *The Island of Palmas (or Miangas) United States of America vs. The Netherlands*, Award of the Tribunal, 1928, p. 22–. Sin embargo, puede llegar a ser de utilidad a la hora de decidir la concesión de un territorio determinado a uno u otro Estado.

¹⁹⁴ López Martín, A. G., “Clásico pero actual: el territorio estatal”, en *Anuario hispano-luso-americano de derecho internacional*, 1, pp. 173-206. p. 37

II.2. *Títulos jurídicos de base histórica. Uti possidetis iuris de 1810*

Se debe remarcar que los derechos soberanos, tanto de Argentina sobre una porción de la Antártida no se fundamentan solo en la teoría de los sectores ni en los principios de contigüidad y continuidad. A la par de estos argumentos existen argumentos jurídicos de base histórica. Aquí mencionaremos un título de base histórica que de manera especial establece una conexión ente una y otra cuestión. Se trata de los derechos soberanos que poseía España sobre todo estos espacios, derechos que fueron heredados a través de los principios de sucesión de Estados por Argentina.

Es así que la conexión jurídica entre la cuestión Malvinas y las disputas sobre la Antártida, se encuentra dada por la identidad de argumentos en ambos casos en lo referente al principio de derecho internacional del *uti possidetis iuris* de 1810. Según este principio, los nuevos Estados emancipados se constituyen con los límites administrativos que poseían en la época colonial. El *uti possidetis iuris* es reconocido por la Corte Internacional de Justicia en el caso relativo a la controversia fronteriza entre Burkina Faso y Malí¹⁹⁵ como una norma internacional de alcance general.

A través de este principio jurídico la República Argentina sucedió a la Corona Española en sus derechos soberanos sobre los espacios del Atlántico Sur, incluida la *terra australis*. El reino de España poseía derechos soberanos sobre los mares y tierras del Sur, incluyendo la Antártida, en virtud de las Bulas Alejandrinas del año 1493, del Tratado de Tordesillas celebrado en 1494 con el Reino de Portugal, como así también de una serie de tratados internacionales sucesivos firmados en los siglos XVII y XVIII, en los cuales las otras potencias europeas, entre ellas Gran Bretaña, le habían reconocido a dicho reino la exclusividad de dominio sobre todo este espacio. Por el Tratado de Paz de 1604 entre España e Inglaterra se establece un *status quo ante bellum*, no pudiendo Gran Bretaña aspirar la adquisición de posesiones españolas. Entre otros se puede mencionar el Tratado de Madrid de 1670 en que España le reconoce derechos

¹⁹⁵ *Case concerning the frontier dispute* (Burkina Faso/Republic of Mali) ICJ Reports (1986), para. 20 y ss.

a Gran Bretaña en América del Norte pero en contrapartida Inglaterra se obliga a no navegar ni comerciar en los mares del sur. Por el Tratado de Madrid de 1713 “Su Majestad Británica ha convenido en promulgar desde luego las más fuertes prohibiciones y debajo de las más rigurosas penas a todos los súbditos a fin de que ningún navío de la Nación inglesa se atreva a pasar a la mar del Sur ni a traficar en otro paraje alguno de las Indias españolas”, es decir, Gran Bretaña se obliga a castigar a sus súbditos que llegasen a navegar en los mares del sur. También el Tratado de Utrecht de 1713 obliga a Gran Bretaña a no navegar ni realizar fundaciones en los mares del sur.

Por todo ello en el año 1749 cuando Gran Bretaña intentó enviar la primera expedición hacia el Atlántico Sur, consultó al Rey de España sobre la posibilidad de penetrar en esas aguas, sin intención de fundar asentamiento alguno; sin embargo, esta solicitud fue denegada por España e Inglaterra desistió de sus propósitos. Consecuentemente Gran Bretaña no podía considerar *res nullius*, y por lo tanto sujeta a apropiación, a las Islas Malvinas¹⁹⁶.

Los derechos españoles sobre todo el Atlántico Sur fueron reconocidos de este modo por Gran Bretaña. Estos derechos comprenden no solo Malvinas sino también la Antártida, ya que Gran Bretaña se obligó “a no pasar a la mar del Sur”. En virtud del *uti possidetis iuris* de 1810 estos derechos pasaron a la titularidad de la naciente Argentina.

Siendo que este mismo principio de *uti possidetis iuris* de 1810 es la base jurídica más trascendente tanto en los reclamos de soberanía argentina sobre las Islas Malvinas e Islas del Atlántico Sur como sobre la Antártida, un rechazo de este principio en una de estas cuestiones, llevaría a crear un precedente negativo en la otra.

II.3. La vinculación jurídica de la Cuestión Malvinas con la Antártida desde la posición británica

Reflexionemos a continuación qué proyección jurídica puede tener para la posición inglesa la cuestión “*Falklands*” sobre el resto de las

¹⁹⁶ Ver Alegato Ruda, en *Soberanía argentina en Malvinas, a 50 años del “Alegato Ruda”*, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, Bs. As., 2014, p. 19. Accesible en: <https://www.mrecic.gov.ar/userfiles/ALEGATO-RUDA.pdf> Fecha de consulta: 19/08/2016.

Islas del Atlántico Sur y de la porción de la Antártida que constituían las “*Falkland Islands Dependencies*”.

Recordemos que Gran Bretaña incorpora los grupos de islas conocidas como Georgias del Sur, Sandwich del Sur, Orcadas del Sur, Shetland del Sur y una porción del Continente Antártico (Graham’s Land) a su administración, al menos formalmente, a través de las *Letters Patent* de 1908 y 1917. Las *Letters Patent* de 1908 y de 1917 no incorporaban estos territorios a la administración directa de Londres, sino a la administración de las Islas Malvinas, más precisamente a su Gobernador. Por esta razón todos estos territorios pasaron a ser las dependencias de las Islas Malvinas (*Falkland Islands Dependencies*).

Si bien la presentación de Gran Bretaña ante la Corte Internacional de Justicia en el año 1956, por su parte, se esmera en dejar en claro que la vinculación entre Malvinas y los restantes territorios mencionados era solo de carácter administrativo y que los títulos que poseía Gran Bretaña sobre cada uno de ellos eran separados e independientes los unos de los otros¹⁹⁷, es claro que el pretendido ejercicio de soberanía de Gran Bretaña sobre las Islas del Atlántico Sur y sobre la porción de la Antártida por ella reclamada, no era sino ejecutada por la misma autoridad colonial que ejercía la soberanía sobre Malvinas y ese ejercicio de soberanía sobre las “*Falkland Islands Dependencies*” quedaba con ello vinculado, de forma indisoluble, a la ilegalidad internacional tanto de la presencia británica sobre Malvinas como de la autoridad por ella establecida. En ese caso resultaría difícil sostener que una administración ilegal pueda ejercer legalmente soberanía sobre territorios que se encontraban bajo esa administración, aun cuando se sostenga los títulos británicos sobre esos territorios eran diversos e independientes los unos de los otros.

Como la ilicitud de la presencia británica en Malvinas e Islas del Atlántico Sur se origina con la toma por la fuerza del archipiélago, la expulsión de sus habitantes y la ocupación del espacio con población propia, es claro que dicha ilicitud tiene su comienzo el 2

¹⁹⁷ Ver *Antarctica Cases* (United Kingdom v. Argentina; United Kingdom v. Chile), ICJ, Pleadings, oral arguments, documents, 1956, para. 2 y en especial nota a pie de página número 2 de dicho parágrafo.

de enero de 1833. Esto es importante tenerlo en cuenta, ya que con ello todos los actos realizados por la administración británica de Malvinas con respecto a las tierras y los mares del Atlántico Sur, incluso antes de las *Letters Patent* de 1908, adolecen del vicio de haber sido ejecutados por el gobierno proveniente de una ocupación ilícita para el derecho internacional.

Pero hay otro aspecto que es necesario remarcar aquí sobre la vinculación jurídica desde el punto de vista británico: Debido a la carencia de títulos suficientes sobre Malvinas, Gran Bretaña busca en la actualidad fraccionar el espacio en disputa de soberanía para evitar, justamente, la proyección de esa calificación desfavorable en la cuestión Malvinas sobre las demás Islas del Atlántico Sur y de sus pretensiones sobre la Antártida. Es así que el “*South Georgia and South Sandwich Islands Order*” del año 1985, quita estos archipiélagos de la administración de Malvinas, los cuales por las *Letters Patent* de 1908 y de 1917 eran parte integrantes de las “*Falkland Islands Dependencies*”, y le otorga una administración autónoma, dependiente directamente de Londres¹⁹⁸. Lo mismo ocurrió con el “*British Antarctic Territory*”, que si bien fue formado en el año 1962, dejó de depender administrativamente de Malvinas en el año 1989 y se le organizó una administración propia ejecutada igualmente desde Londres.

III. La proyección estratégica

Finalmente la cuestión Malvinas posee una proyección estratégica sobre la Antártida. Esta proyección es necesaria tenerla en cuenta ya que nos da una idea del verdadero valor que Malvinas posee para Gran Bretaña en relación con una futura exploración y explotación de los recursos naturales de Antártida. A continuación trataremos de esbozar este tema.

¹⁹⁸ Ver: The South Georgia and South Sandwich Islands Order 1985. Este documento puede ser consultado en:

<http://www.legislation.gov.uk/uksi/1985/449/made> Fecha de consulta: 21/08/2016.

Si bien la importancia estratégica que llevó a Gran Bretaña a ocupar Malvinas era su ubicación vecina al entonces único paso entre el Atlántico y el Pacífico, en las últimas décadas cobró aún mayor importancia la vecindad que este archipiélago tiene con respecto a la Antártida. Malvinas es la única colonia permanentemente poblada que Gran Bretaña tiene en las cercanías de la Antártida. De perder el Reino Unido la ocupación ilegal de Malvinas, perdería la base territorial fundamental de la logística para una futura exploración y explotación de los recursos naturales en la Antártida. Si observamos el mapamundi, en el extremo en donde aparece Europa, en el hemisferio Norte, y dirigimos la mirada hacia la Antártida, en el hemisferio sur, notaremos que la ruta obligada desde Inglaterra, hacia la Antártida y viceversa se desarrolla en el Océano Atlántico pasando, necesariamente, no solamente por las Islas Santa Elena - Ascensión, dependencia británica ubicada entre Brasil y África, sino también por las Islas Malvinas, puerta que se abre en el borde mismo de la convergencia antártica.

La proyección estratégica de Malvinas sobre la Antártida para la situación particular de Gran Bretaña como potencia perteneciente al hemisferio Norte, se deja ver ya en las *Letters Patent* de los años 1908 y 1917, mencionadas más arriba, en donde el Estado británico bautiza a los territorios pretendidos sobre la Antártida como “*The Falkland Islands Dependencies*”. En estas *Letters Patent* delegaban la administración de Antártida al Gobernador de Malvinas. Esto tiene una explicación lógica: Malvinas era el último asentamiento británico permanente en el extremo sur de su área de influencia, ubicadas directamente al frente de la convergencia antártica. Pero la cuestión de importancia es que, en ese sentido, la situación no ha cambiado. Malvinas es para Gran Bretaña en la actualidad el asentamiento permanentemente poblado más cercano a Antártida, con capacidad de desarrollar una infraestructura destinada a la logística sobre el continente blanco. Es así que la ocupación ilegal de Malvinas es irrenunciable para Gran Bretaña, si algún día desea explotar los recursos naturales de Antártida.

La posición de Malvinas como plataforma de lanzamiento hacia la Antártida viene abiertamente promocionada por Gran Bretaña¹⁹⁹. Desde la finalización del conflicto bélico de 1982, las Islas Malvinas han sido consideradas como una “entrada estratégica” (*strategic gateway*) tanto a la Antártida como a los Océanos Atlántico Sur y Pacífico Sur. En este contexto, tal como lo señala Dodds²⁰⁰, tanto la posición geográfica argentina como la de las Islas Malvinas tiene una importancia fundamental en tanto y en cuanto estos espacios tienen la capacidad de facilitar y mejorar la accesibilidad a la región, así como proyectar su influencia o bien controlar el acceso a los recursos naturales.

La trascendencia de este espacio para la Antártida como para los mares del sur no ha pasado desapercibida en ningún momento para el Reino Unido, ya que los gobiernos británicos desde mediados de la década de 1940 han financiado y apoyado políticamente a las *Falkland Islands Dependencies*. Ejemplo de ello es la creación del *British Antarctic Survey*²⁰¹, que, según su propia página web, presta asistencia logística desde su *Falkland Islands Office*, sea marítima o aérea, a las bases británicas en Antártida²⁰².

Desde este punto de vista se puede afirmar que la Guerra de Malvinas del año 1982 significó, al menos para Gran Bretaña, la primera guerra por la Antártida. Quizás esto nunca fue suficientemente analizado por nosotros los argentinos, pero es importante tener presente esta proyección estratégica, pues así podremos com-

¹⁹⁹ En una estadía en Malvinas en el mes de marzo de 2016, uno de los coautores de este trabajo (Pintore) ha podido constatar en un negocio de suvenires la presencia de toda una línea de productos con la inscripción “The Falkland Islands gateway to Antarctica”. Toda esta línea de artículos, producida Inglaterra, significa una verdadera campaña de promoción y concientización de la importancia que Malvinas tiene para los intereses británicos sobre el continente blanco. Por su presentación, esta campaña no está solo dirigida a los habitantes de Malvinas, sino al público en general.

²⁰⁰ Doods, K. “The Falklands Islands as a ‘Strategic Gateway’. Britain and the South Atlantic Overseas Territories” en *The Rusi Journal*, 157 (6), 2012, pp. 18-25, p. 20.

²⁰¹ Dodds, K., *ibíd.*, p. 20

²⁰² La página oficial de la *Falkland Islands Office* del *British Antarctic Survey* se puede consultar en: <https://www.bas.ac.uk/polar-operations/sites-and-facilities/facility/falklands-office/> Fecha de consulta: 21/08/2016.

prender el verdadero valor que la potencia ocupante le asigna a las Islas Malvinas e Islas del Atlántico Sur por él ocupadas.

A la par de esta cuestión estratégica en torno a los recursos naturales del Atlántico Sur, existe otra cuestión estratégica relacionada con el tema de la proyección de poder militar sobre el Atlántico Sur, por parte de Gran Bretaña y de la OTAN. Esta proyección de poder militar en toda la región se da en el sistema aeronaval constituido por Monte Agradable (Mount Pleasant) – Puerto Yegua (Mare Harbour). La base aérea de la RAF de Monte Agradable posee dos pistas de aterrizaje, una de 2.590 m. y otra de 1.525 m. capaces de recibir los más grandes aviones de transporte. Alberga aviones *Eurofighter Typhoon*, entre otras máquinas y posee una dotación permanente de alrededor de los 2.000 infantes de marina. El Puerto Yegua es un puerto de aguas profundas conectado con el complejo de Monte Agradable, que se encuentra a unos 8,5 Km. de distancia, y es utilizado por la Armada Británica (*Royal Navy*) como punto de apoyo en sus patrullas por el Atlántico Sur²⁰³.

IV. Consideraciones finales

Este trabajo ha tenido como finalidad llamar la atención de dos aspectos importantes en los cuales la Cuestión Malvinas se proyecta a la Cuestión Antártida.

La cuestión jurídica tiene que ver por la analogía, y en algunos casos identidad, de los argumentos jurídicos entre una y otra cuestión, desde la posición argentina. Mientras que la cuestión estratégica pone al descubierto la verdadera importancia que Malvinas

²⁰³ The status and location of the military installations of the member states of the European union and their potential role for the European security and defence policy (ESDP), Policy Department External Policies, European Parliament, Brussels, 2009, p. 13. Accesible en: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dv/sede300309study_e407004_/SEDE300309StudyPE407004_en.pdf Fecha de consulta: 21/08/2016. Ver también Dodds, K, *op. cit.* en nota 16, quién realiza un interesante análisis sobre la importancia que las Islas tienen para el desarrollo de la política británica en materia de protección de los espacios y los recursos naturales de la zona.

tiene para Gran Bretaña como punto fundamental en la logística hacia el continente blanco, así también en la protección de los recursos naturales de la zona.

Por sus vinculaciones jurídica y estratégica las cuestiones de Malvinas e Islas del Atlántico Sur y de Antártida no pueden ser analizadas separadamente, sino como dos partes de una misma cuestión, que es la del Atlántico Sur. El modo en el que se resuelva una cuestión, repercutirá necesariamente en la otra.

EL PERÚ Y SU ACTUACIÓN DURANTE EL CONFLICTO POR LAS MALVINAS

DIEGO GARCÍA MONTAÑO*

* Profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina; egresado del *William J. Perry Center of Hemispheric Defense Studies* (2009-2014), *National Defense University*, Washington D.C.; Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración. E-mail: diegogmont@yahoo.com.ar

Resumen: Durante el conflicto bélico en las Islas Malvinas (1982), en el que se enfrentaron la Argentina y Gran Bretaña, el Perú resultó ser el país que más apoyó la causa de nuestro país. Perú asistió a la Argentina tanto en lo material, como en lo político y diplomático. En el primer aspecto, el auxilio material incluyó desde municiones hasta aviones, llegando incluso a ofrecer a los pilotos de la Fuerza Aérea Peruana que querían combatir a la par de sus colegas argentinos. En el campo político y diplomático, se destacan dos gestiones para evitar o morigerar el conflicto bélico: por un lado, la mediación del presidente del Perú, arquitecto Belaúnde Terry; por otra parte, y ante el fracaso de aquella mediación, el Secretario General de ONU en ese momento, el peruano Javier Pérez de Cuéllar, consagró sus esfuerzos para que, a través de los buenos oficios, se lograra la paz o al menos una tregua en el conflicto. Tampoco tuvo éxito en su gestión y el conflicto armado continuó por un tiempo. Pero, más allá de estos acontecimientos de hace más de 34 años, es digno de destacar que el Perú, aún hoy, sigue siendo el país que más pregona e impulsa ante los organismos regionales y los foros internacionales, los derechos soberanos de nuestro país sobre las Islas Malvinas (excepción hecha de la Argentina, como es obvio). En reconocimiento a esa dedicación desinteresada del Perú, va dedicado este trabajo.

Palabras clave: Perú- Argentina- Malvinas- Ayuda Material- Mediación Belaúnde Terry- Buenos Oficios Pérez de Cuéllar

Abstract: During the armed conflict in the Malvinas Islands (1982), which faced Argentina and Great Britain, Peru turned out to be the country that supported more than any other the cause of our country. Peru assisted Argentina materially as well as in political and diplomatic matters. In the first aspect, the material assistance included from ammunition to airplanes, even offering the pilots of the Peruvian Air Force, who wanted to fight along with their Argentine counterparts. In the political and diplomatic fields, they took two steps in order to avoid or mitigate the war: on the one hand, the mediation by the president of Peru, architect Belaunde

Terry; on the other hand, and for the failure of that mediation, the UN Secretary General at that time, the Peruvian Javier Pérez de Cuellar, devoted his efforts so that, through good offices, peace could be achieved or at least a truce in the conflict. He did not succeed and the armed conflict continued for a while. However, beyond these events of more than 34 years ago, it is worth to remark that Peru, still today, remains the country that most proclaims and promotes in the regional organizations and international forums the sovereign rights of our country over the Islas Malvinas, (except for Argentina, of course). In recognition of this disinterested commitment of Peru, this work is dedicated.

Keywords: Perú-Argentina-Malvinas- Material Assistance- Mediation Belaunde Terry- Good Offices Pérez de Cuellar-

Sumario: I) Introducción II) Las Actuación del Perú en concreto: II a) La Ayuda Material II b) La búsqueda de una solución diplomática: II) b-1: La mediación del presidente Belaúnde Terry II) b)-2: Los buenos oficios del Secretario General, Pérez de Cuéllar III) Conclusiones

I. Introducción

El conflicto por las Islas del Atlántico Sur, comúnmente conocido como la “Guerra de las Malvinas”, fue un período de enfrentamiento militar entre la República Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña, que se extendió desde el 2 de abril de 1982 hasta el 14 de junio de ese mismo año.

El origen de dicho conflicto se remonta a varios siglos atrás²⁰⁴, cuando la Corona Española hiciera las primeras reclamaciones ante Gran Bretaña, por la soberanía sobre ese territorio austral.

Posteriormente, y siendo ya la Argentina un país independiente (y reconocido sin reservas por Gran Bretaña), las desavenencias por

²⁰⁴ Para un examen pormenorizado sobre la cuestión, puede consultarse la obra: Drnas de Clément, Z. “Malvinas ¿El Derecho de la Fuerza o la Fuerza del Derecho?”, Marcos Lerner, Córdoba, Argentina, 1999.

la soberanía sobre las islas no solo que no mermaron, sino que, a partir del año 1833, el Reino Unido las usurpó, desapoderando a los habitantes que allí se encontraban.

Desde esa fecha y hasta 1982, y a pesar de los esfuerzos de la ONU en el siglo pasado, para que se le diera un corte definitivo a la situación, no se produjeron cambios sustanciales en torno al tema central: el de la soberanía. Producto de ello, el día 2 de abril del año 1982 tropas argentinas desembarcaron en las Islas Malvinas.

El “Operativo Rosario”²⁰⁵ consistió en una serie de acciones de baja intensidad, efectuadas con la premisa de que la incursión fuera incruenta, y cuyo objetivo era el de tomar la capital, Puerto Stanley, la que pasó a denominarse “Puerto Argentino”.

El desembarco argentino se realizó sin causar ninguna muerte ni a los británicos ni a los “kelpers”; por contrapartida, las tropas gauchas sufrieron su primera baja²⁰⁶.

Como consecuencia del conflicto armado que finalizó el 14 de junio, murieron 649 militares argentinos, 255 del Reino Unido y 3 kelpers²⁰⁷.

Entre los países que apoyaron a la Argentina durante el conflicto, se pueden distinguir entre aquellos que apoyaron materialmente a nuestro país, tales los casos de: Israel, Libia²⁰⁸ y Perú, por ejemplo; y la situación de aquellos Estados que brindaron apoyo diplomático como: Perú, Venezuela, Cuba, Brasil, Nicaragua, República Dominicana y Panamá²⁰⁹. Como se puede apreciar, Perú fue

²⁰⁵ Nombre dado al desembarco argentino, en honor a la Virgen María.

²⁰⁶ Se trataba del Capitán de Corbeta, Pedro Edgardo Giachino. El militar recibió, post mortem, la Cruz al Heroico Valor en Combate.

²⁰⁷ Los números definitivos, no se saben con certeza, ya que el gobierno británico, a través del “Acta de Secreto Militar”, dispuso que, hasta el 14 de junio del año 2072, 90 años después de la guerra, no se divulguen las cifras definitivas de sus bajas. De todas maneras, la cifra de 255 muertos que reconocen oficialmente, parece bastante exigua.

²⁰⁸ Argentina envió una misión secreta a aquel país con el objetivo de conseguir material bélico. Los enviados de Galtieri, se entrevistaron con el vicepresidente libio, Abdul Salam Jellud. En un avión de Aerolíneas Argentinas se trasladaron los misiles, cohetes, morteros, municiones varias, minas antitanque y antipersonal. El presidente Kaddafi solicitó a cambio, asesoramiento profesional argentino para desarrollar una central nuclear. Galtieri le envió al líder libio, un caballo blanco de pura raza.

²⁰⁹ Sería muy difícil poder establecer con precisión el grado de apoyo de

un Estado que ayudó a la Argentina en ambos aspectos. En este trabajo nos avocaremos, principalmente, al estudio de la ayuda prestada por el Perú a la Argentina, tanto en el plano material, como en el diplomático, teniendo en cuenta además, que dicha ayuda fue siempre desinteresada.

En la primera parte, dedicaremos el estudio al análisis de la ayuda de material bélico ofrecido por el país incaico a la Argentina (a través de una triangulación con Israel); luego, en la segunda parte, y dentro de las soluciones diplomáticas que se buscaron para evitar o morigerar el conflicto armado, analizaremos la mediación del Presidente del Perú, arquitecto Fernando Belaúnde Terry²¹⁰, para, finalmente, examinar los buenos oficios del Secretario General de la ONU, el peruano Dr. Javier Pérez de Cuellar²¹¹.

Desde ya, deberemos aclarar, aunque parezca una obviedad, que en el caso del Secretario General Pérez de Cuellar, más allá de su nacionalidad peruana y en virtud de lo establecido en el artículo 100 de la Carta de la ONU, sus funciones fueron exclusivamente internacionales²¹² y por lo tanto, como todo Secretario General, su actividad fue siempre reputada como imparcial.

Lo cierto es que durante el conflicto por las Malvinas, el Perú, a través de sus Fuerzas Armadas o de sus hombres, buscó siempre alguna forma para auxiliar a la Argentina ante tan dramática situación.

cada uno estos y otros países, que se solidarizaron con la causa Argentina. A esa lista, habría que agregar a la entonces Unión Soviética, Uruguay, España y Brasil, entre otros. Por contrapartida, tomaron una posición a favor de Gran Bretaña, países como Chile, Colombia y Trinidad y Tobago. De los Estados europeos, Francia fue el aliado más cercano del Reino Unido.

²¹⁰ Belaúnde Terry (1912-2002), presidente del Perú desde el 28 de julio de 1980 y hasta el 28 de julio de 1985.

²¹¹ Pérez de Cuellar fue Secretario General de la ONU desde enero de 1982 y hasta diciembre de 1991.

²¹² Artículo 100, inc. 2.

II. La Actuación del Perú en concreto

II a) La Ayuda Material

Las acciones bélicas comenzaron en las Malvinas el día 1 de mayo de 1982²¹³. La resolución 502, el Consejo de Seguridad²¹⁴ a la par que declaraba que existía un: “quebrantamiento de la paz”, exigía: “...la retirada inmediata de todas las fuerzas argentinas de las Islas Malvinas (Falkland Islands)”²¹⁵.

Ante este marco diplomático favorable a su posición, la Premier británica Margaret Thatcher²¹⁶, ordenó la movilización inmediata de la “Task Force”²¹⁷, para recuperar las Malvinas. Por otra parte, la Comunidad Económica Europea (CEE), había decretado un embargo de armas contra la Argentina²¹⁸. Estados Unidos, asimismo, y aunque de manera más solapada, comenzó a limitar sus relaciones bilaterales con el Estado sudamericano.

²¹³ En lo que se conoce como el “bautismo de fuego” de la Fuerza Aérea Argentina. Hecha la salvedad, de que, como lo destacamos más arriba, la primera acción bélica, se produjo el mismo día del desembarco argentino, el 2 de abril, con la muerte del Capitán de Fragata Giachino.

²¹⁴ De fecha 3 de abril de 1982. Fue aprobada por 10 votos a favor (Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia, Irlanda, Japón, Jordania, Uganda, Togo, Zaire y Guyana), contra 1 (Panamá) y 4 abstenciones (China, Unión Soviética, Polonia y España). La diplomacia argentina de entonces creyó, erróneamente, que los países “No Alineados” votarían a favor de la posición del país sudamericano y en contra del colonialismo. También la cancillería especuló con la posibilidad de que la Unión Soviética ejerciera su derecho de veto. Ninguna de las dos hipótesis se concretó. Véase: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/502%20\(1982\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/502%20(1982))

²¹⁵ Apartado 2.

²¹⁶ Margaret Thatcher (1925-2013), fue Primer Ministro del Reino Unido entre 1979 y 1990.

²¹⁷ Su significado se puede entender como: “Fuerza Operativa” o “Fuerza de Tareas”.

²¹⁸ Francia apoyó decididamente a su aliado regional, Gran Bretaña, brindándole información de vital importancia, tanto sobre los aviones “Super Etendard”, de origen galo, que había comprado la FFAA argentina, como, asimismo, le facilitó datos cruciales sobre los misiles “Exocet”, ya que nunca se habían utilizado hasta ese momento en combate.

En este contexto internacional tan complicado, Argentina debió salir a buscar armamento, repuestos y pertrechos para sus tropas en otros países.

Hacia comienzos de mayo de 1982, miembros de la Fuerza Aérea Argentina tomaron contacto en Buenos Aires con funcionarios la empresa de origen israelí “Isrex Argentina”, que era la representante de las fábricas militares de ese país.

Los integrantes del directorio de la empresa estaban dispuestos a ayudar a la Argentina en su pedido de provisiones militares, pero al ser un tema tan delicado, sobre todo por el embargo decretado contra Argentina, pidieron autorización a la casa matriz, situada en Tel Aviv.

El Primer Ministro Menájem Beguín²¹⁹, enterado del asunto, no solo que autorizó las transacciones, sino que expuso su franco apoyo a la causa argentina. Pero, ¿por qué el Jefe de Estado israelí se mostró tan proclive a la causa argentina?

Sucede que Beguín sentía un particular desprecio por los británicos, incluso desde antes que Israel se conformara como Estado. Su rechazo hacia el Imperio Británico venía de larga data: Dov Gruner, amigo y subalterno suyo en la organización “Irgún Tzvai Leumi”²²⁰ había sido ahorcado por las autoridades británicas años antes²²¹.

“Beguín no había olvidado, aun cuando hubiera pasado casi medio siglo, ni el actuar de los británicos, ni las palabras finales de

²¹⁹ Menájem Beguín (1913-1992), Primer Ministro de Israel entre 1977 y 1983.

²²⁰ Fue una organización paramilitar que actuó entre los años 1931 a 1948, durante el Mandato Británico de Palestina. A posteriori de la Segunda Guerra Mundial, los británicos acusaron a dicha organización de cometer actos de terrorismo contra el gobierno británico establecido en Palestina. El “Irgún” fue el antecesor del partido político “Likud”, al que pertenecía Beguín.

²²¹ El 16 de abril de 1947 en la prisión de Acre, junto a Gruner, fueron ahorcados ese mismo día, dos compañeros más. A Gruner se le acusaba de haber disparado contra un policía, de tener explosivos en su poder al momento de la detención y un intento de homicidio contra personal de su Majestad Británica.

Dov: ‘si por algo lamento verdaderamente que esté por concluir mi vida, ello es, sobre todo, porque no he alcanzado a actuar bastante, no pude hacer suficiente’. Beguín tenía por entonces, 1982, sesenta y ocho años...sabía que el pedido...para venderles a los argentinos las armas que pedían, era probablemente su última oportunidad de vengarse de los británicos. Y lo fue²²².

Por pedido del Premier israelí y para aventar cualquier sospecha, este solicitó que las compras fueran trianguladas a través de un tercer Estado; y el país que se ofreció para tan arriesgada tarea resultó ser Perú.

“Perú aceptó, de buen grado, el pasar por destinatario de tales envíos, firmando las órdenes de compra en blanco y certificados de destino final, que se necesitaban para concretar los envíos²²³”.

A pesar de las protestas formales presentadas por Gran Bretaña²²⁴, ante la evidencia de la triangulación de armas, Beguín negó cualquier relación con el asunto y los envíos siguieron.

Paralelamente, Argentina solicitó al Perú ayuda material directa. El 2 de mayo de 1982, el presidente Galtieri²²⁵ le pidió a su par de Perú, que recibiera a tres representantes, entre los cuales se encontraba el embajador argentino en Lima, Sánchez Moreno²²⁶.

Argentina requería a Perú aviones, misiles y hasta embarcaciones. El Secretario de la Presidencia del Perú en aquellos días, García Belaúnde,²²⁷ sobre la reunión comentada recuerda que los enviados

²²² Fundación Malvinas Argentinas: “Malvinas: historias ocultas de la guerra”, ediciones del Boulevard, Córdoba, Argentina, 2012, p. 104.

²²³ Ibidem, p.104.

²²⁴ El embajador del Reino Unido en Israel expuso ante Beguín, una serie de fotografías tomadas en Perú en las que se veía cómo, material de guerra era trasbordado de los aviones peruanos a los de Aerolíneas Argentinas, lo que ponía en evidencia la triangulación entre Israel, Perú y Argentina. “Beguín se encogió de hombros, negando saber nada del tema, seguramente pensando en qué diría Dov de la furia del británico”. Citado en “Malvinas: historias ocultas de la guerra”, p.104.

²²⁵ Leopoldo Fortunato Galtieri (1926-2003), fue presidente de facto de Argentina durante el conflicto por las Malvinas.

²²⁶ Los otros dos representantes fueron el secretario de Galtieri, general Héctor Iglesias y el contralmirante Roberto Nolla.

²²⁷ Víctor Andrés García Belaúnde, fue Secretario de la Presidencia del Perú durante el conflicto del Atlántico Sur. Actualmente es congresista de su país.

argentinos:

“Estos se presentaron ante Belaunde al día siguiente. Llegaban para pedir armamento. ‘Se les dio lo que se podía. Pidieron aviones Mirage, Sukhói, submarinos, buques, misiles, entre otras armas’.

No se les envió los Sukhói, pues el Perú era el único que los tenía en la región, por lo que iba a quedar en evidencia que estaba ayudando a Argentina.

En cambio, al día siguiente de la visita de los emisarios se enviaron diez aviones Mirage, a los que se les borró las banderas peruanas para reemplazarlas por las argentinas. Estos partieron de Chiclayo rumbo a la base militar de La Joya, en Arequipa. Luego siguieron hacia la provincia argentina de Jujuy y de ahí a Tandil. El uso de esta ruta evitó que fueran detectados por los radares chilenos.

Las embarcaciones que pedía Argentina no fueron entregadas, pues estas necesariamente pasarían por Chile y serían detectadas por los radares de ese país.

También se les envió misiles tierra-tierra y tierra-aire. Además de tanques de combustible para los Mirage, para que estos tengan una mayor autonomía de vuelo en sus incursiones a las Malvinas”²²⁸.

Pero el compromiso peruano no se limitaría solamente al ofrecimiento de material bélico. Pilotos de ese país se ofrecieron como voluntarios para combatir al lado de los argentinos:

“Los aviones, que ya estaban pintados con las insignias argentinas, llegaron al país luego de una travesía de tres horas y, desde allí, los transportaron hasta la base de Tandil. ‘La transferencia se hizo en el aeropuerto de Salta. Los piloteaban los peruanos y ellos querían seguir y presentarse de voluntarios en la guerra de Malvinas. Les dije que no...’, afirma Lami Dozo”²²⁹.

²²⁸ “El Perú en conflicto ajeno: así actuamos en la Guerra de las Malvinas” <http://elcomercio.pe/mundo/actualidad/peru-conflicto-ajeno-nuestra-actuacion-guerra-malvinas-noticia-1395667>

²²⁹ Basilio Lami Dozo, Brigadier General (R). Fue el Comandante de la

Los pedidos de Argentina al Perú no se detuvieron en estas operaciones reseñadas. También existió la denominada “Operación Exocet”, para la compra de misiles.

Atento el embargo de armas decretado contra la Argentina, un grupo de militares rioplatenses hicieron contacto en Washington con el general FAP²³⁰ José Espinoza Salazar, para comprar 12 misiles, por medio del Estado Peruano. Los argentinos ofrecieron U\$\$ 12 millones.

A partir de ese momento se elaboró la llamada directiva “Celeste y Blanco”, cuyo objetivo era concretar la compra de las armas. El 7 de junio se autorizó la operación, calificada como secreto de Estado.

Los misiles nunca llegaron, debido a que cuando estuvieron listos para ser utilizados, el conflicto ya había terminado²³¹.

II) b-1: La mediación del presidente Belaúnde Terry

Ante el fracaso que ya se vislumbraba en la intervención diplomática del Secretario de Estado de los Estados Unidos, Alexander Haig²³², el presidente del Perú, Belaúnde Terry, le comunicó al embajador de los Estados Unidos en Lima²³³, su voluntad de actuar como mediador en el conflicto.

Enterado Haig de estas gestiones, avaló a Belaúnde para que in-

Fuerza Aérea durante la guerra de las Malvinas. La cita pertenece a: Dobry, H.: “Operación Israel: el rearme argentino durante la dictadura (1976-1983)”, ediciones Lumiere S.A., Buenos Aires, Argentina, 2011, p. 53.

²³⁰ FAP: Fuerza Aérea Peruana.

²³¹ Para un detalle más pormenorizado sobre la “Operación Exocet” y de la directiva “Celeste y Blanco”, puede verse: “El otro rol de Perú durante la Guerra de Malvinas”: <http://www.infobae.com/2012/04/01/640028-el-otro-rol-peru-la-guerra-malvinas/>

²³² Alexander Haig (1924-2010). General del Ejército de EE.UU., Jefe de Gabinete (1973-1974), Comandante Supremo de la OTAN (1974-1979). Entre 1981 y 1982 fue Secretario de Estado. Su ambigua posición durante el conflicto de Malvinas, primero como mediador, y luego de fracasado dicho intento, como aliado de Gran Bretaña, dejan dudas acerca de las verdaderas intenciones de su país en la contienda.

²³³ Frank Ortíz.

terviniese como mediador²³⁴. El mandatario incaico, se comunicó con su par argentino, Galtieri, en la madrugada del 2 de mayo de 1982. Algunas partes textuales de ese primer diálogo, son las que siguen:

“Galtieri: Con gran placer he recibido su comunicación, doctor Belaúnde Terry.

Belaúnde Terry: Es mi deber decirle que he creído ver en el secretario de Estado una honda preocupación por una cierta intransigencia del otro lado, ¿no?

Galtieri: Y, lo que pasa, doctor, es que nosotros no vamos a cambiar. Ustedes votaron (la resolución) del TIAR. Nosotros no vamos a cambiar la soberanía por nada, doctor, eh... Mire doctor, en Argentina, después de ciento cincuenta años, un año o dos no le preocupa. Lo que me preocupa es que no sea un año, sino ciento cincuenta años más...

Belaúnde Terry: Bueno, sí nosotros estamos ahí, usted puede estar seguro, general, de que haremos todo lo que esté a nuestro alcance para que los justificados propósitos de su gobierno se cumplan plenamente”²³⁵.

Luego, Belaúnde Terry le pasó a informar sobre los puntos de su propuesta a Galtieri, los que consistían en:

Cese inmediato de las hostilidades.

Retiro mutuo y simultáneo de fuerzas.

Presencia de representantes ajenos a las partes involucradas en el conflicto para gobernar las islas temporariamente.

Los dos gobiernos reconocerían la existencia de posiciones discrepantes sobre la situación de las islas.

Los dos gobiernos reconocerían que los puntos de vista y los intereses de los habitantes de las islas, deberían ser tomados en

²³⁴ Haig le hizo la advertencia a Belaúnde en el sentido que no tenía ninguna duda que, de suscitarse un enfrentamiento armado, los británicos vencerían, atento a su superioridad en armamentos y tecnología.

²³⁵ Yofre, Juan B.: “1982 – Los documentos secretos de la Guerra de Malvinas/ Falklands y el derrumbe del Proceso”, editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 2011, p. 351.

cuenta en la resolución definitiva del problema.

El Grupo de Contacto que intervendría de inmediato en las negociaciones para implementar el acuerdo, estaría compuesto por: Brasil, Alemania Federal, EE.UU.²³⁶ y Perú.

Antes del 30 de abril de 1983 se debería llegar a un acuerdo definitivo, bajo la responsabilidad del grupo de países anteriormente mencionados.

Luego de analizada la propuesta en Argentina, el canciller Costa Méndez²³⁷ tomó personalmente las riendas en el asunto, habiéndose comunicado con Lima varias veces en esos días.

El tema central de la discusión para llegar a un acuerdo definitivo era que, a cualquier propuesta a la que se arribase, no debería figurar la palabra “intereses” de los kelpers, sino solamente debía aparecer la palabra “deseos” de los isleños. Costa Méndez, sobre este punto, le respondió al Presidente del Consejo de Ministros del Perú, Manuel Ulloa²³⁸:

“Hemos estado diecisiete años luchando por este tema en Naciones Unidas... Vos te das cuenta de que no podemos dejar librada la determinación de la soberanía sobre las islas al voto de habitantes que han sido impuestos, que han sido empleados de la compañía, que la podemos comprar mañana y se acabó el asunto”²³⁹.

Cuando todo parecía encaminarse hacia una solución diplomática del conflicto, un episodio crucial en la guerra, habría de cambiarlo todo: el hundimiento del Crucero General Belgrano el 2 de mayo, por parte del submarino británico “Conqueror”, fuera de la zona de

²³⁶ Argentina rechazó la designación de Estados Unidos y propuso en su reemplazo a Canadá o Italia.

²³⁷ Nicanor Costa Méndez (1922-1992), canciller argentino durante la guerra de las Malvinas. Anteriormente ya había sido Ministro de Relaciones Exteriores (1966), durante el gobierno de Juan Carlos Onganía.

²³⁸ Manuel Ulloa Elías (1922-1992). Fue además Ministro de Economía del Perú y Senador Nacional (1980-1985).

²³⁹ Yofre, op. cit., p. 353.

exclusión determinada por los propios británicos.

“A las 15:57 de ese día fatal... el Capitán Wreford Brown, Comandante del ‘Conqueror’, se comunicó con Northwood para informar estas novedades y requerir instrucciones. El Gabinete de crisis, presidido por Margaret Thatcher, tomó la decisión e impartió la siguiente directiva: *disparen hasta hundirlo*.”

El Capitán Wreford Brown no podía dar crédito a la orden que se le estaba impartiendo, al extremo que se la hizo repetir tres veces, hasta comprender cabalmente las intenciones de sus superiores...²⁴⁰.

¿Cuáles podrían haber sido las verdaderas motivaciones británicas para perpetrar este acto contrario a las leyes de la guerra?²⁴¹

Resulta inescindible vincular el hundimiento del Belgrano- episodio militar- con el fracaso de las negociaciones del presidente Belaúnde Terry- hecho político:

“Por consiguiente, las motivaciones para adoptar tal decisión no fueron ciertamente militares, algo debió ocurrir entre el 30 de abril y el 02 de mayo, que obligó al poder político británico a adoptar una medida que le valió la repulsa del mundo, y un elevado costo político consecuente”²⁴².

Sin embargo, y a pesar de la conmoción por el hundimiento del Belgrano, el gobierno argentino decidió seguir adelante con la mediación del presidente peruano.

El canciller Costa Méndez insistió en que la inclusión de la pa-

²⁴⁰ Moro, Rubén O.: “La Guerra Inaudita- Historia del conflicto del Atlántico Sur”, editorial Pleamar, Buenos Aires, Argentina, 1985, p. 208. La cursiva es del original.

²⁴¹ La nave argentina fue atacada a más de 30 millas marinas fuera de la zona de exclusión determinada unilateralmente por Gran Bretaña. Fue tan grave el impacto del hundimiento del Belgrano en la comunidad internacional, que el Reino Unido, a partir del día 7 de mayo amplió la zona de exclusión hasta las 12 millas, límite del mar territorial argentino, para evitar hechos similares.

²⁴² Moro, op.cit.p. 210.

labra “deseos” de los habitantes en cualquier negociación, era inaceptable:

“Luego de intercambiar opiniones, quedó definido que Argentina aceptaba la expresión: ‘*the view concerning the interest*’ (los puntos de vista concernientes a los intereses). Por último, el canciller objetó la presencia de EE.UU. entre los países integrantes del Grupo de Contacto e indicó que la propuesta de siete puntos podría ser aceptable en la medida que aclarara expresamente que la administración británica no sería reinstalada”²⁴³.

El día 2 de mayo a la siesta, el presidente del Perú telefoneó nuevamente a su par de Argentina para conocer los avances sobre su propuesta. Galtieri le respondió que no podía darle una respuesta definitiva en ese momento, pero que a la medianoche seguramente ya la tendría, para agregarle que los EE.UU. no podrían integrar ya, ningún Grupo de Contacto:

“El presidente Belaúnde recomendó que en la medida de lo posible, no se tratara de modificar el texto, puesto que, ‘yo tengo la impresión de que ese texto puede prosperar y que, en todo caso, los americanos lo hacen suyo, eso es vital, porque desde luego, la influencia de ellos sobre los ingleses es definitiva’”²⁴⁴.

A las 00:30 hs. del 3 de mayo, Galtieri se puso en contacto con Belaúnde Terry para hacerle conocer la decisión argentina, que era la de seguir negociando, a pesar de los obstáculos británicos para arribar a una solución pacífica:

²⁴³ “Informe Rattenbach”, II Parte- Antecedentes del Conflicto- Capítulo V- Las negociaciones a partir del día 02 de abril de 1982 (1)- La intervención del Perú. Creado por Resolución 15/82 del PEN, de fecha 2 de diciembre de 1982, se trataba de un Cuerpo integrado por 7 militares en retiro, a cuya cabeza estaba el Teniente General Benjamín Rattenbach. Su objetivo era analizar y evaluar lo actuado por la conducción tanto política como militar, durante la guerra de las Malvinas.

²⁴⁴ “Informe...”, apartado 408, inc. e).

“Más allá de que los puntos, o los siete puntos, podrán ser en algunos aspectos reconsiderados y tratados, arquitecto, pero le vuelvo a repetir, si bien estamos reconsiderando algunos aspectos de redacción de los siete puntos, la noticia del crucero General Belgrano dejó de lado ya todo estudio y razonamiento para apoyarle en este hecho que es trascendente, psicológica y políticamente, más allá de lo militar, en el público de la Nación Argentina”²⁴⁵.

A su vez, el presidente peruano dejó entrever a su par argentino que el Secretario de Estado Haig, había variado en su conducta. Le manifestó que había notado en el funcionario estadounidense una cierta frustración, debido a que el canciller británico Pym²⁴⁶, no tenía ninguna intención en lograr la paz y sí, de obtener con la dilación del tiempo, mayores beneficios para la Task Force.

Galtieri le respondió que atento el cariz que habían tomado los acontecimientos, la mediación debía entrar en un período de paralización.

Simultáneamente, el gobierno argentino envió una Comisión²⁴⁷ a Lima para poner en conocimiento del presidente peruano el estado de las negociaciones: para la Argentina, la propuesta de los siete puntos no había quedado suspendida, sino directamente rechazada²⁴⁸.

El 04 de mayo, la Comisión regresó del Perú, para exponer los contenidos principales de su cometido, notando que se podía apreciar una marcada influencia de los EE.UU. en toda la gestión encarrada por Belaúnde; un aparente renovado interés británico por la propuesta peruana; y, finalmente, que dicho interés coincidía con la gestión iniciada por el Secretario General de la ONU y la escasa predisposición de Gran Bretaña para concurrir a ese organismo in-

²⁴⁵ “Informe...”, apartado 412, inc. a).

²⁴⁶ Francis Pym (1922-2008), fue el canciller del Reino Unido durante la guerra de las Malvinas.

²⁴⁷ Viajaron en la misión a Lima, el Secretario General de la Presidencia, Gral. Iglesias, junto con el Jefe de la Casa Militar, Contralmirante Moya. También concurren funcionarios de la Embajada Argentina en Perú.

²⁴⁸ “Informe...”, apartado 413.

ternacional²⁴⁹.

A las 23:50 del 05 de mayo, el presidente del Perú se comunicó con el Gral. Galtieri, para transmitirle un mensaje esperanzador:

“Yo tengo una versión y la razón de mi llamada es esta. Gral. es hacerle conocer a usted...las ideas del gobierno británico, que ellos nos han hecho llegar indirectamente, porque ha sido por intermedio de EE.UU., una reacción por la que ellos estarían dispuestos a considerar...Vea Ud. el documento que yo les pasé...ellos han reaccionado al documento. En general, hay aceptación, lo hace un poco más conciso, porque lo bajan de 7 a 6 puntos, pero le dan algunos cambios de redacción”²⁵⁰.

Más allá de algunos cambios propuestos por el Reino Unido, Belaúnde habló además de un cronograma tentativo, por el cual se debían dar órdenes e instrucciones para el cese al fuego en el término de 24 horas, más otras 48 horas más para iniciar la desmilitarización de la zona²⁵¹.

Belaúnde concluyó su llamada a Galtieri, diciéndole:

“Eso sería, en líneas generales, lo que me dicen del Departamento de Estado (de EE.UU.), que Inglaterra aceptaría. Yo quiero, simplemente transmitírselo, porque nosotros hemos estado en contacto, y yo tengo el propósito mejor de servir a la causa de la paz. Quiero que Ud. tenga toda la información que pueda llegar a mí, por distintos conductos”²⁵².

Ese mismo 05 de mayo en horas de la noche, Argentina le hizo saber al presidente del Perú que había aceptado la intervención del Secretario General de la ONU, y que llevaría las negociaciones a ese foro internacional.

²⁴⁹ “Informe...”, apartado 415.

²⁵⁰ “Informe...”, apartado 417.

²⁵¹ “Informe...”, apartado 417.

²⁵² Ibidem.

“A partir de esa fecha y cuando las partes habían aceptado la gestión de la ONU a través del Secretario General, la propuesta del Perú quedó anulada, aunque no así los ponderables esfuerzos de esta país para llevar la disputa a una solución negociada, apoyando la posición argentina en todas las formas compatibles con sus intereses”²⁵³.

b)-2: Los buenos oficios del Secretario General, Pérez de Cuéllar

Durante el mes de abril, las gestiones diplomáticas argentinas se habían centrado, casi exclusivamente, en analizar las propuestas del Secretario de Estado de los Estados Unidos, Alexander Haig.

Ante el fracaso de la aplicación del TIAR y el posterior apoyo de los Estados Unidos a Gran Bretaña²⁵⁴, la Argentina creyó necesario, entablar negociaciones diplomáticas en otros foros internacionales.

Galtieri solicitó el día 01 de mayo, una reunión del COMIL²⁵⁵ para evaluar los pasos a seguir. Dentro de las opciones, se barajó la posibilidad de concurrir ante la ONU, debido a que en la OEA²⁵⁶, los resul-

²⁵³ “Informe...”, apartado 421.

²⁵⁴ En la Resolución I de la Vigésima Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de América, aprobada el 28 de abril de 1982, se resolvió urgir al gobierno del Reino Unido para que cesara de inmediato con las hostilidades en la región, asimismo se hacía un llamamiento a la Argentina para que se abstuviera de realizar acciones que pudieran agravar la situación, se instaba a los gobiernos de ambos países para que establecieran un cese al fuego, entre otras medidas. La Resolución II, de fecha 29 de mayo de 1982, dejaba en claro que, con posterioridad a la adopción de la Resolución I, “...el gobierno de los Estados Unidos de América decidió la aplicación de medidas coercitivas a la República Argentina, y presta su apoyo, inclusive material, al Reino Unido, lo que contraviene el espíritu y la letra de la Resolución I”. Puede verse en: http://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/IRI%20COMPLETO%20-%20Publicaciones-05/Publicaciones/I2/I2-2W.htm

²⁵⁵ Abreviatura del “Comité Militar”. Era un organismo compuesto por los integrantes de las tres Fuerzas Armadas, cuyo objetivo era hacer una evaluación diaria sobre el conflicto, tanto a nivel militar como diplomático.

²⁵⁶ Se le criticaba a la Organización, el no haber sido más proactiva, sobre todo al momento de exigir la aplicación del TIAR.

tados no habían sido los esperados²⁵⁷.

El día 02 de mayo, el representante argentino ante la ONU, Dr. Roca, solicitó a la cancillería de su país, autorización para concurrir a una entrevista solicitada por el Secretario General.

El Dr. Roca elevó un informe sobre la propuesta del Secretario, el que en lo sustancial decía: a) que en pocas horas más se reuniría con el Ministro Pym, a quien entregaría una propuesta para que fuese considerada por Londres; b) que debido a su investidura, no podía estar ajeno al conflicto y que se consideraba obligado, en virtud del artículo 40 de la Carta, a ofrecer una propuesta de solución pacífica a las partes.

Asimismo, Pérez de Cuéllar le entregó un “Ayuda Memoria” al representante argentino, el que fue recibido el 02 de mayo en horas de la noche, en Buenos Aires.

A través de un “Acuerdo Provisional”, el Secretario General proponía²⁵⁸:

I. 1. El ámbito geográfico dentro del cual deberá cumplirse el retiro de las tropas abarca las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur.

2. El retiro de las fuerzas de ambas partes deberá ser gradual y simultáneo. En un plazo máximo de treinta días todas las fuerzas ar-

²⁵⁷ El Secretario General del organismo regional americano en ese momento, era el argentino Alejandro Orfila.

²⁵⁸ El Preámbulo de dicho “Acuerdo Provisional” establecía que: “El Gobierno de la República Argentina y el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en adelante denominados “las Partes”, respondiendo a lo dispuesto en la Resolución 502 (1982) del Consejo de Seguridad de fecha 3 de abril de 1982 y teniendo en cuenta la carta de las Naciones Unidas, las Resoluciones 1514 (XV), 2065 (XX) y las demás resoluciones de la Asamblea General relativas a la cuestión de las Islas Malvinas (Falkland Islands), han aceptado, de conformidad con el artículo 40 de la Carta de las Naciones Unidas, la asistencia del Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas y han llevado a cabo negociaciones y alcanzado el siguiente acuerdo provisional referente a las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur, de aquí en adelante denominadas “las Islas” a los efectos del presente acuerdo”.

madas deberán hallarse en sus bases y áreas normales de operación.

II. A partir de la firma del presente Acuerdo cada parte dejará sin efecto las medidas económicas que haya adoptado en contra de la otra y el Reino Unido solicitará igual conducta de los países o grupos de países que, a su pedido, adoptaron medidas similares.

III. 1. La supervisión del retiro de las fuerzas de ambos países será llevada a cabo por personal especializado de las Naciones Unidas, integrado con la conformidad de las partes.

2. La administración interina de las islas mientras se realizan las negociaciones para la solución definitiva de la disputa, se ajustará a las siguientes disposiciones:

A) La administración estará exclusivamente a cargo de las Naciones Unidas con presencia adecuada de observadores de las partes.

B) Dicha administración desempeñará todas las funciones (ejecutivas, legislativas, judiciales y de seguridad) con funcionarios de nacionalidad distinta a la de las partes.

C) No obstante lo manifestado en 2.A) y B) y a efectos de no producir alteraciones innecesarias en el sistema de vida de la población, durante el periodo de administración interina por parte de Naciones Unidas, las funciones judiciales locales podrán ser ejercidas de conformidad con la legislación vigente al 1° de abril de 1982 en todo aquello que resulte compatible con el presente acuerdo.

Del mismo modo la administración interina de las Naciones Unidas podrá nombrar como asesores a personas integrantes de la población de origen británico y a argentinos residentes en las islas en igual número.

D) Las banderas de las partes flamearán junto a la de las Naciones Unidas.

E) Durante el periodo de administración interina las comunicaciones se mantendrán abiertas, sin restricción discriminatoria de naturaleza alguna para las partes, incluyendo la libre circulación, igualdad para el acceso en materia de residencia, de trabajo y de propiedad.

F) La facilidad de comunicaciones incluirá además el mantenimiento del libre tránsito de Líneas Aéreas del Estado (LADE) y de buques mercantes y científicos, como así también continuará la libre operación de las comunicaciones telefónicas, telegráficas y télex, y transmisiones de televisión argentinas y la libre operación de los servicios de Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF) y Gas del Estado.

IV. Las costumbres, tradiciones, estilo de vida de los habitantes de las islas, así como sus vínculos sociales y culturales con sus países de origen serán respetados y salvaguardados.

V. 1. Las partes se comprometen a emprender de inmediato negociaciones de buena fe bajo los auspicios del Secretario General de las Naciones Unidas, para la solución pacífica y definitiva de la disputa y con sentido de urgencia completar estas negociaciones antes del 31 de diciembre de 1982, con una única opción de prórroga hasta el 30 de junio de 1983, para cumplir con la Carta de las Naciones Unidas, las resoluciones 1514 (XV), 2065 (XX) y las demás resoluciones pertinentes de la Asamblea General sobre la cuestión de las Islas Malvinas. Estas negociaciones se iniciarán sin perjuicio de los derechos y las reclamaciones o las posiciones de ambas partes y reconociendo que ellas tienen posiciones discrepantes en torno de la cuestión de las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur.

2. Las negociaciones se realizarán en la ciudad de Nueva York.

3. El Secretario General de las Naciones Unidas podrá ser asistido

en las negociaciones por un grupo de contacto formado por representantes de cuatro Estados miembros de las Naciones Unidas.

A tal efecto cada una de las partes propondrá dos Estados y tendrá derecho a vetar por única vez a uno de los Estados propuestos por la otra.

4. El Secretario General de las Naciones Unidas mantendrá asiduamente informado al Consejo de Seguridad sobre la marcha de las negociaciones.

VI. Si expirado el plazo fijado en el inciso 1 del punto V supra no se hubiere alcanzado un arreglo definitivo, el Secretario General elaborará un informe dirigido a la Asamblea General de las Naciones Unidas, a fin de que esta determine, según corresponda y con la mayor urgencia, las pautas a que deberá ajustarse dicho arreglo definitivo de manera de lograr una rápida solución de la cuestión.

El día 05 de mayo, Argentina aceptaba formalmente la gestión del Secretario General²⁵⁹. Gran Bretaña, a través del Ministro Pym negaba haber comenzado reuniones con Pérez de Cuéllar, lo cual era falso, ya que el Secretario General le había entregado al diplomático un “Ayuda Memoria” similar al que le facilitara a la Argentina²⁶⁰. Sin embargo, y ante la evidencia de los hechos, el Reino Unido dio una respuesta verbal al “Ayuda Memoria” del Secretario General, e incluía diez comentarios, realizados también de manera verbal.

Pérez de Cuéllar aguardaba la llegada de los diplomáticos argentinos a la ONU, para conocer sus impresiones sobre los diez puntos británicos.

El 09 de mayo, el embajador Ros, de Argentina,²⁶¹ fue invitado a la residencia del Secretario General en Nueva York, en donde este último le impuso sobre los avances en las tratativas de negociación, y, sobre todo, en las conversaciones que previamente había mante-

²⁵⁹ “Informe...”, Anexo V/95.

²⁶⁰ “Informe...”, apartado 442.

²⁶¹ Enrique Juan Ros, quien se desempeñaba como subsecretario en la Cancillería de Argentina.

nido con el embajador británico²⁶².

El Secretario General le hizo conocer una fórmula, la que debía entenderse como parte de un todo. La fórmula establecía:

“Las partes se comprometen a emprender de buena fe negociaciones bajo los auspicios del Secretario General para la solución pacífica de sus diferencias y a procurar con sentido de urgencia completar estas negociaciones antes del 31 de diciembre de 1982. Estas negociaciones serán conducidas sin perjuicio de los derechos, las reclamaciones o las posiciones de las partes y sin prejuzgar su desenlace”²⁶³.

El 13 de mayo, y ante la dilación británica en dar una respuesta concreta al Secretario General, este proponía el día sábado 15 de mayo, como fecha tope para que las partes llevaran sus propuestas.

Luego, el Secretario General las analizaría y presentaría su propuesta. A las 48 horas de recibida, si las partes no daban una respuesta satisfactoria, Pérez de Cuéllar daría por finalizada su gestión.

El 17 de mayo, Gran Bretaña hizo entregó su propuesta al Secretario General. Fue este el primer documento formal y escrito, presentado por el Reino Unido, desde que comenzaron las negociaciones²⁶⁴.

En resumen, la propuesta británica sostenía que: a) el ámbito geográfico del acuerdo estaría limitado a las Islas Malvinas (se excluía a las Georgias y Sandwich del Sur); b) hacía referencia al Art. 73 de la Carta de la ONU, referido a los territorios no autónomos, lo que significaba la posibilidad de un gobierno propio (con exclusión de autoridades argentinas) para las Islas Malvinas, etc. Lo más grave de la propuesta, es que había sido calificada por los británicos como “definitiva y no modificable”, dejando un margen casi nulo para cualquier negociación, a diferencia de la proposición argentina, que era modificable.

El día 19 de mayo, el Secretario General se comunicó con el presidente Galtieri, para informarle que el Reino Unido había dado por finalizadas las conversaciones, pero que esto no implicaba la fi-

²⁶² “Informe...”, apartado 464.

²⁶³ “Informe...”, apartado 465.

²⁶⁴ El documento es conocido como: “La propuesta británica del 17 de mayo”.

nalización de sus esfuerzos para encontrar una solución pacífica a la cuestión, ya que entre otras posibilidades, quedaba todavía el recurrir al Consejo de Seguridad. Pérez de Cuéllar le señaló al presidente argentino:

“Sé que los británicos consideran que la negociación está terminada para ellos, pero no está terminada para mí, porque yo, como Secretario General de las Naciones Unidas no tengo en mira el interés de ninguna de las partes, sino el interés de la paz; entonces mis esfuerzos deben continuar mientras haya alguna posibilidad de paz... yo me había permitido sugerir la posibilidad de enviar unos funcionarios nuestros para que discutan, eventualmente con Ud. si fuera el caso, esas fórmulas que nosotros pensábamos que podían resolver los problemas que están pendientes, que no son tan graves como parecen ser”²⁶⁵.

Ante la intransigencia del Reino Unido, y pese a sus denodados esfuerzos por evitar el conflicto armado, el Secretario General expuso y notificó al Consejo de Seguridad el día 20 de mayo, que daba por concluidas sus gestiones²⁶⁶.

Caía de esta forma el último intento por encontrar una solución diplomática a un conflicto bélico, que habría de extenderse un tiempo más todavía.

El día 26 de mayo, el Consejo de Seguridad emitía la Res. 505 (1982), en la cual reconocía los esfuerzos del Secretario General para lograr un acuerdo entre las partes, le solicitaba que continuara con sus buenos oficios, exhortaba a las partes para que pusieran fin a las hostilidades, pedía al Secretario General que entablara negociaciones con las partes para las condiciones de un cese al fuego, y, finalmente, le peticionaba a Pérez de Cuéllar que presentara en el término de tres días, un Informe Provisional²⁶⁷.

Conclusiones

²⁶⁵ Informe, apartado 506.

²⁶⁶ Informe, Anexo V/135.

²⁶⁷ Esta resolución fue aprobada por unanimidad.

En este trabajo no hemos analizado casi ninguna situación vinculada con la guerra en sí; excepto una: el hundimiento del Crucero

ARA General Belgrano, fuera de la zona de exclusión, decretada por el gobierno británico²⁶⁸.

El motivo por el cual le hemos dado una relevancia especial, es que este acto de guerra, trascendió lo militar y fue provocado, *ex profeso*, por el gobierno de Thatcher, para frustrar las negociaciones que venía llevando el presidente Belaúnde Terry.

Hasta ese momento, las perspectivas para lograr la paz eran altamente probables. Argentina había logrado que se sacara del acuerdo la palabra “deseos”, porque podía implicar un reconocimiento tácito a la “autodeterminación” de los kelpers. En su reemplazo se utilizaría el vocablo “intereses” de los isleños. Todo parecía encaminarse hacia una solución pacífica.

Tan cerca se estuvo de lograr un entendimiento²⁶⁹, que el presidente Belaúnde Terry el 1 de mayo, un día antes del hundimiento del Belgrano, había convocado a una conferencia de prensa para las 18 horas en Lima, en la que anunciaría al mundo la firma de un Tratado de Paz Argentino-Británico²⁷⁰.

“Este hecho sirve para recalcar que los móviles de la decisión respecto del crucero argentino, hay que buscarlos en lo inmediato, no más allá de las treinta horas anteriores a su hundimiento... y las horas próximas inmediatas, en que se decidían las negociaciones de la gestión del Presidente del Perú. Algo debió ocurrir, en ese lapso, lo suficientemente decisivo para arriesgar el apoyo político y diplomático concedido por los EE.UU., la CEE y el Consejo de Seguridad de la ONU a Gran Bretaña.

Ni el Gobierno ni el Parlamento británico han explicado- ni al mundo ni a su propio pueblo- las poderosas razones que segura-

²⁶⁸ La nave fue atacada fuera de la zona de exclusión establecida por Gran Bretaña.

²⁶⁹ Al menos esa era la creencia del gobierno de Galtieri.

²⁷⁰ Estas afirmaciones pertenecen al canciller Costa Méndez y fueron realizadas varios años después de la guerra. Citado en Yofre, “1982” ... p.355.

mente tuvieron, para perpetrar el acto de referencia²⁷¹.

A Belaúnde Terry, también se la ha endilgado el hecho de haber sido demasiado condescendiente con las sugerencias del Secretario de Estado de EE.UU. Haig, durante las negociaciones. Lo cierto es que en aquellos primeros momentos²⁷², ninguna solución pacífica parecía viable, si no se contaba con el visto bueno aquel poderoso país del norte de América.

Hemos tratado de exponer, dentro de las limitaciones propias impuestas por este trabajo, cómo el Estado peruano intentó por todos los medios, ayudar a la Argentina durante el conflicto por las Islas Malvinas.

Vimos cómo esa ayuda fue material, como el ofrecimiento de material bélico; humana, tales los casos de los pilotos de la FAP que querían combatir junto a sus pares argentinos; o diplomática, ya fuera a través del Presidente de la República Belaúnde Terry, o del Secretario General de la ONU, Pérez de Cuéllar.

Pero el acompañamiento y apoyo peruano a la causa Argentina no concluyó en 1982.

Desde lo simbólico, hasta en las acciones concretas, diplomáticas o políticas, el involucramiento del Perú en la cuestión de las Malvinas, lo ponen a la cabeza como el país que más ha hecho por coadyuvar al reconocimiento argentino de sus derechos soberanos en aquella zona austral del continente americano.

Desde lo simbólico, y a modo de ejemplo, vale la pena mencionar que la Compañía de Comandos “Chorrillos”, en Lima, Perú, lleva el nombre del Sargento Primero Mario “Perro” Cisnero, uno de los combatientes argentinos más aguerridos, muerto en las pos-trimerías de la Guerra de las Malvinas²⁷³. Cisnero fue declarado

²⁷¹ Moro, op, cit., p.210.

²⁷² Estados Unidos, al comienzo de las hostilidades se mostró, exteriormente, como un país neutral, que buscaba de buena fe una solución pacífica al conflicto. Luego, y como ya hemos visto, se volcaría definitivamente a favor de Gran Bretaña.

²⁷³ Cisnero, fue un comando argentino que murió combatiendo, cuando la guerra ya estaba terminando, en junio de 1982. Su apodo de “Perro” le venía por ser un canchero y una persona fiel a sus principios. Cuando el 2 de abril estalló la guerra, Cisnero donó el 50% de su magro sueldo al denominado “Fondo Patriótico” para las Malvinas.

además, “Héroe Nacional”.

Desde lo diplomático y político, el 31 de enero del año 2012 se conformó en Lima, el “Grupo Peruano de Respaldo y Solidaridad a la Soberanía Argentina en las Islas Malvinas”²⁷⁴.

Entre sus objetivos se proponen: apoyar a la Argentina en sus reclamos por la soberanía en las islas; instar al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores para que respalde esos reclamos; proponer al Congreso peruano para que se pronuncie en idéntico sentido, a través de una moción multipartidaria; exhortar a la comunidad internacional para que se haga efectivo el cumplimiento de las resoluciones de la ONU, en lo relativo al tema Malvinas, etc.²⁷⁵

El congresista peruano, Víctor Andrés García Belaúnde, testigo directo de los acontecimientos de 1982 como lo hemos descrito en otra parte de este ensayo, es probablemente la persona que más ha trabajado y sigue trabajando, por la causa Malvinas.

Recientemente fue invitado por la gobernadora de Tierra del Fuego a dictar una conferencia en Ushuaia, denominada: “Perú en las Malvinas: Hermandad que Trasciende el Tiempo”²⁷⁶.

En su exposición, García Belaúnde puso de manifiesto los lazos de hermandad y amistad que unen a las dos naciones. Recordó a sus oyentes que las Malvinas, antes de la creación del Virreinato del Río de la Plata, formaban parte del Virreinato del Perú.

Para finalizar, queremos rendir un pequeño homenaje a todo el pueblo peruano, que en solidaridad con la Argentina, tomó la “Causa Malvinas”, como algo propio, sin esperar recompensa alguna.

Para ello, no se nos ocurren mejores palabras para el cierre, que las que pronunciara el Libertador de Argentina, Chile y Perú, el día de la Proclamación de la Independencia de esta última nación²⁷⁷.

²⁷⁴ <http://embajadadelperu.int.ar/wp-content/uploads/2012/02/documento-Grupo-de-Apoyo-peruano-a-causa-Malvinas.pdf>

²⁷⁵ Entre los miembros firmantes del Acta fundacional figuran: el Congresista Víctor Andrés García Belaúnde, el Embajador Manuel Rodríguez Cuadros y los doctores Marcial Rubio Correa y Alberto Adrianzán. Luego, se han ido agregando otras personas, como Diego García Sayán y los ex presidentes Víctor Paniagua y Alejandro Toledo.

²⁷⁶ La conferencia fue dictada el 28/10/16.

²⁷⁷ Fue el sábado 28 de julio de 1821 en la Ciudad de Lima.

Ojalá estas expresiones, paráfrasis mediante, un día puedan ser aplicadas a las Islas Malvinas:

“El Perú es desde este momento libre e independiente, por la voluntad general de los pueblos y por la justicia de su causa, que Dios defiende. ¡Viva la Patria! ¡Viva la libertad! ¡Viva la Independencia! (José de San Martín)”

