

En busca de un método apropiado para solucionar la controversia sobre Las Islas Malvinas

Fabián Raimond[†]

Los días 10 y 11 de marzo de 2013, los habitantes de las Islas Malvinas se pronunciaron a favor de que estas continúen siendo un territorio británico de ultramar, a través de un “referéndum de autodeterminación” organizado por el gobierno de las Islas. El gobierno argentino había adelantado que no reconocería el resultado del referéndum. El incidente que este referéndum generó entre Argentina y el Reino Unido no fue aislado, sino que forma parte de un conflicto de larga data entre ambos países, originado por la irresuelta controversia de soberanía sobre las Islas. Este artículo reexamina los términos de la controversia a la luz del derecho internacional y evalúa la idoneidad de los métodos disponibles de solución pacífica de controversias.

[†] El Dr. Raimondo es Profesor de Derecho Internacional y Europeo en la Universidad de Maastricht (Holanda). Fue investigador visitante en American University (Estados Unidos) y profesor visitante en el Instituto Lim A Poh para Estudios Sociales (Surinam), la Universidad del Estado de Tbilisi (República de Georgia), la Universidad China de Ciencia Política y Derecho, y en la Academia Diplomática de la República de Armenia. Es miembro del Grupo de Estudio de la International Law Association sobre el uso de Principios del Derecho Doméstico en el Desarrollo del Derecho Internacional y coordina el grupo de estudio sobre la cuestión Malvinas, con sede en Holanda. Es miembro de la Lista de Abogados de la Corte Penal Internacional.

Palabras clave: Malvinas, autodeterminación, referéndum, Argentina, Reino Unido, soberanía, territorio

I. INTRODUCCIÓN

Los días 10 y 11 de marzo de 2013, los habitantes de las Islas Malvinas se pronunciaron a favor de que estas continúen siendo un territorio británico de ultramar. El pronunciamiento se realizó por medio de un “referéndum de autodeterminación” organizado por el gobierno de las Islas.¹ Como era de esperar, el gobierno argentino había adelantado que no reconocería el resultado del referéndum, porque es el derecho internacional lo que regula las relaciones entre Estados y no el deseo de una comunidad (es decir, los habitantes de las Islas).² Como es público y notorio, el incidente entre Argentina y el Reino Unido generado por la organización del referéndum no fue aislado sino que forma parte de un conflicto de larga data entre ambos países, originado por la irresuelta controversia de soberanía sobre las Islas.³

La falta de resolución de la controversia, la ausencia de negociaciones entre ambos países al respecto y las consecuentes fricciones diplomáticas entre ellos hacen oportuno reexaminar los términos de la controversia a la luz del derecho internacional (Parte 2), evaluar la idoneidad de los métodos disponibles de solución pacífica de controversias (Parte 3) y formular conclusiones (Parte 4).

II. LOS TÉRMINOS DE LA CONTROVERSIA DE SOBERANÍA SOBRE LAS ISLAS MALVINAS

Argentina y el Reino Unido han reclamado soberanía sobre las Islas Malvinas sobre la base de diferentes títulos jurídicos.⁴ Las pretensiones

¹ “Results on the referendum on the political status of the Falkland Islands”, Falkland Islands Government, 12 de marzo de 2013. Disponible en: <http://www.falklands.gov.fk/results-of-the-referendum-on-the-political-status-of-the-falkland-islands/> (visitado el 16 de abril de 2014).

² “Los kelpers comenzaron su referéndum”, Página 12, 10 de marzo de 2013. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-215526-2013-03-10.html> (visitado el 16 de abril de 2014).

³ La literatura sobre la cuestión Malvinas es vasta y cubre aspectos históricos, diplomáticos y jurídicos; por ejemplo: Paul Groussac, *Les Iles Malouines: Nouvel exposé d'un vieux litige*, Buenos Aires, s.n., 185 pp.; Julius Goebel, *The struggle for the Falkland Islands: A study in legal and diplomatic history, 1927*, Yale University Press, 482 pp.; y Lawrence Freedman, *The official history of the Falklands campaign*, Routledge, Londres, 2007, dos volúmenes.

⁴ En el presente artículo, el término “título” se utiliza en dos sentidos: como estatus de titular de dominio y como prueba documental de tal estatus. Cf. *Frontier Dispute, Judgment*, ICJ Reports 1986, para. 18 y *Land, Island and Maritime Frontier Dispute, Judgment*, ICJ Report 1992, para. 45.

jurídicas de las partes constituyen una “controversia jurídica” tal como esta fuera definida por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Mavrommatis*,⁵ ya que se contradicen al igual que los hechos alegados por ellas, como se da cuenta a continuación.

La Constitución de la Nación Argentina estipula que las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur forman parte integral del territorio argentino,⁶ mientras que la legislación británica establece que las Islas Malvinas –por una parte- y las Islas Georgias del Sur y Sandwich del Sur –por la otra- son Territorios Británicos de Ultramar.⁷ Así, resulta oportuno determinar los términos de la controversia a la luz de los títulos de soberanía esgrimidos por ambos países, así como evaluar someramente estos de acuerdo al derecho internacional aplicable.⁸

A. La pretensión argentina

De forma resumida, Argentina sostiene que ha sucedido en la posesión de las Islas a España desde el 25 de mayo de 1810,⁹ en conjunción con el principio *uti possidetis juris* y la ocupación efectiva.¹⁰ Según Argentina, en aquel entonces las Islas estaban ocupadas efectivamente por España, que a su vez las había recibido de Francia ya que pertenecían a España en virtud del descubrimiento y de títulos históricos.¹¹

1. *El descubrimiento y los títulos históricos*

De acuerdo a la posición argentina, las Islas Malvinas fueron descubiertas en 1520 por el explorador portugués Fernando de Magallanes mientras navegaba al servicio de España y, desde entonces,

⁵ Una disputa es ‘a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests between two persons’. The *Mavrommatis Palestine Concessions* (Greece/UK), Jurisdiction, PCIJ, Series A, No. 2, pp. 6, 12.

⁶ Constitución de la Nación Argentina, Disposición Transitoria Primera.

⁷ Cf. <https://www.gov.uk/foreign-travel-advice/falkland-islands> y <https://www.gov.uk/foreign-travel-advice/south-georgia-and-south-sandwich-islands> respectivamente (visitados el 16 de abril de 2014).

⁸ Los títulos de soberanía serán analizados someramente porque el objetivo del presente artículo no es evaluar el mérito de la pretensión argentina y el mérito de la pretensión británica, sino evaluar la idoneidad de los métodos de solución pacífica de controversia disponibles para solucionar la disputa territorial que nos ocupa.

⁹ Fecha que señala el inicio de la revolución contra España ocurrida en Buenos Aires, por entonces capital del Virreinato del Río de la Plata.

¹⁰ Yearbook of the United Nations, 1965, p. 577.

¹¹ “Malvinas: antecedentes históricos”, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina. Disponible en: <http://www.mrecic.gov.ar/es/la-cuesti%C3%B3n-de-las-islas-malvinas/antecedentes> (visitado el 16 de abril de 2014).

quedaron en control efectivo de ese reino.¹² España ya gozaba de títulos históricos sobre las islas: las Bulas Papales decretadas por el Papa Alejandro VI los días 3 y 4 de mayo de 1493 y el Tratado de Tordesillas concluido entre España y Portugal en 1494. De acuerdo a estos instrumentos, España ejercería jurisdicción sobre todo territorio por descubrir en el continente americano,¹³ tal como lo fue el de las Islas Malvinas.

2. La ocupación efectiva por parte de España

Argentina alega que las Islas fueron en principio colonizadas por Francia. La colonia francesa fue establecida en la isla oriental (Isla Soledad) en 1764 y llamada Port Louis. Sin embargo, España protestó formalmente ante Francia en razón de tal evento por considerar que las Islas le pertenecían. A raíz de la protesta española Francia evacuó la colonia y la transfirió a España en 1767.¹⁴

Mientras tanto, más precisamente en 1766, una expedición británica había establecido un fuerte en la isla occidental (Isla Gran Malvina), al que llamó Port Egmont. Tal como sucediera en relación con el asentamiento francés, España protestó formalmente ante el Reino Unido por su accionar en la isla occidental y, ante la falta de respuesta por parte de este país, expulsó a los ocupantes de Port Egmont en 1770.¹⁵ Como resultado, ambos países casi entraron en guerra, la que fue evitada en 1771 y dio lugar a un tratado por el cual España se obligó a devolver Port Egmont al Reino Unido, a los fines de salvar el honor de su monarca; al mismo tiempo, España reservó expresamente su derecho soberano sobre las Islas.¹⁶ Argentina alega que el acuerdo entre ambos Estados incluyó una promesa secreta del Reino Unido a España, por la cual aquél se comprometió a retirarse de Port Egmont una vez que el status quo ante se haya restaurado; la evacuación se efectivizó en 1774.¹⁷

¹² Ídem.

¹³ Ídem.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ Ídem.

¹⁷ Ídem. El Reino Unido ha denegado la existencia de tal promesa y ha manifestado que, por el contrario, el acuerdo de 1771 constituyó un reconocimiento expreso de su derecho soberano a las Islas. Cf. Julius Goebel, op. cit. 3, p. 225 et seq.

Argentina alega que, a partir de ese año, España ocupó y administró las Islas hasta el comienzo de la guerra de independencia argentina.¹⁸ En ejercicio de su derecho soberano, España nombró treinta y dos gobernadores de las Islas hasta 1811, año en el cual las autoridades españolas en Montevideo ordenaron el retiro de la guarnición militar de las Islas y su transferencia al continente, para defender la monarquía durante la guerra de independencia recientemente iniciada.¹⁹

Finalmente, Argentina también invoca en su favor tres tratados, que regulaban el régimen de reparto de los territorios de ultramar a colonizar por los Estados europeos: el “Tratado Americano” (también conocido como “Tratado de Madrid”), concluido entre España y el Reino Unido en 1670 y que garantizó la integridad de las posesiones españolas en América del Sur; el Tratado de Paz de Utrecht de 1713, concluido por España, Reino Unido y otros Estados, por medio del cual se ratificó el derecho exclusivo de España a navegar el Atlántico Sur; y el Tratado de San Lorenzo del Escorial de 1790, por medio del cual el Reino Unido aceptó la obligación de no establecer colonia alguna en las costas de América del Sur o en las islas adyacentes ya ocupadas por España.²⁰

3. La sucesión de Estados en conjunción con el principio *uti possidetis juris*

En razón de los argumentos precedentes, Argentina sostiene que España poseía mejores títulos a las Islas que el Reino Unido en 1810, año en el cual las Provincias Unidas del Río de la Plata heredaron de España los títulos previamente adquiridos por esta al territorio reclamado por aquéllas, en un todo de acuerdo al principio *uti possidetis juris*.²¹

En efecto, sobre la base de aquel principio, un número de actos administrativos aprobados por los primeros gobiernos de las Provincias Unidas del Río de la Plata tuvieron por objeto a las Islas.²² Así, en 1820, el marino David Jewett tomó posesión de las Islas en nombre de las

¹⁸ “Malvinas: antecedentes históricos”, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, disponible en: <http://www.mrecic.gov.ar/es/la-cuesti%C3%B3n-de-las-islas-malvinas/antecedentes> (visitado el 16 de abril de 2014). Cf. Lawrence Freedman, op. cit. 3, Vol. I, p. 424.

¹⁹ “Malvinas: antecedentes históricos”, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, disponible en: <http://www.mrecic.gov.ar/es/la-cuesti%C3%B3n-de-las-islas-malvinas/antecedentes> (visitado el 16 de abril de 2014).

²⁰ Ídem.

²¹ Ídem.

²² Ídem.

Provincias Unidas del Río de la Plata,²³ sin protesta alguna de gobiernos extranjeros, no obstante que el acto de posesión había sido publicado en los Estados Unidos de América y en el Reino Unido.²⁴

Argentina también refiere que, en 1825, el Reino Unido reconoció como Estado a las Provincias Unidas del Río de la Plata por medio del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación concluido entre ambos países, sin reclamo alguno relativo a las Islas, las que ya se encontraban ocupadas por las Provincias Unidas del Río de la Plata.²⁵

Asimismo, Argentina alega haber realizado otros actos de ocupación efectiva, tales como el establecimiento en 1829 de la Comandancia Política y Militar de las Islas Malvinas, el nombramiento de una serie de gobernadores de las Islas, la aprobación de legislación de pesca, y el otorgamiento de concesiones territoriales.²⁶ Argentina afirma haber ocupado las Islas hasta 1833, año en el cual el Reino Unido desalojó a la población argentina de las Islas por la fuerza y las ocupó militarmente, ocupación protestada formalmente en forma inmediata. Por último, también alega no haber aceptado jamás la jurisdicción del Reino Unido sobre las Islas.²⁷

B. La pretensión británica

Al comienzo, el Reino Unido fundó su pretensión jurídica en el derecho de descubrimiento y en la posterior ocupación efectiva de las Islas. Luego, suplementó la pretensión con otros dos títulos al territorio: la prescripción adquisitiva y el derecho de autodeterminación de los pueblos.

1. *El descubrimiento y la ocupación efectiva*

Según el Reino Unido, el primer avistamiento comprobado de las Islas Malvinas fue el realizado por el navegante holandés Van Weert en 1600 y el primer desembarco en ellas fue realizado por el marino británico

²³ Ídem.

²⁴ Ídem.

²⁵ Ídem.

²⁶ Ídem.

²⁷ Ídem. Cf. Julius Goebel, op. cit. 3, p. 465 y Roberto Laver, *The Falklands/Malvinas case: Breaking the deadlock in the Anglo-Argentine sovereignty dispute*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2001, pp. 66-72.

John Strong en 1690.²⁸ En 1764, Francia creó la colonia Port Louis en la isla oriental y la vendió a España en 1767.²⁹ Dos años más tarde, es decir en 1768, el Reino Unido estableció una colonia en la isla occidental, la que fue retirada por razones económicas en 1774, pero no abandonada.³⁰ En 1811 España abandonó su colonia en la isla oriental, dejando las Islas sin colonos ni gobierno.³¹ En 1820, David Jewett declaró tomar la posesión de las Islas en nombre de las Provincias Unidas del Río de la Plata, pero permaneció en las Islas tan sólo unos días y no fue seguida de ocupación o gobierno efectivos.³² En 1829, las Provincias Unidas intentaron colocar las Islas bajo control de una comandancia, pero el Reino Unido protestó formalmente el intento en razón de que violaba la soberanía territorial británica sobre las Islas.³³ En 1831, el navío estadounidense Lexington declaró las Islas libres de todo gobierno y así quedaron hasta el mes de septiembre de 1832, cuando las Provincias Unidas nombraron un gobernador interino.³⁴ El Reino Unido protestó ante las Provincias Unidas sobre la base de que tal nombramiento violaba la soberanía territorial británica y, en 1833, el buque de guerra británico Clio arribó a las Islas en ejercicio de sus derechos soberanos y ordenó partir al gobernador argentino y a los colonos. De este modo, el Reino Unido retomó la administración de las Islas luego de la partida de los argentinos.³⁵

2. *La prescripción adquisitiva*

El Reino Unido ha invocado la prescripción adquisitiva desde comienzos del siglo XX.³⁶ Así, por ejemplo, el delegado del Reino Unido en el Comité Especial Encargado de Examinar la Situación con Respecto a la Aplicación de la Declaración sobre la Declaración de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales (“Comité Especial de Descolonización”) y el consejero jurídico del Foreign Office expresaron en 1964 y 1982

²⁸ Foreign and Commonwealth Office, disponible en: www.fco.gov.uk/en/travel-and-living-abroad/travel-advice-by-country/country-profile/south-america/falkland-islands/profile=history (visitado el 4 de Julio de 2012).

²⁹ Ídem.

³⁰ Ídem.

³¹ Ídem.

³² Ídem.

³³ Ídem.

³⁴ Ídem.

³⁵ Ídem.

³⁶ Raúl Vinuesa, *El conflicto por las Islas Malvinas y el derecho internacional*, Centro de Estudios Internacionales, Buenos Aires, 1985, p. 18.

respectivamente que, si existía algún vicio en la adquisición por el Reino Unido de la posesión de las Islas en 1833, ya se habría curado por medio de la posesión pública, continua, pacífica y efectiva de las Islas a través de los años.³⁷

3. *El derecho de autodeterminación de los pueblos*

El Reino Unido comenzó a invocar el derecho de autodeterminación de los pueblos como título adicional al territorio de las Islas en la década de 1960.³⁸ Así, en 1982, durante el conflicto armado entre Argentina y el Reino Unido, el Foreign Office informó a la Cámara de los Comunes que, además de los derechos soberanos adquiridos con anterioridad a 1833, el Reino Unido contaba a su favor con la prescripción adquisitiva y el derecho de autodeterminación de los pueblos.³⁹ Este último título se ha convertido en el argumento político principal esgrimido por el Reino Unido a los fines de evitar el inicio de negociaciones con Argentina sobre la controversia de soberanía. Así, por ejemplo, inmediatamente luego de la realización del “referéndum de autodeterminación” los días 10 y 11 de marzo de 2013, el Primer Ministro británico –David Cameron– declaró que su país cree en el derecho de autodeterminación de los pueblos, que los habitantes de las Islas dejaron en claro sus intenciones políticas de cara al futuro y que el Reino Unido respetaría tal decisión.⁴⁰

C. Análisis

A la luz de las consideraciones precedentes, resulta oportuno analizar sucintamente los méritos de los títulos al territorio de las Islas invocados por Argentina y el Reino Unido.

1. *Derecho de descubrimiento y los títulos históricos*

En primer lugar, debe señalarse que, probablemente, nunca pueda determinarse fehacientemente quién descubrió las Islas, dado el carácter rudimentario de la cartografía en aquellos tiempos. Aún si tal determinación fuera posible, debe observarse que el mero

³⁷ Cf. Alfredo Bologna, “Los derechos de Inglaterra sobre las Islas Malvinas: prescripción”, *Revista de Estudios Internacionales*, Vol. 4, No. 4, 1983, p. 775. Lawrence Freedman, op. cit. 3, Vol. 1, p. 11.

³⁸ Véase por ejemplo *Yearbook of the United Nations*, 1965, p. 577.

³⁹ Cf. Roberto Laver, op. cit. 27, p. 72.

⁴⁰ ‘Prime Minister David Cameron interview on Falklands referendum result’, UK Government, 12 de marzo de 2013. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/speeches/prime-minister-david-cameron-interview-on-falklands-referendum-result> (visitado el 16 de abril de 2014).

descubrimiento de territorio (incluso en nombre y representación de un Estado) no constituía un título al territorio ni en 1520 ni en 1600, es decir, los años en los que presuntamente las Islas fueron descubiertas por Magallanes o Van Weert, respectivamente.⁴¹

En realidad, por aquellos tiempos el derecho internacional era claro en tal sentido. El mero descubrimiento de territorio sólo otorgaba un título incompleto, el cual debía completarse dentro de un tiempo razonable por medio de la ocupación efectiva del territorio cuyo descubrimiento se alegaba.⁴² Por este motivo, si las Islas Malvinas no fueron efectivamente ocupadas dentro de un tiempo razonable contado a partir de su descubrimiento, habrían constituido *res nullius*. Así, la posible pero improbable determinación de la autoría del descubrimiento de las Islas no alteraría los efectos jurídicos de su ocupación efectiva por Francia, España, el Reino Unido y las Provincias Unidas del Río de la Plata a partir de la segunda mitad del siglo XVIII.

En cuanto a los títulos históricos invocados por Argentina (las Bulas Papales y el Tratado de Tordesillas), en principio no resultarían oponibles al Reino Unido, ya que este no se encontraba sujeto a la autoridad del Papa (en el caso de las Bulas) y no fue parte de aquel tratado.⁴³

2. *La ocupación efectiva*

A la luz de la jurisprudencia internacional, la jurisdicción ejercida por las Provincias Unidas del Río de la Plata sobre las Islas Malvinas entre 1811 y 1833 constituye prima facie una ocupación efectiva. En efecto, según la Corte Permanente de Justicia Internacional, un territorio habría de adquirirse por medio de la ocupación efectiva incluso si la mayoría de los actos legislativos y administrativos relativos a tal territorio regulaban situaciones acaecidas en el asentimiento principal y a las personas allí residentes.⁴⁴ Asimismo, la Corte sostuvo que la ocupación efectiva de un territorio escasamente colonizado –tal fue el caso de las Islas Malvinas en aquel entonces- requiere muy poco en términos de ejercicio de derechos

⁴¹ Cf. Island of Palmas Case (Netherlands, USA), Reports of International Arbitral Awards, 4 de abril de 1928, Vol. II, pp. 845-846.

⁴² Ídem, p. 846.

⁴³ Cf. Raúl Vinuesa, op. cit. 36, p. 6.

⁴⁴ Legal Status of Eastern Greenland, Judgment, PCIJ, Series A/B, No. 53, p. 31.

soberanos, siempre que otro Estado reclamante no pueda exhibir un título mejor.⁴⁵

Además, de aplicarse el principio de aquiescencia, resultaría que el Reino Unido no podría invocar válidamente una pretendida ocupación ilegítima de las Islas por parte de las Provincias Unidas entre 1820 y 1833, ya que reconoció a estas como Estado independiente y soberano en 1825, sin haber formulado expresa reserva de sus pretendidos derechos soberanos sobre las Islas, dada la jurisdicción que estaban ejerciendo sobre ellas las Provincias Unidas: *qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset*.⁴⁶

3. La prescripción adquisitiva

Según la doctrina, la prescripción adquisitiva constituye un título al territorio si la posesión de partes del territorio de otro Estado ha sido ejecutada a título de soberano en forma pacífica, pública e ininterrumpida y ha perdurado durante un tiempo.⁴⁷ De reconocerse que el derecho internacional autoriza la prescripción adquisitiva de territorios,⁴⁸ el Reino Unido no habría adquirido las Islas Malvinas por aquel modo por las siguientes razones. En primer lugar, la ocupación de las Islas por el Reino Unido en 1833 no habría sido pacífica, de ser cierta la alegación argentina que fue efectuada por medio de la fuerza armada. En segundo lugar, la prescripción habría sido interrumpida por Argentina en distintas oportunidades; por ejemplo, por medio de las protestas oficiales formuladas en 1833,⁴⁹ 1834,⁵⁰ 1884⁵¹ y cada año a partir del establecimiento de la O.N.U.. En el mismo sentido, es dable destacar que, en 1849, Argentina comunicó al Reino Unido que no

⁴⁵ Ídem, p. 28.

⁴⁶ Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962, ICJ Reports 1962, p. 23.

⁴⁷ Jan Wouters y Sten Verhoeven, "Prescription", Max Planck Encyclopedia of Public International Law. Disponible en: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e862?rskey=hmpgMG&result=1&prd=EPIL> (visitado el 16 de abril de 2014).

⁴⁸ Lo que es incierto. La jurisprudencia arbitral de los siglos 19 y 20 nunca reconoció expresamente una adquisición de territorio por medio de la prescripción. La Corte Permanente de Justicia Internacional nunca fue llamada a decidir tal cuestión y la Corte Internacional de Justicia ha evadido tratarla. Cf. Jan Wouters y Sten Verhoeven, ídem.

⁴⁹ Cf. Julius Goebel, op. cit. 3, p. 456.

⁵⁰ Ídem.

⁵¹ Ídem, p. 463.

consideraba necesario renovar sus protestas, ya que la rígida postura británica no facilitaba ni facilitaría el arreglo de la controversia.⁵²

Además, cuando un Estado posee un título al territorio sobre la base de sucesión de Estados en conjunción con *uti possidetis juris*, mientras que otro lo tiene basado en la ocupación efectiva y continua, la jurisprudencia internacional ha considerado mejor título al último sólo si la ocupación ha sido consentida por el otro Estado reclamante.⁵³ En el caso que nos ocupa, Argentina no ha consentido nunca la ocupación de las Islas por el Reino Unido y, en consecuencia, su título al territorio basado en sucesión de Estados en conjunción con el principio de *uti possidetis juris* prevalecería sobre el del Reino Unido basado en la ocupación efectiva y continua.

4. *El derecho de libre determinación de los pueblos*

Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de libre determinación de los pueblos es uno de los propósitos de la O.N.U.⁵⁴ A la luz de tal noble objetivo y de la necesidad de terminar con el colonialismo, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 14 de diciembre de 1960 la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Pueblos y Países Coloniales (resolución 1514 (XV)). Como es sabido, esta resolución aspiró a favorecer el proceso de descolonización, declarando que “todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación” (parágrafo 2), aunque preservando la integridad territorial de los Estados (parágrafo 6).

En la misma sesión anual, la Asamblea adoptó la resolución 1541, que versó sobre la obligación de transmitir la información relativa a territorios no autónomos referida en el Artículo 73 de la Carta. En ella la Asamblea exhortó a los Estados miembros transmitir información “respecto de un territorio que está separado geográficamente del país que lo administra y es distinto de este en sus aspectos étnicos o culturales” (Principio IV). En esta resolución la Asamblea también precisó las circunstancias por las cuales un territorio no autónomo podría considerarse como habiendo alcanzado la plenitud de su gobierno propio: cuando se convirtiera en un Estado soberano e independiente;

⁵² Cf. Raúl Vinuesa, op. cit. 36, p. 18.

⁵³ Cf. Roger O’Keefe, “Legal Title versus effectivités: Prescription and the Promises and Problems of Private Law Analogies”, 13 *International Community L Rev.* (2011), pp. 187-188.

⁵⁴ Carta de las Naciones Unidas, Artículo 1.2.

cuando estableciera una libre asociación con un Estado independiente; o cuando se integrara a un Estado independiente (Principio VI).

Probablemente inspirado en el texto de aquellas dos resoluciones, el Reino Unido concibió una solución para la controversia de soberanía sobre las Islas Malvinas: exigir el respeto a los deseos de los habitantes de las Islas, sobre la base del derecho de autodeterminación de los pueblos. Como demuestra el resultado del referéndum organizado en las Islas los días 11 y 12 de marzo de 2013 por ejemplo, el deseo de los habitantes de las Islas consiste en conservar el estatus de territorio británico de ultramar.⁵⁵

La cuestión fundamental es si la población de las Islas podría ser calificada como un “pueblo” titular del derecho a la autodeterminación. De momento, la Corte Internacional de Justicia ha reconocido el derecho de autodeterminación de los pueblos sólo a aquellos cuyo derecho a la autodeterminación haya sido reconocido por la Asamblea General y a los pueblos sometidos a una ocupación o dominación extranjera.⁵⁶ Bien por el contrario, las resoluciones de la Asamblea General relativas a la controversia de soberanía sobre las Islas Malvinas no han reconocido el derecho de autodeterminación a sus habitantes, sino invitado a Argentina y al Reino Unido a negociar la controversia teniendo en cuenta los intereses de la población de las Islas.⁵⁷ La utilización por la Asamblea de los términos “intereses” y no “deseos”, así como también de “población” y no “pueblo”, ha dejado en claro que el órgano plenario de la O.N.U. no reconoce a los habitantes de las Islas Malvinas como un pueblo titular del derecho a la autodeterminación.

Habiendo examinado someramente los títulos invocados por las partes, resulta oportuno investigar la idoneidad de los métodos disponibles de solución pacífica de controversias.

⁵⁵ El resultado del referéndum se encuentra disponible en: <http://www.falklands.gov.fk/results-of-the-referendum-on-the-political-status-of-the-falkland-islands/> (visitado el 16 de abril de 2014).

⁵⁶ Resolución 2065 (XX), 16 de diciembre de 1965. Por un análisis de tales resoluciones véase Fabián Raimondo, “The sovereignty dispute over the Falklands/Malvinas: What role for the UN?”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 59, No. 3, 2012, pp. 399-423.

⁵⁷ Resolución 2065 (XX), 16 de diciembre de 1965. Por un análisis de tales resoluciones véase Fabián Raimondo, “The sovereignty dispute over the Falklands/Malvinas: What role for the UN?”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 59, No. 3, 2012, pp. 399-423.

III. LOS MÉTODOS DISPONIBLES DE SOLUCIÓN PACÍFICA DE CONTROVERSIAS

El artículo 2.3 de la Carta de las Naciones Unidas establece como principio de la organización el arreglo pacífico de solución de controversias, de tal modo que no se pongan en peligro la paz y la seguridad internacionales. El artículo 33, por su parte, establece a tal fin que las partes intentarán solucionar una controversia, ante todo, por medio de la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial o el recurso a organismos regionales. Es decir, la Carta menciona a título ejemplificativo una serie de métodos diplomáticos (o políticos) y jurídicos de los cuales los Estados partes en una controversia podrían servirse al fin de solucionarla. De existir voluntad recíproca de solucionar la controversia de soberanía sobre las Islas Malvinas, podrían Argentina y el Reino Unido elegir uno u otro de los métodos mencionados en el artículo 33, o incluso uno distinto. Por tanto, ha llegado el momento de pasar a examinar cuál método podría adecuarse mejor a la controversia que nos ocupa, en consideración de las circunstancias de hecho y de derecho referidas precedentemente.

A. La negociación

En primer lugar, ambos países podrían entablar negociaciones bilaterales. Como en toda solución negociada de una controversia, Argentina y el Reino Unido deberían estar persuadidos de que las ventajas de una tal solución a su controversia son mayores que las desventajas.⁵⁸

Para el Reino Unido, el reconocimiento de la soberanía argentina sobre las Islas Malvinas y la transferencia del control efectivo sobre ellas a la Argentina aliviaría el costo económico de solventar la defensa militar de las Islas y el estándar de vida de los residentes en ellas,⁵⁹ el cual se incrementaría si la constante presión diplomática y económica por parte de Argentina aumentase. Además, una solución negociada eliminaría un

⁵⁸ John Merrills, *International Dispute Settlement*, 4ta edición, Nueva York, Cambridge University Press, 2005, p. 12.

⁵⁹ Los costos de defensa son de aproximadamente 64.000.000 de libras esterlinas anuales. Cf. "Falklands defence budget to be cut despite conflict with Argentina", Daily Mail Online, 5 de abril de 2012. Disponible en: www.dailymail.co.uk/news/article-2119639/Falklands-defence-budget-cut-despite-conflict-Argentina.html (visitado el 16 de abril de 2014).

factor que ha irritado las relaciones políticas entre el Reino Unido y los países latinoamericanos.⁶⁰

Argentina, a su vez, tendría la gran posibilidad de completar su integridad territorial a cambio de concesiones implícitas en toda solución negociada. Si Argentina no estuviera dispuesta a realizar concesión alguna resultaría harto improbable solucionar la controversia, ya que si bien un tribunal internacional podría reconocer la validez jurídica del reclamo argentino en su totalidad, ninguno podría ejercer su competencia sin el consentimiento previo del Reino Unido, como se explicará más adelante.

Puesto que en el pasado ambos países se habrían mostrado interesados en una propuesta de transferencia de soberanía sobre la base de un acuerdo de leasing,⁶¹ la concepción de un acuerdo similar no sería algo descabellado. A tales fines, las partes podrían negociar salvaguardias para los residentes de las Islas tales como ciudadanía por opción, uso del idioma inglés y un régimen impositivo especial.

Sin embargo, dada la renuencia del Reino Unido a entablar negociaciones sobre la cuestión de soberanía y dado el texto de la resolución 31/49 de la Asamblea General de las Naciones Unidas –que insta a ambos países a no adoptar decisiones que conllevarían la introducción de modificaciones unilaterales del status quo– ambos Estados podrían, a título preliminar, entablar negociaciones tendientes a establecer un régimen de exploración y explotación conjuntas de los recursos naturales de las Islas. Así, se evitaría que si la parte en la controversia que tiene mejor título al territorio fuera aquella que no lo está ocupando actualmente, no resulte perjudicada económicamente. Dicho de otro modo, si Argentina fuera la parte con mejor título a las Islas, la explotación exclusiva de los recursos naturales de estas por el Reino Unido le estaría ocasionando un daño material que podría evitarse por medio de un acuerdo. Para ello, Argentina y el Reino Unido podrían

⁶⁰ “Tema Malvinas se tratará en Cumbre de las Américas”, El Diario, 27 de marzo de 2012, disponible en: www.eldiario.net/noticias/2012/2012_03/nt120327/internacional.php?n=119&-tema-de-malvinas-se-debatira-en-cumbre-de-las-americas (visitado el 16 de abril de 2014); “Latin America backs Argentina over Falkland Islands”, France 24, 31 de marzo de 2012, disponible en: <http://www.france24.com/en/20120331-thirty-years-after-war-british-control-over-falklands-still-disputed-argentina-latin-america/>, visitado el 16 de abril de 2014); “Falklands row could hit UK’s South American ambitions”, Reuters, 2 de abril de 2012, disponible en <http://uk.reuters.com/article/2012/04/02/uk-britain-falklands-idUKBRE8300EG20120402> (visitado el 16 de abril de 2014).

⁶¹ Cf. Lawrence Freedman, op. cit. 3, p. 24 et seq.

redactar un acuerdo de cooperación basado, por ejemplo, en el texto de la declaración conjunta firmada por ambos países en 1995, relativa a la cooperación sobre actividades off-shore en el Atlántico sudoccidental.⁶²

B. Los buenos oficios o la mediación

Si el inicio de negociaciones por la soberanía territorial de las Islas se dilatará (ya sea por cuestiones relacionadas –como la exploración y explotación de sus recursos naturales- como punto de partida hacia negociaciones por la soberanía), los buenos oficios o la mediación podrían brindar caminos alternativos hacia una solución negociada de la controversia. Candidatos a cumplir las funciones de gestor de buenos oficios o de mediador podrían ser el Secretario General o el Presidente de la Asamblea General de las Naciones Unidas, por ejemplo. Así, el 10 de febrero de 2012, el Presidente de la Asamblea General ofreció espontáneamente sus buenos oficios para acercar a las partes,⁶³ ofrecimiento que ha sido aceptado tan sólo por Argentina.⁶⁴ En este caso, una gestión de buenos oficios exitosa sería aquella que lograra convencer a ambos países de la necesidad de entablar negociaciones.

La mediación, a su vez, podría resultar atractiva para las partes sólo en la medida que ambas deseen solucionar la controversia, logren identificar un mediador que les resulte aceptable y que este acepte el cargo. Reunir estas tres condiciones es difícil pero no imposible, en la medida que la primera se haya cumplido. Aún así, encontrar un mediador que ambas partes acepten podría ser más problemático que de costumbre, a la luz de la experiencia resultante de la “mediación Haig” al inicio del conflicto armado entre ambos países en 1982.⁶⁵ En efecto, según documentos recientemente desclasificados por el Archivo de Seguridad Nacional de la Universidad George Washington, la mediación

⁶² El texto puede consultarse en: <https://www.mrecic.gov.ar/userfiles/documentos-malvinas/1995-declaracion-conjunta-hidrocarburos-denuncia-2007.pdf> (visitado el 16 de abril de 2014).

⁶³ Statement Attributable to the Spokesperson for the President of the General Assembly, UN, New York, 10 de febrero de 2012. Disponible en: www.un.org/en/ga/president/66/news/PRStatements/ps100212.shtml (visitado el 1 de marzo de 2012).

⁶⁴ Comunicado de Prensa No. 038/12, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 14 de febrero de 2012. Disponible en: <http://www.mrecic.gov.ar/node/34960> (visitado el 16 de abril de 2014).

⁶⁵ Sobre la “mediación Haig” léase Oscar Cardoso et al., *Malvinas: La Trama Secreta*, edición definitiva, Sudamericana, Buenos Aires, 2012, p. 180 y seq.

realizada por el entonces Secretario de Estado norteamericano Alexander Haig no fue imparcial.⁶⁶

Además de los métodos diplomáticos de solución de controversias arriba referidos, habría que indagar las posibilidades de recurrir a un método jurídico, es decir, el arreglo judicial o el arbitraje.

C. El arreglo judicial o el arbitraje

La controversia entre Argentina y el Reino Unido sobre las Islas Malvinas es esencialmente jurídica, ya que versa sobre los títulos al territorio de estas. Tal como se explica arriba, los títulos invocados por Argentina son la sucesión de Estados en conjunción con el principio *uti possidetis juris* y la ocupación efectiva, mientras que los títulos esgrimidos por el Reino Unido son la ocupación efectiva, la prescripción adquisitiva y el derecho de autodeterminación de los pueblos. Dado el carácter jurídico de la controversia, podría ser resuelta por medio del arreglo judicial o del arbitraje.

En este contexto, cabe recordar que la función principal de la Corte Internacional de Justicia es “decidir de acuerdo al derecho internacional las controversias que le sean sometidas”⁶⁷ y que sus sentencias resultan obligatorias para las partes del proceso y son inapelables.⁶⁸ Por tanto, el recurso a la Corte Internacional de Justicia parece un método apropiado para solucionar la controversia de soberanía sobre las Islas Malvinas.

El problema es que la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia se encuentra supeditada al consentimiento previo del Estado y, ni Argentina, ni el Reino Unido la han aceptado en relación con la controversia en cuestión. En efecto: (i) ningún tratado estipula una cláusula compromisoria que los habilite a someter la controversia a la Corte; (ii) tampoco existe un acuerdo especial (compromiso) entre ellos a tal efecto;⁶⁹ y (iii), Argentina no ha formulado la declaración unilateral de aceptación prevista en el Artículo 36.2 del Estatuto. Si Argentina formulara tal declaración, no podría someter la controversia a la Corte debido al tenor de la declaración de aceptación realizada por el Reino

⁶⁶ “Reagan on the Falkland/Malvinas: ‘Give Maggie Enough to Carry On...’”, National Security Archive. Disponible en: www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB374/ (visitado el 16 de abril de 2014)

⁶⁷ Artículo 38, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

⁶⁸ Artículo 59, ídem.

⁶⁹ Artículo 36.1, ídem.

Unido, la que excluye de la competencia de la Corte toda controversia originada con anterioridad al 1 de febrero de 1974.⁷⁰

Mas aún, las probabilidades de conclusión de un acuerdo especial (compromiso) entre ambos países a los fines de someter la controversia a la Corte son mínimas, al presente. Para Argentina, esta controversia es de gran importancia política como para dejarla en manos de un tribunal internacional que no ha desarrollado jurisprudencia en torno a una de las delicadas cuestiones jurídicas subyacentes: determinar si pueblos otros que coloniales o sujetos a dominación u ocupación extranjera gozan del derecho de autodeterminación de los pueblos. El Reino Unido, a su vez, no parece estar realmente convencido del mérito de sus propios títulos de soberanía.⁷¹

Por último, es dable señalar que el recurso al arbitraje internacional resulta harto improbable por razones similares a las expuestas en relación con el arreglo judicial ante la Corte Internacional de Justicia: ni Argentina ni el Reino Unido consentirían establecer un tribunal arbitral para solucionar la controversia sobre la base del derecho internacional, en razón de la gran importancia política de esta controversia para la Argentina y los riesgos para ambos países que conllevaría la discusión de cuestiones jurídicas no del todo resueltas, tales como la titularidad del derecho de autodeterminación de los pueblos.

IV. CONCLUSIÓN

Considerando que el paso del tiempo dificulta aún más la solución de la controversia de soberanía sobre las Islas Malvinas; teniendo en cuenta que el paso del tiempo también contribuye a perpetuar una ocupación contestada; y, dado que por medio de tal ocupación, una de las partes en la controversia podría estar afectando negativamente los títulos de soberanía alegados por la otra, incluyendo su soberanía sobre los recursos naturales de las Islas, ya es tiempo de que Argentina y el Reino Unido decidan solucionar esta controversia. A la luz del análisis

⁷⁰ El texto de la declaración de aceptación de la competencia de la Corte puede se encuentra en: www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=3&code=GB (visitado el 16 de abril de 2014)

⁷¹ Poco tiempo luego de la finalización del conflicto armado de 1982, la Cámara de los Comunes británica estableció un Select Committee a los fines de determinar cuál de los dos países tenía mejores títulos sobre las Islas Malvinas. Este comité se declaró a sí mismo "unable to reach a categorical conclusion on the legal validity of the claims" de ambos países. Cf. Lawrence Freedman, op. cit. 3, p. 2.

precedente, el método de solución de controversias más recomendable es la negociación bilateral, ya que permitiría a ambos países retener una gran medida de control sobre los términos de un posible acuerdo y, de este modo, asegurarse que podrán satisfacer su interés nacional en gran medida. Ambos países deberían comenzar a entablar negociaciones de buena fe lo antes posible, a los fines de encontrar una solución definitiva a esta controversia ya casi bicentenaria.