

# FORUM

05

AÑO 2017

ANUARIO  
DEL CENTRO DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA  
UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA



# **FORUM**

## **ANUARIO DEL CENTRO DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

**– Nº 5 - Año 2017 –**



# FORUM

## ANUARIO DEL CENTRO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

– N° 5 - Año 2017 –

**Facultad de Derecho  
Universidad Católica Argentina**

**ORLANDO JUAN GALLO**

**Director del Centro de Derecho Constitucional**

**ROBERTO ANTONIO PUNTE**

**Coordinador del Anuario**

**CONSEJO DE REDACCIÓN**

**Luis M. Roldán - Ezequiel Abásolo - Germán Masserdotti -  
Carlos Gabriel Arnossi**



Editorial de la Universidad Católica Argentina



## **Autoridades de la Universidad**

Arzobispo Rector Mons. Dr. Víctor Manuel Fernández

Vicerrector de Asuntos Académicos e Institucionales:  
Dr. Gabriel Limodio

Vicerrector de Asuntos Económicos:  
Dr. Horacio Rodríguez Penelas

Vicerrectora de Investigación:  
Dra. Beatriz Balian de Tagtachian

## **Autoridades de la Facultad**

Decano:  
Dr. Daniel Alejandro Herrera

Secretario Académico:  
Dr. Néstor A. Raymundo

Prosecretario Académico:  
Dr. Fernando Ubiría

Director de Investigación Jurídica Aplicada:  
Dr. Jorge Nicolás Laferrière

Director del Departamento de Posgrado:  
Dr. Gustavo Costa Aguilar

Punte, Roberto

Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina / Roberto Punte. - 1a edición especial. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Educa, 2017. 238 p. ; 23 x 16 cm.

Edición para la Fundación Universidad Católica Argentina  
ISBN 978-987-620-339-5

1. Derecho Constitucional . I. Título.  
CDD 342

Los autores de los artículos publicados en el presente número ceden sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que incorpore la versión digital de los mismos al Repositorio Institucional "Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina" como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica

## UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA

FUNDACIÓN UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA  
A. M. de Justo 1400 • P.B., Contrafrente • (C1107AAZ)  
Tel. / Fax 4349-0200 • educa@uca.edu.ar  
Buenos Aires, agosto de 2017

ISBN: 978-987-620-339-5

---

Queda hecho el depósito que previene la Ley 11.723  
Printed in Argentina - Impreso en la Argentina

## SUMARIO

<b>Editorial: Ética constitucional y bien común</b>	
ROBERTO ANTONIO PUNTE .....	9
 La Corte Interamericana o de la tentación de la exorbitancia. El caso "Fontevecchia, Jorge; D'Amico, Héctor vs. Argentina	
LUIS MARÍA BANDIERI .....	15
 La libertad de prensa como libertad política	
ORLANDO J. GALLO .....	31
 Los dos nueve de julio (1816, 1853). La tragedia de las luchas civiles en el sermón de Esquiú y el discurso de Sarmiento en el Senado	
NORBERTO PADILLA .....	45
 Las instituciones confederales como puente entre 1816 y 1853	
ROBERTO ANTONIO PUNTE .....	61
 Análisis histórico, jurídico y político de la cuestión de las islas Malvinas y del Atlántico Sur	
HERNANDO V. CAÑARDO .....	79
 In memoriam	
CARLOS MARÍA BIDEGAIN .....	223
 <b>Documentos</b>	
Memoria del Centro de Derecho Constitucional 2016	
ORLANDO J. GALLO .....	227

Informe sobre el XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional	
ORLANDO J. GALLO .....	229
Reseña de la visita realizada al Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, el día 8 marzo de 2017, por el juez de la Corte Suprema, Doctor Horacio Rosatti .....	231
FORUM. Normas de publicación .....	235

# **EDITORIAL**

## **ÉTICA CONSTITUCIONAL Y BIEN COMÚN**

### **RESUMEN**

Ser república genera una decisión ética frente a las cosas comunes y desde la Constitución se proyecta sobre la totalidad del Derecho y la convivencia.

### **PALABRAS CLAVE**

Constitución - Ética - República - Orden público - Buenas costumbres.

### **ABSTRACT**

Being part of a republic implies an ethical decision that projects from de Constitution to the entire legal system and the life of the community.

### **KEYWORDS**

Constitution - Ethics - Republic - Public order - Accepted morality.

La debilidad de las leyes como rectoras de la conducta y el difundido fenómeno de la anomia vienen generando una nueva visión del Derecho desde los principios que infunden o deben infundir las reglas escritas. Y esto, a su vez, nos remite a lo axial y fundante de la unidad del Derecho. Así se ha impostado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que, en el actual reflujo, ha dado nueva fuerza a la unidad sustante del Derecho Constitucional respecto de las normas jurídicas en general.

Es en éste donde deben encontrarse las bases del orden público que garantiza la convivencia en paz, pues sus reglas son siempre primariamente imperativas. Este aserto es fácilmente entendible desde la perspectiva del control de constitucionalidad, en donde, en caso de conflicto, debe verificarse en qué grado mayor o más urgente esté comprometida la legalidad constitucional.

Pasando al plano de la vida cotidiana de los pueblos, cabe afirmar que desde la Constitución se proyecta un *ethos*, que en nuestro caso es republicano. La interpretación armónica de los artículos 14, 17 y 19 de la Constitución sitúa los deberes públicos en su marco republicano. Ser república es raigalmente adherir a una posición ética frente a las cosas comunes.

La publicidad de los actos de gobierno, hoy denominada transparencia; la alternancia en los cargos públicos; el respeto de los límites y los lugares de los otros, sean personas o instituciones; la renuncia voluntaria a las ventajas privadas en aras de los beneficios comunes. Desde este *ethos* se ilumina qué quiere decir “mal desempeño” (art. 53, CN) del Ejecutivo, y “buena conducta” de los Jueces (art. 109, CN), superando las argucias de los sofistas.

Y en los ciudadanos de a pie, incluye las “buenas costumbres”, o sea, las “normas consuetudinarias dotadas de la obligatoriedad jurídica”, ligadas al “orden público” como “aquella parte del orden jurídico que asegura los fines esenciales de la colectividad”. Tal el caso de los antiguos artículos 953 y 1071 del Código Civil, sobre el objeto de los actos jurídicos y el abuso del Derecho –hoy, arts. 10 y 279–, o las reglas sobre las convenciones ilícitas.

Siempre habrá retóricos difusores de dudas y neblinas, cofrades de confusiones y mentiras, armadores de cenagosas tramoyas en beneficio propio y estropicio de los incautos. Pero hay momentos de

verdad, en que la palabra bien dicha y cumplida, las manos firmemente estrechadas, el abrazo sin traición, demuestran su valor como fuertes tramas que sostienen la buena convivencia. Siguiendo a Jellinek, cabe agregar que “la prohibición legal de convenciones atentatorias contra la moral no hace sino ensanchar la obligatoriedad jurídica de la ética, haciéndola comprender situaciones no previstas concretamente por la ley”, entendiéndolo, por supuesto, que se trata de los aspectos públicos de la moral, es decir, los que rigen la conducta en cuanto se exterioriza en relaciones con los demás.

Esto no depende del concepto que de él tenga la autoridad del legislador, sino de los valores colectivos que deben realizarse socialmente, en tono jurídico, y que para el juez se manifiestan como el espíritu de las leyes. Se aplica, por lo tanto, la denominación “leyes de orden público” a las que interpretan ese conjunto de principios eminentes, que conforman el núcleo duro constitucional –hoy incluimos los Tratados de Derechos Humanos–, los que organizan instituciones fundamentales del Derecho Privado como las concernientes a la personalidad (nombre, estado, capacidad, domicilio, etc.), a la familia (matrimonio, parentesco, patria potestad, tutela, curatela), a la herencia (orden sucesorio, libertad de testar, legítima desheredación), al régimen de la propiedad (dominio, condominio, usufructo, uso, habitación, etc.) y los que interesan al mantenimiento de la convivencia pública según las costumbres.

Joaquín V. González expresa que la potestad de restricción legal de los derechos, ínsita en la facultad reglamentaria del Congreso, por el artículo entonces 67, inciso 11, nace “de la misma naturaleza de la sociedad, de los principios eternos de justicia y de moral y del conjunto de los medios y recursos ideados por la Constitución para afianzar la justicia, consolidar la paz, proveer a la defensa común, procurar el bienestar de todos y asegurar la libertad”. Aclara, asimismo que “limitar no es alterar”, pues debe concordarse esta potestad con la exigencia de razonabilidad del artículo 28, “porque no sólo puede haber en los pueblos presidentes o reyes que se hagan tiranos, sino también legislaturas o parlamentos que conviertan su potestad de dictar leyes en verdadero despotismo, o en leyes injustas para usurpar otros poderes u oprimir la libertad y los derechos de los individuos del pueblo”. Todo el gobierno, agrega, ha sido organizado

constitucionalmente con este doble propósito, de defender los derechos de las personas, delimitando los del gobierno.

Con igual actualidad, Bidart Campos sostiene que tanto el área de intimidad como la zona de permisión no son cuestiones “extra-jurídicas” ni “ajurídicas”, porque, desde que el Derecho las protege quiere decir que son espacios jurídicamente relevantes, “dentro” y no fuera, del mundo jurídico.

La pauta genérica de la libertad es un valor sostenido en el preámbulo, y hoy ampliamente reforzado a través del Pacto de San José de Costa Rica (arts. 3º, 7º, 1º, 6º). Es, pues, una libertad “jurídicamente relevante”, no sólo un “hecho”, sino un Derecho Subjetivo a un ámbito de protección del desarrollo humano, que resulta esencial.

Es evidente que la Constitución considera valiosos y defendibles la vida humana, la educación, el trabajo, la familia, la honestidad en el ejercicio de la función pública, y en el trato justo entre proveedores y consumidores. Aun la mención de preeminencia de la Iglesia implicó, desde siempre un plexo normativo arraigado en la cultura, correspondiente a un modo de civilización en la organización social, de la familia, del trabajo, de la relación con la propiedad y el ambiente, que también da contenido al concepto de la ética pública. En el actual contexto pluralista puede decirse que existe pública vigencia de este plexo, en la medida que determina un estándar moral, que puede interpretarse de modo independiente –sin pretender por ello ignorar su origen histórico, metafísico y teológico, que en la comprensión actual se vincula con la cultura judeocristiana en todas sus variantes y manifestaciones–, para configurar un modo de relación o vínculo entre las personas, que es lo que se debe entender como el sustrato básico de la denominada “moral pública”, existiendo numerosas normas en la Constitución que avalan esta postura.

Si tomamos la moral pública como el sustento de las decisiones individuales, vertidas a la convivencia, todos los derechos del artículo 14, la prohibición tanto de la sedición del artículo 22 como del otorgamiento de la suma del poder público del artículo 29, o el enriquecimiento de los funcionarios a costa del Estado, o los actos que sean contrarios al orden constitucional y el sistema democrático del artículo 36, o el derecho al ambiente sano y equilibrado y al desarrollo humano o la protección de los usuarios y consumidores en su li-

bertad de elección, informada y protegida incluso en el orden económico, nos dan una serie de pautas y conductas que implican reglas juridizadas de moral tanto personal como pública, y que forman un todo verificable con el orden público necesario a la convivencia social y política.

El orden público, la moral y las buenas costumbres constituyen una tríada, en la que está imbricado el mantenimiento de la convivencia civilizada tal cual se conoce. Es una reflexión corriente que cada época prefiere, dentro del repertorio de valores necesarios para dicha convivencia, dar relevancia a algunos mientras que otros pasan a un segundo plano. Si bien todos los valores como tales permanecen, sus aplicaciones prácticas varían, precisamente al tono del cambio de las costumbres.

Cabe, pues, repasar este feliz encuentro entre norma escrita y contenidos sustantivos de una ética, a la vez cristiana y republicana, para el bien común.

ROBERTO ANTONIO PUNTE



# **LA CORTE INTERAMERICANA O DE LA TENTACIÓN DE LA EXORBITANCIA EL CASO “FONTEVECCHIA, JORGE; D’AMICO, HÉCTOR VS. ARGENTINA”**

LUIS MARÍA BANDIERI<sup>1</sup>

## **RESUMEN**

La tendencia asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a expandir su competencia de control de convencionalidad encuentra un límite en la reserva de soberanía de los Estados.

## **PALABRAS CLAVE**

Corte Interamericana de Derechos Humanos - Control de convencionalidad - Zona de reserva de los Estados - Caso “Fontevicchia” Argentina.

## **ABSTRACT**

The Interamerican Human Rights Court tendency to expand its powers of conventionality compliance review may find its limit in the States sovereignty reservation zone.

1. Abogado(UBA), Doctor en Ciencias Jurídicas(UCA), Profesor Titular Ordinario de Derecho Constitucional y de Derecho Político.(UCA)

**KEYWORDS**

Interamerican Human Rights Court - Powers of conventionality compliance review - States sovereignty reservation zone - In re "Fontevicchia" Argentina.

Exorbitarse es salirse de la órbita propia, invadir la de los demás y erigirse por encima de toda relación con aquéllos. Una desmedida –humana, demasiado humana– en que suelen caer individuos e instituciones hasta que, como señalaban los antiguos, el largo brazo de una Némesis vindicativa restaure a contrapelo el equilibrio. La CIDH, de unos años a esta parte, ha incurrido en desmesura, excedido sus límites y promulgado con sus fallos un nuevo pacto que se solapa con la Convención Americana de 1969 ("el Pacto"). El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH", del 14 de febrero último, expresa un giro en la tendencia jurisprudencial hasta entonces dominante y planta un freno a la exorbitancia de la CIDH.

El control de convencionalidad por parte de la CIDH, tanto horizontal como vertical<sup>2</sup>, es una creación pretoriana de dicho tribunal en ejercicio de un activismo que la doctrina suele catalogar de "interpretación mutativa por adición"<sup>3</sup>. El intérprete judicial extiende en esos casos el sentido y alcance de una norma más allá de sus límites textuales e incluso asume competencias propias de los órganos legisferantes.

2. Llamo "horizontal" al que ejerce de modo concentrado la CorteIDH en los casos que arriban a su conocimiento y "vertical", el que exige difusamente de los magistrados y funcionarios locales en sus diversas jerarquías. También suele denominárselos control supranacional o "desde arriba" y control nacional, o "desde abajo", respectivamente.

3. La expresión "interpretación mutativa por adición" pertenece a SAGÜÉS, Néstor Pedro, "El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo", p. 382, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx).

En nuestro caso, la norma es la Convención Americana de Derechos Humanos (“la Convención”, “el Pacto”) y la CIDH está actuando, respecto de ella, para echar mano de la famosa frase de Woodrow Wilson, como una convención de Estados partes en sesión permanente.

Como señala Sagüés, la doctrina resultante del control vertical de constitucionalidad es “decidida e *impuesta* por la Corte Interamericana, y de *modo directo*, a los jueces nacionales, vale decir, sin intermediarios [...] hecho que perfila a la Corte Interamericana como órgano supranacional”<sup>4</sup>. Añádase a esto que la doctrina sentada en los fallos referidos a un Estado involucrado se considera extensiva *erga omnes* a los demás Estados signatarios de la Convención Americana, ajenos al contencioso donde aquélla fue establecida<sup>5</sup>. Agréguese que la CIDH pretende que los efectos directos de sus pronunciamientos se apliquen sin necesidad de una regulación interna al efecto por parte del país condenado y por sobre sus norma y procedimientos locales. También la CIDH exige que la cosa juzgada pronunciada en los máximos tribunales de los Estados afectados, que contradiga sus decisiones, sea dejada sin efecto. Por fin, el control de convencionalidad vertical obligatorio desde abajo hacia arriba, efectuado teniendo en cuenta el Pacto y su interpretación por la CIDH, constituye a los magistrados y funcionarios locales en agentes de aquel tribunal que, de no ejecutar aun de oficio<sup>6</sup> el escrutinio de convencionalidad de conformidad con los criterios de su “intérprete último”<sup>7</sup>, incurrir en responsabilidades propias y harían incurrir en responsabilidad al Estado que sirven. Nogueira Alcalá señala que este deber de los magistrados locales los convierte en “jueces naturales” de la Convención<sup>8</sup>.

4. *Ibidem*, p. 384. Las cursivas son del autor.

5. Voto razonado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en “Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México”, noviembre de 2010.

6. Caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs.* Perú”, 24 de noviembre de 2006.

7. *Ídem*.

8. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XIX, Bogotá, 2013, p. 521.

Más aún, la carga se extiende a los funcionarios de todos los órganos públicos estatales<sup>9</sup>. Todo ello dictado por una CIDH que “no responde ante nadie ni existe ningún organismo que la fiscalice”<sup>10</sup>.

Hasta aquí, la enumeración de los elementos configurativos de la desmesura de la CorteIDH.

### “CONVENCIONAL COADYUVANTE COMPLEMENTARIA”

Debe recordarse que la protección de los Derechos Humanos por la CorteIDH es de “naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el Derecho Interno de los Estados americanos”, como señala el Preámbulo del Pacto. “Coadyuvar”, según el Diccionario de la Lengua, es “contribuir, asistir o ayudar a la consecución de alguna cosa”. Interrogando más la palabra, resulta de la preposición latina, *cum*, “con” y el verbo *adiuvare*, “ayudar”: el coadyuvante o, mejor, el coadjutor, es el que ayuda a quien tiene por tarea el logro de algo; en el lenguaje eclesiástico, es el que ayuda a un párroco. “Complementar”, por su lado, es añadir algo a una cosa, cualidad o circunstancia para completarla: el que complementa rellena –se origina en el verbo latino, *complere*, “llenar” – algo que ya está. Por eso, la CIDH ha establecido en diversos pronunciamientos que “no tiene el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional; sólo puede señalar las violaciones de los derechos consagrados en la Convención, pero carece de competencia para subsanar las violaciones en el ámbito interno, lo que corresponde hacer a la Corte Suprema de Justicia”<sup>11</sup>. Sin embargo, en la “verdad efectiva” de las cosas funciona como una cuarta instancia y corte casatoria, que puede emitir órdenes de invalidar la cosa juzgada establecida por la suprema instancia local. Todo caso en que se haya

9. Caso “Gelman vs. Uruguay”, febrero de 2011.

10. SILVA ABBOTT, Max y CASTALDI, Ligia De Jesús, “¿Se comporta la Corte Interamericana como tribunal internacional? Algunas reflexiones a propósito de la supervisión de cumplimiento del caso ‘Artavia Murillo vs. Costa Rica’”, en *Prudentia Iuris*, n° 82, Buenos Aires, Educa, diciembre de 2016, p. 57.

11. Caso “Genie Lacayo vs. Nicaragua”, 29 de enero de 1997.

planteado una violación de Derechos Humanos y sus garantías –esto es, buena parte de la litigiosidad corriente en los tribunales– puede ser teóricamente objeto de declaración de admisibilidad por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y entrar en área de competencia de la CorteIDH.

### LA SUBSIDIARIEDAD Y EL “MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL”

Lo anterior, también, significa desconocer la subsidiariedad que opera como principio estructural implícito pero indispensable en todo sistema de integración escalonado. La Unión Europea la reconoce explícitamente (art. B y art. 3b)<sup>12</sup>. El nivel superior sólo intervendrá cuando los objetivos a lograr no puedan ser alcanzados suficientemente en el ámbito local. Allí será, para la CorteIDH, cuestión de “ayuda” y “complemento”, esto es, de *subsidium*, y no de puro y simple *imperium*. La subsidiariedad está unida a la noción de *frónesis*, de prudencia jurídico-política<sup>13</sup> que, en el ámbito europeo, ha sido volcada en el “margen de apreciación nacional” como criterio hermenéutico, aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>14</sup>. El Tribunal interpreta las disposiciones de la Convención Europea teniendo en cuenta las peculiaridades, condiciones y problemas locales. Como señala María Angélica Benavides Casals<sup>15</sup>, “la teoría del margen de apreciación nos indica en definitiva que allí donde no existe un mínimo común europeo para entender de una de-

12. Tratado de la Unión Europea, texto aprobado en Maastricht, 7 de febrero de 1992.

13. Ver MAINO, Carlos Alberto Gabriel, “El control de convencionalidad y las dificultades que ofrecen las interpretaciones de la CIDH”, en *Prudentia Iuris*, n° 81, Buenos Aires, Educa, 2016, p. 44.

14. Si bien la Comisión Europea de Derechos Humanos había puesto en circulación el concepto ya en 1958 (caso “Grecia vs. Reino Unido”), el TEDH inicia la aplicación de la doctrina en “Handyside vs. Reino Unido”, de 1976.

15. BENAVIDES CASALS, María Angélica, “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los Derechos Humanos”, *Revista Ius et Praxis*, 15 (1): 295-310, 2009, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122009000100009> (fecha de consulta: 24-2-2017).

terminada manera el contenido de un derecho, se abre para el Estado un margen de acción que le permite fijar de acuerdo a circunstancias jurídicas, sociales y culturales el contenido y alcance de ciertos derechos". El TEDH reconoce casos en que "estando en contacto directo y permanente con las fuerzas vitales del país, las autoridades nacionales están en principio mejor situadas que la jurisdicción internacional para evaluar las necesidades y el contexto local"<sup>16</sup>. A partir de este criterio de apreciación nacional, se estableció que el TEDH no podía pronunciarse sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, o sobre la determinación científica y jurídica del comienzo de la vida, quedando a cada Estado establecerlo en uno y otro caso<sup>17</sup>. El caso más sonado fue "Lautsi", llamado también "Causa de los crucifijos", acerca de si resultaba contraria a la Convención Europea la presencia de crucifijos en las escuelas públicas italianas. En el año 2009, la 2ª sección del Tribunal se había pronunciado por la afirmativa. Reunida la Gran Sala, el 18 de marzo de 2011 reafirmó que dado el carácter subsidiario de sus funciones, no era tribunal constitucional o de cuarta instancia, reduciéndose su papel a juzgar cada caso litigioso en particular, sin pronunciarse en abstracto sobre disposiciones de derecho, en virtud de lo que, teniendo en cuenta el margen de apreciación nacional, declaraba que en la cuestión sometida no se violaba la libertad de conciencia y culto con la presencia del crucifijo en las aulas italianas<sup>18</sup>.

Resulta de interés la observación de Benavides Casals sobre la diferencia entre este enfoque europeo y el de la CIDH: "[...] a diferencia del TEDH que ha elaborado la teoría del orden público europeo y de acuerdo con él, entre otros, aplica o no el consenso y el margen de apreciación de los Estados, la Corte (Interamericana), por su parte, **no ha elaborado una teoría de un orden público propiamente interamericano, tendiendo más bien a la universalidad y a ver un consenso universal apli-**

16. Caso "Bucley vs. Reino Unido", 25 de septiembre de 1996.

17. Casos "Cossey vs. Reino Unido", del 27 de septiembre de 1990 y "Vo vs. Francia", del 4 de julio de 2004, respectivamente.

18. Entre la numerosa bibliografía crítica, véase PUPPINCK, Grégor (que intervino ante la Gran Sala), "El caso Lautsi vs. Italia", en *Ius Canonicum*, vol. 52, 2012, pp. 685-734.

cado a su jurisprudencia, al utilizar expresiones tales como el *corpus iuris internacional*"<sup>19</sup>. La CIDH se percibe a sí misma no como un órgano continental sino como un tribunal global. Define, tomando principios del *ius cosmopolitanicum*, con el lenguaje de lo jurídico-político correcto del tiempo, doctrinas judiciales dirigidas a aquella *civitas máxima* que recogió Kelsen en su prédica y olvida el más modesto pero imprescindible quehacer de ir concretando un zócalo de orden público para nuestra ecúmene.

### MÁS ALLÁ DEL PACTO, MÁS ALLÁ DE LAS CONSTITUCIONES

La extensión a otros Estados no involucrados de los pronunciamientos que sólo pueden alcanzar a uno de los pactantes tiene un valladar infranqueable en el texto convencional. El Pacto dice, en su artículo 68.1, que los Estado partes "se comprometen a cumplir la decisión de la Corte *en todo caso en que sean partes*". A la letra *in claris* la acompaña también la finalidad de la restricción en el alcance de los fallos para llegar a una misma conclusión. Los Estados pactantes no acuden, individualmente convocados, ante un tribunal constitucional de ejercicio concentrado, que extiende *erga omnes* el alcance de sus sentencias, sino ante estrados cuya competencia ellos han fijado estrictamente, para que se decida un caso iniciado sólo contra uno de ellos. La CorteIDH, como vimos, es un órgano "convencional coadyuvante complementario", no destinado a emitir doctrinas generales de Derecho, sino a prestar un *subsidium* a las instancias locales, órganos judiciales primarios y principales, salvo que no les fuera posible a estos últimos pronunciarse o que su pronunciamiento resultase claramente viciado. Entonces, definir *urbi et orbi* que el "momento de la concepción" (Pacto, 4.1) es el de la implantación en el útero materno y no el de la fusión de los gametos masculino y femenino, abriendo así una ventana temporal durante la cual el em-

19. Ídem n. 15. Los destacados son del autor del presente. El fallo donde la CIDH utilizó la expresión citada es "Yaky Axa vs. Paraguay", del 17 de junio de 2005.

brión producto de la fertilización asistida no es sujeto de derecho<sup>20</sup>, o que los crímenes de lesa humanidad son delitos que en ningún caso pueden ser amnistiados<sup>21</sup>, resultan pronunciamientos dogmáticos, más allá de la continencia de las causas y de la competencia de la CIDH, que manifiestan un cierto apego a la “ayatolización” de muchos de sus integrantes. Esta tendencia ha llevado a la CIDH a *ir diseñando un nuevo pacto sobre el original*, producto de la voluntad de los Estados partes. Este nuevo pacto superpuesto, que tiene por fuente la voluntad de los jueces interamericanos, impone a los antiguos pactantes una limitación de su soberanía mayor que la que originalmente pactaron. Es obvio que un tratado sólo “puede ser enmendado por acuerdo entre las partes” (art. 39, Convención de Viena sobre los Tratados) y que debe ser “interpretado de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (ibídem, art. 31), resultando de la misma Convención de Viena citada que todo agregado ulterior debe provenir de acuerdos entre las mismas partes, y sólo de ellos. Por otra parte, el Pacto integra un listado de declaraciones y convenciones del Derecho Posmoderno de los Derechos Humanos que la Constitución argentina enumera en el inciso 22 de su artículo 75, a los que otorga “jerarquía constitucional”, “en las condiciones de su vigencia”. Esta última expresión, de acuerdo con la doctrina, se refiere a cómo ha sido ratificado por el país, con las eventuales reservas que hubieran podido ser formuladas. Pero con la mutación aditiva de la CIDH se han modificado unilateral e ilegítimamente, por voluntad de las mayorías del tribunal y sin intervención de los pactantes, aquellas condiciones originales de su

20. Caso “Artavia Murillo vs. Costa Rica”, 28 de noviembre de 2012. Un buen análisis del fallo en MAINO, Carlos Alberto Gabriel, “La eficacia de las sentencias de la CIDH y el caso Artavia Murillo”, en AA. VV., *Eficacia de los Derechos Humanos en el siglo XXI. Un reto por resolver*, coordinadoras: Milagros Otero y María Leoba Castañeda, México, Ed. Porrúa, 2014, pp. 75 y sigs.

21. Caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, 26 de septiembre de 2006, considerando 114. Ver sobre el tema VÍTOLO, Alfredo M., *La posibilidad de perdonar a los responsables de cometer delitos de lesa humanidad*, Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Instituto de Política Constitucional, 2009.

vigencia por las cuales el Pacto fue ratificado (Ley N° 23.054 y reservas y declaraciones interpretativas entonces formuladas). Tampoco la obligación de control de convencionalidad por parte de jueces y funcionarios locales, con el deber de inaplicar el Derecho Doméstico en caso de ser contrario al Pacto, o a la interpretación que de *él se haya hecho por la CIDH*, surge de los términos establecidos por los Estados pactantes, por lo que también a este respecto caben las observaciones realizadas más arriba, en otro ejemplo del proceso de recreación pretoriana del acuerdo original.

Como es bien sabido, el control de convencionalidad interamericano fue planteado por vez primera en un voto razonado (fundado) del jurista mexicano, Sergio García Ramírez, de la Corte Interamericana, en el caso “Myrna Mack Chang *vs.* Guatemala”, de noviembre de 2003, propiciando, al modo del control de constitucionalidad, un examen judicial de la compatibilidad entre las normas jurídicas internas y la Convención Americana de Derechos Humanos. El control de convencionalidad obligatorio y aún de oficio se plasma en el fallo de la causa “Almonacid Arellano *vs.* Chile”, sentencia del 26 de septiembre de 2008. En esa tarea, dijo el tribunal, el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de él ha hecho la Corte, su intérprete última. Ella, pues, tiene –como vimos– una última interpretación directa u horizontal, en ejercicio de un control concentrado, cuando el caso llega a ella; e indirecta o vertical, ejercida difusamente en todos los niveles judiciales anteriores, por un control obligatorio y aún de oficio. Por cierto, la Corte puede encontrar más tarde que esa interpretación ha sido deficiente en alguno de aquellos niveles anteriores. La jurisprudencia resultante, establecida por la Corte como intérprete supremo, rige con eficacia directa en el ámbito de todos los Estados miembros, “con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como parte material”, de acuerdo con el voto razonado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en “Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México”, de noviembre de 2010, a que más arriba nos referimos.

No anduvo errado el juez ad hoc, Figueireda Caldas, en “Gomes Lund *vs.* Brasil” (sentencia del 24 de noviembre de 2010), cuando señaló que “para todos los Estados que libremente adoptaron la Con-

vención, *equivale a una Constitución supranacional atinente a los Derechos Humanos*"<sup>22</sup>.

De tal modo, se va desplegando la red de un *ius cogens*<sup>23</sup> con pretensión planetaria, concretado a partir de una constelación de principios, valores y reglas universales que se van plasmando a través de declaraciones, tratados, convenios y jurisprudencia internacionales. En esa trama reticular se inscribe la creación pretoriana del control de convencionalidad en nuestro continente y el neotratado que a través de una vigencia aditiva se solapa sobre el Pacto original.

### *¿Un reflujó de la marea?*

El proceso descrito de marcha hacia un orden jurídico supranacional y supraconstitucional, directa e inmediatamente aplicable, obligatorio para todos los órganos y niveles de un Estado, se ha metaforizado como una marea creciente que no puede ser detenida. Sin embargo, hay actualmente un reflujó de esa marea considerada imparable, en el orden de la jurisdicción constitucional, con indudable impacto en la jurisdicción convencional. En síntesis, lo que ocurre es el tránsito de un control "fuerte" de constitucionalidad, a un control "débil". El control "fuerte" asocia la declaración de inconstitucionalidad a la consecuencia de nulidad/apartamiento del orden jurídico de la norma u acto fulminado. En el control "débil", la declaración de inconstitucionalidad está asociada a la de "inaplicación al caso", sin que la invalidación trascienda del caso juzgado, ni enjuicie la ley

22. "Para todos os Estados do continente americano que livremente a adotaram, a Convenção equivale a uma Constituição supranacional atinente a Direitos Humanos. Todos os poderes públicos e esferas nacionais, bem como as respectivas legislações federais, estaduais e municipais de todos os Estados aderentes estão obrigados a respeitá-la e a ela se adequar".

23. El *ius cogens*, norma de Derecho Supranacional imperativo que no admite acuerdo en contrario, debe resultar aceptado y reconocido, de modo indubitante, por la comunidad internacional de Estados. Se observa una proliferación de "iuricogenes" propicios a otorgarle imperatividad a cualquier norma, interpretación, recomendación u opinión emanada de algún organismo internacional.

misma o se pronuncie contra ella. Fue el criterio que durante muchos años rigió en las decisiones de la Corte Suprema argentina y resulta el ejercicio ordinario de la función judicial, de optar entre normas de diferente jerarquía y decidir, en cada caso, el derecho aplicable, *sine strepitu*. Una “atribución moderadora”, como se expresó en la primera sentencia de la Corte Suprema argentina, en que se inaplicó una ley federal, en el año 1886<sup>24</sup>.

Esos imperativos del control “fuerte”, tanto por la jurisdicción constitucional como por la convencional, armados de un *ius cogens* de geometría variable, se presentaron como instrumentos más adecuados para expandir un derecho destinado a cumplir integralmente, en la posmodernidad, las promesas perdidas de la modernidad. Una “esfera pública mundial” –en expresión de Ferrajoli– presidida por ese derecho e instauradora del vislumbre kantiano de la paz perpetua. La paz a través del derecho global, que prometía Kelsen sobre las ruinas de la posguerra. La realidad es un estado de excepción permanente y una guerra civil asimétrica y difusamente extendida por casi todo el planeta. También, que las nulificaciones de normas y actos fulminadas por las jurisdicciones constitucionales y la convencional de la CIDH han producido, a veces, mayores conflictos que los que querían remediar y más profundas incertidumbres que las previas al decisorio. Para volver, en el caso de la CIDH, a dos fallos referidos más arriba: la reformulación de la noción de “concepción” establecida en el Pacto y la tajante afirmación de que no puede haber amnistías respecto de los delitos de lesa humanidad; resultan afirmaciones absolutas que, en un caso, deniegan la calidad de sujeto de derecho al embrión humano y, en el otro, se coloca como obstáculo insalvable para los acuerdos de paz que pretenden cerrar procesos de enfrentamiento intestino en la ecúmene.

24. “Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c/ Elortondo”, *Fallos*: 33:163.

## LA “REPARACIÓN BILATERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD” Y LA CIDH

Cabe reseñar, en este punto, algunas manifestaciones del reflujo apuntado contra el control “fuerte”. Este tipo de control ha sido llamado “reparación unilateral de inconstitucionalidad” –en lo que sigue, entenderemos incluida en la expresión “inconstitucionalidad” también la “inconveniencia”. Se tiende ahora a una “reparación bilateral”, donde se ejerce un control “débil” o, en algunos casos, el efecto de la sentencia declarativa de la inconstitucionalidad se retrasa varios años, dándole tiempo al legislador para reformar la norma.

El proceso se inicia en la Corte Constitucional italiana<sup>25</sup>. La libertad hermenéutica que le procuró la doctrina de las sentencias manipulativas provocaba problemas a aquel tribunal en la relación con la magistratura ordinaria y con el Legislativo. A fin de procurar un nuevo equilibrio, surgió la doctrina del *Diritto vivente* y el principio de la interpretación conforme. La Corte, antes que elaborar e imponer su interpretación, debía considerar la interpretación jurisprudencial de la norma adoptada por la magistratura y en especial por el Tribunal de Casación. De tal modo, la libertad hermenéutica de la Corte devenía subsidiaria y cedía su prelatura respecto a la interpretación asumida corrientemente por la instancia ordinaria. Más allá fue el Tribunal Constitucional austríaco, que se limitó a detectar el vicio de inconstitucionalidad, mas sin declarar su nulidad, ni la reparación manipulativamente de modo unilateral, fundándose en la

25. Los desarrollos posteriores tienen en cuenta la reseña de la exposición del profesor español, Augusto Martín de la Vega, de la Universidad de Salamanca, sobre “La sentencia intermedia y el control de constitucionalidad”, pronunciada el 5 de abril del mismo año en el Coloquio Internacional “Control de constitucionalidad de las normas”, realizado en la Facultad de Derecho de la UBA, publicada el 1º de junio de 2006 en *Derecho al Día*, año V, nº 87. Mayores desarrollos en la obra del citado MARTÍN DE LA VEGA, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia. Tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana*, Madrid, CFPC, 2010. De fructífera consulta al respecto es la tesis de Edwin Santiago Cocarico Lucas, dirigida por el mismo Martín de la Vega, de septiembre de 2013, con el título *Tipología y efectos de la sentencia constitucional en Bolivia. Estudio comparado desde la experiencia de la jurisprudencia constitucional europea*, fecha de consulta: 28-2-2017, en: [http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124102/1/DDPG\\_CocaricoLucasEdwingSantiago\\_Tesis.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124102/1/DDPG_CocaricoLucasEdwingSantiago_Tesis.pdf).

seguridad jurídica, sino que procedía a convocar al legislador y, en su caso, a los tribunales ordinarios, para que fueran estos los que participasen en el restablecimiento de la constitucionalidad –de allí la reparación “bilateral”. También estableció que, en determinados casos, resultaba conveniente dar un margen de tiempo al legislador para llenar el vacío jurídico que provocaría la nulificación de la norma constitucional, por lo que se procedía a diferir por un plazo perentorio la entrada en vigor de la sentencia de inconstitucionalidad, abriéndose una *vacatio* durante la cual el legislador debía solucionar el vicio. Augusto Martín de la Vega, en la disertación referida en nota, advertía sobre que la idea de una Constitución como norma portadora de valores a desenvolver por la jurisprudencia constitucional “está hoy en crisis, como lo está el valor de la Constitución misma por el escepticismo de quienes no ven en ella una garantía efectiva”. De allí, los criterios de la “reparación bilateral”, donde se dé traslado al legislador poniendo a su cargo la alternativa de remediar o no la tacha de inconstitucionalidad.

No puede dejarse de lado en esta reseña el parecer del profesor de Harvard, Mark Tushnet, que contrario, en principio, al *judicial review*, propiciaba un control judicial débil en forma “dialógica” entre la Corte Suprema y el Legislativo, tomando el ejemplo de la *Charter of Rights* canadiense de 1982<sup>26</sup>.

Llevado a los términos de la jurisprudencia convencional de la CIDH, este reflujo resulta en una necesidad de diálogo con las cortes supremas o tribunales constitucionales locales. Veremos a continuación un reciente fallo de la Corte Suprema argentina que retoma una orientación en el sentido indicado.

26. “Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law”, Princeton University Press, pp. 18-42. TUSHNET, Mark, “Democracy vs. judicial review, is it time to amend?”, propuso una enmienda a la Constitución norteamericana que estableciese: “[...] salvo autorización del Congreso, ninguna corte federal de los EE. UU. o de cualquiera de los Estados tendrá el poder de revisar la constitucionalidad de las leyes dictadas por el Congreso o por cualquiera de las legislaturas estatales”.

**EL CASO “FONTEVECCHIA, JORGE; D’AMICO, HÉCTOR VS. ARGENTINA”**

El ex presidente argentino, Carlos Saúl Menem, no había reconocido públicamente a un hijo natural, Carlos Nair, producto de una relación habida durante la detención que sufriera, en tiempos del último gobierno de facto, en una cárcel del interior del país. Ejerciendo la presidencia, una revista investigó el hecho y armó una serie de notas en las que contaba que el entonces gobernante tenía un hijo e incluso consiguió una foto que llevó a tapa. Carlos Menem los demandó planteando que la revista había violado su derecho a la intimidad. En 1997 un juez de primera instancia en lo civil rechazó la demanda interpuesta por Carlos Menem. La sentencia fue apelada y, en 1998, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal revirtió la decisión y condenó a la Editorial Perfil y a Jorge Fontevecchia y Hector D’Amico a pagar la suma de \$150.000, en tiempos de la convertibilidad 1\$ = 1 usd. Los demandados interpusieron un recurso extraordinario federal. En el año 2001, la Corte Suprema confirmó la sentencia recurrida aunque modificó el monto indemnizatorio y lo redujo a la suma de \$60.000. Sobre esta base, el caso, a instancias de los condenados, escaló a la Comisión Interamericana y luego accedió a la CIDH, con la carátula “Fontevecchia y D’Amico”, que eran, respectivamente, propietario y director de la revista del caso. La CIDH concluyó que la revelación de la revista estaba justificada por tratarse Menem de una figura pública política, que la condena civil había sido un cercenamiento a la libertad de expresión, y se condenó al Estado Argentino. Para cumplir esa condena, el Estado debía hacer tres cosas:

a. dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico, así como todas sus consecuencias;

b. publicar un resumen oficial de su sentencia elaborado por la Corte Suprema, por una sola vez, en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, así como publicar la sentencia completa de la Corte Interamericana en la página del Centro de Información Judicial de la Corte Suprema, y

c. entregar a los periodistas las sumas reconocidas en dicho fallo (devolverles el dinero que habían pagado por la condena, más los gastos que tuvieron que hacer por el juicio).

Estando cumplido el punto *b* y el punto *c* “en vías de cumplimiento”, el Ministerio de Relaciones Exteriores pide a la Corte Suprema el cumplimiento de *a* –cosa a que la Corte no hace lugar, según fallo del 14 de febrero de 2017.

La mayoría del tribunal (ministros Rosenkrantz, Highton y Lorenzetti) señala que las sentencias de la CIDH dictadas en procesos contenciosos contra el Estado Argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio, siempre que lo decidido por el tribunal continental esté “dentro del marco de sus potestades remediales”. Si la CIDH no es una cuarta instancia ni un tribunal casatorio de revisión, su competencia se centra en señalar las eventuales violaciones a los derechos consagrados en la Convención, que hayan perjudicado al afectado, “pero carece de competencia para subsanar dichas violaciones en el ámbito del Derecho Interno”, atento su carácter subsidiario coadyuvante complementario. La Corte Suprema hace mérito en este punto del “margen de apreciación nacional” desarrollado por el TEDH, doctrina que nunca tuvo el favor jurisprudencial de la CIDH. Señala, en consecuencia, que “dejar sin efecto”, esto es, revocar su propio fallo en la causa de Carlos Menem, iría más allá de las obligaciones asumidas convencionalmente por el Estado Argentino al ingresar al Pacto. La revocación haría de la CIDH una real “cuarta instancia”, que operaría además en dos causas diferentes, ya que fueron distintas las partes y prueba en la demanda civil de Carlos Menem y las que llegan a los estrados interamericanos. El mecanismo restitutivo que pretende la CIDH no se encuentra contemplado en el Pacto. El artículo 63.1 del Pacto no contempla que se deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional. Pero además, de acuerdo con el artículo 27 de la Constitución argentina, los tratados deben estar “en conformidad con los principios del Derecho Público establecidos en esta Constitución”. “El constituyente ha consagrado en el artículo 27 una esfera de reserva soberana”. Entre aquellos principios de Derecho Público está el carácter supremo de la Corte, del que se vería privado de cumplir lo ordenado por la CIDH y “sustituirlo por un tribunal internacional”, en transgresión a la Constitución. El ministro Rosatti votó con la mayoría por sus propios fundamentos, que coinciden con los anteriores, y agrega, en primer lugar, “que no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el Derecho Internacional [...] sobre el Derecho

Nacional” y, en segundo lugar, que debe existir un contexto de “diálogo jurisprudencial que procure mantener la convergencia decisional entre los órganos con competencias para dirimir conflictos”, reconociendo a la CIDH como último intérprete del Pacto y a la Corte Suprema, como último intérprete de la Constitución.

El ministro disidente, Maqueda, votó por dejar sin efecto los fallos en la causa de Carlos Menem e invocó al respecto la jurisprudencia anterior del alto tribunal, donde se hizo prevalecer el Derecho Internacional sobre el Nacional (causas “Espósito”, “Derecho”, “Carranza Latrubesse” y “Mohamed vs. Argentina”), siendo que *pacta sunt servanda* y que no hay razones de orden interno que puedan oponerse al cumplimiento de las obligaciones asumidas en los tratados, conforme la Convención de Viena.

El fallo, como se ve, revierte una orientación jurisprudencial anterior, restablece la esfera de reserva de soberanía derivada del artículo 27 de la Constitución, que venía siendo silenciada, salvo alguna disidencia, en la jurisprudencia citada por el ministro Maqueda; adopta la doctrina del margen de apreciación nacional y propicia, en el voto del ministro Rosatti, un diálogo jurídico de pares entre la suprema instancia interamericana y la suprema instancia argentina. Un ejemplo del reflujo que más arriba se señaló, que seguramente habrá de tener en el futuro nuevas manifestaciones.

# LA LIBERTAD DE PRENSA COMO LIBERTAD POLÍTICA

ORLANDO J. GALLO<sup>1</sup>

## RESUMEN

Cabe reflexionar sobre la finalidad política de bien común que vertebraba las cláusulas constitucionales de amparo de la libertad de pensamiento y expresión ante las actuales acciones de abuso y manipulación de la información en beneficio de objetivos de dominación militar, económico, político o cultural.

## PALABRAS CLAVE

Libertad de expresión - Libertad política - Manipulación de la información - Dominación.

## ABSTRACT

It is necessary to reflect on the political purpose of common good, as a cornerstone of the constitutional clauses protecting freedom of thought and expression in the face of current acts of abuse

1. Abogado(UBA), Doctor en Ciencias Jurídicas Universidad Complutense-Madrid,1965-, Profesor Emérito Derecho de Constitucional y Director del Centro de Derecho Constitucional (UCA). Ha sido Juez Federal y Diputado Nacional.

and manipulation of information for the sake of objectives of military, economic, political or cultural domination.

#### KEYWORDS

Freedom of expression - Political freedom - Manipulation of information - Domination.

El moderno Derecho Constitucional, desde sus inicios, acoge la libertad de expresión como uno de los pilares de las declaraciones de derechos. Ya antes de las primeras Constituciones francesas, el artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano establecía: “La libre expresión de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más apreciados del hombre; todo ciudadano puede, en consecuencia, hablar, escribir e imprimir libremente, salvo la responsabilidad por el abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley”. Tanto la declaración antedicha, como los grandes teóricos políticos de la época hacían hincapié en la libertad de pensamiento y de opinión.

La libertad de expresión y de prensa tenía un no tan lejano origen en la prédica luterana de la libre interpretación de las escrituras, la que es continuada por los pensadores políticos que dan base y solidez a la explosión del racionalismo iluminista y pasan de la libertad interior de pensar, a la libertad exterior de expresar libremente su pensamiento<sup>2</sup>.

En una época histórica en la que el principal medio de expresión lo constituía la prensa escrita, la libertad de prensa (o de imprenta, como lo expresaban las primeras declaraciones) tuvo consagración como la más protegida de las libertades proclamadas; el otro vehículo

2. Ver el profundo trabajo de ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *La libertad moderna de conciencia y de religión*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2013. Asimismo: SEGOVIA, Juan Fernando, *La ley natural en la telaraña de la razón. Ética, derecho y política en John Locke*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

importante de expresión de ideas, como el teatro, registraba diferencias abismales respecto de la prensa, como medio de difusión.

La Constitución argentina de 1853-60 ve la luz en pleno auge positivista del que el racionalismo iluminista es inmediata fuente; en consecuencia, siguiendo las Constituciones y las ideas de la época, consagra una protección especialísima y privilegiada a la libertad de prensa.

Sobre las libertades en general, el Estado, en su función de gestor del bien común, puede efectuar dos tipos de control: el preventivo y el correctivo. El primero lo hace de un modo previo a la exteriorización o puesta en acto de la libertad de que se trata y tiende a evitar los daños que sobre el cuerpo social puede efectuar un mal uso de la misma. El correctivo se efectúa, por el contrario, *ex post facto* y tiende a suprimir los excesos de un abuso en la disposición de los derechos que las normas jurídicas acuerdan.

La valoración que se hacía de la prensa y las especiales características que esa libertad asumía durante el siglo pasado hicieron que fuese una libertad a la que se le excluyera la posibilidad de un control preventivo. A su vez, la amplitud con que fue interpretada la norma en todas partes y la defensa que de la misma hicieron los medios de difusión, transformados en empresas comerciales de singular poder, provocaron, a su vez, que el control correctivo fuese mínimo y tan solo se aceptase cuando el abuso de esa libertad pusiere en peligro la seguridad del Estado, o bien, ofendiese gravemente la moral social.

La cuestión, hoy en día, asume otras dimensiones. Se invoca la extensión de las garantías constitucionalmente concedidas a la prensa para otros poderosos medios de difusión como la radio, la televisión, el cine y demás formas de expresión cultural, al punto tal que uno de los temas que más controversias encuentra en nuestros días, y al que se encara con argumentos constitucionales no siempre ortodoxamente derivados de una sana hermenéutica constitucional, es el de la censura.

Por ello, y desde ya sin pretender agotar siquiera el planteamiento del tema, me parece adecuado, luego de efectuar esta pequeña introducción, entrar de lleno al estudio de la finalidad y los alcances con que se instrumentó la libertad de prensa en nuestro cuerpo constitu-

cional, para después servir de adecuada herramienta para analizar su extensión a libertades análogas.

El artículo 14 de la Constitución consagra el derecho de “publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”. El solo texto constitucional, ya desde una perspectiva meramente gramatical, nos pone en la pista sobre cuál es la libertad que protege y su alcance. La prensa protegida es “la prensa de ideas”, o sea, la prensa como vehículo cultural de expresión de la libertad de pensamiento en orden a la organización de la *polis*.

La latitud de esta protección, en consecuencia, no alcanza al periodismo como empresa comercial, el que encuentra su protección a través de otras normas que lo garantizan, como el derecho de propiedad, el de asociarse con fines útiles o el de comerciar, y mucho menos lo garantiza con la extensión del artículo 14, cuando con fines comerciales o sin ellos la prensa se transforma en vehículo de entretenimiento, distracción o información pero no se encuentra vinculada a cuestiones referentes a la organización de la *polis*.

Así esbozada la cuestión, pareciera que la distinción apuntada no tuviera real fundamento normativo, o bien, corriera el riesgo de desnaturalizar la garantía constitucional con una interpretación restrictiva basada tan solo en respetables criterios valorativos, pero sin asidero en la preceptiva constitucional. El preciso texto del artículo 14 de la CN se refiere tan solo a la “prensa de ideas”, concepto que debe ser interpretado a la luz de los antecedentes constitucionales argentinos que fueron jalonando una larga serie de estatutos y proyectos organizativos que durante el transcurso de casi medio siglo precedieron a la organización nacional.

El primer texto que encontramos lo constituye el “Decreto de la libertad de imprenta”, sancionado el 26 de octubre de 1811. El proemio de dicho decreto justifica su sanción diciendo: “Tan natural como el pensamiento le es al hombre la facultad de comunicar sus ideas [...] El gobierno, fiel a sus principios, quiere restituir a los pueblos americanos, por medio de la libertad política de la imprenta, ese precioso derecho de la naturaleza [...]”. De ese modo reza el artículo 1º del decreto: “Todo hombre puede publicar sus ideas libremente, y sin previa censura. Las disposiciones contrarias a esta libertad quedan sin efecto”. La libertad que queda aquí calificada es “la libertad políti-

ca de imprenta". El artículo 8º del mismo decreto establecía que las obras que tratan de religión no pueden imprimirse sin previa censura del eclesiástico, garantizando la posibilidad de una revisión de la prohibición que se efectuaría por el mismo diocesano, acompañado de cuatro individuos de la misma junta protectora de la libertad de imprenta que en el mismo decreto se creaba.

El estatuto provisional dado por la junta de observación el 5 de abril de 1815, en su sección séptima, titulada "Seguridad individual y libertad de imprenta", en el artículo Iº, de su capítulo segundo, restablece el decreto de libertad de imprenta del 26 de octubre de 1811 y lo rodea de garantías de toda naturaleza. Asegura que todo individuo puede poner su propia imprenta y editar periódicos en cualquier ciudad o villa del Estado, con solo avisar al gobernador y al Cabildo y responsabilizándose con el pie de imprenta.

Iguales normas que las del estatuto de 1815 repite el Reglamento provisorio dictado por el Congreso de Tucumán para las Provincias Unidas en Sudamérica, el 3 de diciembre de 1817.

La Constitución de 1819, sancionada por el mismo Congreso, en su artículo 41 consagra también "la libertad de publicar sus ideas por la prensa", dejando subsistentes las reglas de protección que el Congreso había aprobado provisoriamente, es decir, las del decreto del 26 de octubre de 1811.

La Constitución de 1826, en su artículo 161, reza: "La libertad de publicar sus ideas por la prensa, que es un derecho tan apreciable al hombre, como esencial para la conservación de la libertad civil, será plenamente garantida por las leyes".

Hasta aquí los principales antecedentes sobre el tema en el orden federal. Una correcta hermenéutica constitucional nos lleva a sostener que la Constitución tan sólo protege, con la liberación del control preventivo, la "prensa de ideas" y la "libertad política de imprenta".

La razón de ser de este privilegio, de este régimen peculiar, se encuentra unida histórica y funcionalmente a la idea liberal de la libre discusión política como vehículo tendiente a constituir la voluntad comunitaria, uno de cuyos modos de expresión sería la opinión pública. Por lo tanto, en una primera aproximación, se advierte que escapan al ámbito de dicha libertad aquellas formas de expresión que ni siquiera intentan confrontar, expresar o difundir ideas que moti-

ven la reflexión crítica del lector o tendientes a enjuiciar los actos de gobierno e ilustrar a la opinión pública<sup>3</sup>.

En una segunda aproximación, debe observarse que el artículo 14 de la Constitución garantiza los derechos que enuncia a “todos los habitantes de la Nación”, de donde se siguen dos consecuencias inmediatas: 1º) que no son ideas producidas ni publicadas por los habitantes de la Nación la importación de películas, libros impresos, material radial o televisivo de lo que en la jerga se llama empaquetado o “enlatado”, lo que obviamente sirven para distracción o que sirven para enriquecimiento cultural, etc. Esos casos pueden quedar abarcados por la libertad de publicación, pero no la prohibición de censura previa. En todo caso se encuentran amparados por la libertad de comercio pero no en la privilegiada protección de la prensa de ideas; 2º) que aún el material impreso tipográficamente en nuestro país que tenga como objeto el entretenimiento, la diversión, la difusión de noticias no políticas destinadas a impactar al lector y obtener con sus sensaciones mayor venta o publicidad, tampoco está amparado por el privilegio constitucional que protege a la prensa de ideas.

Es necesario esclarecer cuáles han sido los fines de la redacción constitucional del artículo 14, para evitar que dentro de su cobertura se introduzcan publicaciones confeccionadas en base a dibujos, textos y fotografías que no contengan ideales políticos que merezca difusión. Ello así, porque si sus fines no son la difusión de ideales o del control del poder político, sí serán, obviamente, de otra naturaleza y merecerán también protección de distinto tipo.

Por otra parte, como se dirá más adelante, esas publicaciones son generalmente editadas por entes con fines de lucro, los cuales, en la mayor parte de los casos, están constituidos por poderosas organizaciones empresariales, que buscan obtener beneficios pecuniarios con la explotación comercial de las revistas, impresos, vistas cinematográficas o televisivas, etc.

Desde ya que la finalidad lucrativa no es, de suyo, ilícita y que también debe ser protegida, pero no con mayores protecciones que la

3. Conf. LOZADA, Salvador, “Sobre la libertad de expresión”, *Rev. Universitas* N° 6, UCA, 1968.

de otros aspectos de la libertad de comercio, sino, por el contrario, de mayores cuidados, habida cuenta del poder de penetración de la letra impresa y más aún del material gráfico, cinematográfico y televisivo.

Generalmente, las críticas dirigidas contra la censura de este tipo de publicaciones, a poco que se abunde en su sentido, se observará que o bien tienen un signo ideológico o bien son interesadas y apuntan no tanto a impedir un control previo a la publicación, sino a soslayar todo control en la divulgación, aunque sea por vía de comercialización.

La cuestión tiene otro carácter y se plantea con mayor gravedad, ya no con la prensa escrita sino con otras formas de expresión de divulgación masiva que no existían a la época de la redacción de la Constitución que regula esta libertad, como la radiofonía, el cine, la televisión y, últimamente, con el gran desarrollo de base digital, como internet y las redes sociales.

Una interpretación dinámica y expansiva de las normas constitucionales referidas a la libertad de prensa sostiene que deben ser amparadas con tan privilegiada protección las formas de expresión aparecidas a principios y mediados del siglo pasado, como el cine y la televisión, con el argumento de que los constituyentes no podrían haber previsto esas formas de expresión y, por lo tanto, deben ser incluidas como si integraran su texto. Si bien ello es cierto, no lo es menos que el fin con que la norma fue insertada fue el de favorecer el control político de los gobernantes y la ilustración de la opinión pública a través del debate ciudadano. De allí, en la medida en que la cinematografía y la televisión no alienten ese objetivo, tampoco son comprensivas del privilegio.

Además el cine y la televisión, con la riqueza expresiva de las imágenes, tienen un alcance de penetración mayor. Las imágenes televisivas ingresan a la intimidad del hogar y con esa riqueza expresiva tienen una capacidad de originar convicción sin análisis previo, que no tiene la prensa escrita. Algo análogo ocurre con el cine, donde el espectador se encuentra desprevenido y atraído ante la pantalla luminosa y rica en imágenes en medio de una sala oscura.

Ya analizando el tema de internet y las redes sociales, la posibilidad de daño cultural y moral es en estos momentos verdaderamente imprevisible. Algunos países europeos se vieron precisados de pro-

hibir y censurar redes y portales difusores de la pedofilia y de otras desviaciones de la naturaleza humana reñidas con la moralidad.

Por otra parte, y analizado desde otra perspectiva, la proliferación de los medios sociales por vía de internet ha llevado a que las personas, sobre todo adolescentes, publiciten sus gustos, atractivos y necesidades, y esto ha conducido, como nos indican con demasiada frecuencia los diarios, a la desaparición de jóvenes víctimas de abusos sexuales e, inclusive, a muertes con ánimo de ocultación del hecho, para lo cual fueron utilizados como anzuelos esos gustos y esas atracciones manifestados por internet por quienes serían sus víctimas.

Posturas contrarias a la que aquí se sostiene se basan en que el Estado no debe ser tutor del público, imponiendo su cuidado o tutela a un lector espectador o internauta que considera que tiene el derecho de ser él quien elija sus criterios y su formación cultural o moral.

Sustenta esa posición un enfoque que consideramos erróneo, basado en el Derecho Subjetivo del espectador a presenciar lo eventualmente censurable, con la argumentación de que podría tratarse de una manifestación cultural sobre cuyo valor tiene derecho a emitir su propio juicio, sin que se los dicte la organización social.

En realidad estos criterios, que en el fondo suelen ser bien intencionados, traslucen el arcaico tufillo de las viejas ideas racionalistas que consideran al hombre como animal asocial y que la sociedad no es el lugar donde el hombre naturalmente puede desarrollar su naturaleza, sino que ella debe existir y ser utilizada en la medida en que satisface su interés egoísta y que, por lo tanto, en cuanto regula el uso de alguna actividad, está creando un impedimento a su libertad. Es decir: en cuanto desconoce el bien común social, que es el que favorece la posibilidad de perfección de la persona, niega la intervención y tutela social sobre quienes la integran.

Lo que aquí se sostiene, basado en los textos y el espíritu constitucional, es que el espectador no debe ser sorprendido en circunstancias en las que no se encuentra en situación de analizar y evaluar lo que se le presenta como atractivo; cuando a veces tiene solamente como objetivo la difusión comercial, con fines económicos de bienes de consumo cultural, cuyo ámbito constitucional se encuentra enmarcado dentro de la libertad de comercio y, secundariamente, dentro del de la libertad de expresión.

**LA METAMORFOSIS DE LA INFORMACIÓN Y LAS TRANSFORMACIONES CULTURALES DEL INFORMADO**

La protección a la libertad de expresión ha asumido distintas características, a medida que se han ido ampliando en el tiempo los medios de información en cuanto a su diversidad. La nota dominante ha sido proteger los medios de prensa y la libertad de expresión, contra las limitaciones estatales. No ha ocurrido siempre así en lo que respecta a la protección de los valores culturales que hacen a la identidad y subsistencia de la sociedad.

La realidad de estos tiempos nos lleva a pensar que es imperioso poner también el acento en este último tema, que es más espinoso. Se trata de la protección de las personas y de la sociedad, no sólo cuando el Estado procura modelar la opinión pública, sino también cuando los grandes medios, invocando el ejercicio de la libertad de expresión, utilizan los canales de difusión para modelar la opinión pública, sin que el contenido informado tenga relación con hechos políticos que afecten la realidad de quien es destinatario de lo informado, o tengan un contenido cultural no referido directamente a hechos políticos. Ya se aclaró con anterioridad que esa información también debe ser protegida, pero ella entra en la esfera de la libertad de comercio y no en la de prensa, protegida con mayor rigor por su enorme valor.

La revolución tecnológica transformó las relaciones sociales y produjo un verdadero salto cultural. Ha sido la rivalidad entre los Estados lo que ocasionó este cambio; los requerimientos de la guerra fría y la competencia espacial provocaron una carrera que incidió en todos los campos, pero en los que nos interesa, principalmente en los medios de comunicación, que son los instrumentos de la información. El aumento de la capacidad y la velocidad de cálculo, la fidelidad en las imágenes y su posibilidad de traslación casi inmediata derivaron en una revolución en la comunicación que incidió en toda la sociedad.

Esta revolución comunicacional trajo como consecuencia la abolición del tiempo y del espacio, así como también el aumento de la capacidad de difusión de las informaciones. Vale como ejemplo que hoy, en nuestro país, recibimos como suplemento de dos diarios argentinos y por unas pocas monedas de recargo, casi contemporáneamente que en Milán y en Madrid, el "Corriere della Sera" y "El País".

Estos datos referidos a la prensa impresa son más resonantes todavía si atendemos a los medios audiovisuales.

Esa revolución en la información, y la posibilidad inmediata de obtenerla, ha creado en la población una avidez por la información, inclusive por aquellas cosas que le atañen lejanamente y que no le afectan ni siquiera indirectamente, y que no pueden ser verificadas en su veracidad ni transformadas en su realidad. Ello ha constituido una fuerza cada vez más tangible en la opinión pública, que, a menudo rodeada de un verdadero “bombardeo” de información, se ha transformado en maleable y cambiante.

En el ámbito militar estratégico, la información, que siempre ha sido esencial, se ha convertido hoy en la materia prima para manejar el conflicto<sup>4</sup>. En el ámbito económico, el juego financiero es permanente<sup>5</sup>. Por la revolución informática es posible el conocimiento al segundo de una crisis, de un desastre ecológico, de una rebelión político militar en un lugar del mundo que provee insumos esenciales. Todo ello ha producido también una revolución en el manejo práctico de la economía<sup>6</sup>.

La tentación de usar y manipular la información en beneficio del poder militar, económico, político o cultural es intensa y ello se manifiesta por una doble vía: el creciente poder que tienen los instrumentos de la información (empresas periodísticas, radio, televisión, internet, multimedios) y la creciente presión que sufren esos mismos instrumentos por parte de quienes desean utilizarlos al servicio de sus fines.

Pero el hábitat del mundo actual ha hecho sufrir a la opinión pública su propia metamorfosis, porque ha mutado el medio social donde vive el hombre contemporáneo. En nuestro mundo, el 80 % de la población es urbana o de mentalidad urbana. Un porcentaje im-

4. Conf. DE LA MAISONNEUVE, Eric, *La metamorfosis de la violencia*, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1998, pp. 74 y sigs.

5. En nuestro planeta siempre hay un mercado de valores funcionando, sea en Tokio, Frankfurt, Londres, Nueva York, etc.

6. Pensemos que el inicio de la fortuna de Rothschild fue gracias a la información que le proveía la ingeniosa utilización de palomas mensajeras, que le permitía adelantarse a sus rivales.

portante de ella vive en las grandes ciudades y sus satélites e integra, cada vez con más intensidad, una sociedad de masas donde el hombre se encuentra aislado, desarraigado psíquica y físicamente, viendo reducida su experiencia al corto radio de sus propias sensaciones.

Disuelto en la masa, el hombre siente necesidad de relacionarse con sus semejantes; lo que es propio de su naturaleza social. Busca en la información un refugio contra la soledad que experimenta en medio de la sociedad que, por un lado, lo absorbe y, por el otro, lo ignora. (Un fenómeno moderno es el ermitañismo urbano; el del hombre que vive solo e ignorado en medio de cientos de miles de semejantes en un habitáculo de algunos metros cuadrados, en los palomares humanos de las grandes ciudades).

Esta situación ha desarrollado patológicamente la necesidad de información y ha incidido tanto sobre los órganos de información, como sobre el contenido de la información. Las revistas, aun las de información política, pero sobre todo los medios audiovisuales, se dirigen al sentimiento, más que a la inteligencia. (El ejemplo más claro es la televisión; su baja calidad en casi todas partes y el crecimiento porcentual de los programas sensacionalistas, las noticias truculentas o que excitan los sentidos, son las que gozan en general de mayor *rating*, a punto tal que cada vez con mayor progresividad nuestra sociedad se encuentra inserta en un sistema informativo compuesto de estímulos excitantes visuales y sonoros).

Cada vez es menos probable la existencia técnicamente neutra de medios de información. Es difícil resistir a la tentación y la ventaja económica de un mayor tiraje o *rating*, dirigido a un público moldeable que se encuentra, a la vez, ávido y pasivo ante los datos que se le muestran. El informado es generalmente incapaz de controlar y criticar las informaciones que recibe, puesto que las mismas conciernen a problemas tan complejos, y a veces tan lejanos, que el hombre común no puede resolverlos.

Los acontecimientos que ocurren en el mundo y que se nos presentan como una necesidad conocer, aunque pareciera que no nos afectaran, son recogidos por un pequeño número de agencias de prensa, de estaciones de noticias, que son controladas por grandes grupos de interés. A menudo, es muy difícil separar y distinguir entre la información y la propaganda en medio de una oleada de datos que

cada día surge de los medios de comunicación que bombardean a un hombre ávido de noticias.

Esa es la clave de la preocupación creciente en controlar, defender, proteger o afianzar la libertad de expresión que, cuando se refiere a la política y a las ideas que la nutren, encarna un gran riesgo pero es necesario defenderla, aunque cuando se refiere a bases culturales que es necesario preservar so pena de debilitamiento de la sociedad, la cuestión presenta otras aristas y los parámetros a utilizar deben ser más severos.

La libertad de expresión en los tiempos actuales no solo está protegida por textos constitucionales, sino que también va mezclada con el Derecho Internacional. Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, a los cuales adhieren casi todos los Estados, por lo menos en nuestra esfera cultural, establecen, más que normas precisas, principios de aplicación y tutelaje de esta libertad. Así ocurre con la Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, incorporado como bloque de constitucionalidad a nuestra Constitución.

Los Tratados Internacionales, por su propio carácter, contienen principios en lugar de normas muy concretas, ello implica ventajas y peligros a la vez: los principios, al dar pautas y no precisión, dejan un ámbito muy grande de interpretación. Esta interpretación, al ser hecha por operadores de una sociedad en épocas de cambio y con posturas ideológicas encontradas en sus protagonistas, puede ser objeto de múltiples concepciones sobre la naturaleza humana y sobre la sociabilidad del hombre y las leyes universales que los informan. Ello puede llevar a absolutizar la defensa de la libertad de expresión respecto del Estado y desatenderla respecto de la persona humana, sus valores culturales tienen riesgos de invasión a su personalidad e intimidad.

De la misma manera que en el siglo XX, fue la jurisprudencia la principal protagonista de la expansión de este derecho; en el futuro parece que continuará siéndolo por la misma dinámica de esta etapa posconstitucional.

Dando razón a esta inquietud, vale como ejemplo el fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 2 de mayo de 2005, en el caso "Olmedo Bustos c/ Chile", vulgarizado como "La

última tentación de Cristo". Se trataba de la prohibición, por la autoridad administrativa amparada en normas de la Constitución chilena, de la exhibición de una película cinematográfica. Esa prohibición se basaba en la inteligencia de que el film distorsionaba maliciosamente o, al menos de manera audaz y arbitraria, la personalidad de Jesucristo agravando los sentimientos religiosos de la mayoría de la población; prohibición que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que no existen derechos que sean prevalentes sobre otros, de modo que la prohibición de censura es absoluta y si existió algún daño, debía hacerse efectiva la responsabilidad con posterioridad, pero no censurar previamente la exhibición o publicación, según el caso. Más aún, conforme al fallo, el gobierno chileno debió no sólo cesar en la censura cinematográfica del caso, sino adecuar las normas del Derecho Interno a la interpretación que ese Tribunal hizo de la Convención Interamericana, reformando para ello la propia Constitución.

Este fallo, que por su inmediata relación con este trabajo fue tomado como ejemplo, está acompañado por muchos otros sobre distintos temas que tienen incidencia sobre cuestiones culturales, y que constituyen un desplazamiento del límite con el que se han interpretado las normas tuitivas de los derechos y libertades de los Estados firmantes de la Convención Interamericana de Derechos Humanos<sup>7</sup>.

No deja de constituir una preocupación este Tribunal integrado por hombres de singular valía jurídica y de reconocida competencia en materia de Derechos Humanos (art. 52 de la Convención), lo cual fortalece la ejemplaridad que, de suyo, tiene un Tribunal de tan alta jerarquía.

Más aún ese órgano de interpretación tiende a dar efectos expansivos a su jurisprudencia, pretendiéndola obligatoria para todos los

7. Ver: HERRERA, Daniel y LAFFERRIERE, Jorge, "¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida", LL 2013-B-415. ÁBALOS, María Gabriela, "Supremacía constitucional y control de convencionalidad a veinte años de la reforma de 1994", Supl. Constitucional LL julio 2014, N° 4.

Estados firmantes de la Convención, incluso cuando no fueren parte en el litigio sobre el cual recae la interpretación del texto, como lo viene sosteniendo a partir del caso “Almonacid Arellano *vs.* Chile” (sentencia del 26 de septiembre de 2006).

Todo el movimiento conceptual del desarrollo de la protección de los Derechos Humanos fue creado y divulgado a los fines de la defensa de la dignidad del hombre y la protección del más débil. El más débil es el ser humano integrante de la sociedad, tanto frente al Estado, como así también a las grandes cadenas y medios de difusión de información. La sociedad tiene el deber de proteger su subsistencia y el bien de sus habitantes integrado, obviamente, por las pautas culturales y los valores que le animan.

La información de hechos e ideas con sustancia política hacen al funcionamiento republicano, pero lo que no tiene sustancia política, y puede herir las bases culturales, o las creencias sobre las que está asentado el todo social, no debe poner en riesgo la solidez del conjunto.

Si no analizamos en toda su dimensión la metamorfosis comunicacional y su incidencia en la sociedad, corremos el riesgo de que nobles principios, desatendiendo la compleja realidad social, den resultados contrarios para los que fueron formulados.

Enorme dimensión adquiere la preocupación que origina este trabajo ante el cosmopolitismo constitucional que resulta de la gran cantidad de convenios internacionales interpretados por órganos plurinacionales específicos, imbuidos de criterios libertarios expansivos, sin pivote en el realismo filosófico.

# **LOS DOS NUEVE DE JULIO (1816, 1853). LA TRAGEDIA DE LAS LUCHAS CIVILES EN EL SERMÓN DE ESQUIÚ Y EL DISCURSO DE SARMIENTO EN EL SENADO**

NORBERTO PADILLA<sup>1</sup>

## **RESUMEN**

A través de las semblanzas de Fray Mamerto Esquiú, autor del célebre “Sermón de la Constitución”, y de Domingo Faustino Sarmiento, se reconstruye una época crucial de búsqueda de consensos entre medio de graves enfrentamientos.

## **PALABRAS CLAVE**

Fray Mamerto Esquiú - Sarmiento - Sermón de la Constitución - Bicentenario de la Independencia - Compromiso con el bien común.

## **ABSTRACT**

Through the semblances of Fray Mamerto Esquiú, author of the celebrated “Sermon of the Constitution”, and Domingo Faustino Sar-

1. Abogado(UBA), Profesor Titular Ordinario de Derecho Constitucional y en Posgrado de Derecho de Familia(UCA). Miembro fundador del CALIR. Ha sido Secretario del Culto en el Ministerio de RREE y Culto.

miento, reconstructs a crucial period of search for consensus amid serious clashes.

## KEYWORDS

Fray Mamerto Esquiú - Sarmiento - Sermon of the Constitution - Bicentennial of the Independence - Commitment to the common welfare.

Esta conmemoración del Bicentenario de la Independencia declarada en San Miguel de Tucumán considero necesario vincularla a otro 9 de julio, el de 1853, en el que se juró la Constitución Nacional. No es sino lo que Fray Mamerto Esquiú hizo en el célebre Sermón de la Constitución<sup>2</sup>. He unido su palabra a la de otro argentino ilustre, aparentemente, al menos, tan distintos y hasta antagónicos. Pero Esquiú y Sarmiento dejaron invalorable testimonios para sus contemporáneos, y para la posteridad, de cuánto costó llegar desde aquel día de la Independencia al de la ley suprema, definida por Juan María Gutiérrez como “la Nación Argentina hecha ley” y por un fallo clásico de la Corte Suprema como “el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales”<sup>3</sup>.

## I

Domingo Faustino Sarmiento nació en San Juan, el 15 de febrero de 1811, a nueve meses del 25 de mayo con el que se inició nuestro proceso emancipador, y describe el ambiente que se vivía en el hogar: “[...] mi padre se había lanzado en la revolución y mi madre palpitando todo el día con las noticias que llegaban por momentos sobre los progresos de la insurrección americana”<sup>4</sup>. Era tío suyo el sabio domini-

2. EL PADRE ESQUIÚ. Sus sermones, discursos, cartas particulares, oraciones fúnebres, etc. Obra compilada por Alberto Ortiz, Buenos Aires, 1883. 19.

3. CSJN, Fallos: 32:120, “Sojo”, 22-9-1887.

4. SSARMIENTO, DOMÍNGO FAUSTINO, RECUERDOS DE PROVINCIA, <http://www.biblioteca.org.ar/libros/71205.pdf>.

co, Fray Justo Santa María de Oro, uno de los principales protagonistas del Congreso, en el cual pidió “que, para poder declarar la forma de gobierno, era preciso consultar previamente a los pueblos, sin ser conveniente otra cosa por ahora, que dar un reglamento provisional [...]”<sup>5</sup>. Con ello postergó y, en definitiva, frenó, las propuestas de un régimen de monarquía atemperada, a cuyo frente estuviera un Inca o un príncipe europeo, o un matrimonio de descendientes de ambas realezas. Sarmiento le dedica un capítulo de *Recuerdos de Provincia*, destacando su cultura; era conocedor del inglés, italiano y francés; un profundo teólogo, “es decir, filósofo”, aclara el autor. Consagrado en 1830 como primer obispo de Cuyo, se puso a construir la catedral así como escuelas para niñas y para varones. Sarmiento relata que le ayudó a proyectar el sagrario, pero que una vez construido debió ser destinado a un objeto menos digno de veneración: catafalco del obispo, fallecido el 19 de octubre de 1836, “a deshora”, cuando tanto más podría haber dado, a los 65 años de edad. Sarmiento, que así se lamenta, resumió en dos columnas lo que era el ilustre difunto: en una, la estatua de la Libertad, con el acta de la Independencia en la mano, y en la otra, la de la Religión, con la bula papal de su designación para la diócesis cuyana<sup>6</sup>.

## II

Piedra Blanca, en Catamarca: el 11 de mayo de 1826 nació el hijo de un soldado español, tomado prisionero en la batalla de Salta, y de una hija del país. Ya de niño, Mamerto Esquiú llevaba el hábito de San Francisco por una promesa de su madre, y luego, para siempre por vocación<sup>7</sup>.

5. DURÁN, Mons. Juan Guillermo, “Fray Justo Santa María, Congresal en Tucumán (1772-1836). Fuentes de su pensamiento republicano”, Conferencia en su incorporación como académico correspondiente a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 7-10-2015. Texto en *Anales*, Academia Nacional de Ciencias Políticas y Morales, Tomo XLII- 2015, Parte I, pp. 428 y sigs.

6. SARMIENTO, Domingo F., *Recuerdos de Provincia*, ob. cit., p.109.

7. GÁLVEZ, Manuel, *Vida de Fray Mamerto Esquiú*, Biografías completas, Buenos Aires, Ed. Emecé, 1962, pp. 451 y sigs.

Pasemos ahora a la Organización Nacional. Sarmiento, exiliado en Chile, regresó para incorporarse al ejército tras lograr que Urquiza lo nombrara a cargo del boletín militar; estuvo el 3 de febrero de 1852 en la decisiva batalla de Caseros y entró a Buenos Aires con las tropas vencedoras, cuyo jefe vistió, para desazón de más de uno, de galera, poncho y divisa punzó.

El Congreso Constituyente, “en cumplimiento de pactos preexistentes”, el último de los cuales el Acuerdo de San Nicolás, se reunió en Santa Fe, con la participación de dos representantes por provincia, menos la de Buenos Aires, en secesión de la Confederación. Concluida su labor, la presentaron a Urquiza, que la promulgó el 25 de mayo siguiente, disponiendo que se la jurara el 9 de julio siguiente en todo el territorio “por la Santa Cruz en la que se inmoló el Redentor del Mundo”. Sarmiento entraría pronto en lo que sería la primera polémica sobre el texto supremo, con quien había inspirado el programa de la Constitución, el tucumano Juan Bautista Alberdi, nacido unos pocos meses antes que él y también exiliado en Chile, de donde envió a Urquiza las *Bases y Puntos de Partida para la Organización Nacional*, clave para plasmar el programa de la Constitución<sup>8</sup>.

Con motivo de la misa celebratoria de la jura de la Constitución en la humilde iglesia de Catamarca, el gobernador Pedro Segura encargó el sermón a Fray Mamerto Esquiú, de apenas 27 años. Pedro Goyena lo describe como de elevada estatura, cabello castaño, tez morena, cabeza hermosa, ojos rasgados y pardos, a la vez dulces y enérgicos, voz plena y varonil. Comenzó el orador, como se estilaba entonces, con una cita bíblica, del Primer Libro de Macabeos, en latín: “*Laetamur de gloria vestra*” (“Nos alegramos de vuestra gloria”). “¡*Laetamur!*”, finalmente ha sido vencida la anarquía, tenemos la Constitución “suspirlada tantos años de los hombres buenos”<sup>9</sup>.

Las fechas, la de mayo y las de los dos 9 de julio, se reunían por voluntad de Urquiza para sellar con la Constitución la libertad y

8. ALBERDI, Juan Bautista, *Las bases*, Buenos Aires, Librería la Facultad de Juan Roldán, 1916.

9. EL PADRE ESQUIÚ, *Sus sermones, discursos, cartas particulares, oraciones fúnebres, etc.*, ob cit.

la independencia de nuestra Nación. Esos dos 9 de julio, de 1816 y 1853, se “abrazan” a la hora de edificar “esta República de mi eterno amor”, como expresa Esquiú desde el púlpito. Sus palabras no se quedan en felicitaciones y homenajes, a Urquiza, “ilustre ciudadano, ¡Tu nación te debe la vida!”, a los hombres de mayo y de julio, “Aplaudo, felicito, me postro ante los héroes de la independencia; cantaré vuestras glorias, tributo mi admiración a la nobleza de los argentinos”. Son las consecuencias de 1816 las que lo llevan a preguntarse: “¿Por qué nosotros, que ahora hace cuarenta años teníamos la bondad y sencillez de un niño, con el valor de un adulto, hemos sido por casi medio siglo la presa de todas las pasiones políticas, el campo de todos los partidos, un teatro vasto de guerra y de desolación? ¿Por qué hemos mimado los tiranos que se señorearon de nosotros provincial y nacionalmente?” Para él, la independencia fue ensalzada sobre la patria misma, sobre todo gobierno y buenas costumbres, “[...] por lo que se enfrentaron con el ardor de las fieras al combate del egoísmo individual: la libertad seca y descarnada como un esqueleto, ha sido nuestro ídolo, ¡en sus aras hemos hecho hecatombes humanas!, la paz, la riqueza, el progreso y casi toda esperanza la hemos llevado en don: el espectro lo pulverizó todo... ¡monstruo!”

Es que independencia y libertad no bastan por sí mismas. Debe llegarse al ideal de una sociedad que no absorba al individuo, en la que éste goce de derechos y de la libertad, “que apenas conoce nuestra patria”. Finalmente, se había comprendido que los hombres, cuando “aúnan y levantan sobre su cabeza el libro de la ley, y vienen todos trayendo el don de sus fuerzas, e inmolando una parte de sus libertades individuales, entonces existe una creación magnífica que reboza vida, fuerza, gloria y prosperidad: entonces la vista se espacia hasta las profundidades de un lejano porvenir”. Cuánto sufrimiento ha costado llegar a unir estas dos fechas: “¡Dios santo! ¡Treinta y siete años; como treinta y siete siglos han sido ese día!” La Constitución complementa el acta firmada en Tucumán, y en el medio el país estuvo dividido entre la anarquía y el despotismo y, durante dos décadas, prohibida la palabra misma de Constitución.

Fray Mamerto hablaba con conocimiento de causa. Corría el año 1841 cuando por orden de Mariano Maza, del ejército federal de Oribe, habían sido decapitados el gobernador de Catamarca, José Cubas;

su ministro y su secretario, y las cabezas expuestas en la plaza, y la de otro, degollado días antes, dejada sobre el sillón de su despacho. Diecinueve oficiales y soldados fueron también ejecutados<sup>10</sup>.

Días después de este episodio, el 3 de octubre, Marco M. Avellaneda fue también cruelmente degollado por orden de Oribe en Metán, Salta, y su cabeza expuesta en la Plaza de Tucumán, de donde la rescató doña Fortunata García de García<sup>11</sup>.

Esquité al mismo tiempo alertaba a su auditorio, no habría soluciones mágicas, prevención también necesaria para los que más de siglo y medio después queremos gozar de los “beneficios de la libertad”: en sus palabras, “La vida y conservación del pueblo argentino dependen de que su Constitución sea fija; que no ceda al impulso de los hombres”, y reclama “sumisión pronta y universal”, en el que cada uno deba sacrificar algún interés ya que si no, “¿pensáis que quedaría uno sólo?, ¿quedaría fuerza ninguna si cada uno retira la suya?, ¿quedaría en la carta constitucional la idea de soberanía que supone, si cada individuo hombre o pueblo fuese árbitro sobre un punto cualquiera que sea?” Y aplica este concepto a los católicos (“Sosegaos, católicos”) porque había disconformes con que el Estado sostuviera el culto católico, no hiciera una profesión de fe y consagrara la libertad de cultos para todos los habitantes, los que estaban y los que

10. León Benarós escribió un “Romance de José Cubas”, al que puso música el compositor argentino, Carlos Guastavino. Transcribo el romance: “Quebrada del infiernillo/, tierra seca y de jumiales/ persiguen a José Cubas, montoneros federales/ Señora Gobernadora, quiera salvar su marido./ Doña Genoveva Ortiz tan de sus ojos llorando/ de puerta en puerta el rescate va con ansias/ mendigando, mendigando.../ De nada le está valiendo, de nada que le servía/ diciendo estaba el verdugo, Cubas te ha llegado el día/ La flor del aire/ tan inocente/ va perfumando/ y en Catamarca/ a José Cubas ...matando./ Mañana de aquel noviembre, que bonita se veía/ soltaba un zorzal su canto, José Cubas se moría./ El año mil ochocientos, cuarenta y uno enlutado/ en un 4 de noviembre, José Cubas es finado./ Ya se ausenta de este mundo, se cumplió su plazo cruel/ Ya sus sentires confía, a la tinta y el papel/, a la tinta y papel/ La carta que está escribiendo/, con sus lágrimas regaba a sus hijitos bendice, a su esposa consolaba/ La flor del aire tan inocente/ va perfumando/ y en Catamarca/ a José Cubas ... matando. <http://www.folkloredeelnorte.com.ar/cancionero/r/romancedejosecubas.html>.

11. PÁEZ DE LA TORRE, Carlos, “El feroz degüello de Metán”, *La Gaceta*, San Miguel de Tucumán, 31-12-2011.

vendrían, en el pensamiento de Alberdi; para “todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”, como admirablemente reza el Preámbulo<sup>12</sup>.

El Sermón de Esquiú fue editado y difundido por el gobierno instalado en Paraná, capital provisoria de la Confederación. El vicepresidente en ejercicio de la presidencia era Salvador María del Carril, comprovinciano de Sarmiento, que hace de él un gran elogio en sus *Recuerdos de Provincia*. El decreto lo comparaba con los de los grandes oradores Bossuet y Lacordaire, ordenaba distribuirlo en todo el país junto con el pronunciado al asumir las autoridades provinciales y felicitaba al autor “por el venero de purísimo oro descubierto en la potente inteligencia de un miembro ignorado del humilde claustro de San Francisco en aquella provincia”. Vélez Sarsfield, a la pregunta “de dónde viene esa gran voz”, respondía: “Allí donde haya sonado, aunque sea una aldea de chozas, existe un gran pueblo”.

### III

De 1853 nos trasladamos a 1878. Nicolás Avellaneda, que tenía 4 años cuando su padre fue decapitado en Metán, era el Presidente de la Nación. Había sucedido a Sarmiento, quien a su vez fue enseguida elegido senador nacional. En la sesión del 11 de julio de 1878 se deba-

12. Conferencia Episcopal Argentina, *Iglesia y Comunidad Nacional*, 1981, n° 25: “Este ideal ha significado muchas veces un proceso doloroso en el andar de la Iglesia junto a la Patria, y así la recia responsabilidad de Fray Mamerto Esquiú, a pesar de los reparos doctrinales que con respecto a la Constitución tenía, consiguió, con la eficacia de su palabra, la aceptación de nuestra Carta Magna en un momento difícil de la organización nacional. Ante el espectro de nuestras luchas civiles, se impusieron la paz y la cordura, gracias al prestigio del virtuoso franciscano, que sería luego obispo de Córdoba, y quien no dudó en hacer una opción por encima de todas las banderías políticas, sin más meta que el bien de la Nación, superando grandes males y consiguiendo el don inapreciable de la paz”. PADILLA, Norberto, “Opción por la democracia (a treinta años de ‘iglesia y comunidad nacional’)”. Versión revisada del trabajo publicado en *Communio*, año 18, n° 3, Navidad 2011, <http://www.calir.org.ar/verPdf.php?doc=/docs/Opcionporlademocracia-PadillaA30anos2011.pdf> y *El Programa de la Constitución*, <http://www.calir.org.ar/pubrel4.htm>.

tía la intervención a Corrientes. Sarmiento no había llegado a los 70 de edad pero sentía el peso de los años. Mira en su derredor, “tengo el sentimiento de ver muy raras canas en el recinto, la juventud ha entrado en este cuerpo”, desvirtuando a su parecer el sentido de la cámara etimológicamente, de ancianos, lo que compara con la inglesa de los Lores, donde entonces ya que no hoy, se nacía y moría senador. “¿Dónde están los ancianos de la República Argentina?”, se pregunta. Cuántos hombres sucumbieron en “nuestros pasados desastres”, cuando deberían estar aquí sentados, dice con la convicción de ser un sobreviviente. El Diario de Sesiones consigna “Emoción en la barra”. Y Sarmiento eleva el clima cuando se lanza a evocar las luchas civiles. Y se detiene en el combate de Pilar, en la provincia de Mendoza, en la que los hermanos Aldao derrotaron a las fuerzas de Rudecindo Alvarado. Sarmiento estaba allí: “En los momentos de tumulto, y cuando veía venir la derrota de todas partes y brillar en el aire los sables que diezmaban a nuestros soldados, un sujeto que estaba conmigo, me dijo: “Sarmientito –pues así me decían, yo era muy joven–, ¿por dónde nos escapamos? Y me indicó al mismo tiempo, por aquí. Yo le dije: por ahí va, señor, la persecución, por ahí no podemos salir, tomemos esta dirección hacia la ciudad de Mendoza. Nos separamos y a él lo mataron. Yo vi cuando lo tomaron. Era, señor, el presidente del Congreso que declaró la Independencia de las Provincias Unidas del Río de la Plata, el Dr. Narciso Laprida, y pediría a mis compañeros nos pusiéramos de pie un momento, en homenaje a su memoria”, lo que todos hicieron, en el más religioso silencio, anota el Diario de Sesiones<sup>13</sup>. Sarmiento, años antes de esta intervención parlamentaria,

13. Senado de la Nación, Diario de Sesiones, sesión del 12 de octubre de 1874. Un gran amigo, Francisco de Durañona y Vedia, a la sazón diputado nacional, admirable investigador y conocedor de nuestra historia parlamentaria, encontró poco antes de su temprana muerte esta intervención del senador Sarmiento y me hizo partícipe de ella. En lo que fue su última intervención en la Cámara de Diputados hizo alusión a los “puños llenos de verdades” que Sarmiento expresó en la sesión del 1 de septiembre de 1879. Uní estos dos momentos del senador con el recuerdo del diputado, fallecido, “a deshora”, como diría Sarmiento, antes de cumplir los 50 años de edad, el 3 de septiembre de 1995, en “ACTUALIDAD DE SARMIENTO”, Núcleo. La Prof. Dolores de Durañona y Vedia se refirió a ello en su ponencia en el acto de clausura de la

en *Recuerdos de Provincia* cuenta una historia algo distinta. Mientras su padre, José Clemente, intentaba sacarlo del campo de batalla, a lo que se resistía, se aproximó Laprida, “el hombre que más honró a San Juan y ante quien se inclinaban los hombres más eminentes de la República como ante la personificación del Congreso de 1816”, quien dice: “[...] me amonestó, me encareció en los términos más amistosos, el peligro que se acrecentaba por segundos”<sup>14</sup>. Carlos Páez de la Torre, en una de sus imperdibles notas en *La Gaceta*, trata sobre “La atroz muerte del doctor Laprida”<sup>15</sup>, sobre la que hay diversas versiones. Unas, que fue alcanzado y cosido a puñaladas en plena calle. Otra, que fue llevado ante el jefe del piquete; y que éste, al saber que era Laprida, “lo ejecutó enterrándolo vivo y pasando un tropel de caballos sobre su cabeza”. Según las memorias del general José María Paz, el cadáver del ex presidente del Congreso de Tucumán “fue hallado después de un tiempo en un oscuro calabozo, donde sin duda fue enterrado vivo”. Otros dicen que el cuerpo fue enviado al Cabildo de Mendoza, donde lo identificó el juez del crimen, Gregorio Ortiz, quien lo hizo llevar luego al calabozo donde quedó oculto.

Tenía Laprida entonces nada más que 43 años. Fue entusiasta colaborador del General San Martín en Chile, cuyo Ejército Libertador contribuyó a equipar; diputado en el Congreso cuyas sesiones presidió, cuando tenía 30 años, el mes de julio, que le bastó para pasar a la historia, aunque sería injusto pasar por alto otros muchos méritos. Siguió integrando el Congreso, que de Tucumán se trasladó a Buenos Aires. Regresó como constituyente al Congreso cuyo fruto sería la frustrada Constitución de 1826. Venía de ser ministro del gobernador sanjuanino, Salvador María de Carril, que, como Sarmiento, fue un sobreviviente, ya que murió en 1883, siendo presidente de la Corte Suprema. Jorge Luis Borges le dedicó el *Poema Conjetural*, que transcribo fragmentariamente:

---

Semana de las Letras organizada por el Centro de Estudiantes de Letras de la Facultad de Filosofía y Letras de esta Universidad, en su ponencia Conjeturas sobre el “Poema Conjetural” (CYMBA, Buenos Aires, 2007).

14. SARMIENTO, Domingo Faustino, ob. cit.

15. PÁEZ DE LA TORRE, Carlos, “La atroz muerte del Dr. Laprida”, *La Gaceta*, 15-7-2015, San Miguel de Tucumán.

.....  
 “Yo que anhelé ser otro, ser un hombre  
 de sentencias, de libros, de dictámenes,  
 a cielo abierto yaceré entre ciénagas;  
 pero me endiosa el pecho inexplicable  
 un júbilo secreto. Al fin me encuentro  
 con mi destino sudamericano.  
 A esta ruinosa tarde me llevaba  
 el laberinto múltiple de pasos  
 que mis días tejieron desde un día  
 de la niñez. Al fin he descubierto  
 la recóndita clave de mis años,  
 la suerte de Francisco de Laprida,  
 la letra que faltaba, la perfecta  
 forma que supo Dios desde el principio.  
 En el espejo de esta noche alcanzo  
 mi insospechado rostro eterno. El círculo  
 se va a cerrar. Yo aguardo que así sea.

Pisan mis pies la sombra de las lanzas  
 que me buscan. Las befas de mi muerte,  
 los jinetes, las crines, los caballos,  
 se ciernen sobre mí... Ya el primer golpe,  
 ya el duro hierro que me raja el pecho,  
 el íntimo cuchillo en la garganta”<sup>16</sup>.

Sarmiento dejó el Senado para ser por un mes nuevamente ministro de Avellaneda. Estaba “con sus aspiraciones presidenciales a cuestas”, como escribió Fernando Madero<sup>17</sup>, persuadido de que su candidatura era la única que podía impedir la guerra civil, pero era ya la hora de Roca, tucumano como Avellaneda. Justamente, como una pausa solemne en el creciente conflicto que enfrentaría por úl-

16. BORGES, Jorge Luis, “Poema Conjetural” (1943), en *El otro, el mismo*, Obras Completas, vol. II, Buenos Aires, Emecé Editores, 1974, p. 245.

17. MADERO, Fernando, *Roca y las candidaturas del 80*, Col. “Historia y cultura”, n° 14, Buenos Aires, Centro de Estudios para la unión de la nueva mayoría, 2007.

tima vez a la provincia de Buenos Aires y a la Nación, el 28 de mayo de 1880, arribaron los restos del hombre que en aquél lejano 1816 urgía la proclamación de la Independencia, José de San Martín, y Avellaneda confió a Sarmiento la oración fúnebre a pronunciar al llegar al muelle la urna. Como Esquiú en Catamarca, en el sanjuanino es severa su mirada retrospectiva y esperanzada hacia el futuro: “Nosotros los presentes, vosotros ciudadanos, reunidos en torno de esta Urna cineraria, tenéis una gran parte en este acto. Nuestros padres han seguido a merced de los primeros impulsos de la libertad, y sin la experiencia o las instituciones que limitan y dirigen las acciones, todos los senderos que se ofrecían y parecían conducir al fin deseado. Han derrochado la fortuna, prodigado la sangre por ser independientes y libres, y en materia de hombres, de reputaciones, de servicios, el despilfarro ha sido inmenso. Si vamos a recorrer nuestra historia, necesitamos ir a escarbar los camposantos del extranjero en busca de los restos de nuestros grandes hombres, porque los más esclarecidos fueron expulsados y desaprobados, y lo que es peor, sin darles el tiempo de mostrarse a sí mismos y completar la obra comenzada. ¿Qué decir contra San Martín, la América de su tiempo, si se le hacía abandonar la obra?, ¿qué de Rivadavia nosotros, si no se le dejaba poner en práctica su sistema? Vosotros y nosotros pertenecemos a una época mejor. No hay, por más que parezca, tanta prisa por ir adelante. Harto hemos avanzado desde que vamos despacio. Hemos avanzado más que todos los otros Estados americanos, con sólo haber dejado sucederse de seis en seis años, tres administraciones más o menos defectuosas, más o menos justificadas, pero todas y cada una señalando un gran progreso en población, riqueza e inteligencia. Vosotros y nosotros, pues, hacemos hoy un acto de reparación de aquellas pasadas injusticias, devolviendo al General don José de San Martín el lugar prominente que le corresponde en nuestros monumentos conmemorativos. Podremos respirar libremente, como quien se descarga de un gran peso, cuando hayamos depositado en el sarcófago, que servirá de altar de la Patria, los restos del Gran Capitán, a cuya gloria sólo faltaba esta rehabilitación de su propia patria y esta hospitalidad calorosa que recibe de sus compatriotas”. Y concluyó así: “A nombre, de la presente generación, recibimos estas cenizas del hombre ilustre, como expiación que la historia nos impo-

ne de los errores de la que nos precedió. En el teatro y en la agitada escena estamos hoy nosotros, con las mismas pasiones, sin la misma inexperiencia por atenuación. Que otra generación que en pos de nosotros venga, no se reúna un día en este mismo muelle, a recibir los restos de los profetas, de los salvadores que nos fueron preparados por el Genio de la Patria, y habremos enviado al ostracismo, al destierro, al desaliento y a la desesperación. Conduzcamos, señores, este depósito al lugar que la gratitud pública le tiene deparado”<sup>18</sup>. Ya con Roca como Presidente, estuvo al frente de la Superintendencia de Escuelas durante un breve lapso, desde donde impulsó lo que sería la Ley de Educación Común, pública y gratuita, sancionada en 1884. Y no he dicho laica, porque la palabra no está en la Ley N° 1.420, como lo está en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires ahora. Eso sí, la religión podía ser enseñada solamente fuera del horario escolar. En Paraguay, a donde fue huyendo del clima húmedo porteño, ese “ser enorme y extraño”, como lo definió Groussac<sup>19</sup>, llegó a su última hora, el 11 de septiembre de 1888. No hubo auxilios de la religión pero dos años antes, en el testamento cuyo texto trae Félix Luna, lo encabeza con la fórmula: “En nombre de Dios Todopoderoso”<sup>20</sup>. Sus restos fueron objeto de multitudinario homenaje al ser traídos a descansar en Buenos Aires. El monumento en Palermo, inaugurado entre polémicas por no encontrarse el parecido con el homenajeado, se debe nada menos que a Auguste Rodin<sup>21</sup>.

18. SARMIENTO, Domingo Faustino, “Discurso pronunciado en el acto de llegar la urna funeraria conteniendo los restos del Gral. D. José de San Martín”, 28-5-1880. <http://constitucionweb.blogspot.com.ar/2010/08/discurso-de-sarmiento-al-llegar-al-pais.html>.

19. BOTANA, Natalio R., *Los nombres del Poder, Domingo Faustino Sarmiento*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 79.

20. LUNA, Félix, *Sarmiento y sus fantasmas. Encuentros imaginarios*, Buenos Aires, Planeta, 2013. Sarmiento y Esquiú no se conocieron, pero Félix Luna hace que el fantasma del fraile obispo se acerque al moribundo Sarmiento y entablen un diálogo con rigor histórico en lo que se refiere a ambos personajes.

21. GROUSSAC, Paul, *Los rostros de Sarmiento. Iconografías*. Prólogo y selección de Páez de la Torre, Carlos, Buenos Aires, Emecé-, 2011, pp. 161/7 y sigs. Paul Groussac, cuando visita el taller de Rodin, queda “estupefacto” ante “la falta total de parecido”. Leopoldo Lugones, para quien es innegable la hermosura expresiva del

## IV

Volvamos ahora al franciscano, a quien Manuel Gálvez caracteriza como un perfecto sacerdote, hombre de oración y mortificación, el mejor acompañante de los enfermos, y brillante predicador. Sarmiento y su ministro Avellaneda influyeron para que, en 1871, el Senado colocase a Fray Mamerto a la cabeza de la terna como arzobispo de Buenos Aires. Pero Esquiú, tras horas de angustia y sabedor además de que en Buenos Aires no faltaban quienes resistían que un frailecito del interior fuera el sucesor nada menos que de Mariano Antonio de Escalada, rehusó la mitra, y así lo hizo saber en mensaje rebosante de humildad, al ministro, antes de refugiarse en el convento en Sucre: “Veo y siento que lejos de ser llamado a este divino encargo, la voz de los Santos Libros me rechaza con la claridad de la voz del Apóstol”, traduzco, “que el obispo debe ser irreprochable”, y mi conciencia me dicta que carezco de esa “irreprochabilidad indispensable”. En 1880, se definió la cuestión de la Capital de la República. Con las heridas abiertas de Puente Alsina, Esquiú predicó en la Catedral días antes de recibir la ordenación episcopal para la sede de Córdoba, que aceptó esta vez por obediencia al Sumo Pontífice, que coincidió con el deseo del gobierno. Ese día de la Inmaculada de 1880, ante las más altas autoridades de la Nación, Esquiú comenzó recordando el lema de 1853, “*Laetamur*”, pero para contrastarlo con el tiempo que le tocaba vivir. El espectáculo de los enfrentamientos de las últimas décadas no le permitía reiterar la “amorosísima congratulación”, por lo que las palabras de la Escritura fueron en esa ocasión tomadas del Libro de Baruc: “Y ustedes dirán: Al Señor, nuestro Dios, pertenece la justicia; a nosotros, en cambio, la vergüenza reflejada en el rostro”. Él, como aquél 9 de julio de 1853, y como Sarmiento al recibir los restos del Libertador, vuelve el pensamiento al pasado sangriento, y lo hace al alabar que finalmente Buenos Aires, “grande e ínclita ciudad”, sea la Capital de la República pero al costo de dejar de serlo de la provincia: “Pierdes con ello la sola denominación de Capital de tu provincia

---

monumento, indica que tiene el defecto capital: “[...] no es la cabeza de Sarmiento”, que en su realidad era digna de interesar al gran escultor.

pero adquieres la de toda la República, en que está incluida tu rica y floreciente campaña. ¿Y qué? Ese pequeño sacrificio, ¿no es acaso debido en expiación de las horribles hecatombes que en nombre y cargo del sistema federal hacían tus ejércitos en el año cuarenta por toda la República?” Con la federalización de la Ciudad de Buenos Aires, como escribe Isidoro Ruiz Moreno, ¡terminaba un ciclo histórico para la República Argentina!, el de la formación institucional, cuyas bases debían consolidarse a partir de entonces [...] El fin del ciclo heroico, signado por la violencia, daría paso al del trabajo y la renovación”<sup>22</sup>.

Quien relea hoy estos dos sermones, quizás sienta que en la Argentina pasamos, demasiadas veces, del *“laetamur”* al *“confusio faciei nostrae”*, de la satisfacción a la tristeza, de la esperanza al desaliento, del triunfalismo al “heridos y agobiados”, de la alegría por las descolantes personalidades que asombran al mundo, a la impotencia de asumir un proyecto común, como ciclos en nuestra vida como nación. Esquiú fue obispo de Córdoba solo dos años, la muerte le llegó en Pozo del Suncho, Catamarca, entonces parte de la diócesis, el 10 de enero de 1883, cuando regresaba de La Rioja. Gálvez relata este detalle de una etapa de ese viaje cuando el gerente del ferrocarril le ofreció un vagón especial, pero él aseguró que prefería quedarse con su secretario en segunda clase: “Yo no puedo gastar en lujo, porque la plata que tengo no es mía, sino de los pobres”. Poco después, el coche a caballos que lo traía de La Rioja debió detenerse y, rodeado de pobres, llegó a término su existencia cuando tenía nada más que 56 años. Nicolás Avellaneda escribió con su maestría literaria y el afecto de amigo, “El Padre Esquiú”, que Groussac menciona en especial junto con el que dedicó a Rivadavia entre sus mejores ensayos<sup>23</sup>. Admira en Esquiú ese “don divino” de abnegación, “que le hizo renunciar hasta a los esplendores de la elocuencia, que era la voz nativa de

22. RUIZ MORENO, Isidoro J., “La política entre 1862 y 1880”, en AA. VV., *Academia Nacional de la Historia. Nueva historia argentina*, Buenos Aires, 2000, Vol. 4, p. 523.

23. GROUSSAC, Paul, “Nicolás Avellaneda”, en *Páginas de Groussac* (extraídas de sus Obras Completas), Buenos Aires, Editorial América Unida, 1928, p. 241. ¿Podría decirse quizás que este Avellaneda es de lo mejor de Groussac? La descripción que en las primeras páginas hace de Avellaneda cuando, como ministro de Sarmiento lo recibe y ofrece el cargo en Tucumán, siempre me ha parecido una obra maestra.

su alma". Avellaneda da testimonio de que no ha estado una sola vez con Esquiú sin recoger algún solaz para las agitaciones de la vida y lo califica como el mejor ejemplo de "virtud constante, elevación moral y humildad profunda", para terminar diciendo: "Cada pueblo siente necesidad de saber que sobre la porción de tierra por él habitada hay siquiera una oración salida de un labio humano subiendo con seguridad a los cielos". En su trabajo sobre la presidencia de Avellaneda, Alberto Padilla escribe: "Sobre el báculo de Esquiú el poeta verá florecer el lirio de la santidad"<sup>24</sup>. Los restos del obispo Esquiú fueron embalsamados y conservados cuidadosamente, disponiendo en el decreto correspondiente, el presidente Roca y su ministro Eduardo Wilde, su traslado a la Catedral de Córdoba. Juárez Celman, gobernador de la provincia, en ese solemne acto habla de que el extinto, por sobre todo un fraile franciscano, posiblemente hubiera deseado reposar en el modesto claustro de sus hermanos y no en las suntuosas bóvedas catedralicias: "Ya sabéis cómo ha muerto, víctima de un celo exagerado en el desempeño de sus funciones, y sin más bienes conocidos que la humilde túnica que le sirvió de mortaja"<sup>25</sup>. Su corazón fue trasladado y expuesto en la iglesia catamarqueña de San Francisco; pocos años atrás, fue robado pero hallado sobre el techo del templo; luego, inexplicablemente, fue robado de nuevo y se perdió para siempre esa reliquia. La causa de beatificación del Venerable Siervo de Dios Fray Mamerto Esquiú, sin anticiparme al juicio de la Iglesia, confío llegue pronto a feliz término, como en este Bicentenario providencialmente hemos tenido la gracia de la beatificación de María Antonia de Paz y

24. PADILLA, Alberto, *Presidencia Avellaneda, vicepresidencia Mariano Acosta (1874-1880)*, *Historia Argentina*, Tomo IV, Buenos Aires, Plaza y Janés S.A. Editores Argentina, 1968, p. 2051.

25. EL PADRE ESQUIÚ, ob. cit. La vasta obra es dedicada por el compilador Alberto Ortiz, al presidente Gral. Roca; al ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, Eduardo Wilde; al Delegado Apostólico, Mons. Luigi Mattered, y al gobernador de Córdoba, Miguel Juárez Celman. Estamos en vísperas del conflicto que llevará a la expulsión del arzobispo Mattered, precisamente durante la vacancia de la diócesis por deceso de Fray Mamerto. Juárez Celman tendrá una relación amistosa, reflejada en nutrida correspondencia, con quien fue su compañero de aula, San José Gabriel del Rosario Brochero.

Figueroa, y la canonización del Padre José Gabriel del Rosario Brochero, de quien se decía en su tiempo que era “el nuevo Esquíú”.

## V

Concluyo con un párrafo del documento que sobre el Bicentenario publicó el Episcopado Argentino: “Hoy la Argentina sostiene como forma de gobierno la representativa, republicana y federal. Lo que aconteció en el Congreso de Tucumán fue la búsqueda de la organización de la República naciente, lo que con el paso del tiempo derivó en la elección del sistema democrático que abrió el camino de una auténtica representatividad. Volvemos a contemplar la Casa Histórica donde se juró la independencia, como símbolo que nos invita a ser más que habitantes y a constituirnos en ciudadanos comprometidos con la construcción del bien común, capaces de integrarnos como único pueblo”<sup>26</sup>.

26. [http://episcopado.org/portal/2000-2009/cat\\_view/181-documento-el-bicentenario.html](http://episcopado.org/portal/2000-2009/cat_view/181-documento-el-bicentenario.html).

# **LAS INSTITUCIONES CONFEDERALES COMO PUENTE ENTRE 1816 Y 1853<sup>1</sup>**

ROBERTO ANTONIO PUNTE<sup>2</sup>

## **RESUMEN**

Reseña de las normas fundamentales de Derecho Público de la Confederación Argentina antes de 1853, que facilitaron luego la definitiva organización nacional.

## **PALABRAS CLAVE**

Confederación Argentina - Ley fundamental de 1825 - Pacto Federal - Protocolo de Palermo - Acuerdo de San Nicolás - Organización Nacional.

## **ABSTRACT**

Review of the fundamental norms of Public Law during the stage of the Argentine Confederation prior 1853 that further on facilitated the definitive national organization.

1. Agradezco las correcciones recibidas. En especial, la meditada lectura y las consecuentes recomendaciones del Dr. Ezequiel Abásolo. Aclaro, por último, que he limitado las notas a lo imprescindible, de modo que algunas referencias a autores dan por descontado su conocimiento por los lectores especializados de esta publicación.

2. Abogado(UCA), Profesor Emérito de Derecho Constitucional (UCA), Miembro de la Academia del Plata.

**KEYWORDS**

Confederation Argentina - Fundamental Law of 1825 - Federal Pact - Protocol of Palermo - Agreement of San Nicolas - National Organization.

1. Resulta frecuente en la tradición constitucional argentina, tanto desde la magistratura como en los círculos académicos, aludir al carácter “originario” de la Constitución de 1853. Esto como poder estructural, no sólo vigorosamente pleno, sino como corte respecto del pasado, no obstante el reconocimiento de que al hacerlo se estaba cumpliendo con “pactos preexistentes”.

Pero hubo algo más, esto es, no solo dicho Derecho Público sinagmático, sino también un dinámico Derecho Público local. Si bien se ha sostenido que a partir de 1820 el país estaría invertebrado, en régimen de “in-constitución”, lo cierto es que el Derecho Público general y, sobre todo, el provincial, redundó en que, a partir de la decisión política post-Caseros, se estructurara con relativa facilidad un régimen constitucional moderno al tono de la época. Esta nota trata pues el tema del puente institucional entre 1816 y 1853.

Aunque no rigió un texto formal único, las unidades autonómicas que integraban la incipiente República no sólo compartieron el rico legado normativo previo y las experiencias patrias iniciales, sino que también incorporaron elementos valiosos y nuevos<sup>3</sup>. Es que tanto

3. ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, 1974. En el capítulo XVII, Alberdi desarrolla la coexistencia de antecedentes federativos y unitarios para nuestro país. Remarca la existencia bajo el dominio español, de unidad política y de gobierno, por lo cual las provincias forman parte de un solo estado, la unidad de la legislación civil, comercial y penal, la unidad judicial, territorial, financiera, y administrativa. Estos factores continuaron durante la etapa patria inicial, donde existió también unidad diplomática, externa o internacional consignando los tratados celebrados, unidad de nombre y de bandera, por lo cual, “la República Argentina forma un solo pueblo, un grande y solo estado consolidado”. Aunque no se menciona, no cabe duda de que estos caracteres sólo pueden sostenerse en un Derecho Público también común. A favor de la Federación, están las distancias enormes y costosas, la falta de caminos, los hábitos adquiridos de legislaciones, tribunales de justicia y gobiernos provinciales, la

la Real Ordenanza de Intendentes de 1782, como el Reglamento Provisorio de 1817 y la ley fundamental de 1825 fungieron como referencia constante de los hombres públicos argentinos hasta 1852.

Vale comenzar esta reflexión apelando a una comparación temporal. Entre la Declaración de Independencia de 1816, con el lema de "Provincias Unidas en Sudamérica", y la unión federal plasmada en la Constitución de 1853 transcurrieron poco menos de 37 años, o sea, como si estuviera hoy culminando algo iniciado a principios de la década del ochenta; por ejemplo, la consolidación de la democracia republicana que se comenzó a restablecer entre fines de 1982 y el 10 de diciembre de 1983. Luego, hasta hoy, transcurrieron cinco mandatos presidenciales completos, y, en el medio, uno trunco y otro interino. Se reunió con éxito una convención constituyente reformadora, y varias veces osciló la posición internacional del país.

A su vez, en aquella primera mitad del siglo XIX se sucedieron asonadas luchas intestinas, anarquía, y un estado casi permanente de guerras civiles, bien reseñadas en el detallado estudio hecho por Juan Álvarez<sup>4</sup>. Además, varios conflictos exteriores serios y un poco más de veinte años de régimen confederal, en su mayor parte con la conducción del gobierno de Buenos Aires, ejercido por Juan Manuel de Rosas, pero a la vez, con gobiernos locales autonómicos, descriptos por Alberdi en las *Bases* como "los hábitos ya adquiridos de legislaciones, tribunales de justicia y gobiernos provinciales".

Del mismo modo, después, también fue difícil y plagada de conflictos la organización nacional iniciada en mayo de 1853, con Buenos Aires como Estado independiente y graves acciones de guerra en Córdoba, Cuyo, Santiago, Tucumán, La Rioja, Santiago, Corrientes y Entre Ríos.

Esta etapa recién pudo darse por cumplida con la federalización de la Ciudad de Buenos Aires en 1880, mientras que la actual integra-

---

ciudadanía provincial adquirida a la luz de los tratados celebrados durante el período de confederación, de modo que ambos elementos deben confluir la base de un gobierno general, pues "ningún Congreso constituyente tendría el poder de hacerlos desaparecer instantáneamente por decretos o constituciones de su mano".

4. ÁLVAREZ, Juan, *Las guerras civiles argentinas*, Buenos Aires, Eudeba, 1985.

ción territorial finalmente se completó en 1884, con la instauración de los territorios nacionales<sup>5</sup>.

O sea que insumió, a su vez, treinta y un años, en donde, si bien mirados desde lejos pueden verse como un período de impulso creativo, de consolidación de las instituciones y de crecimiento tanto poblacional como económico; estuvo, a su vez, plagado de luchas, enfrentamientos y guerra civil, como las producidas por la secesión de la provincia Buenos Aires (1852/60); las montoneras y asonadas que conmovieron en La Rioja (1862/3, Ángel Vicente Peñalosa), Cuyo, Salta, Catamarca, Tucumán y Santiago del Estero (1866/8, Felipe Varela) y el Litoral (1870/3, López Jordán); más la terrible guerra de la triple alianza (1864-1870).

Sin embargo, puede decirse que, desde la perspectiva del tiempo, nada de esto hubiera sido posible sin la decisión constitucional adoptada luego de Caseros, y sus hitos del Protocolo de Palermo, el Pacto de San Nicolás y la Convención de Santa Fe.

2. A esto cabe sumar otro componente que concurrió a la difícil pero efectivamente producida consolidación institucional de la República, y es el proceso madurativo de nuestro Derecho Público, que vertebró el tránsito desde la Declaración de Independencia hacia la Constitución formal de carácter federal, de 1853.

Forma parte del haber cultural heredado de España la preocupación por fundar en derecho y en razón los actos y decisiones de políti-

5. Es que, recién con la provincialización de esos territorios, durante el siglo XX, se avanzó en el dominio del territorio histórico. Que de algún modo aún no se encuentra completo, puesto que está pendiente completar la ocupación jurídico institucional del mar territorial argentino.

La Ley N° 1.532 tuvo larga vigencia, hasta su sustitución, en 1954, por las Leyes Nros. 14.300, 15:14, 1.387 del territorio nacional. Entre 1951 y 1956, ocho territorios fueron provincializados (Leyes Nros. 14.037.14, 1.294.14, 1.408 y Decreto Ley N° 21.178/1956). Recién en 1990 se provincializó el último territorio nacional (Ley N° 23.775, que sigue su constitución en mayo de 1991). Conf. BIDEGAIN, Carlos María y otros, *Curso de Derecho Constitucional*, T. III, N° 470, Buenos Aires, AbeledoPerrot.

Respecto del mar territorial, puede verse, del autor, "El Territorio Marítimo Argentino", en *elDial.com* Suplemento de Derecho Constitucional, 22 de septiembre de 2006.

ca y gobierno, y esto se trasunta en todo el período. El principal argumento postergativo para el dictado de una Constitución escrita era la existencia de disturbios y disensiones al interior del país, y de ahí que la convocatoria de un congreso general habría de hacerse cuando las provincias “estén en plena libertad y tranquilidad” (Pacto Federal de 1831, art. 16, parágrafo quinto), texto citado expresamente en el párrafo segundo del Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos, del 31 de mayo de 1852, convocando al “Congreso General Federativo”, para “arreglar la administración general del país bajo el sistema federal [...]”, ello con sustento en dicho tratado, al que se denomina “ley fundamental de la República”. De este modo, se cierra el arco institucional abierto luego de la independencia, y que culmina en lo formal tantos años más tarde.

La maduración de nuestra institucionalidad se cimentó sobre lo heredado, como fue el régimen administrativo judicial de los Cabildos, la justicia comercial del Consulado, y la organización política dispuesta por la Real Ordenanza de Intendencias del Virreinato, de 1782, y, luego de Mayo de 1810, los sucesivos estatutos y reglamentos provisorios (el Reglamento de división de Poderes sancionado por la Junta Conservadora de 1811; el “Reglamento Provisional del Gobierno Superior de las Provincias Unidas del Río de la Plata a nombre del Fernando VII”, con sus anexos decretos de seguridad individual y libertad de imprenta, de noviembre de 1811; los proyectos de Constitución de la Comisión Especial y de la Sociedad Patriótica, producidos en 1813)<sup>6</sup>.

En el propio seno del Congreso reunido en Tucumán, en diciembre de 1816, se debatió sobre la conveniencia de dictar una Constitución. Estaban a la vista el modelo norteamericano de 1787, con sus enmiendas de 1791; la Constitución de la república francesa, de 1793, y la de Cádiz, de 1813.

Reunido luego en Buenos Aires en 1817, continuó el debate, diferido con los reiterados argumentos de ausencia de paz interior, por lo

6. “Documentos de la Conformación Institucional Argentina - 1782-1972”, recopilación por Miguel Vacas, Edición PEN -MI-1974, Imprenta del Congreso. Y capítulo IV, PUNTE, Roberto A., “Síntesis cronológica de nuestras instituciones”, en BIDEGAIN, Carlos María, *Curso de Derecho Constitucional*, pp. 153 y sigs., revisado y actualizado por Eugenio L. Palazzo, R. A. Punte y Guillermo Schinelli, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1994.

que no todas las provincias podían estar representadas. Y como fondo, la puja de los dos fuertes partidos que se fueron consolidando: unitarios y federales.

Así fue que la Constitución de abril de 1819, denominada de las “Provincias Unidas en Sudamérica”, emitida por el Congreso continuador del de Tucumán, fue rechazada por las provincias por su carácter unitario, que llevaba implícito la prevalencia de Buenos Aires y su puerto respecto del interior.

En su reemplazo, a partir del Tratado de Pilar entre Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos, el 23 febrero 1820, comienza a producirse un entramado de pactos y tratados, que configuran otro de los pilares del establecimiento de una autoridad confederal.

Esta autoridad se fue acrecentando con nuevas interpretaciones, actos jurídicos, acuerdos y leyes, mediante los que gobiernos y legislaturas provinciales fueron delegando o admitiendo facultades y competencias hasta ir configurando la estructura básica que permitirá a Urquiza impulsar la convocatoria del Congreso General Constituyente de 1853.

En este camino se inscribe en el Tratado del 24 noviembre 1820, en Benegas, entre Buenos Aires y Santa Fe, y luego el Tratado del Cuadrilátero, entre Buenos Aires, Santa Fe, Entre Ríos y Corrientes, del 25 de enero de 1822, previendo un Congreso General “de las Provincias Unidas del Río de la Plata”.

Este comenzó a sesionar en Buenos Aires en diciembre de 1824 y duró hasta agosto de 1827. A este Congreso, que se autoasumió como “Constituyente”, se debe el dictado de la “Ley Fundamental” dada en su sesión del 23 de enero de 1825, que contiene las bases de lo que sería el régimen de los próximos veintisiete años<sup>7</sup>.

7. SIERRA, Vicente D., *Historia de la Argentina. 1819-1829*, Buenos Aires, Editorial Científica Argentina, 1976, pp. 426-427.

El autor reseña que, al terminar el período de gobierno de Martín Rodríguez, en 1824, fue electo Juan Gregorio de las Heras. Y por impulso de Rivadavia, que había ocupado el cargo de Ministro de Gobierno y Relaciones Exteriores, se convocó a un congreso nacional por ley del 27 de febrero de 1824, “destinado a dar organización jurídica al Estado argentino”. Los diputados debieron elegirse según el reglamento provisional de 1817, o sea, uno cada 15.000 habitantes y uno por alguna fracción de

Dicha ley dispuso que las provincias se aseguraban usar sus fuerzas y recursos “para afianzar la independencia nacional y cuanto pueda contribuir a su felicidad”, y que “hasta la promulgación de la Constitución que habrá de reorganizar el Estado”, las provincias se regirían “interinamente por sus propias instituciones”. Confluyen, así, las dos fuerzas en tensión, la unánime decisión por diferenciarnos como Estado Nacional respecto del resto del mundo, y la decidida reserva de los derechos de autonomía de cada provincia.

Encomendó, al Congreso, “expedir progresivamente” las disposiciones necesarias para los objetivos de “independencia, integridad, seguridad, defensa y prosperidad nacional”, siendo que, entre tanto, el “Poder Ejecutivo Nacional” fue “provisoriamente encomendado al gobierno de Buenos Aires”, con facultades de representación exterior,

---

más de 7.500, por sufragio directo. Se acordó con las provincias que el Congreso fuera en Buenos Aires y comenzó su tarea el 27 de noviembre de 1824, con la presencia de 19 diputados de los 33 hasta entonces elegidos.

Si bien las provincias habían manifestado, a la vez de defender sus libertades e instituciones, procurar “instituciones que gobernaron a toda la nación”, Francisco Acosta, diputado de Corrientes, presentó un proyecto de “ley fundamental como principio al menos provisorio”, revisado por los diputados Funes, Paso, Vélez Sarsfield, Zabaleta y Frías. El proyecto fue aprobado el 23 de enero de 1825. Por esta ley, “las Provincias Unidas del Río de la Plata confirman su voluntad de constituirse en nación independiente”, y a través de este Congreso, que declaran como “constituyente”, expresa que “por ahora y hasta la promulgación de la Constitución que ha de reorganizar el Estado, las provincias se regirán interinamente por las siguientes instituciones [...]”. El mismo Congreso General debía asumir los objetivos de independencia, integridad, seguridad, defensa y prosperidad nacional, debiendo dictar progresivamente las disposiciones indispensables para lograr estos objetivos. Asimismo, el Congreso tenía que dictar una Constitución que debería presentar a la consideración de las provincias, y no sería promulgada ni establecida en ellas hasta que hubiera sido aceptada, lo que luego será el instrumento de rechazo de la Constitución unitaria de 1826. Entretanto, se encomienda al gobierno de Buenos Aires lo concerniente a negocios extranjeros, nombramiento y recepción de ministros y autorización de los nombrados; celebrar tratados, los que no podrá ratificar sin obtener previamente autorización del Congreso; ejecutar y comunicar a los demás gobiernos resoluciones que el Congreso expida en orden a las medidas más convenientes para la mejor expedición de los negocios del Estado. En lo concreto, la ley fundamental sirvió, además, en lo inmediato, para enfrentar las exigencias de la guerra con el Brasil, que se veía inminente.

así como de dictar las medidas convenientes para la mejor expedición de los negocios del Estado.

Finalmente, este Congreso se disolvió en julio de 1827, luego de fracasar en su tarea de expedir una Constitución aceptada, pues fue rechazada la de fórmula unitaria que proclamara en diciembre de 1826, redactada sobre el modelo ya desestimado de 1819.

Con aquella ley de 1825 comienza plenamente el período de confederación con Constitución dispersa que recién va a concluir con el dictado de la Constitución Federal. Estas reglas constan replicadas, años más tarde, en el Pacto Federal de 1831.

Ambos instrumentos fueron considerados por sus contemporáneos como “leyes fundamentales”.

Así consta en la reseña contenida en los dos primeros considerandos del Protocolo de Palermo, del 6 abril 1852, cuyos párrafos transcribo: “1°. Que el Derecho Público argentino, desde que se instaló el Congreso General en la provincia de Tucumán y se declaró allí la independencia nacional de todo otro poder extraño, hasta la celebración del tratado del 4 de enero de 1831 sobre el punto de la autoridad competente para la dirección de esos importantes asuntos, ha variado según las diversas fases que ha tenido la revolución de la República [...] 2°. Que esta parte del Derecho Público constitucional de la República pareció asumir un carácter más definitivo desde que el Congreso General constituyente promulgó la ley fundamental del 23 de enero de 1825, por la que se encomendó provisoriamente y hasta la elección del Poder Ejecutivo Nacional, al gobierno de Buenos Aires, entre otras facultades, la del desempeño de todo lo concerniente a negocios extranjeros, nombramientos, recepción de ministros y la de celebrar tratados, quedando su ratificación sujeta a la autorización del Congreso”, y luego, por leyes de la provincia de Buenos Aires, se especificó que se trataba de funciones de autoridad en materia de paz, guerra, relaciones exteriores y hacienda nacional, restringido luego a guerra nacional y relaciones exteriores. (Considerando 3°).

El procedimiento de delegación en el gobernador de la provincia de Buenos Aires tenía la particularidad de ser anual, por lo que cada año debía renovarse. De ahí que, apoyándose en tales reglas, pudo el gobernador de Entre Ríos, Urquiza, en mayo de 1851, comunicar a todas las provincias que había aceptado la renuncia anual de sus facul-

tades por Rosas, asumiendo la Relaciones Exteriores de su provincia, y, en consecuencia, quedando facultado para tratar la alianza militar con el Imperio de Brasil, la Banda Oriental y la provincia de Corrientes, todo lo cual ocurre con apoyo en las instituciones jurídicas vigentes del régimen confederal.

Como esto genera una situación de beligerancia entre sí, se invocaron desde el bando contrario las pautas de mutua asistencia defensiva del Pacto Federal de 1831 frente a ataques exteriores o sedición interior, lo que se dirimió militarmente en la Batalla de Caseros.

Resulta pues notoria la continuidad jurídica del Estado Confederado, y así, derrotado en Caseros el gobernador de la Provincia Buenos Aires, el 3 de febrero de 1852, provocando su ulterior renuncia y reemplazo, el 6 de abril de 1852 se reúnen los gobernadores de Entre Ríos, Buenos Aires, Santa Fe y Corrientes, y suscriben el mencionado Protocolo de Palermo. Por el mismo, al que adhirieron luego las restantes provincias, se encarga a Urquiza, gobernador de Entre Ríos, las Relaciones Exteriores con las mismas prerrogativas que había ostentado Rosas. Como se ha visto, en dicho documento se reseñan “las normas vigentes de Derecho Público constitucional de la República”, expresamente la ley de 1825 y el pacto de 1831.

3. Es decir que el período de la Confederación entre 1825 y 1853, tiene una clara continuidad jurídico institucional, y es aquí donde entramos al campo de la ciencia política.

En efecto, el término “constitución” es polisémico. Podemos utilizar la palabra en distintos sentidos, y, restringiéndonos a lo jurídico político, puede aplicarse al modo de ser de un Estado, como aquellas normas de las cuales obtienen su validez las restantes, como de distribución del poder, como estatuto de garantía de los derechos de los ciudadanos, como la ley detrás de todas las leyes.

Como “ordenación fundamental del Estado” permite, a su vez, varias posibilidades en cuanto a su soporte instrumental. Puede constar en decisiones, costumbres, tradiciones, normas escritas, y aun en meros actos de mando y obediencia. Éste es el concepto amplio de origen clásico. Aristóteles, a quien se le encomendó la redacción de la Constitución de Atenas, se dice revisó 158 constituciones calificadas

como idóneas de organizar la convivencia en comunidad. Este es el concepto de *constitución aristotélica*, un principio organizativo que determina la forma para el buen gobierno, como comunidad de vida para alcanzar sus fines de convivencia y justicia.

Sin embargo, a partir de la prédica de los oradores revolucionarios franceses, como Robespierre, Danton, el abate Sieyès, se perfiló el concepto moderno de *constitución*, tal como lo definió el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: "Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución". Y esto, actualmente, requiere ley escrita, separación de poderes, garantías judiciales y declaraciones de derechos.

Pero a su vez, esta Constitución escrita puede ser, como ocurrió a partir de la Constitución de los Estados Unidos, en un solo texto, en una ley fundamental única, o a través de leyes dispersas, como ocurre aún con la Constitución inglesa, o las de Israel, Nueva Zelanda y Canadá, para tomar los mejores ejemplos.

Mientras en la mayoría de los países, a partir del modelo norteamericano, la Constitución consta en un documento escrito, tal documento no existe en el caso de la Gran Bretaña. La denominada "Constitución" de ese país resulta de la evolución de tradiciones, prácticas, decisiones parlamentarias y leyes en sentido amplio. Esta Constitución, que puede ser reformada por cualquier ley dictada por el parlamento, y, por lo tanto, es esencialmente flexible, responde sin embargo a una estructura conservadora que ha resultado más estable que la gran mayoría de las Constituciones escritas. Precisamente, con el título *The English Constitution*, Walter Bagehot escribió un clásico en 1867, en donde repasa las características principales del sistema británico: el Gabinete, la Monarquía, la Cámara de los Lores, los Comunes, el Ministerio. Con toda lucidez aclara que su libro trata "la Constitución inglesa" entre 1865 y 1867, "en tiempos de Lord Palmerston", y, consecuente, en una posterior edición de 1872 aclara que ya no son iguales las cosas, luego de las reformas electorales de 1867. En el pensamiento de Bagehot, debe distinguirse entre las normas "de autoridad", que se refieren a la legitimidad del sistema, y que abarcan tanto a la monarquía como al Parlamento, incluido el primer Ministro, y que hacen a la tradición de los poderes supremos aceptados por la

población, del tramo orgánico de la Constitución, referido a la estructura de toma de decisiones y ejercicio del poder<sup>8</sup>.

8. BAGEHOT, Walter, *The English Constitution*, London, Ed. Fontana, 1993. La 1ª edición fue en 1865. Asimismo, PUNTE, Roberto A., "La Constitución Inglesa", en *elDial.com* (DC577), Suplemento de Derecho Constitucional, 7-3-2005.

No cabe duda sobre que Rosas conoció durante su gobierno en profundidad las instituciones inglesas, pues negoció activamente con la Corona, durante los conflictos armados de 1845 a 1850. No hay, sin embargo, una mención específica en su pensamiento político diferente de la reiteradamente repetida opinión, de no ser el momento oportuno hasta tanto no estuviera el país pacificado y en orden para dictarse otra forma de Constitución. Este era un lugar común, como se ha visto, fuertemente arraigado entre muchos de sus contemporáneos. Así, surge de la citada carta de Las Heras. El único documento integral, con una visión política de su gobierno, y con la que coinciden los historiadores, es la denominada Carta a Juan Facundo Quiroga, dictada en la hacienda de Figueroa, San Antonio de Areco, el 20 de diciembre de 1834. Expresó allí: "[...] nadie pues más que usted y yo pueda estar persuadido de la necesidad de una organización y un gobierno general y de que es el único medio de darle ser y responsabilidad a nuestra República [...]", y también que los medios proporcionados a su ejecución no pueden ser otros que el ordenamiento de las partes que deben componerlo. Sostiene que la presión por la organización nacional, mal llevada, ha determinado la irritación de los ánimos, descarrío de las opiniones, choque de intereses, intrigas e inmoralidades y fraccionamiento en bandas de la sociedad. Pero "una república federativa es quimérica y desastrosa [...] mientras no se componga de estados bien organizados en sí mismos, porque conservando cada una su soberanía e independencia, la fuerza del poder general con respecto al interior de la República, es casi ninguna y su principal y casi toda su investidura es de pura representación para llevar la voz a nombre de todos los estados confederados en su relaciones con las naciones extranjeras [...]"; de ahí que se requiera que "dentro de cada estado en particular (haya) elementos de poder para mantener el orden respectivo [...]". Acude al ejemplo norteamericano, en cuanto que la república originaria no "ha admitido en la confederación nuevos pueblos y provincias formadas después de la independencia", sino cuando se han puesto en estado de regirse por sí solos. Luego, al plantear que uno de los problemas más graves a considerar es la sede del Gobierno Federal, cuestión que avizora, de mucha gravedad y trascendencia, y toma como ejemplo de nuevo la necesidad que llevó a los norteamericanos a fundar la ciudad de Washington, agrega que el segundo tema de gravedad es la creación del presupuesto, "un fondo nacional permanente que sufrague todos los gastos generales, ordinarios y extraordinarios, el pago de la deuda tanto exterior como interior [...], etc. [...] la creación de un Banco Nacional con la capacidad de emitir monedas, etc. [...]", y no vale la pena extenderse más, puesto que el documento es conocido, concluyendo "que mientras no haya un espíritu de paz y tranquilidad general, resulta imposible avanzar en tal tipo de organización general". (IRAZUSTA, Julio, *Vida política de Juan*

Esto es, actualmente, temas tales como el sistema de partidos, la concentración de poder en el Ejecutivo, el régimen electoral, y la aun existente inserción en la Unión Europea, con sus límites implícitos a las libertades económicas y de legislación del gobierno.

De un modo idealizado se ha podido sostener que confluyen en ella elementos de monarquía, aristocracia y democracia; pero lo cierto es que también existe una red de intereses que decide, al que se ha denominado como el *establishment*, desde el cual operan las fuerzas verdaderas de la política en el poder.

Cuando en *El espíritu de las leyes*, publicado en 1747, Montesquieu desarrolla su tesis sobre la división de poderes, se apoya en “la Constitución de Inglaterra”. Su reflexión, sin embargo, poco tenía que ver con la realidad normativa de la Constitución inglesa, pues usaba dicha expresión en el sentido amplio con que se venía utilizando desde la antigüedad, al modo de Aristóteles, Polibio o Maquiavelo, como modo de ser o configuración del poder en un Estado, sin tomar en cuenta su carácter escrito o consuetudinario, disperso o concentrado.

Lo cierto es que la Constitución inglesa es principalmente consuetudinaria, carece de una distinción clara entre los poderes, y se halla dispersa en distintas normas. Aunque formalmente es extremadamente flexible, pues se modifica con las leyes del Parlamento, resulta, a la vez, extraordinariamente estable, por el ancla de la tradición y costumbres de mando y obediencia dentro del sistema.

4. Y precisamente, con estos caracteres es que puede hablarse de la Constitución de la Confederación Argentina previa a 1853, claramente reflejando estas características de organización del poder a través de normas dispersas, y un entramado de tradiciones y costumbres, que constituyeron, a su vez, las bases sociológicas en que se apoyó la construcción jurídico institucional del período de constitución formal inaugurado ese año.

En la proclama del gobernador Las Heras a las provincias, comunicando la “Ley Fundamental” de 1825, expresa que desde la convocatoria

---

*Manuel de Rosas a través de su correspondencia*, T. I, segunda parte, 1830/1835, Buenos Aires, Editorial Albatros, 1953, pp. 137-245 y sus citas).

misma se “estableció como primera base el respeto a las autoridades e instituciones existentes”. De ahí la resolución de que cada una continuara regida por esas instituciones hasta la promulgación de una Constitución. De tal modo, el Congreso, a la vez, “ha asegurado su autoridad y la reorganización de la nación”, puesto que, así, “ha escapado de comprometerse en el inextricable laberinto de las pretensiones, de los recelos, de las preocupaciones locales, que nunca podría arreglar por sí y de cuyo empeño sacaría un infalible descrédito, que habría merecido ciertamente [...]”, si no hubiera advertido el riesgo e imprudencia de lo contrario.

Formuló una crítica de trascendencia, en cuanto al fracaso en constituir gobiernos generales, y esto surge, expresa, “de un error funesto”, cual es “comprometer a un gobierno nacional a llenar por sí las diversas exigencias de cada pueblo en un vasto territorio y ejercer su acción directamente sin las modificaciones de las autoridades locales y sin los conocimientos peculiares y prácticos de cada uno”. Esto lastima los intereses municipales, y no sirve a un número de deseos laudables de cada distrito. Para conseguir, además, un Poder Ejecutivo general, es necesario formar un tesoro nacional, pero su vez esto requiere que cada provincia se organice, se conozcan con exactitud los medios y recursos provinciales, y que cada una genere sus impuestos, sobre la base del principio de que “cada provincia debe arreglar su administración interior sobre un pie de estricta economía, esto es, que no se gaste más en administrarse que lo puramente necesario al buen servicio”. “De este modo, decretándose cada provincia sus impuestos, arreglando cada una sus gastos y juzgando de sus inversiones, quitará el gobierno general todo lo odioso de una ejecución mal apropiada y facilitarán las luces y conocimientos que el Congreso y el Ejecutivo necesitan para dar dirección al todo y no equivocar las medidas de un interés nacional”. (Conf. Sierra, Vicente, ob. cit.).

Esta necesidad de organización desde la periferia puede interpretarse de distintos modos, ya como una muestra de sabiduría política, o como un gesto conservatista de las prerrogativas de Buenos Aires, aferrada a las ventajas de su puerto y aduana.

Pero así funcionó.

En su obra sobre las Constituciones provinciales, Miguel Ortiz Pellegrini y otros nos muestran cuál era por entonces el estado organizativo en cada provincia.

Santa Fe había dictado su Estatuto Provisorio en agosto de 1819 y luego, mucho más adelante, una Constitución en julio de 1841. En septiembre de 1820 se había emitido la Constitución de la República de Tucumán, sustituida en 1852 por un nuevo estatuto provincial. Córdoba dictó su Reglamento Provisorio en enero de 1821, sustituido en 1847. También durante 1821 se dictaron la Constitución de Salta y la de Jujuy; un proyecto de Constitución para Cuyo; el Reglamento Provisorio Constitucional de Corrientes, luego formalmente la Constitución en 1824. Entre Ríos tuvo su Estatuto Provisorio Constitucional en 1822; Catamarca, un Reglamento Constitucional en 1823. Corrientes tuvo Constitución en septiembre de 1824.

Después de 1825, se destaca la Carta de Mayo dictada por la Junta de Representantes de San Juan, en julio de ese año, un cuerpo de garantías individuales más que una Constitución. En 1830 se dictó el Reglamento para la organización política de la provincia de Santiago del Estero, y un Estatuto de la provincia de Jujuy, que recién tomó forma definitiva en 1839.

Sólo Mendoza, La Rioja y Buenos Aires no se dieron Constitución alguna, aunque en esta última se encontraban formalmente organizados los Poderes Ejecutivo y Legislativo<sup>9</sup>.

5. En definitiva, con los caracteres de Constitución dispersa, confederal, existió una clara diferenciación como nación independiente organizada a partir de 1816 con los títulos de “Provincias Unidas del Río de la Plata” o “Confederación Argentina”, sujeto de tratados y de Derecho Internacional, y claramente con una definida identidad.

9. ORTIZ PELLEGRINI, Miguel; BORGARELLO, Esther Susana; AGUIRRE, Susana Liliana, *Las constituciones provinciales*, Córdoba, Editorial Córdoba-Marcos Lerner, 1994.

Como indudable trasfondo de toda esta nota deben mencionarse como obras fundamentales las de ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *El Federalismo Argentino*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1958, y su *Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1966; TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Formación del Estado Federal Argentino (1820-1852)*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1965. Asimismo, TAU ANZOÁTEGUI, Víctor y MARTIRE, Eduardo, *Historia de las Instituciones Argentinas*, Buenos Aires, Ed. Macchi, 2001.

Fue esto lo que le permitió decir a Alberdi que el mayor enemigo de la Constitución no era tanto Rosas como las distancias y los desiertos. Y definir el gran objetivo futuro de poblar esos desiertos con las reglas del progreso y de igualdad ante la ley, zanjando la disputa partidaria con la consigna de unión federativa. Esto es lo nuclear de las *Bases...*, en donde, no obstante, su retórico planteo de que la Confederación no pasaba de ser una “simple asociación tacita e implícita”, carente de “constitución y de leyes generales que hagan sus veces”, le permite formular su brillante propuesta de unión federativa, a partir de una nueva “Constitución que sirva de regla para la conducta de los gobernantes” (ob. cit.).

Y si bien, desde lo político fue difícil hacer concretas estas propuestas, debe advertirse que existía un previo terreno de Derecho Público que lo hizo posible.

La cuestión de la conformación del Estado Federal fue analizada en profundidad por varios autores. De ellos cabe destacarse el estudio de Zorraquín Becú, a partir de las ciudades con Cabildos, y luego los de Tau Anzoátegui, sobre la conformación de las ramas del Estado Federal Argentino. Cabe añadir, pues, esta consideración que aquí se hace sobre la estructuración de un Derecho Público local, que de alguna manera precedió a la Constitución, y que tuvo su “forma organizativa” a través de la denominada Ley Fundamental de 1825 y el Pacto Federal de 1831, que dieron estructura orgánica a esta Constitución dispersa del Estado confederal.

Este fue reconocido con personería de Derecho Internacional Público en las relaciones exteriores, así como en el orden interior<sup>10</sup>.

10. Precisamente en el campo de las relaciones exteriores, si bien no abundaron, hubo coincidentes manifestaciones de identidad institucional durante todo el período. Luego de la Declaración de la Independencia, el Directorio suscribió, en 1817, un tratado particular con el Estado de Chile por las “Provincias Unidas del Río de La Plata”. Gran Bretaña había acreditado Cónsul en 1824 y reconoció la independencia siendo Primer Ministro George Canning, firmándose, primero, un acuerdo y, luego, un tratado, el 12 de mayo de 1825, con “Su Majestad Británica”, con dicho título de “Provincias Unidas del Río de la Plata”. Igualmente como “Provincias Unidas” fue reconocida nuestra Independencia por el Emperador de Brasil, el 24 de mayo de 1827. En cambio, en la convención con Francia del 15 de mayo de 1834 se utiliza la deno-

No hay entre la documentación existente una referencia puntual a los planes de Rosas, mucho más allá del repetido mantra por todos los que ejercieron funciones de poder durante aquellos años, de que

---

minación “República Argentina”, y, tal como luego quedara plasmado en el artículo 35 de la Constitución de 1853, hay un uso indistinto de estas denominaciones para designar a nuestro país. Así, en 1838 el reconocimiento por el Rey de Cerdeña es con el nombre de Confederación Argentina. Y el tratado “entre la Gran Bretaña y la Confederación Argentina”, del 24 mayo 1839, para la abolición del tráfico de esclavos, figura suscripto entre “Su Majestad la Reina del Reino Unido de la Gran Bretaña a Irlanda y la República Argentina”, también denominada en el curso del documento indistintamente República Argentina o Confederación Argentina. Lo mismo ocurre en el Tratado Arana-Mackau, del 29 de octubre de 1840. En cambio es tratada como “Confederación Argentina” en el protocolo sobre el reconocimiento, por el Cónsul de Dinamarca, de la soberanía e independencia del 20 de enero de 1841. Al suscribir, Rosas, el 24 de marzo de 1843 una alianza ofensiva y defensiva con el Emperador de Brasil, para la pacificación del Río Grande del Sur y la República Oriental del Uruguay, invoca sus títulos de “Gobernador y Capitán General de la provincia de Buenos Aires Encargado de las Relaciones Exteriores de la Confederación Argentina”. En la declaración suscrita en abril de 1843, por la Ciudad Hanseática de Bremen, se menciona al país como República de la Confederación Argentina. Asimismo, los “Protocolos de reconocimiento de la soberanía e independencia de la Confederación Argentina” fueron suscriptos, en 1844, en marzo, con la ciudad Hanseática de Hamburgo, y el 28 de septiembre con el Rey de Prusia, y en enero de 1846, con el Reino de Suecia y Noruega. En 1849 se firmó una convención con el Reino Unido para el restablecimiento de las relaciones de amistad, y en agosto de 1850, igual tratado con Francia.

(conf. Ministerio de Relaciones Exteriores. Dirección de tratados. <http://tratados.gob.ar>, [ditra@mrecic.gov.ar](mailto:ditra@mrecic.gov.ar)).

Todo ello demuestra una definida personalidad institucional en el ámbito internacional, lo que lleva a Alberdi a remarcar, en sus *Bases*, “la unidad diplomática, externa o internacional consignada en tratados celebrados con Inglaterra, con Brasil, con Francia, etc., cuyos actos forman parte de la constitución externa del país, sea cual fuere”. Agrega, en el mismo capítulo, “la ley, constitucional o civil, es la regla de existencia de los seres colectivos que se llaman Estados [...] el Congreso argentino constituyente no será llamado a hacer la República Argentina ni a crear las reglas o leyes de su organismo normal, no podrá reducir su territorio, ni cambiar su constitución geográfica [...] vendrá [...] a escribir las leyes naturales en que todo eso propende a combinarse y desarrollarse del modo más ventajoso a los destinos providenciales de la República Argentina”. Serán, pues, “[...] los hechos, la realidad, que son obra de Dios y existen por la acción del tiempo y de la historia anterior de nuestro país, los que deben imponer la Constitución que la República Argentina reciba de las manos de sus legisladores constituyentes” (ob. cit., capítulo XVIII).

se habría de constitucionalizar definitivamente un Estado Federal, cuando estuvieran dadas las condiciones de paz y orden en el interior del país; esto es, cuando hubieran cesado los enfrentamientos civiles y las amenazas extranjeras.

Ahora bien, debe tenerse presente que los ataques exteriores, en busca del dominio de los grandes ríos con fines comerciales y de factoría, fueron una constante en la etapa de expansión británica durante el siglo XIX; siendo dos víctimas de esta situación tanto la India como China. El Río de La Plata, en ese sentido, merece el elogio de no haber sucumbido ante esa posición imperialista. De ahí la felicitación y legado de su sable por San Martín a Rosas, como fruto de una reflexión estratégica en orden a la singularidad que significó, en términos mundiales, la exitosa defensa de la independencia de las aguas interiores, por parte del Gobierno Confederal.

Para acercarnos al cierre, cabe recordar las reflexiones de Alberdi sobre las dificultades propias de conformar un Estado y su contrafigura: su rica enumeración de los precedentes que permitieran la conformación de la Unión Federal que él preconizaba y que, a su vez, encontraba una lista igual de dificultades, de las cuales, sin duda, la que él considera principal era la falta de población, y las extensas distancias.

Cabe agregar un colofón sobre esta reflexión, y es que, dictada la Constitución de 1853, con la excepción de Buenos Aires, otra singularidad difícil de encuadrar en todo este período, pero fácil de entender a través del análisis económico de la política, nos encontramos con la actitud de las provincias con posterioridad a 1853, y su promulgación de Constituciones locales ajustadas a la nueva Constitución Federal. Esto demuestra uno de los argumentos centrales de este artículo, consistente en la capacidad de los gobiernos locales para asumir, en términos jurídico constitucionales, la nueva realidad a la que habían colaborado a que se conformara.

Hubo una rápida concreción de las nuevas Constituciones provinciales, que, según disponían los artículos 5º y 103 de la Constitución de 1853 –lo que fuera derogado en 1860–, debían ser “revisadas por el Congreso” en forma previa a su promulgación. Por la Ley N° 9 de 1854 se estableció un plazo de ocho meses para el dictado de las Constituciones provinciales. Y en base a eso, se fueron recibiendo en

el Congreso de Paraná las nuevas Constituciones, y se aprobaron, en agosto de 1855, las de Mendoza (Ley N° 36), La Rioja (Ley N° 37), San Luis (Ley N° 39) y Catamarca (Ley N° 40); y en septiembre del mismo año, las de Salta (Ley N° 45), Córdoba (Ley N° 46), Jujuy (Ley N° 51). En agosto de 1856, las de Santa Fe (Ley N° 76), Santiago del Estero (Ley N° 86), Tucumán (Ley N° 87), San Juan (Ley N° 89) y Corrientes (Ley N° 97), y, finalmente, Entre Ríos, que había estado transitoriamente federalizada, en 1860 (Ley N° 229). Buenos Aires, a la sazón secesionada, había dictado su propia Constitución en 1854, declarando límites que incluían a la provincia de Mendoza y se extendían hasta la frontera con Chile, incluyendo la Patagonia<sup>11</sup>.

En definitiva, si hay algo que se advierte en el texto decisional plasmado a partir del Protocolo de Palermo y el Acuerdo de San Nicolás, como culminación del proceso iniciado en 1816, es la existencia de una fuerte base jurídica que sirvió a la política para generar una difícil pero luego probadamente exitosa organización de un gobierno general, con reglas de Derecho no solo para sus contemporáneos sino además para las multitudes que de todo el mundo acudieron a sumarse a nuestra aventura nacional.

11. *Anales de Legislación Argentina*, Buenos Aires, Editorial La Ley, T° 1852-1880, 1954. Sin perjuicio de las cesiones que puedan hacerse en el Congreso General, se declara: que su territorio se extiende Norte-Sud, desde el arroyo del Medio hasta la entrada de la cordillera en el mar, lindando por una línea al Oeste-Sudoeste, y por el Oeste con las faldas de las cordilleras y por el Nordeste y este con los ríos Paraná y Plata y con el Atlántico, comprendiendo la Isla de Martín García y las adyacentes a sus costas fluviales y marítimas.

# ANÁLISIS HISTÓRICO, JURÍDICO Y POLÍTICO DE LA CUESTIÓN DE LAS ISLAS MALVINAS Y DEL ATLÁNTICO SUR

HERNANDO V. CAÑARDO<sup>1</sup>

## RESUMEN

Este artículo analiza la cuestión de las islas Malvinas, dentro del contexto histórico que le dio origen. Estudia su desarrollo posterior, a la luz de los principios que regulan los títulos jurídicos de adquisición del territorio, la autodeterminación, descolonización y aquiescencia. Concluye haciendo referencia a la legitimidad de las acciones de 1982, en el marco de la tensión entre el Derecho Internacional y el poder.

## PALABRAS CLAVE

Conflicto islas Malvinas - Autodeterminación - Descolonización - Títulos jurídicos sobre el territorio - Aquiescencia - Legitimidad.

1. Abogado (UCA), Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA), Profesor Titular Ordinario de Derecho Internacional Público (UCA) y Profesor Titular del Doctorado en Ciencias Jurídicas (UCA). Miembro de la Sociedad Americana de Derecho Internacional, 1984 (American Society of International Law Member).

**ABSTRACT**

This paper analyzes the question of the Malvinas/Falkland/Islands, in the historical context that originated it. It also describes its subsequent developments in the light of the titles of acquisition of territory, self-determination, decolonization and acquiescence. It concludes with a reference to the legitimacy of the military actions in 1982, stressing the tension between International Law and naked power.

**KEYWORDS**

Malvinas/Falkland Conflict - Self-Determination - Decolonization - Titles over Territory - Acquiescence - Legitimacy.

**I. INTRODUCCIÓN**

Referirse al archipiélago como islas Malvinas o Falkland Islands equivale, de inicio, a tomar posición sobre la cuestión de la soberanía, cuya solución, como lo afirmara Benjamin Ferencz, es un desafío constante al Derecho Internacional<sup>2</sup>.

Este trabajo no tratará los aspectos militares del conflicto de 1982, pero sí analizará la legitimidad del reclamo, dentro de la estructura jurídica de la Comunidad Internacional.

Su objetivo central es el estudio de determinados aspectos históricos, jurídicos y políticos para lograr una mejor comprensión de las normas y los valores en juego.

Los mismos exceden en mucho una visión estrictamente bilateral del tema referido a la disputa de soberanía. Su historia será tratada

2. Cuando Theodore Roosevelt toma la Zona del Canal de Panamá, le pregunta a su Attorney General, Philander Knox, que busque un buen argumento legal para la usurpación a Colombia y este le responde: "Señor Presidente, no permita que un logro tan grande padezca de una mancha de legalidad" (FERENCZ, Benjamin, *Enforcing International Law*, Volume 2, p. 461).

teniendo en cuenta no solo los principios legales sino también los intereses políticos de las principales potencias, en relación a la ocupación de las grandes masas continentales y sus adyacencias entre los siglos XVI y XIX, así como los procesos de poder que se encuentran siempre detrás de las normas jurídicas, cualquiera sea la materia que ellas traten.

La posición de España y de Portugal, primeras potencias colonizadoras del Continente, legitimadas por la Iglesia Católica, sufre un embate con la Reforma y el abandono por parte de muchos Estados en Europa, especialmente aquellos que no habían recibido la bendición papal, de la idea de una autoridad universal. Inglaterra, entre ellos, entendió que debía ocupar en forma pacífica o no los territorios que no estuviesen colonizados. Se inicia, así, una etapa de conflictos de poder, que tendrá por teatro al mundo entero.

La Paz de Münster, de Utrecht, y otros instrumentos jurídicos fundamentales del orden público europeo demostrarán que para entender ciertas cuestiones no basta estudiar solamente las normas, sino también la realidad que las subyace y los valores en que se pretenden sustentar. Como se analizará posteriormente, para un título territorial perfecto no basta con el acto de descubrimiento o avistamiento aislado, sino que es complementado por la ocupación. El primero se tomará en cuenta junto a las adecuadas manifestaciones de soberanía sobre un territorio en particular y de acuerdo a circunstancias fácticas<sup>3</sup>.

En algunas oportunidades, la ocupación efectiva era necesaria para otorgar título y, en otros casos, el simple descubrimiento o avistamiento bastaba. Es por esa razón que en ocasiones el título sobre islas inaccesibles o casi inaccesibles se ha reconocido como válido basado solo en el descubrimiento y la posesión simbólica, debido a las dificultades para la ocupación.

El título británico sobre las Malvinas, en consecuencia, era débil en su inicio; pues si solo el descubrimiento era válido, ellos no fueron los descubridores, y si el descubrimiento era un título incoado o

3. *Island of Palmas Case (U.S. v. Neth.)*, 2 R. Int'l Arb. Awards 829 (1928); *Sovereignty over Clipperton Island (Fr. v. Mex.)*, 26 Am. J. Int'l L. 390 (1932).

imperfecto, que debía perfeccionarse con la ocupación, Gran Bretaña tampoco fue la primera potencia ocupante.

Es claro, y desde ya puede afirmarse, que el acto de 1833 fue uno basado simplemente en la fuerza armada, sin otra legitimidad que la apoyase.

Los argumentos de Gran Bretaña se reducen, pues, a la conquista y a la posesión ininterrumpida, que limpiaría un título viciado en su origen, pues si la conquista fuera perfecta, no necesitaría de la prescripción.

Cuando en el siglo XX aparece el tema de la descolonización, el argumento variará y primará el de la autodeterminación de los pueblos.

En el trabajo se tratará en profundidad el tema de la aquiescencia, quizás el punto más débil del reclamo argentino. También la conquista, la prescripción adquisitiva, el *uti possidetis* y los principios de autodeterminación y descolonización, no solo en general, sino en el caso específico, sin olvidar a las otras Islas del Atlántico Sur sobre las que también existe controversia.

Finalmente, se analizará la legitimidad de la acción militar de 1982 en el marco del sistema jurídico de la Comunidad Internacional.

## II. LOS CONFLICTOS ENTRE LOS IMPERIOS ESPAÑOL Y BRITÁNICO DURANTE LOS SIGLOS XVI A XVIII

Lo primero que debe destacarse es que este conflicto entre imperios no solo se refería a un archipiélago determinado, sino que era parte de uno mucho más amplio, cuyo objetivo, al menos en el presente análisis que se realizará, era el control global de las vías de circulación. España (como otras potencias) había fundado su imperio en la colonización y ocupación efectiva, pero también había reclamado territorios en virtud del descubrimiento, posesión simbólica y contigüidad. Para fortalecer el mismo se basaba en un sistema de comercio restrictivo, con privilegios a súbditos españoles, en nada diferentes a los que establecieron otros imperios.

En el Tratado de Münster, del 30 de enero de 1648, uno de los que puso fin a la Guerra de los Treinta Años, ya se legitimaban los sistemas comerciales de España y Holanda, y se prohibía a los nacio-

nales de ambos Estados el comercio con terceros<sup>4</sup>. El Tratado, implícitamente, reconocía que donde no hubiera establecimientos efectivos, la ocupación generaba títulos. En consecuencia, España decide controlar y prohibir la navegación en las zonas costeras y en el Alta Mar cerca de sus territorios.

4. Es de especial interés el artículo V, que establece:

“Shipping and trade to the East and West Indies shall be maintained in conformity with the charters already granted or to be granted, the security of which shall be given: And this aforesaid treaty shall include all potentates, nations, and peoples with whom the aforesaid Lords States are allied, or which are allies and friends of the East and West India Companies within the regions of their charters. And the above mentioned Lords King and States shall continue to possess and enjoy those lordships, cities, castles, fortresses, trades, and lands in the East and West Indies, and in Brazil, as well upon the coasts of Asia, Africa, and America respectively, as each respectively now have and possess, with special inclusion of the places seized from the Lords States and occupied by the Portuguese since the year 1641, or the places which they shall hereafter come to obtain and possess without violation of this present treaty.

And the administrators of the East and West India Companies of the United Provinces, as well as the ministers, officers of high and low rank, soldiers and sailors in the present service, or one or the other of the aforesaid two companies, or formerly in such service, as well as those who shall continue in or hereafter come into their respective services upon the European mainland as well as in the district of the aforementioned companies, shall be as free and unmolested in all the lands under the obedience of the King of Spain in Europe, and shall be permitted to travel, trade, and journey in the same way as all other inhabitants of the lands of the aforesaid Lords States.

It is further promised and stipulated that the Spaniards shall continue their navigation to the East Indies in its present form, without permission to extend it further; just as the inhabitants of United Netherlands shall refrain from visiting the Castilian places in the East Indies”.

Por su parte, el artículo VIII establecía:

“The Subjects and Inhabitants of the Lands of the aforesaid Lords King and States, trading in each other’s Lands, shall not be required to pay more duties and imposts than the other side’s own Subjects, so that the Inhabitants and Subjects of the united Provinces shall continue to remain exempted from a certain tax of twenty per cent, or similar tax of lesser or greater amount, or any other Imposition which the King of Spain raised during the Twelve Years’ Truce, or shall desire to place directly or indirectly upon the aforesaid Inhabitants and Subjects of the United Provinces, or at their expense, above or in larger amount than upon its own Subjects”.

Este sistema solo podía mantenerse mientras España fuera una gran potencia marítima, y cuando en el siglo XVIII comienza a perder esa categoría, se enfrenta a una Inglaterra en ascenso que buscaba su lugar en el mundo; así, se desarrolla una lucha en variados frentes, con resultados fluctuantes, la cual durará hasta fines del siglo XIX.

Gran Bretaña también reconocerá estos principios en el llamado Tratado de Madrid, de 1670<sup>5</sup>. Será, sin embargo, el Tratado de Utrecht, de 1713, el que pondrá fin a la Guerra de la Sucesión Española, y establecerá un régimen referido a las políticas coloniales de los Imperios de Europa, con el que se le otorgará a Inglaterra el monopolio de la esclavitud, también llamado “Asiento de Negros”, en el artículo XII del Tratado<sup>6</sup>.

5. Godolphin Treaty celebrated between the Crowns of Spain and Great Britain, to reestablish Friendship and good Relations in America. Madrid, July 18, 1670.

6. Es de interés el artículo VIII, que establece:

“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 II, 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 o tratados de comercio que estarán ya concluidos en Madrid, o se concluirán 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 sobre dichos 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 o sus herederos o descendientes ofrecieren por el tratado o 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 firmes y ampliamente asegurados, se ha convenido y ajustado también por el presente, que ni el rey católico, ni alguno de sus herederos y sucesores puedan vender, ceder, empeñar, traspasar a los

Este Tratado también dará inicio a un proceso donde Inglaterra, España y Francia luchan entre sí, negocian y acuerdan, realizan promesas de cumplimiento, violan las normas prometidas y protestan por el incumplimiento de las otras partes. Tanto Gran Bretaña como Francia, a pesar de las disposiciones del Tratado, estaban decididas a debilitar el monopolio de España, y necesitaban bases para el comercio y para la organización de establecimientos en las costas, y aquí entran las islas Malvinas; en el panorama de las luchas por el poder.

Francia y España, ambas monarquías borbónicas, pretendían mantener su supremacía naval y preveían que era inminente una confrontación en el Atlántico con Inglaterra.

Con la Guerra de los Siete Años y la Paz de París, de 1763, ambas se ven privadas de posesiones, si bien es Francia la que pierde en gran parte sus territorios coloniales y esta situación crea un lazo de intereses mutuos entre las monarquías borbónicas derrotadas<sup>7</sup>.

Si bien hay dudas sobre el tema del descubrimiento del archipiélago, ya fuera por Vespucio o por Hawkins, el primer establecimiento fue realizado por Francia. Choiseul, Ministro francés de Relaciones Exteriores y uno de los firmantes del Tratado de París, entendiend

---

franceses ni a otra nación tierras, dominios o 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 o por algún pretexto hubieren padecido alguna desmembración o quiebra después de la muerte del dicho rey católico, Carlos II”.

Asimismo, el artículo XVII dice:

“Si sucediere por inconsideración, imprudencia u otra cualquiera causa que algún súbdito de las dos reales Majestades haga o cometa alguna cosa en tierra, en mar o en aguas dulces, en cualquier parte del mundo, por donde sea menos observado el tratado presente, o no tenga su efecto algún artículo particular de él, no por eso se ha de interrumpir o quebrantar la paz y buena correspondencia entre el señor rey católico y la señora reina de la Gran Bretaña; antes ha de quedar en su primer vigor y firmeza, y solo el dicho súbdito será responsable de su propio hecho y pagará las penas establecidas por las leyes y estatutos del derecho de gentes”.

7. Para el texto completo del Tratado de París, de 1763: [http://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/paris763.asp](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/paris763.asp).

que debía reforzarse el alicaído sistema colonial francés, y que el mismo debía concentrarse en la adquisición de territorios insulares, le permite a Louis Antoine de Bougainville que realice una expedición a las islas. Él y sus compañeros de St. Malo estaban decididos a establecer una colonia que llevaría el nombre de Iles Malouines, y así ocupa la Isla Oriental en nombre de Francia, el 5 de abril de 1764.

Por su parte, el 15 de enero de 1765, el Capitán Byron, de la Marina Real Británica, recalca en Puerto Egmont en la Isla Occidental y toma posesión, en nombre del Rey Jorge III, de las islas que denomina Falkland; asimismo, sostiene que ninguna reclamación española basada en la contigüidad, o en Bulas o Tratados, era válida.

No fue hasta diciembre de 1766 que los británicos se encuentran con la colonia francesa, y preguntan al mando de qué autoridad habían erigido un establecimiento; los franceses responden presentando las Cartas Reales de Luis XIV. Mientras tanto, las noticias de estos acontecimientos habían llegado a España y esta protesta a Francia invocando que se habían violado los principios de que los territorios en el Atlántico en proximidad a las costas americanas pertenecían a España, y como consecuencia se transfiere el asentamiento a España, compensando a Bougainville en 1767.

Es evidente que las disposiciones del Tratado de Utrecht, especialmente el artículo VIII, iban directamente en contra de este planteo, sin contar con que los franceses cedían la isla, y le reconocían a España la legitimidad de la protesta.

En 1770, el Gobierno español, tras dar una advertencia formal, envía desde Buenos Aires una escuadra y el contingente británico es desalojado en junio de ese año. Tras esta acción se inicia una etapa de negociaciones entre las tres potencias para tratar de evitar un conflicto armado.

Choiseul, Primer Ministro de Francia, informa al Embajador de Inglaterra que las Malouines se entregan a España en razón de que las disposiciones del Tratado de Utrecht establecían que solo España podía establecerse en esa parte del mundo, pero asimismo entendiendo que el propio Tratado daba lugar a dudas ya que, si el establecimiento estaba en las islas y no en los mares próximos, el artículo VIII no lo prohibía, salvo que hubiese presencia española en los tiempos de Carlos II.

Se sucede un período de tensiones, pero ambos Estados llegan a un Acuerdo formalizado por un intercambio de documentos en Londres, el 22 de enero de 1771.

De acuerdo a Julius Goebel, Lord North, el Primer Ministro inglés, le afirma a Francés, el enviado español durante las negociaciones: "If Francés would promise that this conversation would not be made public he would say in confidence that they did not desire to keep the island, that it was worth nothing to them and if Spain would give the satisfaction demanded they would certainly evacuate [...]"<sup>8</sup>. Es esta promesa o entendimiento secreto un factor crítico en la decisión de España de llegar a una solución diplomática al respecto.

El 22 de enero de 1771, Masserano, Embajador de España, y Lord Rochford firman declaraciones recíprocas, donde reconoce, la primera, su desacuerdo con la remoción del establecimiento británico y dando órdenes para que el mismo fuera restaurado.

Sin embargo, la Declaración agregaba que la decisión de restaurar no afectaba los derechos previos de soberanía sobre las islas Malouines o Falklands. La respuesta británica reconoce la declaración de España y se considera satisfecha frente al agravio realizado a la Corona<sup>9</sup>.

Al intercambiar los documentos, Masserano afirma que España actúa en base a las promesas del Ministro de evacuar el puerto y la isla<sup>10</sup>.

8. GOEBEL, Julius, *The Struggle for the Falkland Islands: A Study in Legal and Diplomatic History*, The Yale Law Journal, 1927, p. 308.

9. *Ibidem*, p. 359.

10. "Spanish Declaration: His Britannick Majesty having complained of the violence which was committed on the 10<sup>th</sup> of June, 1770, at the island commonly called the Great Malouine, and by the English Falkland's Island, in obliging, by force, the commander and subjects of his Britannick Majesty to evacuate the port by them called Egmont; a step offensive to the honour of his crown; the Prince de Masserano, Ambassador Extraordinary of his Catholick Majesty, has received orders to declare, and declares, that his Catholick Majesty, considering the desire with which he is animated for peace, and for the maintenance of good harmony with his Britannick Majesty, and reflecting that this event might interrupt it, has seen with displeasure this expedition tending to disturb it; and in the persuasion in which he is of the reciprocity of sentiments of his Britannick Majesty, and of its being far from his intention to authorize anything that might disturb the good understanding between the two Courts, his Catholick Majesty does disavow the said violent enterprise, and, in consequence, the

Lord Rochford, contempORIZANDO con evasivas, afirmó que no podía responder categóricamente pero que actuaría una vez que la

---

Prince de Maserano declares that his Catholick Majesty engages to give immediate orders, that things shall be restored in the Great Malouine at the port called Egmont, precisely to the state in which they were before the 10<sup>th</sup> of June, 1770: For which purpose, his Catholick Majesty will give orders to one of his Officers, to deliver up to the Officer authorized by his Britannick Majesty and his subjects which were at that place the day above named, agreeable to the inventory which has been made of them. The Prince de Maserano declares, at the same time, in the name of the King, his master, that the engagement of his said Catholick Majesty, to restore to his Britannick Majesty the possession of the port and fort called Egmont, can not nor ought in any wise to affect the question of the prior right of sovereignty of the Malouine Islands, otherwise called Falkland's Islands. In witness whereof, I the underwritten Ambassador Extraordinary have signed the present declaration with my usual signature, and caused it to be sealed with our arms". London, 22<sup>nd</sup>. January, 1771.

"British Acceptance: His Catholick Majesty having authorized the Prince of Maserano, his Ambassador Extraordinary, to offer, in his Majesty's name, to the King of Great Britain, a satisfaction for the injury done to his Britannick Majesty by dispossessing him of the port and fort of Port Egmont; and the said Ambassador having this day signed a declaration, which he has just delivered to me, expressing therein, that his Catholick Majesty, being desirous to restore the good harmony and friendship which before subsisted between the two Crowns, does disavow the expedition against Port Egmont, in which force has been used against his Britannick Majesty's possessions, commander, and subjects; and does also engage, that all things shall be immediately restored to the precise situation in which they stood before the 10<sup>th</sup> of June, 1770; and that his Catholick Majesty shall give orders, in consequence, to one of his Officers to deliver up to the Officer authorised by his Britannick Majesty, the port and fort of Port Egmont, as also all his Britannick Majesty's artillery, stores, and effects, as well as those of his subjects, according to the inventory which has been made of them. And the said Ambassador having moreover engaged, in his Catholick Majesty's name, that what is contained in the said declaration shall be carried into effect by his said Catholick Majesty, and that duplicates of his Catholick Majesty's orders to his Officers shall be delivered into the hands of one of his Britannick Majesty's Principal Secretaries of State within six weeks; his said Britannick Majesty, in order to shew the same friendly disposition on his part, has authorised me to declare, that he will look upon the said declaration of the Prince de Maserano, together with the full performance of the said engagement on the part of his Catholick Majesty, as a satisfaction for the injury done to the Crown of Great Britain. In witness whereof, I the under-written, one of his Britannick Majesty's Principal Secretaries of State, have signed these presents with my usual signature, and caused them to be sealed with our arms". London, 22<sup>nd</sup>. January, 1771.

GOEBEL, Julius, ob. cit., pp. 359-360.

oposición parlamentaria se calmara, declarando que Gran Bretaña no iría a la guerra por las islas, ya que no le interesaban<sup>11</sup>.

Se puede entender, dentro de esta ambigüedad, que la declaración de España era un acto de satisfacción por el cual el statu quo de facto se restauraba, pero no se modificaba por la acción de España el derecho de ésta, ya que la satisfacción se refería a un ataque de Bucarelli a las fuerzas británicas pero no a una violación de soberanía<sup>12</sup>.

Goebel entiende que los británicos tácitamente renunciaban a sus derechos a la luz de la reserva española. Si bien las promesas de evacuar no fueron expresas debían tener efecto legal, ya que inducen a la siguiente acción española.

Es evidente, no obstante, que incorporar determinadas interpretaciones o entendimientos como componentes de un acuerdo, genera dudas y problemas, de allí que no queda claro el tema del acuerdo secreto que rodea a la Declaración de 1771.

Es verdad que se expresa en círculos británicos la idea de abandonar la isla, una vez que se otorgase satisfacción, y, asimismo, que Gran Bretaña no tenía interés en la misma, pero debe tenerse en cuenta que en las negociaciones se expresan opiniones que no son vinculantes, y lo único que obliga es el texto del Tratado. Los diplomáticos de Francia y España pueden haber pretendido que existía un entendimiento secreto, pero el mismo no queda plasmado en las Declaraciones, si bien es importante reconocer que en 1774 la guarnición abandona la isla, lo cual pareciera dar fuerza a esa cláusula o entendimiento secreto.

O sea, la admisión adquiere valor por su posterior implementación, y la crisis termina siendo vista como un triunfo de España.

En Inglaterra un debate furioso se establece en la Cámara de los Comunes y los Lores. Chatham, líder de la oposición, requiere una opinión de Lord Camden, que había sido Lord Chief Justice de la Court of Common Pleas.

El mismo responde: "The right of sovereignty becomes absolute jure coronae from the moment the restitution takes place. Nor does

11. GOEBEL, Julius, ob. cit., p. 360.

12. *Ibidem*, p. 362.

it seem to me the King's title is abridged or limited; inasmuch as the reservation neither denies the right on one side nor asserts it on the other. The question remains as it stood before the hostility; the King of Spain declaring only that he ought not to be precluded from his former claim by this act of possessory restitution"<sup>13</sup>.

En consecuencia, en 1771 tropas británicas toman posesión de Port Egmont con el intercambio de la guarnición española, y en 1774 los británicos abandonan la misma. El Embajador británico en Madrid lo presenta como una medida de austeridad y no como una renuncia de derechos, o un reconocimiento a la posición de jure que sostenía España.

Las tropas inglesas dejan una inscripción en el blocao del fuerte que declaraba la soberanía británica, pero en 1777 los españoles destruyen las instalaciones en Port Egmont y llevan la placa a Buenos Aires, donde aparentemente fue robada por Inglaterra durante las Invasiones de 1806 y 1807<sup>14</sup>. España unía, así, los títulos de prioridad de descubrimiento y ocupación que constituyen, sin duda, un título válido en el Derecho Internacional<sup>15</sup>.

Goebel entiende que este acto, aunque no tuviera el *animus delinquendi* que configurase la derelicción o abandono, dejaba firmes los derechos de España a las islas.

Con posterioridad, España refuerza sus derechos basados en el Tratado de Utrecht, a través del artículo 6° de la Convención llamada de Nootka Sound o Tratado de San Lorenzo del Escorial, de 1790<sup>16</sup>.

13. *Ibidem*, p. 370.

14. La placa decía: "Be it known to all nations that the Falkland Islands, with this fort, the storehouses, wharfs, harbors, bays, and creeks thereunto belonging are the sole right and property of His Most Sacred Majesty George the Third, King of Great Britain, France and Ireland, Defender of the Faith, etc. In witness whereof this plate is set up, and his Britannic Majesty's colors left flying as a mark of possession by S.W. Clayton, commanding officer at Falkland Islands, A.D. 1774". GOEBEL, Julius, *ob. cit.*, p. 410.

15. DECENCIERE-FERRANDIERE, André, "Essai sur l'occupation", *Mélanges*, Paris, Pedone, 1940, p. 286.

16. Nootka Sound era una ensenada en la costa occidental de la Isla de Vancouver, adonde expediciones británicas y españolas habían llegado por separado, y ante las controversias que surgen, ambas potencias entienden que era necesario un acuerdo para establecer los términos del acceso, explotación y derechos en esas áreas.

El mismo preveía en el artículo I: "It is agreed that the buildings and tracts of land situated on the Northwest Coast of the continent of North America, or on the islands adjacent to that continent, of which the subjects of His Britannic Majesty were dispossessed about the month of April, 1789, by a Spanish officer, shall be restored to the said British subjects".

En el artículo II se trata el tema de las reparaciones: "Further, a just reparation shall be made, according to the nature of the case, for every act of violence or hostility which may have been committed since the said month of April, 1789, by the subjects of either of the contending parties against the subjects of the other; and in case their lands, buildings, vessels, merchandise, or any other objects of property on the said continent or on the seas or islands adjacent, they shall be replaced in possession of them or a just compensation shall be made to them for the losses which they have sustained".

Los artículos III, IV y V son importantes porque establecen: "Article III: And in order to strengthen the bonds of friendship and to preserve in the future a perfect harmony and good understanding between the two contracting parties, it is agreed that their respective subjects shall not be disturbed or molested either in navigating or carrying on their fisheries in the Pacific Ocean or in the South Seas, or in landing on the coasts of those seas in places not already occupied, for the purpose of carrying on their commerce with the natives of the country or of making establishments there; the whole subject, nevertheless, to the restrictions and provisions which shall be specified in the three following articles". "Article IV: His Britannic Majesty engages to employ the most effective measures to prevent the navigation and fishery of his subjects in the Pacific Ocean or in the South Seas from being made a pretext for illicit trade with the Spanish settlements; and with this in view it is moreover expressly stipulated that British subjects shall not navigate nor carry on their fishery in the said seas within the distance of 10 maritime leagues from any part of the coast already occupied by Spain". "Article V: It is agreed that as well in the places which are to be restored too British subjects by virtue of the first article as in all other parts of the Northwest Coast of North America or of the islands adjacent, situated to the north of the parts of the said coast already occupied by Spain, wherever the

subjects of either of the two powers shall have made settlements since the month of April, 1789, or shall hereafter make any, the subjects of the other shall have free Access and shall carry on their commerce without disturbance or molestation”.

Estos derechos estaban sujetos a las restricciones del artículo siguiente: “Article VI: It is further agreed with respect to the eastern and western coasts of South America and the islands adjacent, that the respective subjects shall not form in the future any establishment on the parts of the coast situated to the south of the parts of the same coast and of the islands adjacent already occupied by Spain; it being understood that the said respective subjects shall retain the liberty of landing on the coasts and islands so situated for objects connected with their fishery and of erecting thereon huts and other temporary structures serving only those objects”<sup>17</sup>.

En definitiva, la consecuencia de este Tratado, tras el análisis de las disposiciones, es reafirmar la posición española en los territorios ocupados e islas. Como si esto no fuese suficiente, el Artículo Secreto reafirmaba que los territorios ya ocupados debían respetarse.

El artículo 4º prohibía, a los británicos, la navegación y la pesca en una distancia de diez leguas marítimas de cualquier parte de las costas de territorios ocupados por España.

De allí se deduce que no podían hacerlo en las islas Malvinas tampoco, que por entonces ya dependía del Virreinato del Río de la Plata. El mismo se creó primero en forma provisional, el 1º de agosto de 1776, y de manera definitiva, el 27 de octubre de 1777, por orden del rey Carlos III, con su capital en la Buenos Aires. Nació de una escisión del Virreinato del Perú e integró los territorios de las gobernaciones de Buenos Aires, Paraguay, Tucumán y Santa Cruz de la Sierra, el corregimiento de Cuyo de la capitanía general de Chile y los corregimientos de la provincia de Charcas, así como también las Malvinas. Asimismo, incluyó nominalmente las islas africanas de Fernando Poo y Annobón en la actual Guinea Ecuatorial, cedidas por Portugal en

17. Nootka Sound Convention 1790, *The Nootka Sound controversy*, by William Ray Manning. American Historical Association, Washington Government Printing Office, 1905, pp. 283-472.

1777, abandonadas, y vueltas a ocupar por España en 1843, pero que juegan un rol fundamental en la comprensión del conflicto.

### III. LA USURPACIÓN BRITÁNICA DE LAS ISLAS

Con la Revolución de Mayo, la presencia española llega a su fin en las islas; el Gobernador se retira en 1807 y se abandona definitivamente el establecimiento en 1811. A partir de 1820 el nuevo Gobierno de las Provincias Unidas, como sucesora de los derechos de España, había establecido un control sobre las islas, y había autorizado explotaciones comerciales y la presencia de pobladores. Formalmente, el 10 de junio 1829 se crea la Comandancia de las Islas a través de un Decreto y Luis Vernet, que ya había tenido actividades previas allí, es nombrado Gobernador<sup>18</sup>. Aparece, en este tiempo, la

18. Creación de la Comandancia de las Islas Malvinas y las adyacentes del Cabo de Hornos [10 de junio de 1829].

Cuando por la gloriosa Revolución del 25 de mayo de 1810, se separaron estas provincias de la dominación de la Metrópoli, España, la España tenía una posesión material en las islas Malvinas y de todas las demás islas que las rodean hasta el Cabo de Hornos; incluso, la que se conoce como la Tierra del Fuego; hallándose justificada y documentada aquella posesión por el derecho del primer ocupante, por el consentimiento de las primeras 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 al gobierno de la República Argentina en la sucesión de todos los derechos que tenía sobre todas las provincias la antigua Metrópoli, España, y de que gozaban sus virreyes; habiendo seguido ejerciendo actos de soberanía y dominio en dichas islas, sus puertos y costas; a pesar de que aquellas circunstancias no han permitido hasta ahora dar a aquella parte del territorio de la República Argentina, la atención y cuidados que su importancia exigen; pero siendo necesario no demorar por más tiempo las medidas que puedan poner a cubierto los derechos de la República Argentina, haciéndose, al mismo tiempo, gozar de las ventajas que puedan dar los productos de aquellas islas, y que, asegurando la protección debida a su población, el gobierno de la República Argentina, en mi representación,

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 Argentina.

primera protesta británica que reafirma sus derechos de soberanía sobre el archipiélago<sup>19</sup>.

---

Artículo 2°.

La residencia del comandante político y militar será en la Isla de la Soledad, y en ella se establecerá una batería bajo nuestro pabellón.

Artículo 3°.

El comandante político y militar hará observar por la población de dichas islas, las leyes de la República Argentina, y cuidará en sus costas de la ejecución de los reglamentos sobre la pesca de anfibios.

Artículo 4°.

Comuníquese y publíquese.

Firmado: Martín Rodríguez (Gobernador) - S. M. Del Carril (Secretario), 10-6-1829.

19. Protesta británica por la creación de la Comandancia de Malvinas.

Woodbine Parish, 19 de noviembre de 1829:

El infrascrito Encargado de Negocios de S.M.B. tiene el honor de informar a S.E. el señor General Guido, Ministro de Negocios Extranjeros, que ha transmitido a su Gobierno el documento oficial firmado por el General Rodríguez y D. Salvador María del Carril en nombre del Gobierno de Buenos Aires y publicado el 10 de junio último, que contiene ciertas medidas para el gobierno de las islas Malvinas.

El abajo firmado ha recibido órdenes de su Gobierno para hacer presente a S.E. el General Guido, que al expedirse este decreto se ha arrogado una autoridad incompatible con los derechos de soberanía de S.M.B. sobre las islas Malvinas.

Estos derechos, fundados en el primer descubrimiento y subsecuente ocupación de dichas islas, fueron sancionados por la restauración del establecimiento británico por S.M.C. en el año 1771, el que había sido atacado y ocupado por una fuerza española el año anterior, y cuyo acto de violencia suscitó acaloradas discusiones entre ambos países.

El retiro de las fuerzas de Su Majestad de estas islas en el año 1774 no puede considerarse como una renuncia de los justos derechos de Su Majestad Británica. Aquella medida tuvo lugar siguiendo el sistema económico adoptado en aquel tiempo por el Gobierno de S.M. Británica. Pero se dejaron en las islas vestigios y señales de posesión y propiedad. A la salida de allí del Gobernador, quedó enarbolada la bandera inglesa y se observaron todas las formalidades que indicaban el derecho de propiedad, así como la intención de volver a ocupar el territorio en mejor tiempo.

El suscripto en ejecución de las instrucciones de su Gobierno protesta formalmente, en nombre de S.M.B., contra las pretensiones manifestadas por parte de la República Argentina en el precitado decreto del 10 de junio y contra todo procedimiento que haya hecho, o haga en adelante, en perjuicio de los justos derechos de soberanía que hasta aquí ha ejercido la corona de la Gran Bretaña.

El infrascrito aprovecha la oportunidad para renovar a S.E. las seguridades de su alta estima y consideración.

La pregunta es: estos elementos, ¿eran suficientes para establecer la efectividad de la ocupación argentina?

La efectividad es una noción o concepto flexible que debe ser apreciado en diferente forma, de acuerdo a las circunstancias. Por lo tanto, teniendo en cuenta los factores y la situación geográfica y demográfica del archipiélago en la época, las manifestaciones de soberanía o competencia argentina eran suficientes para cumplir los requisitos de efectividad.

En consecuencia, si no eran *terra nullius*, en el origen de la ocupación británica de 1833 hay un acto de fuerza.

Luis Vernet intenta proteger el monopolio de pesca, excluyendo a los navíos extranjeros de las aguas del archipiélago, y a consecuencia de estas acciones apresa tres buques estadounidenses. Vernet notifica a los buques extranjeros la prohibición de pesca y caza sin autorización en aguas territoriales. A pesar de las advertencias, tres buques, el Harriet, el Superior y el Breakwater, violan la prohibición y son arrestados el 30 de julio de 1831. El Superior es liberado, el Breakwater escapa, pero el Harriet es capturado y llevado a Buenos Aires.

En relación a estos hechos hubo un pedido de reparación por parte de Estados Unidos, y se presenta una acción por recupero de ciertas pieles de foca ante los Tribunales de Connecticut. Esta acción fracasa porque el Tribunal en ese momento resuelve que las islas estaban bajo la autoridad del Gobierno de Buenos Aires. Así lo afirma: "Captain Duncan could have no right, without express directions from his government, to enter into the territorial jurisdiction of a country at peace with the United States, and forcibly seize upon the property found there and claimed by citizens of the United States"<sup>20</sup>.

Estas acciones provocan, asimismo, la protesta del cónsul estadounidense en Buenos Aires, y ello coincide con la llegada a puerto

---

Buenos Aires, 19 de noviembre de 1829.

Fdo. Woodbine Parish.

A S.E. el Sr. General Guido, Ministro de Negocios Extranjeros.

20. "Davison v. Seal-Skins", 7 F. Cas. 192, 196 (C.C.D. Conn. 1835) (No. 3661). En otro caso, en cambio, Estados Unidos toma una posición diferente, y niega la soberanía Argentina. "Williams v. the Suffolk Insurance Company", 38 U.S. (13 Pet.), 412 (1839).

del USS Lexington. El cónsul presenta su versión de los acontecimientos al capitán del buque de guerra, y este resuelve dirigirse al archipiélago para garantizar los intereses de los ciudadanos norteamericanos. Durante las negociaciones el enviado norteamericano rechaza ser responsable de las acciones del Lexington, y reclama reparaciones por los daños.

Ante el fracaso de las tratativas se retira, pero antes mantiene reuniones con el Ministro Británico en Buenos Aires, y según Goebel, esto dio lugar a algún tipo de entente o admisión de que Gran Bretaña podía actuar sobre las islas, sin objeción de Estados Unidos y sin que se aplicase la Doctrina Monroe<sup>21</sup>.

El Gobierno americano pide la opinión de un historiador español para conocer los títulos sobre el archipiélago y determinar si Gran Bretaña había abandonado sus derechos sobre las islas en virtud de un Tratado secreto. Este responde que las mismas pertenecían al Virreinato pero que desconocía un Acuerdo de carácter secreto por el cual Gran Bretaña renunciara a sus derechos. En base a esto no se aplica la Doctrina Monroe, entendiendo, Estados Unidos, que hay una controversia de jurisdicción y que hasta que no se resuelva no podían discutirse otros puntos.

El Lexington llega a Puerto Soledad, en diciembre de 1831, donde realiza actos de saqueo, apresa a varios ciudadanos argentinos, a los cuales libera en Montevideo solo cuando el Gobierno de Buenos Aires le informa que han actuado a sus órdenes<sup>22</sup>. Estados Unidos no reconocerá la soberanía argentina sobre el territorio del archipiélago. En el caso "Williams vs. Suffolk Insurance Co."<sup>23</sup>, el demandante había accionado en relación a una póliza de seguro que cubría al Harriett y su carga. Una acción similar se había iniciado con respecto a la carga del Breakwater.

Una de las cuestiones que llega a la consideración de la Corte Suprema es si los tribunales podían examinar evidencia sobre la soberanía en relación al archipiélago, a la luz de la posición sobre el Go-

21. GOEBEL, Julius, ob. cit., p. 454.

22. *Ibídem*, pp. 439-444.

23. 38 U.S. 414 (1839).

biermo en relación a esa situación. La Corte entiende que el Poder Judicial no puede hacerlo y afirma: “The government of the United States having insisted, and continuing to insist, through its regular executive authority, that the Falkland Islands do not constitute any part of the dominions within the sovereignty of Buenos Ayres, and that the seal fishery at those islands is a trade free and lawful to the citizens of the United States, and beyond the competency of the Buenos Ayrean government to regulate, prohibit or punish; it is not competent for a circuit court of the United States to inquire into, and ascertain by other evidence, the title of the government of Buenos Ayres to the sovereignty of the Falkland Islands”<sup>24</sup>. “When the executive branch of the government, which is charged with the foreign relations of the United States, shall, in its correspondence with a foreign nation, assume a fact in regard to the sovereignty of any island or country, it is conclusive on the judicial department”.

“Where a vessel, insured on a sealing voyage, was ordered by the government of Buenos Ayres not to catch seal off the Falkland Islands, and having continued to take seal there the vessel was seized and condemned under the authority of the government of Buenos Ayres, the government of the United States not having acknowledged but having denied the right of Buenos Ayres to the Falkland Islands, the insurers were liable to pay for the loss of the vessel and cargo, the master, in refusing to obey the orders to leave the island, having acted under a belief that he was bound so to do as a matter of duty to the owners and all interested in the voyage and in vindication of the right claimed by the American government. The master was not bound to abandon the voyage under a threat or warning of such illegal capture”.

La Corte continúa: “Copies of the orders and decrees of the courts of Buenos Ayres respecting the seal fisheries, of the appointment of Vernet as Governor of the Falkland Islands, of the proceedings against the *Harriet*, of the correspondence of the American

24. “Williams v. Suffolk Insurance Company”, 38 U.S. (13 Pet.), 415.

On certificate of division from the circuit Court of the United States for the district of Massachusetts, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/38/415/case.html>.

government with the Buenos Ayrean government, relative to the jurisdiction of the Falkland Islands, were produced and read *de bene esse* in the case". Admite: "[...] Prior to the revolution in South America, it is known that the Malvinas, or Falkland Islands, were attached to the vice-royalty of La Plata, which included Buenos Ayres. And if this were an open question, we might inquire whether the jurisdiction over these islands did not belong to some other part, over which this ancient vice-royalty extended, and not to the government of Buenos Ayres, but we are saved from this inquiry by the attitude of our own government, as stated in the point certified".

Pero considera cuestión de política exterior no justiciable resolver sobre la soberanía, pues: "[...] can there be any doubt that when the executive branch of the government, which is charged with our foreign relations, shall in its correspondence with a foreign nation assume a fact in regard to the sovereignty of any island or country, it is conclusive on the judicial department? And in this view, it is not material to inquire, nor is it the province of the court to determine, whether the executive be right or wrong. It is enough to know that in the exercise of his constitutional functions, he has decided the question. Having done this under the responsibilities which belong to him, it is obligatory on the people and government of the Union. If this were not the rule, cases might often arise in which, on the most important questions of foreign jurisdiction, there would be an irreconcilable difference between the executive and judicial departments. By one of these departments a foreign island or country might be considered as at peace with the United States whilst the other would consider it in a state of war. No well regulated government has ever sanctioned a principle so unwise and so destructive of national character". "In the cases of 'Foster v. Neilson', 2 Pet. 253, 27 U. S. 307, and 'Garcia v. Lee', 12 Pet. 511, this Court has laid down the rule that the action of the political branches of the government in a matter that belongs to them is conclusive".

Por ello: "[...] we think in the present case, as the executive, in his message and in his correspondence with the government of Buenos Ayres has denied the jurisdiction which it has assumed to exercise over the Falkland Islands, the fact must be taken and acted on by this Court as thus asserted and maintained [...] decision of the

first point materially affects the second, which turns upon the conduct of the master. If these islands are not within the jurisdiction of the Buenos Ayrean government, the power assumed and exercised by Governor Vernet was unauthorized, and the master was not bound to regard it". "[...] inasmuch as the American government has insisted and still does insist, through its regular executive authority, that the Falkland Islands do not constitute any part of the dominions within the sovereignty of the government of Buenos Ayres, the action of the American government on this subject is binding on the said circuit court as to whom the sovereignty of those islands belongs. And secondly that the seizure and condemnation of the *Harriet* was a loss for which the plaintiff is entitled to recover in this case under the circumstances as stated in the second point certified. Whereupon it is ordered and adjudged by this Court that it be so certified to the said circuit court accordingly"<sup>25</sup>.

Además del fallo mencionado, la correspondencia diplomática sobre esta cuestión continúa hasta 1886, cuando el Secretario de Estado se refiere en una comunicación final a los eventos de 1831. Como los Estados Unidos no son parte en la controversia entre Argentina y Gran Bretaña, entiende que la responsabilidad de los Estados Unidos en relación a la República Argentina está relacionada con la cuestión de la soberanía sobre las islas Falkland, y la decisión sobre el tema estaría siendo interpretada como una opinión sobre el fondo de la cuestión<sup>26</sup>. Sin embargo, afirma que las acciones realizadas por Estados Unidos estaban justificadas: "[...] even if it could be shown that the Argentine Republic possesses the rightful title to sovereignty of the Falkland Islands, there would not be wanting ample grounds upon which the conduct of Captain Duncanc could be defended [...] in putting an end in 1831 to Vernet's lawless aggressions upon the persons and property of our citizens"<sup>27</sup>.

La destrucción del asentamiento argentino y la hostilidad entre Buenos Aires y Washington, a raíz de los acontecimientos, dio a Gran

25. "Williams v. Suffolk Insurance Company", 38 U.S. 415 (1839).

26. *Moore Digest of International Law*, Volume I, pp. 889-890.

27. *Ibidem*, pp. 889-90.

Bretaña la oportunidad de actuar en forma más violenta. El buque inglés *Clio* llega las islas y el 2 de enero de 1833 se iza el pabellón británico en Port Louis (Puerto Soledad) y se expulsa al Gobernador y a su familia de las islas. En respuesta a las protestas del Gobierno de las Provincias Unidas, Lord Palmerston replica que la soberanía británica había sido afirmada y mantenida a través de las negociaciones con España en 1770 y 1771, de allí que Argentina no podía invocar un título derivado de un derecho sobre las islas que no había recibido de España<sup>28</sup>.

Sin embargo, un análisis de documentos del Foreign Office, relacionado con la trata de esclavos, nos muestra otro panorama. Bandinel era un experto en las cuestiones africanas y Lord Palmerston que, salvo por nueve meses, fue Ministro de Relaciones Exteriores entre noviembre de 1830 y agosto de 1841, busca su consejo en la cuestión de la trata pidiendo a Bandinel un Memorándum sobre el estatus político y legal de las islas de Fernando Poo y Annobón, que eran de jurisdicción del Virreinato del Río de la Plata, y donde el Gobierno británico pretendía trasladar tras su compra las Comisiones Mixtas de Sierra Leone, y ayudar a evitar más sufrimientos a los esclavos. Las islas habían sido cedidas por Portugal a España en 1778, y no habían estado bajo ocupación efectiva continua.

De acuerdo a Palmerston: "Spain appeared to have 'the same kind of claim' to them as Britain then had to the Falkland islands [...]"<sup>29</sup>. En las propias palabras de Palmerston, el título era débil. A partir de entonces las dos islas permanecieron abandonadas por España, y fueron visitadas y ocupadas por británicos; entre ellos, el capitán Fitz Willian Owen, del vapor *Eden*, quien el 27 de octubre de 1827 instaló en Fernando Poo un depósito de esclavos libertos, trasladados luego, en 1832, a Sierra Leona. Los españoles regresaron a las islas el 6 de marzo de 1843, cuando el Comisario Regio, capitán de fragata Juan José Lerena Barry, fue enviado a tomar posesión en nom-

28. <http://hansard.millbanksystems.com/people/viscount-palmerston/>.

29. FO 84/299, FO to Colonial Office, 30 Jan 1839, enclosing memo by Bandinel, 24 Jan 1839.

bre de la reina Isabel II. Lerena Barry nombró gobernador al inglés John Beecroft y al holandés Carlos Linslager, como segundo.

En definitiva, en 1833, la toma de las islas se basó en objetivos políticos y estratégicos. El tema a analizar es si después de 1833 se consolida el título por Gran Bretaña.

Desde 1833 en adelante Gran Bretaña ocupa las islas, y como muchos otros casos de Estados pequeños que se enfrentan a potencias mayores, a la Argentina solo le quedaba el recurso de la protesta, cuyo valor real será analizado posteriormente. La presencia británica se hace permanente en 1834, y la situación se solidifica con el Acta del 11 de abril de 1843: "An Act to enable Her Majesty to provide for the Government of Her Settlements on the Coast of Africa and in the Falkland Islands"<sup>30</sup>. Sin embargo, en discusiones parlamentarias posteriores no resultaba claro este tema ni siquiera para los parlamentarios ingleses<sup>31</sup>. Más adelante, un Gobernador es nombrado; se establece un Executive Council el 2 de abril de 1845 y un Legislative Council, el 13 de noviembre del mismo año.

En 1841, Argentina afirma que la isla Soledad (East Falkland) nunca había estado bajo ocupación británica, pero Gran Bretaña ignora las protestas. Palmerston era partidario de la política de poder, pero siempre basada en una apariencia de legalidad, y 1833 marca un cambio sustancial en los argumentos sobre el título a las islas. Apoyarse en la Declaración de 1771 no era un mejor título que los anteriores, ya que la misma era solo una satisfacción que no se refería a las cuestiones de derecho. Pero aunque se refiriese a derechos, la Decla-

30. Session and Chapter. Title 6 & 7 Vict. c. 13. An Act to enable Her Majesty to provide for the Government of her Settlements on the Coast of Africa and in the Falkland Islands.

23 & 24 Vict. c. 121. An Act to amend an Act passed in the sixth year of Her Majesty Queen Victoria, intituled An Act to enable Her Majesty to provide for the Government of Her Settlements on the Coast of Africa and in the Falkland Islands.

Letter Patent Charter of June 23, 1843 (Patent Roll 7 Vict Part I C66/4690), [www.legislation.gov.uk/ukpga/1887/54/pdfs/ukpga\\_18870054](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1887/54/pdfs/ukpga_18870054).

31. [http://hansard.millbanksystems.com/lords/1860/jul/30/coast-of-africa-cact-amendment-bill#S3V0160P0\\_18600730\\_HOL\\_10](http://hansard.millbanksystems.com/lords/1860/jul/30/coast-of-africa-cact-amendment-bill#S3V0160P0_18600730_HOL_10).

ración mencionaba solo Port Egmont y el reclamo de España a Soledad estaba tácitamente reconocido.

Argentina, en este caso como sucesora de los derechos de la Corona de España, heredaría el territorio, a través de la aplicación del *uti possidetis*, pues España consideraba a las islas como parte del Virreinato del Río de la Plata, y si hubo alguna demora en tomar el control eso no significa que existiera abandono de las mismas. Si hubiera habido *derelictio* el territorio sería *res nullius* o *terra nullius*, pero debe tenerse en cuenta que el Derecho Internacional reconoce que puede haber lapsos donde no se ejerce el control efectivo sobre territorios en caso de conflictos y que esto no acarrea la pérdida de la soberanía.

El que era débil era el título de Gran Bretaña y el mismo Palmerston lo reconoce, como se mencionará más adelante. Gran Bretaña perseguía objetivos estratégicos, y como toda gran potencia utilizaba el Derecho Internacional de acuerdo a su conveniencia. Se sostiene que a pesar de las protestas argentinas, de poco valor y consecuencias inciertas en la modificación de los hechos, en el sistema internacional, Gran Bretaña consolidó el título a través de la *adverse possession* o usucapión.

Una visión superficial de los principales laudos arbitrales que se dan en el siglo XX, en relación a territorios insulares, pareciera confirmar, en parte, la posición inglesa, pero ninguno tiene las características de la cuestión de las islas Malvinas.

El caso de la Isla de Palmas distingue entre los títulos de descubrimiento, reconocimiento por Tratado y contigüidad como títulos relacionados o que conducen a la adquisición de soberanía, pero no establecen el requisito de que la soberanía adquirida fuese efectivamente ejercida. “Los Países Bajos basan su reclamo de soberanía en la pacífica y continua autoridad del Estado sobre el territorio”<sup>32</sup>. “El título de descubrimiento [...] sería bajo la más favorable y extensa interpretación, solo como un título ‘incoado’, como un reclamo a ejercer soberanía territorial. Sin embargo, un título incoado o imperfecto no

32. Reports of International Arbitral Awards Recueil des Sentences Arbitrales. Island of Palmas, Case “USA vs. Netherlands”, 4<sup>th</sup> April 1928, Volume II, pp. 829-871. Isla de Palmas, p. 867.

puede prevalecer sobre un título definitivo basado en un continuo y pacífico ejercicio de la soberanía”<sup>33</sup>. “El título de contigüidad entendido como base de la soberanía territorial no tiene fundamento en el Derecho Internacional. Si el título era válido de acuerdo al Tratado de Münster, de 1648, si no era superpuesto o modificado por las disposiciones de Utrecht, en 1714, la evidencia es a favor de los Países Bajos”<sup>34</sup>.

En el mismo fallo se afirma, sin embargo, que el descubrimiento no es superior a la ocupación: “These facts at least constitute a beginning of establishment of sovereignty by continuous and peaceful display of State authority, or a commencement of occupation of an island not yet forming a part of the territory of a State; and such a state of things would create in favour of the Netherlands an inchoate title for completing the conditions of sovereignty. Such inchoate title, based on display of State authority, would, in the opinion of the Arbitrator, prevail over an inchoate title derived from discovery, especially if this latter title has been left for a very long time without completion by occupation; and it would equally prevail over any claim which, in equity, might be deduced from the notion of contiguity”<sup>35</sup>.

En el caso de la Isla de Clipperton, el árbitro decide que un grado disminuido sería suficiente para consolidar el título sobre tierras inaccesibles<sup>36</sup>. “Il est hors de doute que par un usage immémorial ayant force de loi juridique, outre l’animus occupandi, la prise de possession matérielle et non fictive est une condition nécessaire de l’occupation. Cette prise de possession consiste dans l’acte ou la série d’actes per lesquels l’État occupant réduit à sa disposition le territoire en question et se met en mesure d’y faire valoir son autorité exclusive. En bonne règle et dans les cas ordinaires, cela n’a lieu que lorsque cet État établit sur le territoire même une organisation capable de faire respecter ses droits. Mais cette mesure n’est, à pro-

33. *Ibidem*, p. 869.

34. *Ibidem*, p. 869.

35. *Ibidem*.

36. “France vs. Mexico” Arbitral Award on the Subject of the Difference Relative to the Sovereignty over Clipperton Island. Decision Rendered at Rome, January 28<sup>th</sup> 1931, *Revue Générale de Droit International Public* 3<sup>rd</sup> Series, Vol. VI (1932), pp. 129-132.

prement parler, qu'un moyen de procéder à la prise de possession et par suite ne s'identifie pas avec elle. Il peut y avoir aussi des cas où il n'est pas nécessaire de recourir à ce moyen. C'est ainsi que, si un territoire, par le fait qu'il était complètement inhabité, est, dès le premier moment où l'État occupant y fait son apparition, à la disposition absolue et incontestée de cet État, la prise de possession doit être considérée, à partir de ce moment, comme accomplie et l'occupation est achevée par cela même<sup>37</sup>.

Una década más tarde, la Corte Permanente de Justicia Internacional afirma lo mismo en el caso de Groenlandia Oriental<sup>38</sup> y cuanto que: "It is impossible to read the records of the decisions in cases as to territorial sovereignty without observing that in many cases the tribunal has been satisfied with very little in the way of the actual exercise of sovereign rights, provided that the other State could not make out a superior claim. This is particularly true in the case of claims to sovereignty over areas in thinly populated or unsettled countries".

Por su parte, en el caso del Templo de Preáñ Vihéar, la Corte Internacional establece que, por razones de estabilidad jurídica, pasará por alto gruesos errores y asimetrías en las negociaciones sobre los títulos<sup>39</sup>. "In general, when two countries establish a frontier between them, one of the primary objects is to achieve stability and finality. This is impossible if the line so established can, at any moment, and on the basis of a continuously available process, be called in question, and its rectification claimed, whenever any inaccuracy by reference to a clause in the parent treaty is discovered. Such a process could continue indefinitely, and finality would never be reached so long as

37. Reports of International Arbitral Awards Recueil des Sentences Arbitrales Affaire de l'île de Clipperton ("Mexique vs. France"), 28 janvier 1931, Volume II, pp. 1105-1111, p. 1110.

38. Legal Status of Eastern Greenland ("Denmark vs. Norway"), 1933, PCIJ Series A/B N° 53, Judgment April 5<sup>th</sup>.

39. Case Concerning the Temple of Preáñ Vihéar ("Cambodia vs. Thailand"), ICJ 4 Judgement of June 15 1962.

possible errors still remained to be discovered. Such a frontier, so far from being stable, would be completely precarious"<sup>40</sup>.

Se puede, pues, afirmar que si bien la práctica internacional en el siglo XIX permitía algún tipo de adquisiciones de dudoso origen, que se iban convirtiendo en regulares con el transcurso del tiempo, la doctrina no es tan clara sobre la validez de la conquista por la fuerza.

Gran Bretaña, así, llega al siglo XX con un título poco claro y afirmado en el poder, lo cual no significaría de ninguna manera el fin de la controversia. Es evidente que el archipiélago presenta un interés estratégico para el Reino Unido por razones comerciales y militares, por causa de la expansión del comercio y en caso de conflicto armado, así como un punto de base para sus reivindicaciones en el Sector Antártico<sup>41</sup>.

Desde 1833, la Argentina ha protestado contra esta ocupación, juzgándola ilegal y reclamando la restitución de las islas como tierra irredenta. No puede juzgarse como abandono determinados períodos de silencio diplomático al respecto, siendo notoria tanto la asimetría de poder entre ambas naciones, cuanto la inexistencia de un sistema internacional independiente al que remitirse.

De ahí que las reclamaciones se hacen más fuertes tras la creación de la ONU, y a raíz del nuevo estatus otorgado por Gran Bretaña como territorio no autónomo, se logró, el 8 de septiembre de 1964, tras prolongados debates ante el Comité de los 24, y la Asamblea General, que esta recomiende a las partes arreglar sus conflictos por la vía de la negociación.

40. Case Concerning the Temple of Preáh Vihéar, Merits Judgment, June 15, 1962, p. 34.

41. En su Tesis *L'affaire des îles Falkland*, Paris, 1952, p. C., Pop se refiere a esta importancia estratégica, que es una de las razones más importantes para la negativa británica a negociar: "Situées en face du détroit de Magellan, surveillant la porte de communication entre les deux océans, les îles Falkland revêtent une importance stratégique évidente; elles gardent le passage de Drake qui s'étend entre le Cap Horn et la Terre de Graham, route qui deviendra vitale en cas de fermeture du Canal de Panama pour assurer la communication entre l'Atlantique et le Pacifique".

#### IV. EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO. LOS PRINCIPIOS DE AUTODETERMINACIÓN Y DESCOLONIZACIÓN

El análisis de la controversia sobre la soberanía del archipiélago debe tomar en cuenta, después de 1945, dos nuevas variables o normas de gran importancia: los principios de autodeterminación y descolonización.

El principio de autodeterminación es uno de los paradigmas y postulados fundamentales del Derecho Internacional Contemporáneo, tanto en el marco de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, como en la Corte Internacional de Justicia<sup>42</sup>. Ya hemos tratado en un trabajo anterior su génesis y ciertas aplicaciones, si bien no en relación a la cuestión del archipiélago, pues esta presenta características únicas<sup>43</sup>.

En el Párrafo 52 de la Opinión Consultiva sobre Namibia, la Corte se expresa en relación al principio: “52. Furthermore, the subsequent development of international law in regard to non-self-governing territories, as enshrined in the Charter of the United Nations, made the principle of self-determination applicable to all of them. The concept of the sacred trust was confirmed and expanded to all ‘territories whose peoples have not yet attained a full measure of self-government’ (art. 73). Thus it clearly embraced territories under a colonial régime. Obviously, the sacred trust continued to apply to League of Nations mandated territories on which an international status had been conferred earlier.

42. G.A. Res. 1514, 15 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 66-67, U.N. Doc. A/4684 (1960). Advisory Opinion, Presence of South Africa in Namibia (Southwest Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276, 1971 I.C.J. 16 (Advisory Opinion of June 21, 1971).

43. CAÑARDO, Hernando Vicente, “Consideraciones básicas sobre el principio de autodeterminación de los pueblos frente al principio de integridad territorial”, *Forum*. Anuario del Centro de Derecho Constitucional, 2014, 2.

CAÑARDO, Hernando Vicente, “Análisis de la validez del principio de autodeterminación de los pueblos, la secesión, y los conceptos de *uti possidetis* y *terra nullius* en la adquisición de territorios”, *Forum*. Anuario del Centro de Derecho Constitucional, 2015, 3.

A further important stage in this development was the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples [General Assembly resolution 1514 (XV) of 14 December 1960], which embraces all peoples and territories which 'have not yet attained independence'. Nor is it possible to leave out of account the political history of mandated territories in general. All those which did not acquire independence, excluding Namibia, were placed under trusteeship. Today, only two out of fifteen, excluding Namibia, remain under United Nations tutelage. This is but a manifestation of the general development which has led to the birth of so many new States"<sup>44</sup>.

En forma genérica, este principio se refiere a las demandas de un grupo para formar una comunidad política de acuerdo a sus intereses o deseos. El derecho a la autodeterminación en el ordenamiento legal internacional se refiere a las políticas, procedimientos y normas para lograr esas demandas. Cabe advertir que, como los seres humanos siempre están buscando nuevas formas de identidad, puede presentarse como potencialmente peligroso y disruptivo para la legitimidad de los sistemas existentes.

La segunda norma o principio, la descolonización, está generalmente fusionada al de la autodeterminación de los pueblos. La descolonización ha eliminado o buscado eliminar la dominación de las potencias coloniales en determinadas áreas del orbe, y transferir el poder político a los nuevos gobiernos locales. Busca un efecto retroactivo pero el mismo no puede ser infinito, es decir, el principio se refiere a situaciones políticas consideradas como "coloniales" y no un *animus revertendi ad infinitum*.

Esta es una clasificación muy selectiva claro, porque a lo largo de la Historia siempre la misma ha sido marcada por movimientos de pueblos o *Volkerwanderung* que con fines económicos o militares se han trasladado a otros territorios, donde sus habitantes han sido dominados, expulsados o exterminados. Este proceso también se da

44. Advisory Opinion, Presence of South Africa in Namibia (Southwest Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276, 1971 I.C.J. 16 (Advisory Opinion of June 21, 1971), Paragraph 52.

en Sudamérica, donde los conquistadores dominan a grupos indígenas que a su vez antes habían exterminado a otros<sup>45</sup>. De allí que esta descolonización es un principio “limitado en el tiempo”.

No cabe considerar la autodeterminación y la descolonización como sinónimos, pues si bien, en muchos casos, ambos coinciden y son congruentes, no siempre es así. No ha sido lo mismo el planteo de Egipto en relación a Inglaterra, que el de India, en que había inicialmente consenso en la descolonización pero no con la autodeterminación. En situaciones como Argelia o Irlanda, nacionales de la potencia colonial fueron trasplantados y se presentaron conflictos entre estos, que querían autodeterminación, y los nativos, que deseaban descolonización. Los implantados querían autodeterminación y asociación con la metrópolis y los nativos, descolonización. También pueden darse casos en que los que fueron expulsados quieran descolonización y retorno, pudiendo clasificarse así los casos de Gibraltar, el Sahara Occidental, y evidentemente las islas Malvinas.

En consecuencia, se puede presentar una falta de coincidencia entre la autodeterminación y la descolonización, lo cual lleva a graves problemas.

Si tomamos un determinado caso, la Guerra de los Seis Días, en 1967, dejó a Israel en posesión de la Franja de Gaza y de las Alturas del Golán, que era un territorio de Siria y que Israel nunca antes había reclamado. El Gobierno judío comienza colonizar la región, y la anexa formalmente en 1981. Siria insiste es que es parte de su territorio, y que Israel ejerce una ocupación militar<sup>46</sup>.

Mientras tanto, la población nativa judía continúa aumentando, y surgen varias preguntas: si en alguna oportunidad se hiciera un referéndum por la autodeterminación y la población judía supera a los sirios, y en el plebiscito se decide la anexión a Israel, ¿se estarían cumpliendo los principios de descolonización y autodeterminación?

45. BERDAN, Frances, *The Aztecs of Central Mexico: An Imperial Society*, Second Edition, Belmont Thomson/Wadsworths 2006, 212 pp.

46. Para las violaciones de Israel del Derecho Internacional desde su génesis, ver: <http://israelawresourcecenter.org/internationallaw/studyguides/sgil3.htm>.

¿Qué clase de precedente sería este, donde la voluntad mayoritaria de los habitantes actuales cuenta sin tener en cuenta cómo y cuándo ingresaron? ¿Generaría una legitimidad en el Derecho Internacional? Si así se diera evidentemente Siria no lo aceptaría e insistiría en la descolonización.

En otro caso relacionado con Israel, antes de la evacuación del Sinaí por este Estado en cumplimiento del Tratado de Paz, del 26 de marzo de 1979, con Egipto, muchos habitantes israelíes en la región del Sinaí protestaron, pero no se les permitió quedarse porque el título de soberanía prevaleció sobre la autodeterminación, ya que provenían de una ocupación militar<sup>47</sup>.

De acuerdo a las normas del Derecho Internacional el ocupante beligerante no puede transferir su propia población al área. Así lo establece la Cuarta Convención de Ginebra, de 1949, Relativa a la Protección de la Población Civil en Tiempos de Guerra<sup>48</sup>. Esta situación

47. Peace Treaty between Israel and Egypt

March 26, 1979

Así lo establece el Tratado en los artículos I y VIII.

Article I: The state of war between the Parties will be terminated and peace will be established between them upon the exchange of instruments of ratification of this Treaty. Israel will withdraw all its armed forces and civilians from the Sinai behind the international boundary between Egypt and mandated Palestine, as provided in the annexed protocol (Annex I), and Egypt will resume the exercise of its full sovereignty over the Sinai. Upon completion of the interim withdrawal provided for in Annex I, the parties will establish normal and friendly relations, in accordance with Article III.

Article VIII: Exercise of Egyptian Sovereignty Egypt will resume the exercise of its full sovereignty over evacuated parts of the Sinai upon Israeli withdrawal as provided for in Article I of this Treaty.

Ver: [http://avalon.law.yale.edu/20th\\_century/isregypt.asp](http://avalon.law.yale.edu/20th_century/isregypt.asp).

48. Geneva Convention Relating to the Protection of Civilian Persons in Time of War, August 12, 1949, Article 49 (6) 6 UST 3516, TIAS N° 3365.

Individual or mass forcible transfers, as well as deportations of protected persons from occupied territory to the territory of the Occupying Power or to that of any other country, occupied or not, are prohibited, regardless of their motive. Nevertheless, the Occupying Power may undertake total or partial evacuation of a given area if the security of the population or imperative military reasons so demand. Such evacuations may not involve the displacement of protected persons outside the bounds of the occupied territory except when for material reasons it

es similar al Golán, y, en esta última, los israelíes quieren autodeterminación y los sirios insisten en devolución y descolonización.

En el caso de las islas Malvinas, Gran Bretaña expulsó a la población argentina, y prohibió su ingreso después de la usurpación. Hubo trasplante de población británica, y en consecuencia aquí también se presenta un conflicto entre la autodeterminación y descolonización. Si bien Inglaterra da preeminencia a la autodeterminación sobre la descolonización en el supuesto de las islas Malvinas, esta preeminencia no es algo pacífico en el Derecho Internacional.

Al respecto, en 1975, la Corte Internacional de Justicia, a requerimiento de la Asamblea General, emitió una Opinión Consultiva sobre el Estatus del Sahara Occidental<sup>49</sup>. España evacuaba el territorio marroquí ocupado desde 1884 y la cuestión era saber si Marruecos debía volver a ser íntegramente reinstalado basado en el principio de la descolonización siendo que, a la vez, la población saharauí pretendía ejercer su autodeterminación.

La mayoría de los saharauies no deseaban la unión con Marruecos y la Corte, al respecto, afirma: "52. Extensive argument and divergent views have been presented to the Court as to how, and in what form, the principles of decolonization apply in this instance, in the light of the various General Assembly resolutions on decolonization

---

is impossible to avoid such displacement. Persons thus evacuated shall be transferred back to their homes as soon as hostilities in the area in question have ceased. The Occupying Power undertaking such transfers or evacuations shall ensure, to the greatest practicable extent, that proper accommodation is provided to receive the protected persons, that the removals are effected in satisfactory conditions of hygiene, health, safety and nutrition, and that members of the same family are not separated

The Protecting Power shall be informed of any transfers and evacuations as soon as they have taken place.

The Occupying Power shall not detain protected persons in an area particularly exposed to the dangers of war unless the security of the population or imperative military reasons so demand.

The Occupying Power shall not deport or transfer parts of its own civilian population into the territory it occupies.

49. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Western Sahara Advisory Opinion of 16 October 1975.

in general and on decolonization of the territory of Western Sahara in particular”.

Asumiendo en plenitud su rol de Tribunal de Justicia, en el Párrafo 59, la Corte establece las excepciones a la aplicación del principio de autodeterminación: “59. The validity of the principle of self-determination, defined as the need to pay regard to the freely expressed will of peoples, is not affected by the fact that in certain cases the General Assembly has dispensed with the requirement of consulting the inhabitants of a given territory. Those instances were based either on the consideration that a certain population did not constitute a ‘people’ entitled to self-determination or on the conviction that a consultation was totally unnecessary, in view of special circumstances [...] 70. In short, the decolonization process to be accelerated which is envisaged by the General Assembly in this provision is one which will respect the right of the population of Western Sahara to determine their future political status by their own freely expressed will. This right is not affected by the present request for an advisory opinion, nor by Resolution 3292 (XXIX); on the contrary, it is expressly reaffirmed in that resolution. The right of that population to self-determination constitutes therefore a basic assumption of the questions put to the Court”.

De la lectura de estos párrafos parecería que se afirma la supremacía del derecho de autodeterminación, en general. Pero en su totalidad no es tan clara. Si bien la Corte concluye que la población del Sahara Occidental había sido independiente y no estaba sujeta al Estado Sheriffiano de Marruecos, no toca el tema de la descolonización por Marruecos ya que este no había sido expulsado por España ni sus supuestos derechos habían sido usurpados.

La Corte, asimismo, hace un análisis de los títulos originales de adquisición de territorio, como la ocupación, y los derivados, como la cesión:

“80. Whatever differences of opinion there may have been among jurists, the State practice of the relevant period indicates that territories inhabited by tribes or peoples having a social and political organization were not regarded as *terrae nullius*. It shows that in the case of such territories the acquisition of sovereignty was not generally considered as effected unilaterally through ‘occupation’ of terra

nullius by original title but through agreements concluded with local rulers [...]"

"81. In the present instance, the information furnished to the Court show that at the time of colonization Western Sahara was inhabited by peoples which, if nomadic, were socially and politically organized in tribes and under chiefs competent to represent them. It also shows that, in colonizing Western Sahara, Spain did not proceed on the basis that it was establishing its sovereignty over *terrae nullius*. In its Royal Order of 26 December 1884, far from treating the case as one of occupation of *terra nullius*, Spain proclaimed that the King was taking the Rio de Oro with the chiefs of the local tribes: the Order referred expressly to 'the documents which the independent tribes of this part of the coast' had 'signed with the representative of the Sociedad Española de Africanistas', and announced that the King had confirmed 'the deeds of adherence' to Spain. Likewise, in negotiating with France concerning the limits of Spanish territory to the north of the Rio de Oro, that is, in the Sakiet El Hamra area, Spain did not rely upon any claim to the acquisition of sovereignty over a *terra nullius* [...]" "162. [...] the Court's conclusion is that the materials and information presented to it do not establish any tie of territorial sovereignty between the territory of Western Sahara and the Kingdom of Morocco or the Mauritanian entity. Thus the Court has not found legal ties of such a nature as might affect the application of resolution 1514 (XV) in the decolonization of Western Sahara and, in particular, of the principle of self-determination through the free and genuine expression of the will of the peoples of the Territory (cf. paragraphs 54-59 above)".

En esta opinión hay párrafos que favorecen a la autodeterminación y otros que establecen excepciones a ella, y no fue tenida en cuenta, pues el territorio fue ocupado y retenido por Marruecos en su mayor parte, en base al Tratado de Madrid.

La distinción que realiza la Resolución XXXIII de la Conferencia de Estados Americanos en Bogotá, en 1948, entre "pueblos y regiones sujetas a un régimen colonial", por un lado, y "territorios ocupados por Estados no Americanos", por el otro, se verá reflejada en los Párrafos 2º y 6º de la Declaración de la Asamblea General sobre el Orogamiento de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, que

establece: “2°. All peoples have the right to self-determination; by virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.

6°. Any attempt aimed at the partial or total disruption of the national unity and the territorial integrity of a country is incompatible with the purposes and principles of the Charter of the United Nation”<sup>50</sup>.

En términos prácticos, y como veremos con posterioridad, esto significa que hay diferencia entre ambas situaciones: en el primer caso se aplicaría la autodeterminación, en base a los deseos de sus habitantes; en el segundo caso, si la ocupación de facto ha sido efectuada por una población no nativa establecida en el período colonial, no tendría derecho a la autodeterminación.

La autodeterminación de los habitantes del archipiélago de las Malvinas fue presentada en el conflicto de 1982 como si fuese la única alternativa. Sin embargo, la cuestión es más compleja, y deben tenerse en cuenta los intereses de todas las Partes. Se debe determinar si el principio se aplica a cualquier grupo, no importa cuán pequeño sea, o si su supervivencia como Estado es viable, ya que la autodeterminación no lo es, y si es un pacto para producir comunidades pobres que no pueden ser sustentables ni generar bienestar u otros valores.

Con la creación de la Organización de las Naciones Unidas, la Argentina encuentra dónde plantear el conflicto. El carácter colonial del territorio permite situarse en un clima más favorable, dentro del marco de la actividad política y normativa cumplida por la Organización en materia de descolonización, marcada por la Resolución 1514 (XV), que busca poner fin a estas situaciones. Pierde importancia la invocación de presuntos derechos adquiridos pues la obligación de descolonizar tiene un carácter imperativo y anularía todas las adquisiciones de carácter colonial.

Las Malvinas constituyen un territorio de carácter colonial; eso surge, en primer lugar, de su calificación de “territorio no autónomo”

50. Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples Adopted by General Assembly Resolution 1514 (XV) of 14 December 1960, <http://www.un.org/en/decolonization/declaration.shtml>.

de acuerdo a la interpretación de la Carta y del accionar de la Organización, y en cumplimiento de ese carácter, Gran Bretaña debía enviar informes sobre la situación del territorio. Gran Bretaña la había registrado como “territorio no autónomo” para demostrar precisamente su soberanía, y por ello Argentina protesta en 1946 debido a esa inscripción, como lo hizo Guatemala en relación a la Honduras Británica. La situación geográfica del archipiélago y la distancia de la metrópolis demuestran las características de una entidad colonial.

Sin embargo, debe advertirse que ni la proximidad geográfica ni los aspectos geológicos son de por sí fuente de Derecho sobre un territorio, como se mencionó en el Arbitraje de Yemen.

El modo de ocupación de Gran Bretaña fue también típicamente colonial, ya que la República Argentina fue privada de un territorio que le pertenecía, a través del recurso a la fuerza. La descolonización condena en forma retroactiva la utilización de la fuerza y exige la devolución, la *restitutio in integrum*.

Pero... si la descolonización se ha convertido en una obligación, ha sido en nombre del derecho de los pueblos a disponer de sí mismos, o sea, su autodeterminación. La paradoja aquí es que la Argentina exige la descolonización, pero rechaza el derecho de autodeterminación. Invoca el principio de descolonización por sobre el de autodeterminación.

De acuerdo a los textos y a la práctica de la Organización de las Naciones Unidas, el fin de la situación colonial se puede llevar a cabo en tres formas diferentes:

- a. Independencia.
- b. Asociación.
- c. Integración.

Los dos últimos modos se relacionan con un Estado ya existente, mientras que el primero supone la creación de un nuevo sujeto de Derecho Internacional.

La independencia es considerada generalmente como el fin o término normal de una situación de descolonización, pero no es una solución realista en muchos casos para pequeñas comunidades. En cuanto a las otras dos opciones, la Asamblea General entiende que son situaciones excepcionales y que se aceptan si la población interesada manifiesta claramente su voluntad en este sentido.

Dentro de esa lógica, el fin de la situación de territorio no autónomo dependerá de los votos libremente expresados de sus habitantes. Gran Bretaña defiende este principio, y sostiene que la población está o debe estar en estrecha asociación con la metrópolis. Pero Argentina rechaza la aplicación de este principio a ultranza, y estima que la descolonización se puede realizar solo a través de la restitución del territorio, aún en contra de los deseos de la población.

La República Argentina fundamenta este rechazo en base a dos razones: en primer lugar, las características de la población, y en segundo lugar, el Párrafo 6° de la Declaración de 1960.

Con respecto a la naturaleza de la población, los habitantes no tienen derecho a la autodeterminación, por no constituir un verdadero "pueblo" diferente de la metrópolis. Argentina pone el acento en el origen de la población que es importada, compuesta de inmigrantes de origen británico, siendo una población de colonizadores y no de colonizados.

Sin embargo, con respecto a este argumento, muchos pueblos que conforman Estados independientes son el resultado de la formación de corrientes migratorias de diverso origen. Conviene, así, realizar una distinción entre el principio de autodeterminación y el principio de la nacionalidad, ya que "la gran diferencia con este es que la colectividad que invoca el derecho de autodeterminación puede no ser un grupo étnico homogéneo sino una composición dispar de etnias".

En consecuencia, Gran Bretaña alega que ni por el origen ni por otras características la población debe ser privada del derecho a la autodeterminación, de acuerdo al Párrafo 5° de la Resolución 1514.

Es en este documento en el que Argentina encuentra otro argumento en una excepción: el Párrafo 6° de la Resolución 1514 establece que el derecho de autodeterminación no se aplica a "Todo intento que busque destruir parcial o totalmente la unidad nacional y la integridad territorial de un Estado o País, es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas".

Argentina sostiene que este Párrafo 6° del texto es aplicable, pues el ejercicio del derecho de autodeterminación conduciría a destruir parcialmente la unidad nacional e integridad territorial del Estado. En consecuencia, se ha orientado a demostrar que el archipiélago no es un territorio colonial clásico, sino una colonia instituida por el Rei-

no Unido en un territorio usurpado a la República Argentina, y si se aplica dicho principio sin discernimiento, se obtendría el resultado absurdo de transferir una soberanía plena a lo que es una posesión ilegal, con la bendición de la Organización de las Naciones Unidas.

El Párrafo 6° se refiere especialmente a aquellos casos de territorios separados o escindidos ilegalmente de un Estado, y que son objeto de reivindicaciones por el Estado lesionado. En una situación así, la solución debiera arribar vía negociaciones con el Estado colonizador, a la restitución del territorio acompañada de garantías para la población.

Este argumento de la Argentina, ¿responde al verdadero sentido del Párrafo 6°, siendo esta excepción referida a reivindicaciones territoriales de esta naturaleza?

Al respecto parece haber dos interpretaciones posibles:

Para algunos, Argentina realiza una interpretación correcta del párrafo que tiene por objeto separar del régimen de descolonización clásico, aquellos territorios que son objeto de reivindicaciones legítimas frente a las cuales la solución no puede ser la misma.

En muchos casos, estas situaciones se dan frente a países pequeños o débiles que fueron despojados por la fuerza de una parte de su territorio, y la aplicación estricta del principio de autodeterminación, para decidir la suerte de esos territorios, equivaldría a legalizar una situación originada en un uso de fuerza ilegítimo.

Los Estados de la región de América Latina siempre establecieron una distinción entre las colonias “clásicas” y los territorios ocupados de “facto”, es decir, separados por la fuerza de algún Estado de la región.

Esto se establece, por ejemplo, en la Xª Conferencia Interamericana de 1954, en la Resolución 47: “1. Se declara la necesidad para aquellos Estados extracontinentales que tengan colonias en el territorio que permitan a los pueblos de los mismos, invocar plenamente el derecho a la autodeterminación. 2. Declarar que la presente Resolución no se refiere a los territorios objeto de litigio o de reivindicación entre los Estados extracontinentales y ciertas Repúblicas americanas”.

Asimismo, en la IXª Conferencia de 1948 se había aprobado la Resolución XXXIII, donde se afirma: “Que la situación de hecho o de derecho de las colonias, posesiones y territorios dependientes u ocu-

pados, que existen en el Continente Americano, o en su región de seguridad, varía de unos a otros dentro de su común condición, lo que hace necesario llevar a cabo estudios sobre cada uno de ellos a fin de determinar las soluciones que puedan convenir a cada caso [...]”. “[...] Es justa aspiración de las Repúblicas de América, que se ponga término al coloniaje y a la ocupación de territorios americanos por países extracontinentales”<sup>51</sup>.

El Gobierno de Indonesia, que tuvo participación en la Resolución 1514, interpretaba que el Párrafo 6º se aplica, entre otros casos, al colonialismo de los Países Bajos en el llamado Irián Occidental, y entendía que no se debía abusar del derecho de autodeterminación ya que el colonialismo era un atentado a la integridad territorial y la unidad nacional de Indonesia<sup>52</sup>.

El Reino Unido, por supuesto, no está de acuerdo con esta interpretación, y sostiene que no se aplica a limitar la autodeterminación en territorios como las islas Malvinas, pues se relacionaría con los intentos dirigidos en el futuro contra la integridad territorial de un nuevo Estado, y no con las disputas de soberanía que se remontan a un pasado lejano.

Para justificar su tesis, Gran Bretaña analiza la interpretación que realizan cuarenta y tres países de Asia y África que fueron co-autores de la Resolución, cuando se redactó el párrafo; y llega a la conclusión de que esta disposición está destinada a proteger a los países que se han independizado recientemente, contra los intentos de división, secesión, o que afecten su integridad territorial precisamente en su *estatus nascendi*, cuando son menos capaces de defenderse, ya sea porque están en el proceso de independencia, o porque desean conservar una independencia frágilmente adquirida<sup>53</sup>. Esta interpretación del Párrafo 6º fue corroborada por las declaraciones realizadas en esa sesión de 1960 por varios Estados co-autores de la Resolución,

51. IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 20 de marzo de 1948, N° 55, OEA Unión Panamericana, 1948, 168 pp., p. 2.

52. UNGA 15<sup>th</sup> Session 847, p. 1.

53. UNGA Doc. A/AC 109. PV 284 (15<sup>th</sup> Session).

como Pakistán, Irán y Nepal, quienes no estaban de acuerdo con la interpretación de Indonesia.

Esto significa que no se establecería en el texto una prioridad del principio de reivindicación territorial, sobre el de autodeterminación<sup>54</sup>.

Es correcto, entonces, afirmar que la argumentación británica refleja la intención de los países autores del Proyecto de la Declaración. En 1960, el problema de Katanga, que deseaba secesionarse del Congo, preocupaba a los países africanos. Estos deseaban fervientemente asegurar la integridad y la unidad de los nuevos territorios independientes, aun si la población no era homogénea, o si las fronteras heredadas de las administraciones coloniales habían sido fijadas arbitrariamente. Si bien este objetivo de los nuevos Estados africanos concuerda con el sentido del Párrafo 6º, que era evitar la fragmentación del territorio de las ex colonias cuando accedieran a la independencia o posteriormente, no excluye la otra interpretación.

De allí que estos Estados distinguen dos etapas: la primera sería la de la clásica descolonización: donde el pueblo colonizado tiene el derecho de autodeterminación y de secesión; y la segunda: aquella en la cual el Estado descolonizado e independiente, o a punto de serlo, establece que el derecho a la autodeterminación *ad infinitum* ya no estaría justificado y sería un ataque a la unidad e integridad nacional. El derecho de autodeterminación de primer grado justificaba las revueltas o los movimientos revolucionarios nacionalistas, pero una vez que se independizaban, el principio corría el riesgo de seguir siendo aplicado y llevar a la disolución del Estado sucesor o de impedir, inclusive, la formación del mismo, por causa de tendencias centrífugas<sup>55</sup>.

Uno de los ejemplos más claros al respecto fue la actitud de la Organización de las Naciones Unidas y la Organización de la Unidad Africana en relación al conflicto entre Biafra y Nigeria.

En consecuencia, es comprensible vincular la hipótesis del Párrafo 6º a tales situaciones pero la ONU, sin negar esta interpretación, estima que no excluye a la primera, y en referencia a la cuestión de

54. UNGA Doc. A/PV 926 § 70 § 71 (15<sup>th</sup> Sesión).

55. ARON, Raymond, *Paix et Guerre entre les nations*, Paris, 1962, pp. 373-374.

Gibraltar, el 19 de diciembre de 1967 adopta una Resolución donde se refiere expresamente al Párrafo 6º.

Persiste, no obstante, la cuestión de que si bien las reclamaciones de la Argentina sobre el archipiélago están justificadas, en el caso no parece posible hacer abstracción de la población que desde casi dos siglos es británica.

## V. LAS NEGOCIACIONES SOBRE EL ARCHIPIÉLAGO: 1965-1982

En 1946, Gran Bretaña, como ya se ha mencionado, registró las Falkland como un "territorio no autónomo" dentro del sistema de las Naciones Unidas<sup>56</sup>, y en el marco de la descolonización en 1965, la Asamblea General de la ONU recomienda que las cuestiones pendientes entre Argentina y Gran Bretaña fueran negociadas<sup>57</sup>. El Comité de los 24, en su sesión de noviembre de 1964, después de constatar que la Resolución 1514 resulta aplicable al litigio sobre el archipiélago, registra la existencia de diferendo sobre la cuestión de la soberanía entre la Argentina y el Reino Unido. Se invita a las partes a entablar negociaciones con el objeto de encontrar una solución pacífica al conflicto, "teniendo en cuenta los intereses de la población y las opiniones expresadas por este Comité". Sobre esta base es que la Asamblea General adopta, el 16 de diciembre de 1965, la Resolución 2065 (XX), que recomienda las negociaciones y que la Asamblea sea informada<sup>58</sup>. En los años subsiguientes, la posición de la Asamblea no varía, solicitando a las partes que prosigan sus esfuerzos en búsqueda

56. Trusteeship Council Incorporating the United Nations' Findings Under Chapter XI of the Charter [1946-47], 2 U.N.Y.B. 569, 571.

57. G.A. Res. 2065, 20 U.N. GAOR Supp. (No. 14) at 57, U.N. Doc. A/6014 (1965).

58. Question of the Falkland Islands (Malvinas). The General Assembly, Having examined the question of the Falkland Islands (Malvinas).

Taking into account the chapters of the reports of the Special Committee on the Situation with regard to the Implementation of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples relating to the Falkland Islands (Malvinas), and in particular the conclusions and recommendations adopted by the Committee with reference to that Territory.

de una solución, entendiendo que esta debe ser política y no estrictamente jurídica, como lo entendía el Subcomité III del Comité Especial encargado de exponer la situación con respecto a la aplicación de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales.

Las negociaciones se inician en 1966, y durante su transcurso varios miembros del Consejo Ejecutivo de las Islas enviaron apelaciones al Parlamento de Westminster, advirtiéndole que el Gobierno inglés estaba negociando una transferencia de soberanía. El Gabinete es interpelado en ambas Cámaras y Lord Chalfont, Ministro en el Foreign Office, da a entender que la transferencia de soberanía estaba bajo consideración, pero que el Gobierno no dejaría de lado los deseos de los isleños. Sin embargo, afirma a su regreso a Gran Bretaña: "I do not believe that the Falkland Islands can continue to exist for many years, as they are presently constituted. I believe one day that the Falkland Islands may be prepared to choose Argentine sovereignty. We must at all costs avoid giving the impression that we want to get rid of them, since that would set up precisely the reaction we would want to avoid"<sup>59</sup>.

Si bien Chalfont asegura eso a los isleños en sus declaraciones, se observa que Gran Bretaña estaba pensando seriamente en despren-

---

*Considering* that its resolution 1514 (XV) of 14 December 1960 was prompted by the cherished aim of bringing to an end everywhere colonialism in all its forms, one of which covers the case of the Falkland Islands (Malvinas).

Noting the existence of a dispute between the Governments of Argentina and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland concerning sovereignty over the said Islands.

1. Invites the Governments of Argentina and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to proceed without delay with the negotiations recommended by the Special Committee on the Situation with regard to the Implementation of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples with a view to finding a peaceful solution to the problem, bearing in mind the provisions and objectives of the charter of the United Nations and of General Assembly resolution 1514 (XV) and the interests of the population of the Falkland Islands (Malvinas);

2. Requests the two Governments to report to the Special Committee and to the General Assembly at its twenty-first session on the results of the negotiations. 1398<sup>th</sup> plenary meeting, 16 December 1965.

59. 290 Parl. Deb., H. L. (5<sup>th</sup> ser.) 206-12 (1968).

derse del archipiélago, advirtiendo a los isleños que la cuestión de la soberanía era de importancia esencial en la política argentina. Por su parte, en la Cámara de los Comunes, Stewart, el Secretario de Estado, afirma: "In what event or in what time could the transfer of sovereignty be considered? To that my answer would be, first, only as part of an agreement which would secure a permanently satisfactory relationship between the islands and Argentina [...] in which, if there were a transfer of sovereignty there would be the fullest safeguards for the special rights of the islanders, for the fact of their dissent, their language and so on [...] Secondly, only if it were clear to us, the Government in the United Kingdom, that the islanders themselves regarded such an agreement as satisfactory and in their interests"<sup>60</sup>.

En 1969, se produce la visita de Lord Chalfont, y nuevamente, interrogado por la oposición conservadora en la Cámara de los Lores, declara que ninguna transferencia de soberanía se realizará contra los deseos de los habitantes de las islas<sup>61</sup>. Argentina sostiene, al respecto, que no podía subordinarse la soberanía a los deseos de la población, observándose la colisión de los dos principios antes mencionada.

60. On 27 February 1968, the unofficial members of the Council sent an open letter to all Members of Parliament stating that negotiations were proceeding between the British and Argentine Governments "which may result at any moment in the handing over of the Falkland Islands to the Argentines". (1) In March 1968 in response to these events the Falkland Islands Emergency Committee, an unofficial body, was formed to bring to notice in the United Kingdom the wishes of the Falkland Islanders regarding their future. In 1973 it was renamed the United Kingdom Falkland Islands Committee. Its membership includes Members of Parliament of the main political parties. There were strong protests in Parliament and in the press, and the Foreign and Commonwealth Secretary, Mr Stewart, and other Foreign Office Ministers made clear on several occasions that there would be no cession of sovereignty against the wishes of the Islanders. (2) Official Report, House of Commons, 26 March 1968, Col. 1464; 28 March 1968, Col. 1871; and 1<sup>o</sup> April 1968, Col. 4.761 Parl. Deb., H. C. (5<sup>th</sup> ser.) 1464 (1968).

La evolución completa de la historia reciente desde la década del sesenta, desde el lado de Gran Bretaña, puede verse en: Falkland Islands Review Report of a Committee of Privy Counsellors Chairman: The Rt Hon the Lord Franks, OM, GCMG, KCB, CBE. Presented to Parliament by the Prime Minister by Command of Her Majesty, January 1983, London Her Majesty's Stationery Office.

61. 298 Parliamentary Debates House of Lords, 5<sup>th</sup> Series Col. 5 (1968).

Tras estos debates, se produce una etapa de negociaciones en secreto entre ambos Gobiernos<sup>62</sup>. Las mismas preveían el traspaso de la soberanía a la Argentina; sin embargo, no llegan a buen término<sup>63</sup>.

La Asamblea General, en 1969, observa con satisfacción el progreso de las negociaciones entre ambos Estados y urge a las partes, en la medida de lo posible, a buscar una solución definitiva a la disputa<sup>64</sup>. El Acuerdo del 1º de julio de 1971, aprobado por un cambio de Notas Reversales el 5 de agosto de 1971, se envía a la Cámara de los Comunes en septiembre de 1971<sup>65</sup>. Fue el ápice de las negociaciones, en sí tenía el germen de la solución de la disputa, y se barajaba la posibilidad de un condominio, pero las relaciones luego van lentamente deteriorándose<sup>66</sup>.

62. 26. In 1969 talks were resumed. They were continued, following the change of Government in June 1970, by Mr Heath's administration, but sovereignty was not discussed. Progress was reported to Parliament annually. (2) Official Report, House of Commons, 24 November 1969, Cols. 36-40.

Official Report, House of Commons, 16 November 1970, Written Answers, Col. 309.

Official Report, House of Commons, 21 June 1971, Written Answers, Col. 178.

63. Agreement on the text of the Memorandum of Understanding was reached at official level in August 1968. On sovereignty the crucial passage was as follows: "The Government of the United Kingdom as part of such a final settlement will recognise 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 Government of the United Kingdom are then satisfied that those interests are so secured".

24. Publication of the Memorandum was to be accompanied by a unilateral statement making it clear that the Government would be willing to proceed to a final settlement with Argentina that involved the transfer of sovereignty, but only if and when they were satisfied that the transfer of sovereignty, and the basis on which such a transfer should take place, were acceptable to the people of the Islands.

64. Implementation of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples (Item 23), 24 U.N. GAOR Supp. (No. 30) at 75, U.N. Doc. A/7630 (1969).

65. 1971. (3) Official Report, House of Commons, 23 September 1971, Written Answers, Cols. 13-17.

66. Acuerdo que aprueba la declaración conjunta sobre comunicaciones entre las islas Malvinas y el territorio continental argentino y proyecto de notas reversales que

Este Acuerdo, relativo al tema de la circulación y comunicación de las personas, establece que las partes se reservan expresamente los derechos de soberanía<sup>67</sup>. Su importancia radica en que por primera vez las relaciones entre Argentina y el archipiélago se normalizan y se inicia un proceso de desarrollo, por el cual se hace notar que los representantes de las islas participan en la negociación del mismo. Por el Acuerdo, ambos Estados se obligan a restablecer las comunicaciones con el archipiélago, suprimir los obstáculos jurídicos a la libre circulación de los isleños en su territorio, y promover una cooperación mayor con las islas. Las comunicaciones directas con Argentina sustituyen el sistema previo, que era desde el Uruguay, con el cual Inglaterra había suscripto un Acuerdo en 1947, que en su momento fuera duramente protestado por la República Argentina. Esto no solo facilita las comunicaciones sino que produce una reducción en los costos de los productos y servicios destinados a las islas.

A su vez, Gran Bretaña establece un servicio marítimo entre Puerto Stanley y la Argentina, e inicia la construcción de un aeropuerto.

Ambos Gobiernos se comprometen a tomar las medidas necesarias para la mejora de las comunicaciones, postales, telegráficas y telefónicas. También se soluciona el problema postal ya que la Argentina no reconocía la validez de las estampillas postales de las islas y los destinatarios pagaban una sobretasa.

Con respecto a la circulación de personas se suprimen todos los obstáculos a la libre circulación y establecimiento. Entre ellos, que la Argentina consideraba, en base al *jus soli*, a los isleños como ciudadanos argentinos. Se acordó la exención al servicio militar, así como a cualquier tasa, impuesto o contribución referida a las actividades en el archipiélago.

---

establece que las estipulaciones del proyecto de declaración conjunta y ningún acto o actividad que se lleve a cabo en aplicación de la misma podrán ser interpretados como modificación del estado actual de la disputa acerca de la soberanía de las islas Malvinas (1971).

67. ROUSSEAU, Charles, *Chronique des faits internationaux*, R.G.D.I.P., 1971, p. 802.

Una cuestión pendiente era que los habitantes de las islas se enfrentaban con la cuestión de llegar a la Argentina y presentar el pasaporte británico. Se arribó a una solución de compromiso, por la cual no sería necesario presentar pasaporte por los isleños ni por los argentinos que viajasen a las islas. En su lugar, el Gobierno argentino establece la creación de un documento especial, que hará mención del Acuerdo, y no se refiere la nacionalidad, teniendo el mismo el valor del pasaporte. Esta era una disposición importante ya que Argentina emitía el documento y controlaba el movimiento de personas desde y hacia el archipiélago.

Con respecto a la cooperación, se promovía el desarrollo de relaciones comerciales entre las islas y la Argentina, así como la cooperación de esta última en las áreas de educación, salud y agricultura. Sobre todas estas cuestiones los dos Gobiernos establecían principios generales como base de negociaciones complementarias. Se creaba un Comité Permanente compuesto de representantes de ambas partes, para velar por la ejecución del Acuerdo. Para favorecer la fluidez de la circulación entre las islas y la Argentina, el Gobierno exime de tasas el equipaje y vehículo de los isleños que viajen a la Argentina, o que atraviesen el territorio hacia terceros países, así como que quienes se establezcan tanto en el territorio como en las islas podrán transferir sus bienes y efectos personales con franquicias aduaneras. Por Carta del 17 de noviembre de 1971, dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, las partes indican en forma expresa que ninguna disposición del Tratado será interpretada como una renuncia a los derechos de soberanía sobre el archipiélago<sup>68</sup>.

Este Acuerdo, si bien congelaba la cuestión de la soberanía, admitía su existencia, y permitió la apertura de un "período de prueba", al término del cual se podría llegar a una solución definitiva, convenciendo a los isleños y estableciendo las pautas y los objetivos ya mencionados para lograr una integración lingüística, cultural y económica, y de intercambio de poblaciones. De esa manera, los isleños comprenderían en forma progresiva que su destino estaba asociado al

68. G.A. Doc A/8527.

de Argentina, asimilándose, en esta forma, los principios de reivindicación territorial y de autodeterminación.

En 1975, el Gobierno Laborista envía la llamada Misión Shackleton para conducir una investigación de carácter económico, la cual realiza una serie de recomendaciones sobre el desarrollo del archipiélago. La Misión Shackleton produce una protesta por parte de Argentina, que la entendía como un acto unilateral que perjudicaba las negociaciones. El Informe en sí mismo estableció que la economía de las islas estaba estancada y había pérdida de población, afirmando que la cooperación con Argentina era necesaria para el desarrollo.

Esto causa preocupación en ambas partes, ya que los isleños entendían que una transferencia de soberanía estaba en proceso, mientras que Argentina lo entendía como una modificación unilateral de la situación y una violación a los Acuerdos de 1971.

La Asamblea General, en el mes de diciembre de 1976, instó a las partes para que se abstuvieran de acciones que implicaran una modificación unilateral de la situación y las urge a que continúen las negociaciones sobre soberanía<sup>69</sup>.

En el año 1977 se llega a otro principio de acuerdo<sup>70</sup>, si bien es claro que la posición británica era darle largas a la cuestión, pero con-

69. G.A. Res. 31/49, 31 U.N. GAOR Supp. (No. 39) at 122, U.N. Doc. A/31/39 (1976); In December 1976 the United Nations General Assembly passed another Resolution [31/49 (XXXI)] approving a further report of the Special Committee; expressing "its gratitude for the continuous efforts made by the Government of Argentina [...] to facilitate the process of decolonization and to promote the well-being of the population of the islands"; and requesting the Governments of Argentina and the United Kingdom to expedite the negotiations and to report to the Secretary-General and to the General Assembly as soon as possible on the results. The Resolution was passed by 102 votes to one (the United Kingdom) with 32 abstentions.

70. Following Mr. Rowlands's subsequent talks in Buenos Aires and further exchanges, agreement on the terms of reference was reached with Argentina in April 1977 and announced by the new Foreign and Commonwealth Secretary, Dr. Owen, in the House of Commons on 26 April. (1) *Official Report*, House of Commons, 26 April 1977, Written Answers, Cols. 273-274. They were:

"The Governments of the Argentine Republic and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland have agreed to hold negotiations from June or July 1977 which will concern future political relations, including sovereignty, with regard to the

temporizando en ciertas cuestiones con el Gobierno de Argentina, reconociendo que una invasión era probable y que se necesitarían ingentes recursos para una eventual recuperación de las islas<sup>71</sup>.

En 1980, Nicholas Ridley, Ministro del Foreign Office, visita las islas y presenta a su Consejo Legislativo tres opciones:

a. Un congelamiento de la cuestión por veinticinco años.

b. Un arreglo *lease back* por el cual la soberanía se cedería la Argentina, y las islas se alquilan a Gran Bretaña.

c. Una administración conjunta de ambos Estados.

El Consejo decide el congelamiento, no viendo con ojos favorables la realización de un *lease back*, y Ridley visita Buenos Aires, ya que se habían restablecido las relaciones, interrumpidas desde 1975.

---

Falkland Islands, South Georgia and South Sandwich Islands, and economic cooperation with regard to the said territories, in particular, and the South West Atlantic, in general. In these negotiations the issues affecting the future of the Islands will be discussed and negotiations will be directed to the working out of a peaceful solution to the existing dispute on sovereignty between the two states, and the establishment of a framework for Anglo-Argentine economic cooperation which will contribute substantially to the development of the Islands, and the region as a whole. A major objective of the negotiations will be to achieve a stable, prosperous and politically durable future for the Islands, whose people the Government of the United Kingdom will consult during the course of the negotiations. The agreement to hold these negotiations, and the negotiations themselves, are without prejudice to the position of either Government with regard to sovereignty over the Islands". "The level at which the negotiations will be conducted, and the times and places at which they will be held, will be determined by agreement between the two Governments. If necessary, special Working Groups will be established".

71. Falkland Islands Report, Page 25, Paragraph 65. In the light of the intelligence assessment Ministers decided at a meeting on 21 November 1977 that a military presence in the area of the Falkland Islands should be established by the time the negotiations began in December. The objective would be to buttress the Government's negotiating position by deploying a force of sufficient strength, available if necessary, to convince the Argentines that military action by them would meet resistance. Such a force would not be able to deal with a determined Argentine attack, but it would be able to respond flexibly to limited acts of aggression. The Committee agreed that secrecy should be maintained about the purpose of the force. One nuclear-powered submarine and two frigates were deployed to the area, the submarine to the immediate vicinity of the Islands with the frigates standing off about a thousand miles away. Rules of engagement were drawn up.

Argentina expresa respeto por los deseos de los isleños, pero entiende que no eran parte en la controversia, mientras que la posición inglesa es que ninguna decisión sería tomada sin su consentimiento.

El 20 de septiembre se presentan las llamadas propuestas de Lord Carrington, quien entendía que lo mejor era discutir el tema de la soberanía<sup>72</sup>. Las negociaciones se reanudan en este período con el mismo resultado, y en 1982 la situación sufre un brusco deterioro, ya que Argentina insiste en negociaciones mensuales y no anuales sobre la cuestión de la soberanía, lo que fue aceptado. El 1º de mayo de 1982 el Ministerio de Relaciones Exteriores emite una Declaración advirtiendo que si no hubiera una solución negociada con rapidez, Argentina finalizaría la etapa de negociaciones y buscaría otros medios<sup>73</sup>.

72. Falkland Islands Report, Página 28, Párrafo 73. On 20 September 1979, Lord Carrington sent a minute to the Prime Minister and other members of the Defence Committee seeking agreement to a policy towards the Falkland Islands. The minute set out three options: "Fortress Falklands"; protracted negotiations with no concession on sovereignty; and substantive negotiations on sovereignty. Lord Carrington recommended the last option on the ground that it was in the British interest and that the Islanders themselves to try to find a way forward through negotiation. He suggested that the solution best fitted to meet the Government's objectives and the wishes of the Islanders would be leaseback, which might be acceptable to the Islanders on the right terms. Continued negotiations would make an unpredictable and possibly violent Argentine reaction less likely. There would, however, be difficulties in carrying out this policy and, if negotiations developed positively, it would be necessary to ensure that it had the support of the Islanders and of Parliament. Lord Carrington asked for agreement to this policy before his meeting the following week in New York with the Argentine Foreign Minister, Brigadier Pastor, at which he hoped to suggest the resumption of negotiations later in the year. After discussion with Lord Carrington, and later with Mr. Ridley, the Prime Minister concluded that a decision of principle on the Government's approach to the problem could not be rushed but should be discussed at an early meeting of the Defence Committee.

73. Falkland Island Report, Page 49, Párrafo 138.

On the day that the joint communiqué was issued, before the Argentine delegation had returned to Buenos Aires, the Argentine Ministry of Foreign Affairs issued a unilateral communiqué which, contrary to what had been agreed in New York, disclosed the full scope of the discussions. It stated:

"At the meeting held in New York on 26 and 27 February, the representatives of Argentina and Great Britain considered an Argentine proposal to establish a system of monthly meetings with a pre-established agenda, pre-arranged meeting place, and

Los hechos, a partir de entonces, se suceden vertiginosamente, con conocimiento de Gran Bretaña de que una invasión era inminente, la cual se produce el 2 de abril de 1982.

## VI. ASPECTOS JURÍDICOS DE LA CUESTIÓN

### VI.1. *La conquista como modo de adquisición de territorio*

A continuación se analizará una serie de cuestiones estrictamente jurídicas en relación al tema. La primera de ellas se refiere al derecho de conquista, y si bien en la actualidad, tras el Pacto Briand Kellogg y las disposiciones de la Carta, la fuerza no es un modo válido de adquisición de territorio, quizás lo era en 1833, al menos en algunos casos. El recurso a la fuerza es, de acuerdo a la posición argentina, el vicio que quita validez a la ocupación británica.

Debe tenerse en cuenta que, desde el siglo XVIII, la doctrina había establecido una distinción clara entre la ocupación por la fuerza, sobre todo en tiempos de paz, que no entrañaba la transferencia de soberanía por sí misma, y la anexión total o parcial, que era consecuencia de la *debellatio* o de un Tratado de Paz.

La doctrina clásica distingue generalmente dos hipótesis en el estudio de los modos de adquisición de la soberanía territorial; la conquista, que no era ilícita en ese tiempo, pero solo la conquista total del territorio era un modo de transferencia de la soberanía; el acto de

---

led by top-level officials. The aim of such meetings will be genuinely to speed up to the maximum the negotiations in train to achieve recognition of Argentine sovereignty over the Malvinas, South Georgia and the South Sandwich Islands, and by this means to achieve substantial results within a time which at this advanced stage of the discussions will necessarily have to be short". "Argentina has negotiated with Great Britain over the solution of the sovereignty dispute over the Islands with patience, loyalty and good faith for over 15 years, within the framework indicated by the relevant United Nations Resolutions. The new system constitutes an effective step for the early solution of the dispute. However, should this not occur, Argentina reserves to terminate the working of this mechanism and to choose freely the procedure which best accords with her interests".

fuerza dirigido solo contra una parte del territorio no tenía por efecto transferir la soberanía, en ausencia de un tratado de paz o de cesión, con o sin imposición de la fuerza<sup>74</sup>.

Al respecto, Fauchille afirma: “E§557. La conquista es, propiamente dicha, tomar posesión por las armas, de un Estado, país o un territorio, y subyugarlo y anexarlo por la fuerza.

¿Es la conquista un modo legítimo de adquisición de soberanía? En el Derecho Antiguo, de acuerdo a la regla admitida en el Derecho Romano (Gaius I, 5 § 7 Dig. Lib, XLI Título I), la conquista se presentaba como la mejor manera de adquirir la propiedad. Era suficiente tomar el control de un país, para convertirse en el dueño legítimo. La soberanía iba cambiando a medida que un ejército avanzaba sobre territorio enemigo, y esto fue así hasta los siglos XVII y XVIII.

557. Sin embargo, ya había dudas sobre si la conquista por sí sola puede ser considerada y reconocida como un modo legítimo de adquisición de soberanía”<sup>75</sup>.

Este y otros autores que se han citado presentan un panorama que dista de ser tan tajante en relación a la licitud de la conquista, como lo plantea Gran Bretaña. Es que el mero acto de conquista no crea más que un título imperfecto que recién se perfeccionaría al establecer el control administrativo y una población estable. Si bien en muchas oportunidades los actos de conquista se consolidan tras un Tratado de Paz, la doctrina reconoce que una posesión ininterrumpida y el ejercicio de la autoridad gubernamental aun sin una anexión formal podían ser suficientes.

Wheaton, en 1836, por su parte afirmaba: “The exclusive right of every independent state to its territory and other property is founded upon the title originally acquired by occupancy, conquest or cession and subsequently confirmed by the presumption arising from the lapse of time, or by treaty and other compacts with foreign States”<sup>76</sup>. “Fur-

74. FAUCHILLE, Paul, *Traité de droit international public*, Tome I, Rue Soufflot Paris, Librairie Arthur Rousseau 14, 1925, p. 768.

75. *Ibidem*, p. 781, donde Fauchille cita a Bonfils, Despagnet de Boeck, Fiore, de Montlu y Pradier Foderé, que estiman que no es válida.

76. *Wheaton's Elements of International Law*, 1866; Fifth English Edition London 1916, Stevens and Sons Limited 119 & 120 Chancery Lane 867 pp., p. 200.

ther, just as invasion must be accompanied by certain essential conditions in order that it may be transformed into occupation, so must military occupation be accompanied by certain necessary conditions in order that it may ripen into conquest. Formerly, as we have pointed out above, the invader assumed the larger rights of an occupant, and the occupant assumed the still larger rights of a conqueror. But now there is a line of demarcation between these stages. Conquest or complete subjugation implies the permanent subjection of the occupied country to the sovereign of the occupying forces, with the intention that this territory shall be annexed to the dominions of the new sovereign and shall henceforth be considered as a constituent portion thereof; that is, conquest depends on 'firm possession' together with the intention and the capacity to hold the territory so acquired"<sup>77</sup>.

"The rights of occupancy, then, cannot be co-extensive with those of sovereignty. They are due to the military exigencies of the invader, and consequently are only provisional. The local inhabitants do not owe the occupant even temporary allegiance; and the national character of the locality is not legally changed".

"This view has long been adopted by British Courts. Thus, in *The Gerasimo* (1857) 11 Moo. P. O. 88, the Privy Council pointed out that in order to convert a friendly or neutral territory into enemy territory, it was not sufficient that the territory in question should be under hostile occupation and subjected to the control of a hostile Power; some additional proceeding was necessary, e.g., cession or conquest, whereby the territory was incorporated with and made part of the dominions of the invader .... This principle was adopted not only in the British Prize Courts, but also in the Courts of Common Law. '*Donaldson v. Thompson*' (1808), '*Fleming v. Page*' (1850), 91 Camp. 429; '*Hagedorn v. Bell*', 1 Howard, 615; '*Neeley v. HenJcelM. & S.*' 450 (1900); 180 U. S. Rep. 109. But see *The Bolletta*, 1 Edw. 171.

*The Circassian* (1864), 2 Wall. 135 Lord Stowell emphasized the distinction between a hostile occupation and possession clothed with a legal right by cession or conquest, or confirmed by lapse of time. It was held, too, in the French Courts that a crime committed by a Fren-

77. *Ibidem*, p. 520.

chman in Spanish territory which was at the time occupied by the French forces was a crime committed in foreign territory.

Some decisions of the American Courts adopted a different point of view. Thus the Supreme Court held that when a portion of the American Union is occupied by a public enemy, that portion is to be deemed a foreign country in respect of revenue laws, and that goods imported into it are not imported into the Union *Villasseque's Case* (1818), Or- Of. The Fama (1804), 5 C. Rob. tolan, i. 324.115; *The Manilla*, 1 Edw. 1.

On the other hand, when the forces of the Union occupy a foreign territory, such territory comes under the sovereignty of the Union, but does not become part of the United States, although foreign nations are bound to regard it as such. It is to be governed by military law, as regulated by public law. This is due to the fact that the President has power to make war, and subject the enemy's country, but only in a military sense. But he has no power to enlarge the boundaries of the Union, which can be done only by Congress, the treaty-making power.

In another case the Supreme Court decided that the island of Santa Cruz, which was Danish territory then occupied by Great Britain, was to be considered British, and therefore as possessing enemy character for all the purposes of the war then existing between Great Britain and the United States. Whatever advantages this American view may possess in regard to the question of commercial intercourse in war, it is incompatible with the fundamental distinction –which implies an indispensable conception– between military occupation and conquest, that is between temporary possession and permanent acquisition”.

Vattel, por su parte, en el Libro III “de la Guerra”, Capítulo XII: Of Acquisition by War and Particularity of Conquests, explica así:

“§ 193 How War is a method of acquisition. If it be lawful to carry off things belonging to an enemy, with a view of weakening him § 160, and sometimes of punishing him § 162, it is not less lawful in a just war to appropriate them to our own use, by way of compensation, which the civiliana term *expletio juris* § 161 [...] Thus, according to the law of nature, which constitutes the necessary law of nations, war founded in justice is a lawful mode of acquisition.

§ 195. But Nations cannot in their dealings with each other, insist on this rigid justice. By the rules of the voluntary law of nations, every regular war is on both sides accounted just, as to its effects § 190, and no one has a right to judge a nation respecting the unreasonableness of her claims or what she thinks necessary for her own safety § 23. Every acquisition, therefore, which has been made in regular warfare, is valid, according to the voluntary law of nations, independently of the justice of the cause and the reason which may have induced the conquerors to assume the property of what he has taken,

Accordingly, nations have ever esteemed conquest a lawful title, and that title has seldom been disputed, unless when it was derived from a war not only unjust in itself, but even destitute of any plausible pretext”<sup>78</sup>.

“§ 197 Acquisition of immovable, or conquest Immovable possessions, lands, towns, provinces &c., become the property of the enemy who makes himself master of them, but it is only by the treaty of peace, or the entire submission and the extinction to which these towns and provinces belonged, that the acquisition is completed, and the property becomes stable and perfect”.

Tal la justificación de la conquista, sujeta a condiciones que no resultan aplicables a la usurpación británica, Vattel también menciona el llamado derecho de *postliminium* en el Capítulo XIV: “§ 204 Definition of the right of postliminium.

The right of postliminium is that in virtue of which persons and things taken by the enemy are returned to their former state, on coming again into the power of the nation to which they belonged”.

Con respecto a la aplicación de este derecho a los territorios, explica: “§ 212 Whether this right extends to their property alienated by the enemy [...] As to immovables, let it be remembered that the acquisition of a town taken in war is not fully consummated till confir-

78. DE VATTEL, Emer, *The Law of Nations; or Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, T. & J. W Johnson & Co. Law Booksellers, 1883, 500 pp., pp. 382-384, 392.

med by a treaty of peace, or by the entire submission or destruction of the state to which it belonged, § 1972”.

O sea que el estado de la doctrina vigente en el siglo XIX es pacífica en cuanto que la conquista solo genera título válido si es confirmada por Tratado, o si se destruye la totalidad del Estado ocupado.

## ***VI.2. Valor jurídico de la protesta. Prescripción adquisitiva o adverse possession***

Desde la conformación de la ONU Argentina ha protestado en forma continua, pero por períodos prolongados en el siglo XIX, particularmente entre 1854 y 1884, no ha habido reclamos, de allí que deberá analizarse si el silencio en este caso fue aquiescencia<sup>79</sup>.

El Arbitraje del Chamizal Tract puede dar apoyo a la noción de que la protesta por sí misma puede preservar un título contra los efectos de la prescripción<sup>80</sup>: “Without thinking it necessary to discuss the very controversial question as to whether the right of prescription invoked by the United States is an accepted principle of the law of nations, in the absence of any convention establishing a term of prescription, the commissioners are unanimous in coming to the conclusion that the possession of the United States in the present case was not of such a character as to found a prescriptive title. Upon the evidence adduced it is impossible to hold that the possession of El Chamizal by the United States was undisturbed, uninterrupted, and unchallenged from the date of the treaty of the creation of a competent tribunal to decide the question, the Chamizal case was first presented. On the contrary, it may be said that the physical possession taken by citizens of the United States and the political control exercised by the local and Federal Governments, have been constantly challenged and questioned by the Republic of Mexico, through its accredited di-

79. COHEN, Jonathan Gérard, “Les îles Falkland (Malouines)”, in *Annuaire français de droit international*, volume 18, 1972, pp. 235-262.

80. Reports of International Arbitral Awards Recueil des Sentences Arbitrales The Chamizal Case (Mexico, United States), 15 June 1911, Volume XI pp. 309-347.

plomatic agents [...] Under these circumstances the commissioners have no difficulty in coming to the conclusion that the plea of prescription should be dismissed”<sup>81</sup>.

La pertinencia del fallo es limitada porque no había dudas de que México tenía un título legítimo antes de la alteración del curso del río, mientras que en Malvinas hubo y hay una controversia sobre la soberanía de las islas.

Sin embargo, el mismo es útil al tratar la protesta y explica bien sus límites, que, en muchos casos, se deben adecuar a las circunstancias fácticas, y a las realidades del poder, especialmente entre un país poderoso –el más poderoso de esa época– y una nación más débil.

Con respecto a la adquisición de títulos por la prescripción adquisitiva, es útil analizar, nuevamente, lo que afirmaba la doctrina en ese tiempo, especialmente Vattel, “Of Usucaption and Prescription Among Nations”<sup>82</sup>:

Cito: “§145 Proprietor sufficiently showing that he does not mean to abandon his right. It is also very evident that we cannot plead prescription in opposition to a proprietor, who being for the present unable to prosecute his right, confines himself to a notification, by any token whatever, sufficient to show that it is not his intention to abandon it. Protests answer this purpose. With sovereigns it is usual to retain the title and arms of a sovereignty or a province, as an evidence that they do not relinquish their claims to it”.

“§ 148 More difficult between Nations to find them on a presumptive desertion.

But there are other principles that establish the use and force of prescription between nations. The tranquility of the people, the safety of States, the happiness of the human race, do not allow that the possessions, empire and other rights of nations should remain uncertain, subject to dispute and ever ready to occasion bloody wars.

Between nations, therefore, it becomes necessary to admit prescription founded on length of time as a valid and incontestable title. If any nation has kept silence through fear, and as it were through ne-

81. *Ibidem*, pp. 309-347, pp. 328, 329.

82. DE VATTEL, Emer, Libro II, Capítulo 11, p. 189.

cessity, the loss of her right is a misfortune which she ought patiently to bear [...]”.

“It is however, only in cases of long –continued, undisputed, and uninterrupted possession– that prescription is established on these grounds, because it is necessary that affairs should some time or other be brought to a conclusion and settled on a firm and solid foundation”.

“§ 150 Effects of the voluntary law of nations on the subject: Usucaption and prescription being so necessary to the tranquility and happiness of human society, it is justly presumed that all nations have considered to admit the lawful and reasonable use of them, with a view to the general advantage and even to the private interest of each individual nation.

Prescription of many years standing as well as usucaption, is then established by the voluntary law of nations” (Prelim. § 21).

Es decir, Vattel reconoce la usucapición como válida pero sin dar un plazo, y dando, en cambio, valor a la protesta como medio de interrupción.

Se admite, generalmente, que aún si la ocupación de un territorio es en su origen ilícita, el ejercicio continuo, efectivo y pacífico de las competencias estatales sobre el territorio, durante un cierto tiempo, puede ser fundamento de la soberanía territorial, borrando el vicio original.

Algunos autores utilizan la noción de prescripción adquisitiva, otros se refieren a un proceso análogo al de la creación de la costumbre y otros, a actos que se consolidan en el tiempo, o a la efectividad, pero siempre llegan a la misma conclusión, donde el transcurso del tiempo borraría la ilegalidad y validaría la efectividad<sup>83</sup>. Sin negar en general una afirmación de ese carácter, la pregunta es en qué medida el Estado perjudicado interviene en el proceso de validación.

La cuestión es de gran interés porque la Argentina sostiene que ha interrumpido cualquier tipo de prescripción a través de las reclamaciones posteriores a 1833.

83. FAUCHILLE, Paul, ob. cit., p. 754.

En términos generales, la protesta permite salvaguardar y preservar los derechos del Estado, en todos los casos donde el silencio podría ser considerado como aquiescencia. Va de suyo que si la ocupación de un territorio no tiene vicios, es oponible *erga omnes* y el reconocimiento o su falta no juegan un rol constitutivo. La jurisprudencia internacional otorga un gran valor en la validación de una situación fáctica a la ausencia de protesta del Estado, cuyos derechos han sido supuestamente violados. El silencio así es interpretado como consentimiento cada vez que pueda efectivizarse una protesta<sup>84</sup>.

En el caso del Derecho de Paso entre la India y Portugal, la Corte establece que el derecho de soberanía de Portugal sobre los enclaves podía resultar del ejercicio efectivo de las competencias estatales sobre los territorios en los cuales originalmente el Estado no poseía más que un título limitado, “en ausencia de toda pretensión o protesta de la potencia alrededor del enclave”<sup>85</sup>.

La Corte afirma: “In support of its claim, Portugal relies on the Treaty of Poona of 1779 and on sanads (decrees), issued by the Maratha ruler in 1783 and 1785, as having conferred sovereignty on Portugal over the enclaves with the right of passage to them. It therefore appears that the Treaty of 1779 and the sanads of 1783 and 1785 were intended by the Marathas to effect in favour of the Portuguese only a grant of a jagir or saranjam, and not to transfer sovereignty over the villages to them”<sup>86</sup>. “[...] It is clear from a study of the material placed before the Court that the situation underwent a change with the advent of the British as sovereign of that part of the country in place of the Marathas. [...] Thus Portuguese sovereignty over the villages was recognized by the British in fact and by implication and was subsequently tacitly recognized by India. As a consequence the villages comprised in the Maratha grant acquired the character of Portuguese enclaves within Indian territory”<sup>87</sup>.

84. SUY, Eric, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, 1962, p. 63.

85. Case concerning right of passage over Indian Territory (“Portugal v. India”), Merits Judgment of 12 April 1960, p. 38.

86. *Ibíd.*, p. 36.

87. *Ibíd.*, p. 39.

En cambio: “The fact that the Portuguese had access to the villages for the purpose of collecting revenue and in pursuit of that purpose exercised such authority as had been delegated to them by the Marathas cannot, in the view of the Court, be equated to a right of passage for the exercise of sovereignty”<sup>88</sup>.

Asimismo, la Corte, en el caso del Templo de Preáñ Vihéar, entiende que la actitud de Tailandia significaba que “la soberanía debe reaccionar frente a un acto, bajo pena de disminuir”<sup>89</sup>.

Esto significa que, en forma activa y positiva, el no reconocimiento configura un obstáculo a la validación de la situación de facto, al menos frente al Estado que alega la violación al Derecho Subjetivo y, así, esta situación no le es oponible.

Esta conclusión se refuerza si se vincula con el Derecho Consuetudinario que asimila el mecanismo de la prescripción al mecanismo de la formación de la costumbre.

El no reconocimiento de una costumbre en el período de formación, y mantenido de manera constante e ininterrumpida, será un obstáculo a que esa costumbre le sea oponible al Estado objetante de la misma, y esto surge con claridad en el caso de las Pesquerías Anglo Noruegas<sup>90</sup>.

Existe, así, una relación entre el acto de interrupción de la prescripción y el acto de no reconocimiento para evitar la oponibilidad de una costumbre.

“As has been said, the United Kingdom Government concedes that Norway is entitled to claim as internal waters all the waters of fjords and sounds which fail within the conception of a bay as defined in international law whether the closing line of the indentation is more or less than ten sea miles long. But the United Kingdom Government concedes this only on the basis of historic title; it must therefore be taken that that Government has not abandoned its contention that the ten-mile rule is to be regarded as a rule of international law.

88. Ídem.

89. Case concerning the Temple of Preah Vihear (“Cambodia v. Thailand”), Merits Judgment of 15 June 1962.

90. Anglo Norwegian Fisheries Case CIJ Recueil 1951, p. 131.

In these circumstances the Court deems it necessary to point out that although the ten-mile rule has been adopted by certain States both in their national law and in their treaties and conventions, and although certain arbitral decisions have applied it as between these States, other States have adopted a different limit. Consequently, the ten-mile rule has not acquired the authority of a general rule of international law".

"In any event the ten-mile rule would appear to be inaplicable as against Norway inasmuch as she has always opposed any attempt to apply it to the Norwegian coast"<sup>91</sup>.

Por analogía, aplicando esta regla al caso de las Malvinas, se puede deducir que el título británico sobre el archipiélago es, en todo caso, inoponible al Estado argentino, que nunca ha dejado de protestar contra esta situación, salvo si se determinara que considera que la protesta no es válida o calificada.

Efectivamente, para que la misma produzca efectos jurídicos, el no reconocimiento debe revestir ciertas características. No debe ser pasajero y debe renovarse periódicamente, manifestándose en tales términos que demuestre la voluntad real de oponerse a esta situación "ilícita" a través de todos los medios lícitos posibles.

Es exacto que Argentina guardó silencio por períodos prolongados de hasta treinta y cinco años, pues después de 1833, tras numerosas protestas y ante el pobre resultado de ellas, hubo silencio entre 1854 y 1884, cuando vuelve a renovar la protesta<sup>92</sup>.

Las protestas y políticas de Argentina no tuvieron éxito frente a la negativa de Gran Bretaña, por lo cual efectuó una suspensión de la protesta, esperando momentos más propicios. El Gobierno argentino entendía que era humillante realizarlas frente a un Gobierno que no las contestaba, pero sostiene que de ninguna forma es una aquiescencia implícita.

91. Fisheries case "UK vs. Norway", Judgmente 18th December 1952, p. 131.

92. Para este tema, ver MARTÍNEZ MORENO, Raúl S., *La cuestión Malvinas*, San Miguel de Tucumán, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán, 1965, pp. 143-145.

El silencio no siempre debe ser interpretado como aquiescencia o acuerdo tácito. ¿Es esto suficiente?

En el plano teórico, lo que el Derecho Internacional tiene en consideración es la ausencia de protesta, la pasividad del Estado lesionado en sus derechos, sin que el silencio signifique realmente que el Estado esté de acuerdo.

Un lapso de silencio, aun prolongado, no es en sí una prueba de resignación, ya que todo el comportamiento posterior de la Argentina demuestra que se oponía a la continuada ocupación británica.

El segundo requisito es la intensidad de la protesta. Esta se debe tener en consideración para apreciar la validez de los actos interruptivos de la prescripción. Se ha pretendido establecer que una simple protesta por vía diplomática no es suficiente para interrumpir la prescripción y que es necesario que el Estado reclame utilizando todos los medios disponibles frente a esta situación.

En el caso de las islas Minquiers y Ecrehos, por ejemplo, el Gobierno británico estimó que la protesta diplomática de Francia no era de naturaleza tal para impedir la formación del título británico, y deberá recurrir a otras formas de protesta, como sería una propuesta de arbitraje<sup>93</sup>.

En relación a este tema, la posición de Argentina siempre ha sido correcta, y en reiteradas oportunidades intentó recurrir al arbitraje, si bien en 1955, cuando Gran Bretaña presenta el caso de la Antártida, Argentina se niega, entendiendo que la cuestión de estas Dependencias no podía ser dissociada de la cuestión principal, que eran las Malvinas.

¿Se debía llegar a la guerra o al quiebre de relaciones diplomáticas para expresar una voluntad real de oposición? Esto no solo era desproporcionado sino peligroso para la joven República.

Argentina continuó reafirmando sus derechos sobre el archipiélago como parte del territorio nacional y considerando a sus habitantes como nacionales argentinos, en virtud del *jus soli*. Es así que en 1927 la Dirección de Correos informó a la Unión Postal Universal que el terri-

93. The Minquiers and Ecrehos Case ("France / United Kingdom"), Judgment of November 17th, 195, 3 International Court of Justice.

torio postal argentino abarcaba a las islas, introduciendo reservas en Tratados que Gran Bretaña pretendía aplicar en el archipiélago<sup>94</sup>.

En consecuencia, desde 1833 a 1964, la Argentina dio suficientes pruebas de ser constante en su no reconocimiento, y si bien hubo intervalos en las protestas, esto es parte de la situación resultante de un orden jurídico internacional primitivo, que solo preveía la guerra y el arbitraje como medios para solucionar estas cuestiones, y este sistema poco ha cambiado.

En lo que respecta a la intensidad, los actos y las manifestaciones, desde 1833, atestiguan una voluntad real de no reconocer una situación considerada ilícita.

Es verdad que una protesta ineficaz no impide la formación de un título de derecho en beneficio del ocupante. Este puede resultar oponible a la Comunidad Internacional, pero jurídicamente no lo es frente al Estado que protesta y que alega violación a su Derecho Subjetivo, siendo que tal protesta interrumpe la prescripción adquisitiva.

En el Derecho Internacional Contemporáneo Oppenheim describe la prescripción como: “[...] the acquisition of sovereignty over a territory through continuous and undisturbed exercise of sovereignty over it during such a period as is necessary to create under the influence of historical development the general conviction that the present condition of things is in conformity with international order”<sup>95</sup>.

Debe reconocerse, sin embargo, que en muchos casos los Tribunales han estado más preocupados con la cuestión de si el Estado ha ejercido actividad sobre el territorio disputado, que si el mismo ha satisfecho los requerimientos de modos específicos para adquirir los títulos. En el caso de la Isla de Palmas, Max Huber afirma: “[...] practice, as well as doctrine, recognizes [...] that the continuous and

94. Antarctica cases (“United Kingdom v. Argentina”; “United Kingdom v. Chile”), Page 26, Paragraph 28. That Argentina had now enlarged her pretensions to include all the Dependencies was, however, confirmed by an express reservation to that effect on September 22, 1938, made by the Argentine President when promulgating Argentina’s ratification of the various postal conventions concluded at Cairo on March 20, 1934, which the United Kingdom had signed on behalf of the Falkland Islands and their Dependencies.

95. OPPENHEIM, Lassa, *International Law*, Vol. I, 8<sup>th</sup> Edition, 1955, p. 576.

peaceful display of territorial sovereignty [...] is as good as title and so too, under the reign of international law, the fact of peaceful and continuous display [of territorial sovereignty] is still one of the most important considerations in establishing boundaries between States"<sup>96</sup>. "Titles of acquisition of territorial sovereignty in present-day international law are either based on an act of effective apprehension, such as occupation or conquest, or, like cession, presuppose that the ceding and the cessionary Powers or at least one of them, have the faculty of effectively disposing of the ceded territory. In the same way natural accretion can only be conceived of as an accretion to a portion of territory where there exists an actual sovereignty capable of extending to a spot which falls within its sphere of activity [...] Although municipal law, thanks to its complete judicial system, is able to recognize abstract rights of property as existing apart from any material display of them, it has none the less limited their effect by the principles of prescription and the protection of possession.

International law, the structure of which is not based on any super-State organisation, cannot be presumed to reduce a right such as territorial sovereignty, with which almost all international relations are bound up, to the category of an abstract right, without concrete manifestations. The principle that continuous and peaceful display of the functions of State within a given region is a constituent element of territorial sovereignty is not only based on the conditions of the formation of independent States and their boundaries (as shown by the experience of political history) as well as on an international jurisprudence and doctrine widely accepted; this principle has further been recognized in more than one federal State, where a jurisdiction is established in order to apply, as need arises, rules of international law to the interstate relations of the States members.

This is the more significant, in that it might well be conceived that in a federal State possessing a complete judicial system for interstate matters –far more than in the domain of international relations properly so-called– there should be applied to territorial questions

96. Reports of International Arbitral Awards Recueil des Sentences Arbitrales Island of Palmas case (Netherlands, USA), 4 April 1928, Volume II, pp. 829-871.

the principle that, failing any specific provision of law to the contrary, a jus in re once lawfully acquired shall prevail over de facto possession however well established"<sup>97</sup>.

Esta porción del fallo explica la soberanía y sus manifestaciones, pero también afirma que las situaciones de derecho prevalecen sobre las fácticas.

En el caso de Groenlandia Oriental, Dinamarca afirma que la supuesta ocupación de Noruega sobre el territorio en disputa, en 1931, no era efectiva porque Dinamarca había ejercido derechos soberanos sobre Groenlandia como un todo por un lapso muy prolongado y obtenido, así, un título válido.

Es decir, el reclamo no se basaba en la ocupación como modo específico de adquisición de territorio, sino en el pacífico y continuo ejercicio de autoridad, y la Corte lo explica de la siguiente forma: "[...] a claim to sovereignty based not upon some particular act or title such as a treaty of cession but merely upon continued display of authority, involves two elements each of which must be shown to exist: the intention and will to act as sovereign, and some actual exercise or display of such authority"<sup>98</sup>.

En el caso de las islas Minquiers y Ecrehos la Corte Internacional basó su decisión a favor de Gran Bretaña en que: "[...] that the British authorities during the greater part of the nineteenth century have exercised State functions in respect of the Islands, whereas the French government had not produced evidence showing that it has any valid title"<sup>99</sup>.

Alguna doctrina, al referirse a la consolidación, toma una posición más severa con respecto al valor de la protesta; así, Charles de Visscher: "Un Estado que ha cesado en el ejercicio de la autoridad sobre un territorio, no puede solo a través de protestas verbales mantener en forma indefinida sus títulos frente a otro que por un período

97. 1928, 2 UNRIAA 839. 840.

98. Permanent Court of International Justice Series A./B. Judgments, Orders and Advisory Opinions Fascicule No. 53, Legal Status of Eastern Greenland, pp. 45-46.

99. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders The Minquiers And Ecrehos Case ("France / United Kingdom"), Judgment of November 17<sup>th</sup>, 1953, p. 47.

de tiempo lo suficientemente prolongado ha ejercido efectivamente las potestades y cumplido los deberes de la soberanía. Consideraciones de estabilidad, orden y paz, análogas a las de la prescripción adquisitiva, son aquí preponderantes”.

“La tesis de que el consentimiento de un Estado que ha sido desposeído se requiere inexorablemente para validar una modificación de soberanía, no está en armonía ni con los hechos de la práctica internacional, ni con el aun primitivo carácter del Derecho Internacional [...]”<sup>100</sup>.

### VI.3. *El principio del uti possidetis*

Es el momento de referirnos al llamado *uti possidetis*, que fue concebido como un principio de Derecho Internacional Latinoamericano. En el caso del Canal de Beagle, el mismo es claramente explicado, así como sus límites o variaciones:

“Before coming to the Treaty of 1881, the Court thinks it necessary to refer to certain of the pre-1881 historical elements that serve to explain the structure of the Treaty and may be relevant to its interpretation.

Speaking in very general terms, it appears to the Court that, previous to 1881, and subject to wide divergencies of interpretation and application, the Parties were agreed in principle that their rights in the matter of claims or title to territory were governed *prima facie* (and if no recognized basis of derogation existed) by the doctrine of the *uti possidetis juris* of 1810. This doctrine –possibly, at least at first, a political tenet rather than a true rule of law– is peculiar to the field of the Spanish-American States whose territories were formerly under the rule of the Spanish Crown, and even if both the scope and applicability of the doctrine were somewhat uncertain, particularly in such far distant regions of the continent as are those in issue in the

100. DE VISSCHER, Charles, *Theory and Reality in Public International Law*, Princeton University Press, 1968, 381 pp., p. 210.

present case, it undoubtedly constituted an important element in the inter-relationships of the continent.

10. As the Court understands the matter, the doctrine has two main aspects. First, all territory in Spanish-America, however remote or inhospitable, is deemed to have been part of one of the former administrative divisions of Spanish colonial rule (vice-royalties, captaincies general, etc.). Hence there is no territory in Spanish-America that has the status of *res nullius* open to an acquisition of title by occupation.

Secondly, the title to any given locality is deemed to have become automatically vested in whatever Spanish-American State inherited or took over the former Spanish administrative division in which the locality concerned was situated (*uti possidetis, ita possideatis*, the full formula). Looked at in another way, *uti possidetis* was a convenient method of establishing the boundaries of the young Spanish-American States on the same basis as those of the old Spanish administrative divisions, except that the latter were themselves often uncertain or ill-defined or, in the less accessible regions, not factually established at all, or again underwent various changes”.

“11. However, the Court considers that it is no part of its task to pronounce on what would have been the rights of the Parties on the basis of the *uti possidetis juris* of 1810 because, in the first place, these rights –whatever they may have been– are supposed to have been overtaken and transcended by the regime deriving from the 1881 Treaty, see paragraph 7 (d) (iii) above. But secondly, it seems that, previous to his date, each of the Parties was, by virtue of *uti possidetis*, claiming, or had at various times claimed, most of the continent south of the Rio Negro and east of the Andes, down to the far south, except that, as was only to be expected, the main emphasis of these claims was placed by Argentina, on the Atlantic seaboard, and by Chile on the Pacific seaboard in the southern regions where the Cordillera of the Andes died away and no longer provided a natural boundary. Thus was adumbrated the so-called ‘Oceanic’ principle, which itself –so it was claimed– derived from *uti possidetis*. At the same time both Parties also laid claims of sorts to, or in, large areas of the interior, that is to say continental Patagonia, the Magellanic region, Tierra del Fuego and the Fuegiani slands. As will appear later, the Court does

not think it necessary to attempt to evaluate the respective merits of these claims, as they stood at that time.

12. The unsatisfactory or at least indeterminate nature of claims based on *uti possidetis*, given the existence of rival claims, similarly based, seems to have been tacitly recognized by both the Parties themselves –for in 1855 after various incidents and controversies, they decided in effect to ‘freeze’ their respective claims by means of a special territorial clause in what was otherwise mainly a commercial treaty– the Treaty of Peace, Friendship, Commerce and Navigation signed between them in Santiago on 30 August of that year. By Article 39 of this Treaty, the Parties, while recognizing as the boundaries of their respective territories those existing at the time when they broke away from Spanish dominion in the year 1810, made no attempt to define what those boundaries were, but instead agreed to defer the questions that have arisen or may arise regarding this matter [stress added] in order to discuss them later [...] and in case of not being able to reach a complete agreement, to submit the decision to arbitration of a friendly nation”<sup>101</sup>.

Este sistema apropiado o conveniente para establecer las fronteras de los nuevos Estados de Hispanoamérica en base a las antiguas divisiones administrativas de la Corona, no siempre era aplicable, ya sea por no estar los límites bien definidos, y en regiones menos accesibles no estaban delimitados en absoluto.

Estados Unidos, por su parte, no lo apoya ni lo adopta, pues tenía ambiciones territoriales frente a las colonias españolas al sur y al oeste y con territorios que eran de México.

Sin embargo, coincidía en la necesidad de prevenir las conquistas por parte de las potencias europeas, mientras que los países de Sudamérica querían evitar las conquistas que provinieran de cualquier origen.

En el Derecho Internacional Público, la *derelictio* surge de dos elementos. En el plano material, la ausencia de administración efectiva

101. Reports of International Arbitral Awards Recueil des Sentences Arbitrales Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel. 18 February 1977, Volume XXI, pp. 53-264, pp. 81-82.

sobre el territorio determinado, y en el plano psicológico, la intención de abandonar el territorio. En el caso esta intención se deduce o puede deducirse del comportamiento de Gran Bretaña, a la vez que de la ausencia de protesta frente a la ocupación española, y, asimismo, el reconocimiento convencional de los derechos de la Corona Española. De allí que la Madre Patria poseía un título jurídico para ejercer la soberanía, acompañado por la ocupación efectiva del territorio hasta 1820, fecha en que España evacua la isla y transfiere los títulos a la naciente Provincias Unidas del Río de la Plata.

No obstante, luego Gran Bretaña pretende desconocer tales derechos adquiridos antes de 1820, alegando que después de la partida de las tropas españolas, las Malvinas, al quedar deshabitadas, se convierten en *terra nullius*, por lo tanto, pasibles de ocupación.

Frene a esto Argentina y los países latinoamericanos invocan el principio del *uti possidetis juris*. De allí que en teoría no existiera en la antigua América Española un territorio sin dueño, y las tierras que no estaban ocupadas de facto serían consideradas de común acuerdo como ocupadas *de jure*, por las Repúblicas que sucedían a las provincias en las cuales dichos territorios eran atribuidos por decisión de la Corona. Las islas Malvinas fueron específica y expresamente parte del Virreinato del Río de la Plata desde 1776, así como Annabón y Fernando Poo en la Guinea Ecuatorial cedidas por Portugal en 1777.

Es claro que el *uti possidetis* tiene un doble objetivo:

- a) Preservar la seguridad entre los pueblos del continente para, en caso de conflicto, resolverlo en forma sencilla; y
- b) Excluir o evitar los intentos que potencias colonizadoras pudieran realizar sobre territorios que considerasen como *res nullius*.

Es evidente que según esta doctrina después de 1810 no hay territorios que puedan ser considerados *res nullius* en América, y la Doctrina Monroe pareciera confirmarlo.

El principio del *uti possidetis* es una regla de Derecho Internacional americano, pero como principio regional no puede ser opuesto a terceros Estados.

Debe tenerse en cuenta que este principio deroga el del Derecho Internacional general porque implica que la posesión de derecho en virtud de los títulos coloniales, transfiere la soberanía territorial aún

en ausencia de cualquier ocupación efectiva de territorio. Esta norma de carácter particular o regional no puede serle opuesta, sin embargo, a un tercer Estado que no la reconoce<sup>102</sup>. Igual objeción cabría a la Doctrina Monroe, que es también una doctrina política, la cual, sin embargo, Estados Unidos no sostiene en el caso de las islas Malvinas a favor de la Argentina en contra de Gran Bretaña.

La regla del *uti possidetis* no es de gran utilidad en esta situación contenciosa, si bien lo ha sido en otros conflictos de límites en la región, como ya fuera analizado en otro trabajo<sup>103</sup>, ya que configura una regla de costumbre local, y por lo tanto es *res inter alios acta*.

Así lo expresará Taft el 18 de julio de 1923, en el litigio entre Gran Bretaña y Costa Rica, en que se discutió la oponibilidad de la Doctrina Tobar a un Estado fuera del sistema centroamericano. La misma afirmaba que los Estados centroamericanos, sobre todo, se comprometían a no reconocer a un gobierno que estuviera originado en un Golpe de Estado<sup>104</sup>. Su afirmación fue clara al respecto: “And however justified as a national policy non-recognition on such a ground may be, it certainly has not been acquiesced in by all the nations of the world, which is a condition precedent to considering it as a postulate of International Law”<sup>105</sup>. De allí que la parte que lo afirma debe demostrar que la misma es obligatoria para la otra parte.

102. COHEN, Jonathan Gérard, *La coutume locale. Annuaire français de droit international*, volume 7, 1961, pp. 119-140.

103. CAÑARDO, Hernando Vicente, “Análisis de la validez del principio de autodeterminación de los pueblos, la secesión, y los conceptos de *uti possidetis* y *terra nullius* en la adquisición de territorios” [en línea], *Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, 3, 2015. Ver: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/analisis-validez-pueblos-secesion.pdf>.

104. COHEN, Jonathan Gérard, ob. cit., pp. 119-140, p. 133.

105. *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. 1, p. 381. Tinoco “Great Britain vs. Costa Rica” (1923), 1 RIAA 369.

### *Principio de la no adquisición de territorios por la fuerza en el Derecho Interamericano*

El principio de no adquisición por la fuerza, que tampoco Estados Unidos reconoció, se plasma ya en el siglo XX, en la Convención de Montevideo de los Derechos y Deberes de los Estados de 1933, la cual establece, en el artículo 11, que “las Partes Contratantes establecen como reglas de conducta la obligación de no reconocer adquisiciones territoriales o ventajas obtenidas por la fuerza”<sup>106</sup>.

En la Conferencia Interamericana para el Mantenimiento de la Paz de 1936, la Declaración XXVIII, “Principios de la Solidaridad y Cooperación Interamericana”, también determina la prohibición de la conquista territorial, de allí que en ninguna circunstancia la adquisición por la violencia fuera reconocida.

La Declaración, en su Párrafo 3(a), establece “la prohibición de la conquista territorial y que, en consecuencia, ninguna adquisición hecha a través de la violencia será reconocida”<sup>107</sup>.

Por su parte, la Declaración XXVI “Sobre el No Reconocimiento de la Adquisición del Territorio por la Fuerza”, adoptada por la 8ª Conferencia Interamericana de 1938, celebrada en Lima, reafirma el principio del no reconocimiento de las adquisiciones territoriales por medio de la fuerza, ya establecido en la Segunda y Sexta Conferencias Internacionales Americanas de la Conferencia Interamericana de la Consolidación de la Paz y en la Declaración suscrita en Washington el 3 de agosto de 1932. Asimismo, la Carta de la OEA lo incluye en su

106. Convention on Rights and Duties of States *Montevideo, December 26, 1933*.

[http://avalon.law.yale.edu/20th\\_century/intam03.asp](http://avalon.law.yale.edu/20th_century/intam03.asp).

Article 11.

The contracting states definitely establish as the rule of their conduct the precise obligation not to recognize territorial acquisitions or special advantages which have been obtained by force whether this consists in the employment of arms, in threatening diplomatic representations, or in any other effective coercive measure. The territory of a state is inviolable and may not be the object of military occupation nor of other measures of force imposed by another state directly or indirectly or for any motive whatever even temporarily.

107. [http://avalon.law.yale.edu/20th\\_century/intam07.asp](http://avalon.law.yale.edu/20th_century/intam07.asp).

artículo 21: “El territorio de un Estado es inviolable; no puede ser objeto de ocupación militar ni de otras medidas de fuerza tomadas por otro Estado, directa o indirectamente, cualquiera que fuere el motivo, aun de manera temporal. No se reconocerán las adquisiciones territoriales o las ventajas especiales que se obtengan por la fuerza o por cualquier otro medio de coacción”<sup>108</sup>.

América Latina, en general, rechaza el argumento británico de que el principio de no reconocimiento del derecho de conquista es válido solo desde su incorporación al *corpus* del Derecho Internacional general, en clara referencia al llamado Derecho Intertemporal, que limitaría la aplicación de la prohibición de la conquista a un período posterior a la ocupación británica del archipiélago.

## VII. LA QUIESCENCIA

Una de las cuestiones más importantes en este litigio es la de la quiescencia y se debe analizar en profundidad para determinar si Argentina ha consentido la ocupación del archipiélago.

La quiescencia, en términos procesales, ocurre cuando una parte acepta en forma expresa o tácita, pura y simplemente, o bajo condición, una obligación o pretensión de la otra parte. En el Derecho Internacional, sin embargo, posee un sentido más estricto o restrin-

108. Carta de la Organización de Estados Americanos reformada por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos, “Protocolo de Buenos Aires”, suscrito el 27 de febrero de 1967, en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria; por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos, “Protocolo de Cartagena de Indias”, aprobado el 5 de diciembre de 1985, en el decimocuarto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General; por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos, “Protocolo de Washington”, aprobado el 14 de diciembre de 1992, en el decimosexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, y por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos, “Protocolo de Managua”, adoptado el 10 de junio de 1993, en el decimonoveno período extraordinario de sesiones de la Asamblea General.

Ver: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-41\\_carta\\_OEA.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp).

gido, refiriendo a un cumplimiento pasivo con la forma de silencio o ausencia de protesta frente a otro Estado<sup>109</sup>.

La aquiescencia, tal como se establece en la jurisprudencia internacional, generalmente se presenta como un fenómeno complejo, basada en una serie de signos o comportamientos, condiciones y circunstancias.

### *VII.1. Signos de aquiescencia*

Una primera categoría son los llamados signos activos, manifestaciones positivas que, si bien no constituyen expresiones de voluntad formal, son consideradas prueba del consentimiento del Estado.

Junto a estos comportamientos activos, hay un segundo grupo de actos con menor certeza, que son comportamientos de carácter pasivo.

Circunscribiendo el análisis a casos referidos a diferendos sobre islas, como comportamiento activo pueden mencionarse las Declaraciones del 22 de julio de 1921, por el Ministro noruego de Relaciones Exteriores, al representante de Dinamarca; la llamada Declaración Ihlen es considerada aquiescencia de Noruega a las pretensiones de Dinamarca<sup>110</sup>.

Otro ejemplo es la Declaración del Ministro de Marina de Francia contenida en una carta del 14 de septiembre de 1819, indicando que los islotes de Minquiers eran “poseídos por los ingleses”, y la Corte Internacional, al fallar a favor de Gran Bretaña, consideró esto “prueba de los puntos de vista franceses en la época”, y parte de otras numerosas manifestaciones de la aquiescencia de Francia a través del intercambio epistolar diplomático a lo largo del siglo XIX<sup>111</sup>.

109. REUTER, Paul, *Droit International Public*, Themis, 1963, pp. 85-86. DE VISSCHER Charles, *Theórie et réalités en droit international public*, Pedone, 1953, p. 244; *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit unternational public*, Pedone, 1963, p. 169.

110. Permanent Court of International Justice Series A./B. Judgments, Orders and Advisory Opinions, Fascicule No. 53, Legal Status of Eastern Greenland, p. 22.

111. Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders The Minquiersand Ecrehos Case (“France / United Kingdom”), Judgment of November 17<sup>th</sup>, 1953, pp. 47, 71.

En su opinión individual en el caso, sin embargo, Basdevant entendió que esa carta fue dirigida al Ministerio de Relaciones Exteriores de Francia, y luego transmitida a Gran Bretaña, pero no en la cuestión de la soberanía sino en aquella relacionada a los criaderos de ostras, de allí que el jurista entendiese que esa carta no tenía la importancia que le otorgaba<sup>112</sup>.

Además de las Declaraciones hay otros comportamientos activos de los Estados que pueden surgir de actos internos. En el caso de la Sentencia Arbitral del Rey de España, la Corte tuvo en cuenta la publicación en el Diario Oficial de Nicaragua del texto completo de esa Sentencia<sup>113</sup>.

También puede tratarse de actos realizados en el marco de las relaciones internacionales, como la conclusión o firma de un Tratado, que a primera vista no parece estar vinculado directamente al objeto del litigio, pero cuya realización puede indirectamente constituir un signo de aquiescencia. Tal el supuesto de las Convenciones Postales, que se analizaron en la Demanda de Gran Bretaña sobre las dependencias en el Atlántico Sur; o en el caso de Groenlandia Oriental, en que la Corte valoró la conclusión, por Noruega, de Tratados que describen a Groenlandia como colonia danesa o como parte de Dinamarca<sup>114</sup>.

Los intercambios diplomáticos son también una fuente útil para la determinación de actos concretos relacionados con la aquiescencia. En el caso de las Indemnizaciones Rusas frente al Imperio Otomano se declara que "Rusia renuncia definitivamente a los intereses que en su momento reclamó porque su Embajada ha reproducido en numerosas oportunidades, en su propia correspondencia diplomática, que las cifras del saldo de la indemnización son idénticas al saldo del capital restante, pendiente de pago"<sup>115</sup>.

En el caso de la Bahía de Delagoa, como acto concreto que vinculaba a Inglaterra, se cita que el Gobierno de Gran Bretaña encarga a

112. *Ibidem*, Cour Internationale de Justice, p. 80.

113. Case concerning the arbitral award made by The King of Spain on 23 December 1906 ("Honduras v. Nicaragua"), Judgment of 18 November 1960, p. 211.

114. CPJI Recueil Series A/B N° 53, p. 68.

115. Arbitraje entre el Gobierno Imperial de Rusia y la Sublime Puerta, 11 de noviembre de 1912. *Journal de Droit International Privé*, 1913, pp. 344-345.

un oficial el reconocimiento hidrográfico de la zona de la Bahía, pero lo hace en base a una recomendación del Gobierno de Portugal<sup>116</sup>. En el caso "Diversion of Waters from the Meuse", la Corte toma como signo de aquiescencia el hecho de que los Países Bajos construyeran esclusas..., y, posteriormente, le reprende a Bélgica el hacerlo<sup>117</sup>. "La Corte estima difícil de admitir que los Países Bajos tengan fundamentos para evitar la construcción y el funcionamiento de esclusas, cuando ellos dieron el ejemplo"<sup>118</sup>.

En el caso de los Derechos de las Minorías en la Alta Silesia, la excepción de incompetencia fue presentada por Polonia en forma tardía y la Corte la rechaza, pues se deduce la aquiescencia en base a su comportamiento pasivo al aceptar el diferendo<sup>119</sup>. "The objection to the jurisdiction made in the Rejoinder cannot invalidate the acceptance which existed at the time of the submission of the Counter-Case"<sup>120</sup>.

Otros comportamientos pasivos del Estado surgen de una inacción prolongada, silencio, ausencia de protesta u oposición tardía o insuficiente. Se trata de una forma más incierta o menos segura que aquellos actos de carácter positivo.

En el caso de las Islas Minquiers y Ecrehos, además de los actos de aquiescencia positivos, la Corte menciona la ausencia de reserva o protestas por parte de Francia en 1870, frente a una declaración británica que afirmaba que las Minquiers eran una dependencia de las Islas del Canal de la Mancha, y recién en 1888, Francia, por primera vez, reivindica la soberanía sobre este grupo de islas<sup>121</sup>.

116. Arbitraje del Presidente McMahon, 24 de julio de 1875. "Portugal vs. Gran Bretaña", en *Discovery, Symbolic Annexation and Virtual Effectiveness in International Law* Friedrich, August Freiherr von der Heydte *A.J.I.L.* Vol. 29, No. 3 (Jul., 1935), pp. 448-471.

117. CPJI *Diversion of Waters from the Meuse*. Judgment June 28<sup>th</sup> 1937 AB 70.

118. *Ibidem*, p. 25.

119. CPJI Series A N° 15, 26 April 1928, *Rights of Minorities in Upper Silesia (Minority Schools)*, p. 26.

120. *Ídem*.

121. *International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders The Minquiers and Ecrehos Case ("France / United Kingdom")*, Judgment of November 17<sup>th</sup>, 1953.

En los casos del Lotus, Isla de Palmas, Pesquerías, Derecho de Paso y en el del Templo de Préah Vihear, se consideró la ausencia de protesta como factor determinante para resolver sobre la soberanía. En el caso del Lotus, la Corte señala que no parece que los Estados interesados se hayan opuesto a las acciones penales en casos de abordaje, ante los tribunales de otro Estado, que no fuera el del pabellón; o que realizaran protestas frente a los mismos. Afirma el Tribunal al respecto<sup>122</sup>: “La Cour croit devoir souligner le fait qu’il n’apparaît pas que les Etats intéressés se soient opposés aux poursuites pénales relatives à des cas d’abordage devant les tribunaux d’un pays autre que celui du pavillon ou qu’ils aient avancé des protestations [...] Il ne semble guère probable et il ne serait pas conforme à la pratique internationale que le Gouvernement français dans le cas de l’Ortigia-Oncle Joseph et le Gouvernement allemand dans celui de l’Ekbatana-WestHinder eussent omis de protester contre l’exercice de la juridiction pénale de la part des tribunaux italiens et belges, si vraiment ils avaient pensé qu’il y avait là une violation du droit international”<sup>123</sup>.

La tolerancia o abstención prolongada es mencionada en el caso de la Isla de Palmas, donde se afirma: “Desde el momento en que los españoles se retiraron de las Molucas, en 1666, y formularon reservas expresas en relación al mantenimiento de sus derechos soberanos, hasta el momento de la presentación de la demanda por los Estados Unidos, en 1906, no hay registro de acción o protesta, frente al ejercicio de los derechos territoriales por los Países Bajos [...]”<sup>124</sup>.

122. Publications of The Permanent Court of International Justice. Series A.-No. 70, September 7<sup>th</sup>, 1927, Collection of Judgments the case of the S.S. “Lotus”, p. 29.

123. Ídem.

124. Affaire de l’Ile de Palmas. Sentence rendue par Max Huber entre les Etats-Unis et les Pays-Bas, le 4 avril 1928. Traduction Rousseau in R.G.D.I.P., 1935, p. 198. “Depuis le momento où les Espagnols, en se retirant des Moluques en 1666, firent d’expresses réserves quant au maintien de leurs droits souverains jusqu’à la contestation par les Etats-Unis en 1906, aucune contestation, ou aucune action quelconque, ou aucune protestation contre l’exercice de leurs droits territoriaux par les Pays-Bas [...] n’a été enregistrée”.

Con respecto a la abstención prolongada, en el caso de las Pesquerías: “La notoriedad de la tolerancia general de la comunidad internacional, la posición de Gran Bretaña en el Mar del Norte, su interés en la cuestión, su abstención prolongada, permiten que Noruega pueda oponerse con su sistema a Gran Bretaña”<sup>125</sup>.

La ausencia de reacción, asimismo, es sinónima para destacar un comportamiento pasivo. En el caso del Derecho de Paso sobre Territorio Indio, la Corte afirma: “Aceptando la situación que los británicos hallaron, permitieron a los portugueses que ocuparan las ciudades y ejercieran una autoridad exclusiva. Los portugueses se presentaron como soberanos e Inglaterra se abstuvo de pretender ella misma la soberanía en calidad de sucesores de los maharrattas, [...] Así, la soberanía de Portugal fue reconocida por los ingleses en los hechos y, por implicancia, también en forma tácita por la India”<sup>126</sup>.

Una conclusión similar se observa en el caso del Templo de Préah Vihéar, donde la falta de reacción de Tailandia hace que se concluya en su aquiescencia<sup>127</sup>.

No se ha considerado válida una reacción tardía, después de mucho tiempo de permanecer inactivo, como se observa en el caso de las Escuelas para Minorías en la Alta Silesia, donde Polonia no lo planteó oportunamente y solo menciona argumentos referidos al mérito de la cuestión recién en la Dúplica.

Tampoco alcanza con actos de insuficiente valor, una protesta verbal, si no va seguida de una reacción más enérgica, dentro de lo posible. En la Sentencia Arbitral del 22 de diciembre de 1963, con respecto al Acuerdo de Transporte Aéreo entre Francia y Estados Unidos, se menciona el carácter tímido e inoperante de las reacciones

125. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Fisheries Case (“United Kingdom v. Norway”), Judgment of December 18th, 1951, p. 131.

126. Case concerning right of passage over Indian Territory (“Portugal v. India”), Merits Judgment of 12 April 1960, p. 39.

127. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning the Temple of Preah Vihear (“Cambodia v. Thailand”), Merits Judgment of 15 June 1962, p. 23.

francesas frente a las modificaciones establecidas por las líneas aéreas norteamericanas<sup>128</sup>.

En el caso de Groenlandia Oriental, la Corte Permanente había afirmado: “[...] la naturaleza de los actos de soberbia ejercidos por Dinamarca no era modificada por las protestas o reservas que, de tiempo en tiempo, pudiera formular el Gobierno noruego”<sup>129</sup>.

Las reacciones juzgadas insuficientes no se limitan solamente a simples protestas, sino que comprenden también la reacción ante actos concretos de afirmación de soberanía. En el caso de Grisbardana, los árbitros constataron no solamente que Suecia había realizado labores de balizamiento en la zona del litigio sin encontrar oposición por parte de Noruega, así como que los trabajos realizados por esta **última** habían sido posteriores y de mucha menor importancia<sup>130</sup>. Respecto de una delimitación marítima, se demostró que Suecia había realizado un mayor despliegue de autoridad estatal en relación a la pesca y colocación de faros y que Noruega lo hizo en menor grado y con menor diligencia.

En el caso de Minquiers y Ecrehos, la Corte compara los actos de administración cumplidos por Gran Bretaña y Francia y esa comparación resulta favorable a la primera, además de notarse las débiles y tardías protestas de Francia.

## VII.2. *Condiciones de la aquiescencia*

La aquiescencia no se realiza efectivamente más que en la medida en que sus manifestaciones se inscriben en un marco de circunstancias exteriores coadyuvantes, o sea, se debe verificar su validez considerando el marco amplio del caso.

128. Case Concerning the Air Service Agreement of 27<sup>th</sup> March 1946. “U.S. vs. France” III I.L.M., p. 668 et seq. (1964).

129. Judgment of April , 1933. Permanent Court of International Justice Series A./B. Judgments, Orders and Advisory Opinions. Fascicule No. 53, Legal Status of Eastern Greenland, p. 62.

130. Grisbardana Maritime Boundary Delimitation Arbitration. Sentencia Arbitral 23 de octubre de 1909, “Noruega vs. Suecia”. RSA, Tomo XI, p. 161.

Se exige que sea una situación conocida por el Estado, lo cual deja afuera la clandestinidad; y, en segundo lugar, si bien no es una regla general, el transcurso del tiempo. El conocimiento del hecho es una de las condiciones fundamentales de la aquiescencia del Estado, ya que no se puede tener aceptación de lo que se ignora. Solo un conocimiento cierto de las ambiciones o acciones de otro Estado permitirá elaborar una protesta, oponer una reacción o manifestar comportamientos que se opongan a la pretensión.

Esta situación no presenta problemas cuando la aquiescencia se deduce de actos positivos o de comportamientos activos del Estado; por ejemplo, si Noruega estaba al tanto de las pretensiones de Dinamarca sobre Groenlandia, o si Nicaragua conocía la Sentencia Arbitral del Rey de España, ya que los signos de aquiescencia tales como declaraciones o actos concretos son prueba de conocimiento.

El problema del conocimiento se presenta y se trata esencialmente como un problema de prueba, cuando la aquiescencia es susceptible de ser resultado de un comportamiento pasivo de los Estados.

Si un Estado demora en reaccionar por mucho tiempo, y se arriesga a perder su derecho en beneficio de otro Estado, hay aquiescencia silenciosa, pero puede defenderse invocando su ignorancia sobre la situación unilateral que la otra parte ha creado en su beneficio, y esta ignorancia justificará la falta de oposición y le impedirá perder su derecho. El Estado al que se le imputa el silencio devuelve el argumento al adversario, y le reprocha el silencio, el no haber hecho públicas sus pretensiones o sus acciones, privándolo de la posibilidad de defenderse.

Al respecto, los árbitros y jueces internacionales se muestran extremadamente severos con relación a la ignorancia y no dudan en presumir conocimiento aún en ausencia de publicaciones oficiales o de notificación. Sir Gerald Fitzmaurice insistió en el caso de las Pesquerías que el Tribunal debe satisfacerse con tal presunción ya que hay una obligación de los Estados de estar informados de aquellos acontecimientos que puedan afectar sus derechos<sup>131</sup>.

131. Sir Gerald Fitzmaurice, *The law and procedure of the International court of justice. 1951-1954: General principles and sources of Law*. B.Y.B.I.L. ,1953, pp. 33-42.

Al respecto, en los casos Isla de Palmas e Isla Clipperton, los árbitros expresaron que la notificación no era necesaria para el ejercicio y la oponibilidad de la soberanía porque el Acta de Berlín, de 1885<sup>132</sup>, no era aplicable a esos territorios, admitiendo que medios de publicidad poco formales pueden entrañar conocimiento.

Max Huber, en el caso de la Isla de Palmas, expresó que Holanda cumplió en ese territorio actos de soberanía, y si bien no eran frecuentes, eran suficientes y razonables para constatar la existencia de un estado de cosas contrario a los derechos pretendidos, concluyendo, sobre el punto, que el ejercicio de la soberanía ha sido abierto y público: “L’exercice de la souveraineté (par les Pays-Bas) a été ouvert et public”<sup>133</sup>.

Con respecto a la Isla Clipperton, el árbitro consideró que Francia había dado una publicidad suficiente a la toma de posesión de la isla, pues el oficial del buque cursó en forma oficial al Consulado de Francia, en Honolulu, una comunicación que este realiza al Gobierno de

132. General Act of the Berlin Conference on West Africa, 26 February 1885, Chapter VI. Declaration relative to the essential conditions to be observed in order that new occupations on the coasts of the African Continent may be held to be effective.

Article 34.

Any Power which henceforth takes possession of a tract of land on the coasts of the African continent outside of its present possessions, or which, being hitherto without such possessions, shall acquire them, as well as the Power which assumes a Protectorate there, shall accompany the respective act with a notification thereof, addressed to the other Signatory Powers of the present Act, in order to enable them, if need be, to make good any claims of their own.

Article 35.

The Signatory Powers of the present Act recognize the obligation to insure the establishment of authority in the regions occupied by them on the coasts of the African continent sufficient to protect existing rights, and, as the case may be, freedom of trade and of transit under the conditions agreed upon.

133. Caso Isla de Palmas, “on ne peut pas s’attendre à ce que des manifestations de souveraineté sur une île exiguë et éloignée, peuplée seulement d’indigènes, soient fréquents. Il suffit que cette souveraineté ait été exercée de manière à assurer à toute puissance qui se serait considérée comme possédant la souveraineté sur l’île [...] une possibilité raisonnable, d’après les conditions locales, de constater l’existence d’un état de choses contraire à ces droits réels ou prétendus”.

Hawái y se publica en el periódico *The Polynesian* de esa ciudad el día 8 de diciembre de 1858, proclamando la soberanía francesa en la isla<sup>134</sup>.

En el caso de las Pesquerías, como ya se ha mencionado, se trata el tema del conocimiento, por parte de Gran Bretaña, del sistema noruego de limitación de las aguas territoriales, no habiendo reclamado durante sesenta años, y resuelto por mayoría aunque con dos disidencias<sup>135</sup>. “Un Estado ribereño del Mar del Norte, con intereses en las pesquerías de esas regiones, una potencia marítima tradicionalmente atenta y concedora del derecho del mar y campeona de la defensa de la libertad de los mares, el Reino Unido no puede ignorar el Decreto de 1869, que había provocado un pedido de explicaciones del Gobierno de Francia [...]”<sup>136</sup>. Gran Bretaña debía conocer el sistema de Noruega y si no había realizado objeciones a lo largo de sesenta años, ha aceptado el sistema, lo conociera o no, pues su deber era no ignorarlo.

En el caso de las Minquiers y Ecrehos, el Juez Levi-Carneiro, en su opinión individual afirma: “[...] la ignorancia de lo que ocurre en los islotes significa el no ejercicio por Francia de la soberanía en la región”<sup>137</sup>. En consecuencia, la ignorancia, en vez de ser una excusa, se vuelve en contra de la pretensión de soberanía sobre el territorio litigioso.

En otro contexto mucho más complejo, la Corte no considera como una circunstancia que suprima la aquiescencia, la ignorancia por Tailandia de las inexactitudes del trazado de la frontera entre esta y Camboya en la región del Templo de Prèah Vihear<sup>138</sup>.

134. Arbitral Award on the Subject of the Difference Relative to the Sovereignty over Clipperton Island France Mexico. Decision Rendered at Rome, January 28 1931, pp. 1, 5.

135. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Fisheries Case (“United Kingdom v. Norway”), Judgment of December 18th, 1951, p. 139.

136. Ídem.

137. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders the Minquiers and Ecrehos Case (“France / United Kingdom”), Judgment of November 17th, 1953, p. 106.

138. Case concerning the Temple of Preah Vihear (“Cambodia v. Thailand”), Merits Judgment of 15 June 1962, p. 25.

Afirma, al respecto: "It is an established rule of law that the plea of error cannot be allowed as an element vitiating consent if the party advancing it contributed by its own conduct to the error, or could have avoided it, or if the circumstances were such as to put that party on notice of a possible error"<sup>139</sup>.

Es decir, si había error era inexcusable, y la ignorancia aún efectiva no justificaba que el silencio fuese un escape de la aquiescencia.

Sin embargo, en el caso sobre Ciertas Parcelas Fronterizas, entre Bélgica y los Países Bajos, esta severidad de la Corte fue atenuada. Bélgica, para explicar la falta de protesta frente a ciertos actos de los Países Bajos, invocó la ignorancia, y la Corte admitió esta ignorancia excusable, teniendo en cuenta el sistema de enclaves. "[...] en tenant compte du système complexe d'enclaves entremêlées qui existait. Les difficultés que rencontrait la Belgique à découvrir les empiétements sur sa souveraineté et à exercercelle-ci sur ces deux parcelles, entourées comme elles l'étaient par le territoire néerlandais, sont manifestes"<sup>140</sup>.

"The weight to be attached to the acts relied upon by the Netherlands must be determined against the background of the complex system of intermingled enclaves which existed"<sup>141</sup>. Como contrapartida valoró que "The Netherlands did not in 1892, or at any time thereafter until the dispute arose between the two States in 1922, repudiate the Belgian assertion of sovereignty"<sup>142</sup>.

### VII.3. *El largo tiempo*

Son excepcionales los casos de una aquiescencia instantánea, pudiendo citarse el ya mencionado de las Escuelas de las Minorías en la Alta Silesia, o el caso de la Fábrica de Chorzow<sup>143</sup>, donde se trata una

139. *Ibidem*, Cour Internationale de Justice Recueil Des CIJ 1962, p. 26.

140. Case concerning Sovereignty Over Certain Frontier Land ("Belgium / Netherlands"), Judgment of 20 June 1959, pp. 209, 229.

141. *Ibidem*, Judgment June 20<sup>th</sup> 1958 ICJ Rec 1959, p. 229.

142. *Ibidem*, p. 230.

143. Case concerning the Factory at Chorzow (Claim for Indemnity), Publications of the Permanent Court of International Justice. Series A. - No. 9 July 26<sup>th</sup>, 1927.

expropiación fuera del marco de la Convención de Ginebra: “The seizure of the property, rights and interests belonging to the Oberschlesische and Bayerische was precisely a measure of this kind. It is in this sense that the measures taken by the Polish Government in respect of the above-mentioned Companies are, in the Court’s opinion, contrary to Head III of the Geneva Convention”<sup>144,145,146</sup>.

En general, se requiere el comportamiento pasivo a lo largo del tiempo. En el caso del Templo de Préah Vihéar, “las autoridades de Siam no reaccionaron en el momento, ni después de muchos años”<sup>147</sup>.

Es también el transcurso del tiempo lo que permite afirmar el conocimiento y dar valor de aquiescencia al comportamiento pasivo de Gran Bretaña en el caso de las Pesquerías, donde se afirma “la abstención prolongada de Gran Bretaña [...]”<sup>148</sup>, o de Francia, en el caso de las Minquiers y Ecrehos<sup>149</sup>; o de Gran Bretaña y la India, en relación al Derecho de Paso de Portugal, donde la Corte entiende que “la autoridad exclusiva de los portugueses nunca fue puesta en duda [...]”<sup>150</sup>, y que demuestra que “se está en presencia de una práctica establecida entre los dos Estados”<sup>151</sup>.

Asimismo, sucede algo similar con la conducta de España en relación con la Isla de Palmas, “Después que los españoles se retiran de

144. *Ibidem*, p. 27.

145. *Ibidem*, p. 29.

146. *Ibidem*, p. 31.

147. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning the Temple of Preah Vihear (“Cambodia v. Thailand”), Merits Judgment of 15 June 1962, p. 23.

148. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Fisheries Case (“United Kingdom v. Norway”), Judgment of December 18th, 1951, p. 139.

149. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders the Minquiers and Ecrehos Case (“France / United Kingdom”), Judgment of November 17th, 1953, p. 71.

150. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concernin Gright of Passage Overindian Territory (“Portugal v. India”), Merits Judgment of 12 April 1960, p. 39.

151. *Ibidem*, p. 44.

las Molucas en 1666 [...] hasta la demanda de Estados Unidos en 1906 [...]”<sup>152</sup>.

Además, el transcurso del tiempo permite la acumulación de signos activos de aquiescencia sucesivos y, eventualmente, de la formación de un comportamiento pasivo prolongado. Tal es el caso ya mencionado de la Sentencia del Rey de España, “donde el hecho de que Nicaragua no emitiera dudas ni protestas, sobre la validez de la Sentencia, después de muchos años, confirma la conclusión [...]”<sup>153</sup>.

En el caso de la Bahía de Delagoa el árbitro afirma<sup>154</sup>: “Attendu qu’en 1817, l’Angleterre n’a pas contesté le droit du Portugal lorsqu’elle a conclu avec le gouvernement de Sa Majesté Très Fidèle la convention du 28 Juillet pour la répression de la traite; attendu qu’en 1822, le gouvernement de Sa Majesté britannique, lorsqu’il chargea le capitaine Owen de la reconnaissance hydrographique de la Baie et des rivières qui y ont leur embouchure, l’avait recommandé aux bons offices du gouvernement portugais”.

En este caso concurren dos signos de aquiescencia en base a Tratado y reconocimiento de cierta autoridad en el lugar. Lo mismo sucede en el caso de las indemnizaciones de Rusia, en relación a la renuncia de intereses entre este imperio y el otomano, que ya fuera analizada.

En consecuencia, el transcurso del tiempo es una condición de la aquiescencia y conforma un comportamiento del Estado generalmente prolongado. La importancia del factor tiempo asimila la aquiescencia a la prescripción, pero esta última no tiene regulación de plazo en el Derecho Internacional. Salvo que esté pactada, como en el Arbitraje entre Gran Bretaña y Venezuela, del 2 de febrero de 1897, que consagra en el Compromiso Arbitral una prescripción de cincuenta años<sup>155</sup>. Venezuela entendía que el tiempo era solo uno de

152. Reports of International Arbitral Awards Recueil des Sentences Arbitrales Island of Palmas case (“Netherlands, USA”), 4 April 1928, Volume II, pp. 829-871.

153. Case concerning the Arbitral Award Made by The King Of Spainon, 23 December 1906 (“Honduras v. Nicaragua”), Judgment of 18 November 1960, p. 213.

154. Delagoa Bay Arbitration (“Great Britain v. Portugal”) (1875) 149 C.T.S. 363; Moore, Int. Arb., 4984.

155. Venezuela British Guaiana Boundary Arbitration. <https://history.state.gov/milestones/1866-1898/venezuela>. Venezuela-British Guiana boundary arbitra-

los elementos establecidos para crear un título por prescripción, y que la prescripción para que fuera efectiva entre las naciones debía ser de buena fe, exclusiva, pacífica, continua y no discutida. La regla "C" del Compromiso Arbitral fija un plazo de cincuenta años, pero deja los otros elementos sin ser afectados, de allí que se plantea la cuestión de si la prescripción no es sino una aplicación de la aquiescencia.

#### *VII.4. Campo de aplicación de la aquiescencia*

A través de los casos analizados se observa la diversidad de materias a la cual es aplicable la aquiescencia, y se puede afirmar, así, que en teoría, todos los derechos de los Estados en el orden internacional pueden ser afectados por ella.

Por ejemplo, los problemas referidos a la soberanía territorial y marítima, que es el campo esencial de la aplicación de la aquiescencia, especialmente en casos de posesiones coloniales, como los de la Isla de Palmas, de la Bahía de Delagoa, el estatus de Groenlandia Oriental y en el Derecho de Paso sobre Territorio Indio.

Más allá del fenómeno colonial, la Corte lo analizó en el caso de las Minquiers y Ecrehos, siendo la aquiescencia el criterio de determinación de qué Estado resulta titular de los derechos de soberanía. Otro ámbito de aplicación ha sido en problemas fronterizos, como el caso de las Parcelas Fronterizas entre Bélgica y los Países Bajos, donde la Corte no consideró aquiescencia la conducta de Bélgica, al contrario del caso Tailandia, donde la admitió en el caso del Templo de Préah Vihéar. En el antes citado caso de la Sentencia Arbitral del Rey de España, se encuentra no solo la aquiescencia en el ámbito jurisdiccional, sino también lo relacionado con las fronteras terrestres entre Honduras y Nicaragua. Además, ha sido aplicado respecto de fronteras marítimas, en que el Tribunal usó este criterio para asignar los islotes de Grisbardana sitios en aguas territoriales noruegas y suecas.

---

tion: the printed argument on behalf of the United States of Venezuela before the tribunal of arbitration, <https://archive.org/details/guianaboundary00venerich>.

En el caso de las Pesquerías se trataba de determinar con exactitud las líneas de base noruegas, una cuestión de límites entre el mar territorial y el alta mar. Y en el caso del Lotus el problema era la aquiescencia de los Estados al ejercicio de la jurisdicción penal por otros Estados que no eran los del pabellón, lo que contradecía la regla consuetudinaria que establecía lo contrario; es decir, la competencia exclusiva del Estado del pabellón.

En el Arbitraje entre Francia y los Estados Unidos de Norteamérica, del 22 de diciembre de 1963, se extiende el campo de aplicación de la aquiescencia a los problemas de tránsito aéreo entre las libertades del aire y la soberanía de los Estados. Se trataba de fijar la extensión de los derechos de las empresas de transporte aéreo de los Estados Unidos con relación a las escalas entre París y el Medio Oriente. Estos derechos habían sido fijados por la Convención del 27 de mayo de 1946, pero con el transcurso del tiempo las empresas americanas habían aumentado a su favor las condiciones del ejercicio de esos derechos. El Tribunal concluyó que hubo aquiescencia de Francia, con efecto de operar una modificación en el Acuerdo de 1946 a favor de los Estados Unidos, limitando la soberanía de Francia en beneficio de las libertades del aire, especialmente la llamada quinta libertad<sup>156</sup>.

Estas decisiones no solo han ido ampliando el campo de aplicación: del terrestre, al marítimo y de este al aéreo, sino que demuestran la incidencia que la aquiescencia tiene sobre las llamadas fuentes formales del Derecho Internacional.

### *VII.5. Valor jurídico de la aquiescencia*

La aquiescencia es susceptible de generar obligaciones ante el Estado concedente y derechos en beneficio de uno o varios Estados, hasta modificar los efectos de normas o convenios. Ahora bien,

156. Reports of International Arbitral Awards Recueil des Sentences Arbitrales. Interpretation of the Air Transport Services Agreement between the United States of America and France, 22 December 1963, volume XVI, pp. 5-74.

dicho esto, no es lo mismo que la aquiescencia confirme u otorgue precisión a un derecho anterior, o que derogue el Derecho Positivo preexistente.

Con respecto al valor confirmatorio en la aquiescencia, se busca cuando el instrumento legal donde se establecen los derechos y obligaciones de las partes es discutido al punto tal que resulta insuficiente para los jueces en la solución del diferendo de acuerdo a derecho. La aquiescencia confirmatoria no crearía derechos sino que les daría nitidez, precisión y efectividad, y es donde esta institución revela su mayor importancia. Tal es el caso de Grisbardana, o en Minquiers y Ecrehos, o en el de Groenlandia Oriental. En estos casos existían Tratados antiquísimos, interpretaciones complejas, y a través del análisis de los documentos históricos y del comportamiento se establecen las conclusiones.

También los Tratados recientes pueden presentar lagunas e incertidumbres cuando son aplicados a situaciones concretas, y generar litigios. Aquí el problema que se les presenta a los jueces no es solo de interpretación, en el sentido estricto del término. La aquiescencia establece el comportamiento o la conducta ulterior de las partes y permite a los jueces completar o precisar el contenido y alcance del Tratado en cuestión. Es así una interpretación extensiva que permite completar la regla convencional, pero que en cierta medida lo modifica.

*Hay diferencias de grado: entre la aquiescencia que clarifica un Tratado o lo completa, y aquella que lo deroga*

El caso del Templo de Préah Vihéar y el del Acuerdo de Transporte Aéreo son ejemplos de aquiescencia que modifican Tratados. En el primero de los casos, el mapa del Anexo I que situaba el templo en territorio de Camboya, y que Tailandia acepta sin presentar protestas, se basaba en un trazado de límites que se separa claramente del principio de la línea divisoria de aguas, que era la regla general establecida en el Tratado entre Francia y Siam, de 1904. La aquiescencia tuvo por efecto incorporar al régimen convencional un mapa que derogaba el Tratado, y produjo, en realidad, una verdadera revisión del Tratado

entre Francia y Siam de 1904, si bien la Corte lo considera como un acto de interpretación<sup>157</sup>.

Por su parte, en el caso del Acuerdo Aéreo entre EE. UU. y Francia, no se toman tantas precauciones ni miramientos, y después de considerar que la práctica de las partes conducía a una determinada interpretación del Tratado, los árbitros concluyeron que la conducta posterior llevaba a una verdadera modificación del Acuerdo de 1946, a través del consentimiento otorgado por las autoridades francesas desde el 14 de mayo de 1955 a los horarios propuestos por Pan American Airways, que preveían el servicio a Estambul, consentimiento que fue constatado y confirmado por las mismas autoridades en el transcurso de los años posteriores<sup>158,159,160</sup>.

En su decisión se refiere a la conducta posterior de las partes, y agrega: "The Parties, formally confirmed by the Agents at the close of the oral hearings, to take into account, for the purposes of its reply, not only the Agreement of March 27, 1946, and the Annex thereto, but also all the formal and informal agreements which followed, as well as the conduct of the Parties; Considering that the right in question has been recognized in a United States airline by the Exchange of Notes of April 5, 1960, between the two Governments, which definitively confirmed the authorization for the exercise of the said right granted by the French authorities on October 11, 1955; Decides that the answer to be given on this point is that a United States airline has

157. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning the Temple of Preah Vihear ("Cambodia v. Thailand"), Merits Judgment of 15 June 1962, pp. 21-22-34.

158. Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale Series B – N° 13 Le 23 juillet 1926 Recueil des avis consultatifs compétence de l'organisation internationale du travail pour régler accessoirement le travail personnel du patron.

159. Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale Série B – N° 15 75 Le 3 mars 1928 Recueil des avis consultatifs compétence des tribunaux de dantzig (réclamations pécuniaires des fonctionnaires ferroviaires dantziens passés au service polonais contre l'administration polonaise des chemins de fer).

160. Reports of International Arbitral Awards Recueil des Sentences Arbitrales. Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and France, 22 December 1963, Volume XVI, pp. 5-74, p. 60.

the right to provide international aviation services between the United States and Turkey via Paris; [...]"<sup>161</sup>.

Esta decisión tendrá efectos en la Comisión de Derecho Internacional, la cual toma en cuenta la práctica ulterior de las partes en relación a la interpretación de los Tratados en la Convención de Viena de 1969<sup>162</sup>.

Lo mismo ocurre en el supuesto de la aquiescencia que puede actuar sobre títulos jurídicos menos precisos que un Tratado. La aquiescencia de España al estado de cosas establecido después de 1677, ante los actos de soberanía de los Países Bajos sobre la Isla de Palmas, le privan a ella y a sus sucesores de la posibilidad de continuar invocando derechos convencionales o aún el simple descubrimiento<sup>163</sup>. Por su parte, en el caso del Derecho de Paso, existe una aceptación tácita que en realidad es una aquiescencia, y se rechaza el argumento de la India de que no podía crearse una costumbre local entre dos Estados.

161. *Ibidem*, pp. 5-74, 69.

162. Section 3. Interpretation of Treaties

Article 31, General Rule of Interpretation.

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

(a) Any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty;

(b) Any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account, together with the context:

(a) Any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;

(b) Any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;

(c) Any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended, <http://www.jus.uio.no/lm/un.law.of.treaties.convention.1969/>.

163. Reports of International Arbitral Awards *Recueil des Sentences Arbitrales* Island of Palmas case ("Netherlands, USA"), 4 April 1928, Volume II, pp. 829-871.

Así, se observa que la aquiescencia puede consolidar Derecho Consuetudinario y ese rol de confirmadora de costumbre no se limita a una costumbre local o bilateral. En el caso del Lotus, la Corte Permanente estableció que la ausencia de protesta contra el ejercicio de la jurisdicción penal por otros Estados que no fueran los del pabellón, se oponía a la admisión de la regla consuetudinaria, que establecía la competencia exclusiva del mismo.

Es decir, merituó la aquiescencia a una práctica general que iba en sentido contrario a lo que pretendía Francia. En consecuencia, la aquiescencia puede modificar costumbre y también puede confirmarla<sup>164</sup>.

Con respecto a su naturaleza jurídica, la aquiescencia, a primera vista, parece ser un acto jurídico internacional del Estado, como manifestaciones de voluntad que son la fuente principal de sus obligaciones en ese orden jurídico. Considerado como un acto jurídico, engazaría perfectamente con la teoría voluntarista de formación del Derecho Internacional; sin embargo, esto se opondría a la incertidumbre sobre la voluntad real de los Estados y a la predominancia de la voluntad de jueces o árbitros.

También puede considerarse como una creación jurisprudencial, dando un valor a esta en la creación del Derecho Internacional Público.

### *VII.6. Aquiescencia y actos jurídicos de los Estados en el orden internacional*

La aquiescencia presenta un problema, ya que la doctrina distingue entre actos jurídicos unilaterales y convencionales y la aquiescencia estaría encabalgada entre ambos, sin adaptarse a una u otra clasificación. Si la aquiescencia es un acto jurídico, es difícil considerarlo como unilateral o convencional. Puede ser también un reconocimiento, expreso o tácito –como en el caso del Derecho de Paso–, o –como en la Declaración Ihlen– una promesa, o surgir de una renuncia –como en la Sentencia Arbitral del Rey de España.

164. Publications of The Permanent Cour of International Justice. Series A.-No. 10 September 7<sup>th</sup>, 1927, Collection of Judgmentsthe Case of The S.S. "Lotus", p. 4.

La protesta, la renuncia, el reconocimiento, la promesa pueden ser actos unilaterales, pero esas acciones también se pueden establecer por vía de Tratados. De allí que el nombre unilateral no se referiría así a los efectos del acto, sino a las condiciones de su formación.

Debe tenerse en cuenta que los actos jurídicos unilaterales pueden sin duda ser fuente de Derecho Internacional, pero solo si esos actos se benefician a su vez del reconocimiento de su validez por parte de otros Estados. La aquiescencia estaría ligada en su formación a los actos o pretensiones de la otra parte, y la Corte, al referirse a ella, menciona el consentimiento o la aceptación, lo cual implica un acuerdo<sup>165</sup>. En consecuencia, la aquiescencia aparece en razón de las condiciones de formación y en razón de sus resultados como un acto jurídico bilateral convencional, pero fuera de la órbita del Tratado formal, y puede dar lugar a la modificación del Tratado como consecuencia de un comportamiento.

La aquiescencia, entonces, excluye todo formalismo pero por sus condiciones de formación y por sus efectos, puede pertenecer tanto a la categoría de actos unilaterales como convencionales.

El acto jurídico en el Derecho Internacional es el acto que produce efectos de Derecho Internacional y es una declaración de voluntad. Dos condiciones se pueden desprender de esta definición:

- a) El acto debe producir efectos jurídicos,
- b) Ese efecto debe ser buscado o procurado por el autor del acto.

Con respecto a la primera condición, la aquiescencia responde perfectamente, pues sus efectos de Derecho Internacional son claros en relación a la creación de derechos y obligaciones. Establece la competencia jurisdiccional y confirma lo establecido por las sentencias, completa y modifica los efectos de los Tratados y contribuye a la formación de la costumbre.

El problema que se presenta es la naturaleza compleja de la aquiescencia. Como acto jurídico no es simple, porque en la mayoría

165. Publications of The Permanent Court of International Justice Series A-Nº. 15 April 26th, 1928. Collection of Judgments No. 12 Rights of Minorities in Upper Silesia Mnority Schools, pp. 23, 24, International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders The Corfu channel Case (Merits) Judgment of April 9th, 1949, p. 26.

de los supuestos se establece por una acumulación de signos sucesivos sin que sea posible adjudicar a uno de ellos específicamente un valor decisivo. De allí que sería un acto jurídico sin una fecha determinada, y esto plantea a las partes y al juez el problema de la elección de la llamada "fecha crítica"; es decir, la fecha en que una determinada situación se cristaliza en conflicto, comenzando a ser discutida; y es aquí donde el Tribunal investigará si hubo aquiescencia.

Cuando la aquiescencia solo confirma, completa o hace más preciso un título jurídico, es comprensible que se lo considere como un acto jurídico complejo.

Es más difícil entender que ella misma la segunda condición del acto jurídico, es decir, dotar de efectos de acuerdo a una voluntad manifiesta. Dicha voluntad manifiesta sería la expresada a partir de la fecha crítica. La misma, si es finalmente reconocida por jueces, produce efectos de derecho contrarios a la voluntad defendida por el Estado perdedor, que a su vez resulta contraria a su real voluntad expresada por sus actos a lo largo del tiempo.

Se puede, así, afirmar que los efectos jurídicos de la aquiescencia son, en todo caso, conformes a la voluntad efectiva establecida a través de múltiples signos, que prevalece sobre la voluntad contraria expresada posteriormente.

Otros autores entienden que la aquiescencia es una creación del Derecho Jurisprudencial Internacional. En un análisis de las fuentes formales del Derecho Internacional Público, Georges Scelle ha demostrado la importancia y los límites de la función jurisprudencial como fuente de Derecho.

Frente a una oscuridad o laguna del Derecho Positivo, el juez no puede abstenerse. "Si está ligado por los errores del Derecho Positivo, no está paralizado por sus deficiencias", y "él debe hacer lo que el legislador haría, es decir, una investigación científica, en los estratos del medio social, sobre la norma que en el caso específico se debe aplicar"<sup>166</sup>.

166. SCELLE, Georges, *Essai sur les sources formelles du droit international*, T. III, Mélanges Gény, p. 400.

### VII.7. *Aquiescencia y estoppel*

El término *estoppel* en el Derecho Internacional no es unívoco. La concepción amplia o “continental” refiere a una excepción procesal que se opone a la otra parte en un proceso, que ha tomado una posición que contradice actos propios, respecto de lo admitido en forma expresa o tácita, o que pretende sostener en la instancia. De allí que la aquiescencia puede fundar un *estoppel*.

Para Fitzmaurice, la aquiescencia es un consentimiento y una declaración de voluntad pero considera al *estoppel* en forma más restricta, ya que no respondería a una manifestación de voluntad del autor, sino a la actitud de la otra parte que confía en un estado de cosas.

En la opinión individual de la Sentencia del 15 de junio de 1962 (caso del Templo de Préah Vihear), Fitzmaurice destaca algunos aspectos de la cuestión<sup>167</sup>: “The principle of preclusion and estoppel. The principle of preclusion is the nearest equivalent in the field of international law to the common-law rule of estoppel, though perhaps not applied under such strict limiting conditions (and it is certainly applied as a rule of substance and not merely as on evidence or procedure). It is quite distinct theoretically from the notion of acquiescence. But acquiescence can operate as a preclusion or estoppel in certain cases, for instance where silence, on an occasion where there was a duty or need to speak or act, implies agreement, or a waiver of rights, and can be regarded as a representation to that effect”. Es aquí donde Fitzmaurice menciona la confianza: “The essential condition of the operation of the rule of preclusion or estoppel, as strictly to be understood, is that the party invoking the rule must have ‘relied upon’ the statements or conduct of the other party, either to its own detriment or to the other’s advantage [...]”.

El siguiente párrafo es de especial interés para la cuestión de las Malvinas, frente a las alegaciones de Gran Bretaña de que en 1833 era *terra nullius*.

167. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning the Temple of Preah Vihear (“Cambodia v. Thailand”), Merits Judgment of 15 June 1962 (SEP. OP. SIR Gerald Fitzmaurice), p. 62.

“It is an established principle of international law that, especially in wild or remote regions, comparatively few acts are necessary for that purpose where the title does not primarily depend on the character or number of those acts themselves, but derives from a known and independent source, such as a treaty settlement”.

“On the basis therefore of the acceptance of the map line by Thailand, as part of the treaty settlement, there would, in the upkeep of Cambodian title, have been no need (in respect of such a locality as that of the Temple area) to perform any but the most minimal and routine acts of administration. Clearly, if Thailand could now be heard to deny this acceptance, the whole legal foundation on which the relative inactivity of France and Cambodia in this region was fully explicable would be destroyed”.

“In addition to the foregoing considerations, it may be useful to recall a deliberately non-technical statement of the matter given by a former Judge of the Court (writing in another capacity), as follows: A State cannot be allowed to avail itself of the advantages of the treaty when it suits it to do so and repudiate it when its performance becomes onerous. It is of little consequence whether that rule is based on what in English law is known as the principle of estoppel or the more generally conceived requirement of goodfaith. The former is probably not more than one of the aspects of the latter” (Lauterpacht, Report on the Law of Treaties, U.N. Document A/CN.4/163 of 24 March 1953, p. 157)<sup>168</sup>.

En consecuencia, en base a esta opinión podemos observar la estrecha relación entre la aquiescencia y el *estoppel*.

### VII.8. La aquiescencia y la teoría de la responsabilidad internacional

En conclusión, dentro de la teoría de la responsabilidad internacional, el *estoppel* puede considerarse, por una parte, convirtiendo a un Estado en responsable por las apariencias creadas, así como la obligación de asumir los riesgos que su actividad puede producir.

168. *Ibidem*, p. 65.

Es decir, habría una responsabilidad que surgiría de la obligación de cumplimiento consistente en un mínimo de coherencia y de estabilidad en sus acciones o manifestaciones, en sus comportamientos visibles, siendo ambos atributos de la personalidad jurídica estatal.

Un Estado que integra la Comunidad Internacional no puede cambiar las manifestaciones y actitudes de acuerdo a las circunstancias, sino que debe mantener un cierto rigor en las manifestaciones de voluntad.

Si esto no se encuentra en un Tratado o en una norma de costumbre, está en las capas más profundas del Derecho, donde la jurisprudencia busca los principios generales, como el de buena fe o la estabilidad que debe presidir la relaciones jurídicas en el orden internacional. Como afirma el Árbitro en el caso Grisbardana: “[...] en el derecho de gentes existe un principio bien establecido que se refiere al deber de abstenerse de modificar el estado de cosas existente en los hechos después de un largo tiempo”<sup>169</sup>.

Esta obligación fundamenta la responsabilidad de los Estados en la teoría del *estoppel* y explica mejor que la llamada voluntad presunta de los Estados el valor jurídico del fenómeno de la aquiescencia.

En consecuencia, cuando un Estado por su conducta representa una determinada posición, y los demás Estados se fían, importa poco saber si esta representación corresponde a la voluntad efectiva de los Estados, y el mismo no puede dar marcha atrás frente a la representación que realizó bajo pena de ingresar en el régimen de la responsabilidad, adquiriendo la aquiescencia efectos jurídicos, y demostrando las verdaderas manifestaciones de voluntad de los Estados.

### VIII. ANÁLISIS DE LOS TÍTULOS JURÍDICOS. DESCUBRIMIENTO. ANEXIÓN SIMBÓLICA. OCUPACIÓN EFECTIVA

No es posible separar la cuestión contemporánea, que hemos analizado, de las reglas del Derecho Internacional, que regían la ad-

169. Sentencia Arbitral de Grisbardana, 23 de octubre de 1909, RSA, Tomo XI, p. 162.

quisición del territorio, en los tiempos del descubrimiento y colonización. Estas serán estudiadas a continuación.

La autoridad del Papa, considerada suprema en la Edad Media, era parte de la teoría Agustiniiana de que el mundo pertenecía a Dios y la Humanidad tenía el derecho a utilizarlo. El Pontífice como representante de Dios sobre la Tierra podía otorgar en consecuencia derechos sobre aquellas tierras que aun no eran parte de la Cristiandad.

En el siglo XV, no existían muchas reglas de Derecho Internacional para referirse a expansiones coloniales, consecuencia de los descubrimientos a raíz del avance técnico de navegación a vela. De allí que puede considerarse que los Decretos y Bulas Papales eran una legitimación para las empresas de España y Portugal. Así, la Bula Romanus Pontifex, del 8 de enero de 1455, para Portugal; la Inter Caetera II, de 1493; la Eximia Devotionis; la Dudum Siquidem, de 1493, para España, y la Ea Quae Pro Bono, de 1506, que confirma el Tratado de Tordesillas de 1494, por solo citar algunas<sup>170</sup>.

Estos acuerdos tenían validez entre las partes, pero otros Estados no los reconocían, y si bien eran cautos en su accionar, entendían que debía existir también una posesión efectiva de las tierras.

A mediados del siglo XIV, Bartolo de Sassoferrato había vinculado las reglas del Derecho Romano sobre propiedad privada, con referencia a las islas que surgen. El mismo se refería a la necesidad de la adquisición del dominio por ocupación (posesión de una *res nullius* con la intención de adquirir la calidad de dueño) para la existencia del *imperium* o soberanía por el príncipe<sup>171</sup>.

En su *Tractatus* afirma: “La isla que nace en el mar, lo que raramente ocurre, pasa a ser propiedad del que la ocupa, cuando se crea que no es de nadie, y la nacida en un río –lo que frecuentemente acontece– si se encuentra en la mitad del río, se reparte entre aquellos que tienen predios junto a la orilla de una y otra parte del río, se

170. European Treaties Bearing on the History of the United States and its Dependencies to 1648, Ed. Frances Gardiner Davenport. Carnegie Institute Washington DC, 1917, pp. 9-118.

171. DE SASSOFERRATO, Bartolo, “Tractatus de Insula” en u Obra *Tractatus de Fluminibus...*, 1576.

gún la extensión de cada predio situado junto a la orilla, pero si está más próximo a una de las orillas, es solamente de aquellos que posean predios en esa parte de las orillas [...]. Pero me pregunto, ¿qué se puede decir de aquellas islas y de otros lugares que aun siendo poseídos y regidos por sus propios habitantes, sin embargo, como acontece, se conceden al ocupante?"<sup>172</sup>.

"Esto ha sucedido en ocasiones por especial concesión del Papa o del Príncipe, o de algún otro personaje que posee jurisdicción. Realmente sobre esta cuestión hay muchos aspectos que considerar. En primer lugar, hay que tener en cuenta que si un territorio es ocupado por muchos, no puede decirse que cada uno individualmente haya ocupado por sí mismo una parte, [...] sino que todos se ponen de acuerdo para un mismo fin"<sup>173</sup>.

Esto significa que aún en España y Portugal se entendía que las Bulas en sí mismas no eran suficientes, aún vinculadas al acto del descubrimiento. Era usual en ese tiempo hacer uso de actos simbólicos, como la colocación de cruces en lugares visibles para demostrar el *animus*.

España, no obstante, adopta el requerimiento de la ocupación efectiva y actual, si bien también le da valor a la posesión simbólica. Otros Estados, como Inglaterra, Holanda y Francia, entendían en cambio que solo valía la posesión, pero también invocan el título del descubrimiento.

El estado de la doctrina fue establecido por Vattel en su obra *The Law of Nations*, que, si bien fue escrita en el siglo XVIII, recoge la práctica anterior de los Estados, y afirma: "Todos los hombres tienen un derecho igual a las cosas que aun no están en posesión de nadie, y las mismas pertenecen a la persona que primero tome posesión. Cuando, en consecuencia, una Nación encuentra un territorio sin habitantes y sin dueño, puede tomar posesión del mismo en forma legal, y después de demostrar suficientes signos de su intención al respecto, no puede ser privado del mismo por otra Nación". "De allí que los navegantes que se lancen a los viajes de descubrimiento con un mandato

172. *Ibidem*, Pars Secunda de *Insula Divisionem*, p. 81.

173. *Ibidem*, pp. 81-82.

de su soberano, cuando se encuentren con islas u otras tierras no habitadas han tomado posesión en nombre de sus Naciones y el título ha sido respetado, siempre que se acompañe posteriormente por la posesión efectiva”<sup>174</sup>.

En consecuencia, para Vattel, el mero acto de la posesión de un territorio que no es acompañado de ocupación no sería suficiente.

Continúa el autor afirmando: “Este tipo de reclamación iría en contra de la ley natural [...] que destina a la Tierra para las necesidades de la humanidad, y solo confiere a las naciones individuales el derecho de apropiarse del territorio, que puedan utilizar y no solo hacerlo valer frente a otros [...] De allí que el derecho de las Naciones solo reconoció la propiedad, el dominio y la soberanía sobre tierras no ocupadas, cuando la Nación lo ocupa actualmente, forma un establecimiento, o hace uso de ese territorio”<sup>175</sup>. En opinión de Vattel –y, como se ha dicho–, el estado de la doctrina, las reclamaciones basadas en documentos papales o descubrimiento no valían si no existía, además, efectiva ocupación.

Otra cuestión relacionada a la anterior son los reclamos del *mare clausum* o derecho a prohibir el acceso a los mares cercanos a sus territorios. En esto no fue España el único que pretendía ejercer un control más extenso de lo que se entendía en ese entonces por aguas territoriales. Venecia lo estableció en el Adriático; Noruega, en las aguas entre sus costas e Islandia; Dinamarca, en las entradas al Báltico, e Inglaterra, en sus costas y Portugal, este último dando lugar a la famosa controversia entre Grocio y Selden, sobre la libertad de los mares.

Muchos de estos derechos estaban basados en costumbres y Tratados, y entre los siglos XIV y XVI se aceptaba que ciertos Estados tenían derecho y título a ejercitar el control en el mar alrededor de sus costas, para seguridad y protección de la navegación y en el combate a la piratería. España, en consecuencia, construirá un cordón de seguridad sobre sus colonias americanas de acuerdo a las Bulas y a las tradiciones y costumbres europeas, para proteger sus intereses

174. DE VATTEL, Emer, ob. cit., Capítulo XVIII, Párrafo 207.

175. Ibídem, Paragraph 258.

comerciales monopólicos. Los extranjeros que intentaban comerciar ilícitamente con las Colonias de España eran tratados como piratas, siendo la zona del Caribe o Spanish Main el principal centro de los conflictos entre esta con Inglaterra y Francia.

Más adelante, Francia y Gran Bretaña ocupan territorios en el Caribe y América Central, pero España continúa afirmando sus derechos en el área y en los Mares del Sur.

O sea que en gran parte del mundo los títulos jurídicos se deben analizar a partir de la Era de los Descubrimientos, tanto por estar basados en las Bulas Papales, como en actos de ocupación simbólica, o determinados en base a la ocupación efectiva, habida cuenta de la duración de ese control. Máxime cuando las influencias y sanciones de la Iglesia Católica estaban reduciéndose en estas materias, frente al secularismo<sup>176</sup>.

La tendencia ha sido, pues, en el sentido de requerir la ocupación efectiva, lo que nos lleva a la necesidad de determinar qué actos eran suficientes y en qué grado; una cuestión nada fácil de resolver.

En consecuencia, se estudiarán, en primer término, los reclamos basados en el descubrimiento y actos simbólicos, y en segundo lugar, las reclamaciones basadas en la ocupación efectiva.

176. According to Von der Heydte, the Papal Bulls forming the basis of the so called "Papal Grants", were never intended to be grants of territories but, instead "only legalized, recognized, sanctioned ex post facto territorial sovereignty which already existed in fact, or [...] gave assent, and there by legal sanction ex ante an intended occupancy, to a condition anticipated in the future". VON DER HEYDTE, *Discovery, Symbolic Annexation and Virtual Effectiveness in International Law*, 29 A.J.I.L. 448, 451 (1935).

The content of the Papal Bulls seems to indicate that their primary purpose was the furtherance of the Christianization of the inhabitants of the new lands. Since this would not be possible without effective occupation, it is clear that it was understood that effective occupation was to follow. In any case, whether the original purpose of the Bulls was a grant of title to land, the grant of an inchoate title to be perfected later through occupation, or merely a charge to convert the pagan, they were recognized only by Spain and Portugal. Although they formed the basis for the settlement of some disputes between these two states, they never became a part of the authoritative expectations of the European Community as a whole. HILL, Norman, *Claims to Territory in International Law and Relations*, 1945, pp. 145-146.

### ***VIII.1. Reclamaciones para establecer la soberanía y apropiación basadas en el descubrimiento y actos simbólicos***

El descubrimiento ha sido, en algunos casos, igualado al mero avistamiento o aprehensión visual de las masas terrestres. En estos supuestos, pocas veces se ha aceptado como suficiente para determinar la apropiación exclusiva<sup>177</sup>. Sin embargo, se entendía que ese descubrimiento daba derecho a reclamar en un tiempo razonable un uso exclusivo, a través de otros medios de adquisición del territorio.

Generalmente, el descubrimiento con reclamos de apropiación territorial exclusiva ha sido acompañado de otros actos, tales como el desembarco de soldados, la exploración del interior, y especialmente la realización de actos simbólicos que anuncian o demuestran la intención de la apropiación o soberanía. Los mismos pueden ser ceremonias simples, como colocar una bandera o estandarte con una proclama u otro acto similar.

De allí que el avistamiento y el desembarco sean tratados como una unidad de actos, utilizándose la palabra “descubrimiento” tanto para el avistamiento como para el desembarco y la toma de posesión simbólica.

Portugal fue de los primeros Estados en realizar estos actos simbólicos, junto al descubrimiento, expresando la intención de dominio exclusivo.

Así, en 1481, Diego de Azambuja llega a la costa de Guinea, formalmente toma posesión en el nombre de la Corona Portuguesa, coloca el Escudo Real en un árbol y construye un altar para celebrar la Misa. Diego Cao, en 1484, coloca mojones con el Escudo Real de Portugal a lo largo del Río Congo; y Vasco da Gama, en su viaje a la India, erige una Cruz y un monolito de mármol con el Escudo de Portugal en el Cabo de Buena Esperanza.

Más adelante, desde 1492 Cristóbal Colón y otros exploradores de España realizarán prácticas similares. Los españoles, en muchos casos, llevaban un notario que realizaba un registro de los

177. KELLER, A. S., *Lissitzyn and Mann Creation of Rights of Sovereignty Through Symbolic Acts 1400-1800*, 1938, p. 148.

acontecimientos, redactando un instrumento público con los testigos presentes.

Estas prácticas continuarán hasta mediados del siglo XVIII, como lo atestiguan los casos de España sobre la Isla de Pascua, y los viajes del Capitán Cook en el Pacífico.

No obstante, otros Estados entendían que no era suficiente, y aun los mismos que sostuvieron que los simbolismos fueron válidos en algunos supuestos, los rechazaban en otros, requiriendo además la posesión u ocupación efectiva. De allí, aun hoy son discutidas las consecuencias legales que en esos tiempos se daban al descubrimiento y la anexión simbólica.

Goebel entiende que el descubrimiento y la anexión simbólica nunca fueron reconocidos como formas de otorgar mejor derecho que apropiación exclusiva y permanente<sup>178</sup>.

En la opinión de muchos autores, desde tiempos antiguos los Estados aceptaron que el principio del control efectivo era el único modo de soberanía o control sobre territorios no ocupados, construido en base a la analogía con el Derecho Romano, y su concepto de *occupatio* para el control y apropiación de una *res nullius*. Esa toma de posesión simbólica sería un residuo de la *seisin* o posesión feudal, que evidentemente no puede aplicar al Derecho Internacional, donde las teorías se deben confrontar con la realidad<sup>179</sup>.

En esta perspectiva, la consecuencia que la anexión simbólica podía tener era como máximo la creación de un "título imperfecto" o *inchoate title*; que se perfeccionaría o daría base para perfeccionarse tras un lapso razonable con la ocupación efectiva.

178. GOEBEL, Julius, *The Struggle for the Falkland Islands. A Study in Legal and Diplomatic History*, Yale University Press, 1982, pp. 47-119 (Published Originally 1927).

179. Sobre la naturaleza del *seisin*. Ver BLACKSTONE, *Commentaries on the Law of England*, Volume I, chapter VII, Of Freehold Estates of Inheritance, p. 364. "Such estate, therefore, and no other, as requires actual possession of the land, is, legally speaking, freehold: which actual possession can, by the course of the commonlaw, be only given by the ceremony called livery of seisin, which is the same as the feodal investiture. And from these principles we may extract this description of a freehold; that it is such an estate in lands as is conveyed by livery of seisin, or, intencements of any incorporeal nature, by what is equivalent thereto".

Keller, Lissitzyn y Mann, sin embargo, afirman: “Symbolic acts alone without supplementation by further acts of ‘effective occupation’, were regarded as sufficient immediately to establish sovereignty. The formal ceremony of taking possession, the symbolic act, was generally regarded as being wholly sufficient per se to establish immediately a right of sovereignty over, or a valid title to, areas so claimed and did not require to be supplemented by the performance of other acts, such as, for example, ‘effective occupation’. A right or title so acquired and established was deemed good against all subsequent claims set up in opposition thereto unless, perhaps, transferred by conquest or treaty, relinquished, abandoned, or successfully opposed by continued occupation on the part of some other state”<sup>180</sup>.

Estos autores, en su análisis histórico que atraviesa cuatro siglos, entienden que el acto simbólico era suficiente *per se* para establecer un inicial título válido de soberanía. Pero la interpretación más realista de las prácticas históricas sería que los Estados no aceptaron que los actos simbólicos fueran suficientes para establecer un título válido sobre extensas masas terrestres<sup>181</sup>.

Las Patentes Reales y Licencias que eran otorgadas en los tiempos de los descubrimientos a los exploradores parecen confirmar que la anexión simbólica no era considerada por los monarcas que las emitían como base suficiente para consolidar un título de soberanía.

Así, por ejemplo, en las llamadas Capitulaciones de Santa Fe, y el salvoconducto que la Corona entrega con las mismas, se menciona el objetivo de descubrir y ganar tierras así como el aumento de la Fe<sup>182</sup>. En las Instrucciones de Enrique VII de Inglaterra a Cabot se lo autorizaba a: “[...] to seeke out, discover, and finde, whatsoever iles, countreyes, regions or prouinces, of the heathen and infidelles, whatsoever they bee, and in what part of the worlde soeuer they be,

180. KELLER, Arthur S.; LISSITZYN, Oliver and MANN, Frederick J., *Creation of Rights of Sovereignty Through Symbolic Acts, 1400-1800*, New York, AMS Press, 1967, p. 148 (1938).

181. Sir Humphrey WALDOCK, *Disputed Sovereignty in the Falkland Islands Dependencies*, 25 B YBI.L.311, 324 (1948).

182. CALVO, Carlos, *Recueil Historique Complet des Traités*, Tome II, Paris, A. Durand, 1868, p. 2.

whiche before this time haue been vnknownen to all Christians and 'to set up our banners and ensignes in euery village, towne, castel, yle, or maine lande, of them newly founde', and to 'subdue, occupie and possesse' the areas, 'as our vassailes and lieutenantes, getting vnto vs the rule, title and jurisdiction of the same'"<sup>183</sup>.

183. The Letters Patent of King Henry the Seventh Granted Upon John Cabot and his Three Sons Lewis, Sebastian, and Sancio for the Discoverie of New and Unknownen Lands or John Cabot and his Sons.

The King, to all to whom, etc. Greeting: Be it known and made manifest that we have given and granted as by these presents we give and grant, for us and our heirs, to our well beloved John Cabot, citizen of Venice, and to Lewis, Sebastian and Sancio, sons of the said John, and to the heirs and deputies of them, and of any one of them, full and free authority, faculty and power to sail to all parts, regions and coasts of the eastern, western and northern sea, under our banners, flags and ensignes, with five ships or vessels of whatsoever burden and quality they may be, and with so many and such mariners and men as they may wish to take with them in the said ships, at their own proper costs and charges, to find, discover and investigate whatsoever islands, countries, regions or provinces of heathens and infidels, in whatsoever part of the world placed, which before this time were unknown to all Christians. We have also granted to them and to any of them, and to the heirs and deputies of them and of any one of them, and have given licence to set up our aforesaid banners and ensignes in any town, city, castle, island or mainland whatsoever, newly found by them. And that the before-mentioned John and his sons or their heirs and deputies may conquer, occupy and possess whatsoever such towns, castles, cities and islands by them thus discovered that they may be able to conquer, occupy and possess, as our vassals and governors lieutenants and deputies therein, acquiring for us the dominion, title and jurisdiction of the same towns, castles, cities, islands and mainlands so discovered; in such a way nevertheless that of all the fruits, profits, emoluments, commodities, gains and revenues accruing from this voyage, the said John and sons and their heirs and deputies shall be bound and under obligation for their every voyage, as often as they shall arrive at our port of Bristol, at which they are bound and holden only to arrive, all necessary charges and expenses incurred by them having been deducted, to pay to us, either in goods or money, the fifth part of the whole capital gained, we giving and granting to them and to their heirs and deputies, that they shall be free and exempt from all payment of customs on all and singular the goods and merchandise that they may bring back with them from those places thus newly discovered.

And further we have given and granted to them and to their heirs and deputies, that all mainlands, islands, towns, cities, castles and other places whatsoever discovered by them, however numerous they may happen to be, may not be frequented or visited by any other subjects of ours whatsoever without the licence of the aforesaid

La llamada Charter of the Academy, del Rey Enrique IV de Francia, otorgaba instrucciones para hacer descubrimientos y ejercitar el poder real en las regiones establecidas<sup>184</sup>.

En general, estos documentos también establecían la obligación de no ocupar tierras que ya estuvieran en manos de príncipes extranjeros. España y Portugal, que inician la expansión conquistadora y colonizadora, le daban más valor a la anexión simbólica que otros Estados que llegaron más tarde a esas tareas, como fueron Francia y Gran Bretaña, los cuales optaron porque solo la ocupación efectiva podía establecer un título válido.

La Reina Isabel I<sup>a</sup> de Inglaterra, frente a las reclamaciones de Don Bernardino de Mendoza, Embajador de España ante la Corte, en el sentido de que los ingleses entraban en tierras que pertenecían a España, respondió: “[...] she would not persuade herself that [the Indies] are the rightful property of [Spain] [...] only on the ground that the Spaniards have touched here and there, have erected shelters, have given names to a river or promontory: acts which cannot confer property. So that [...] this imaginary proprietorship ought not to hinder other princes from carrying on commerce in these regions and from establishing colonies where Spaniards are not residing, without the least violation of the law of nations”<sup>185</sup>.

---

John and his sons and of their deputies, on pain of the loss as well of the ships or vessels daring to sail to these places discovered, as of all goods whatsoever. Willing and strictly commanding all and singular our subjects as well by land as by sea, that they shall render good assistance to the aforesaid John and his sons and deputies, and that they shall give them all their favour and help as well in fitting out the ships or vessels as in buying stores and provisions with their money and in providing the other things which they must take with them on the said voyage.

In witness whereof, etc.

Witness ourself at Westminster on the fifth day of March.

By the King himself,

<http://www.heritage.nf.ca/articles/exploration/1496-cabot-patent.php>.

184. VON DER HEYDTE, *Discovery, Symbolic Annexation and Virtual Effectiveness in International Law*, 29, A.J.I.L., p. 454.

185. *Annales Rerum Gestarum Angliae et Hiberniae Regnante Elizabetha* by William Camden 1615 and 1625 with Annotations of Sir Francis Bacon, pp. 357-360, <http://www.philological.bham.ac.uk/camden/>.

La evidencia de que la anexión simbólica sola no era suficiente para otorgar soberanía sobre un territorio se da en el hecho de que los Estados no se consideraban restringidos en ocupar y reclamar áreas que sabían que habían sido previamente anexadas en forma simbólica. Francia, Inglaterra y Holanda, a pesar de las protestas de España y Portugal, en forma consistente ocuparon y realizaron actos de comercio sobre áreas que habían sido consideradas propias de las Coronas Ibéricas. También luego siguió este camino Estados Unidos, cuando tuvo que actuar tomando posesión efectiva de áreas a su vez reclamadas en forma simbólica por Inglaterra, Francia y España.

Un ejemplo basta para observar la secuencia de acontecimientos y reclamaciones en la materia, y es el de Spitsbergen.

El archipiélago fue descubierto en 1596 por el holandés Willem Barents, en 1596. James Poole, al servicio de la Compañía de Moscovia, erigió una cruz en 1610. En 1613, Baffin, en viaje a Groenlandia, estableció símbolos de pertenencia a la corona Británica en varias partes de la isla y un control estricto sobre los veleros que navegaban en las vecindades. En 1614, expediciones británicas anexaron el territorio en forma simbólica y destruyeron signos erigidos por los holandeses, quienes también invocaban ocupación. Sin embargo, no hubo ocupación efectiva, y a pesar de actividades realizadas por Noruega, Francia y Dinamarca, se la consideró *terra nullius*. Finalmente, en 1920 las Naciones Aliadas acordaron que Noruega tuviera soberanía sobre la isla<sup>186</sup>.

186. Treaty concerning the Archipelago of Spitsbergen, and Protocol. Paris, 9 February 1920.

Article 1°.

The High Contracting Parties undertake to recognise, subject to the stipulations of the present Treaty, the full and absolute sovereignty of Norway over the Archipelago of Spitsbergen, comprising, with Bear Island or Beeren-Eiland, all the islands situated between 10deg. and 35deg. longitude East of Greenwich and between 74deg. and 81deg. latitude North, especially West Spitsbergen, North-East Land, Barents Island, Edge Island, Wiche Islands, Hope Island or Hopen-Eiland, and Prince Charles Foreland, together with all islands great or small and rocks appertaining thereto.

Australia también ilustra que la anexión simbólica de *terra nullius*, sin la ocupación efectiva, no era considerada generadora de una soberanía perfecta.

La misma parece haber sido descubierta por los holandeses en 1616, quienes al desembarcar dejaron un monolito con una placa. Después de este desembarco las visitas de los holandeses fueron frecuentes, y el área se conoció como Nueva Holanda. Tasman, que estaba al servicio de la Compañía Holandesa de las Indias Orientales, llevó a cabo exploraciones a lo largo de la costa australiana, con instrucciones de tomar posesión a través de símbolos como postes y placas con la intención de establecer una colonia. Sin embargo, por razones comerciales, la empresa no les pareció atractiva y no tomaron posesión efectiva. Gran Bretaña recién aparece en 1770, cuando Cook explora las áreas costeras y realiza la anexión simbólica sobre áreas que ya habían sido anexadas por Holanda. La verdadera ocupación efectiva por parte de Inglaterra comienza en 1788, con el establecimiento de una colonia penal en Sydney.

Sean estos ejemplos demostraciones de que la anexión simbólica no era suficiente para establecer un título de soberanía, pues si después de un lapso el territorio anexado simbólicamente no era ocupado efectivamente, se consideraba como abandonado.

Vattel, a mediados del siglo XVIII, nos aclara cuáles eran las ideas en ese tiempo, mucho antes de la Conferencia Africana de Berlín. En su obra afirma: "All mankind have an equal right to things which have not yet come into the possession of anyone, and these things belong to the person who first takes possession. When therefore, a Nation finds a country uninhabited and without an owner, it may lawfully take possession of it, and after it has given sufficient signs of its intention in this respect, it may not be deprived of it by another Nation. In this way navigators setting out upon voyages of discovery and bearing with them a commission from their sovereign, when coming across them in the name of their Nation; and this title has usually been respected, provided actual possession has followed shortly after".

"§ 208 A question on this subject. But it is questioned whether a Nation can thus appropriate, by the mere act of taking possession, lands which it does not really occupy, and which are more extensive

than it can inhabit or cultivate. It is not difficult to decide that such a claim would be absolutely contrary to the natural law, and would conflict with the designs of nature, which destines the earth for the needs of all mankind, and only confers upon individual Nations the right to appropriate territory so far as they can make use of it, and not merely to hold it against others who may wish to profit by it. Hence the Law of Nations will only recognize the ownership and sovereignty of a Nation over unoccupied lands when the Nation is in actual occupation of them, when it forms a settlement upon them, or makes some actual use of them. In fact, when explorers have discovered uninhabited lands through which the explorers or other Nations had passed, leaving some sign of their having taken possession, they have no more troubled themselves over such empty forms than over the regulations of Popes, who divided a large part of the world between the crowns of Castile and Portugal"<sup>187</sup>.

Sin embargo, esto no significa que la anexión simbólica, si bien insuficiente en la mayoría de los contextos, carezca totalmente de consecuencias jurídicas.

En el caso del territorio de Oregón, disputada entre los Estados Unidos y Gran Bretaña, una gran área del territorio entre las montañas Rocosas y el Pacífico estuvo en discusión entre 1818 y 1845, y cada Estado presentó sus argumentos basados en viajes y exploraciones, con anexiones simbólicas, ya que no existían prácticamente casos de ocupación efectiva. Ambos Estados entendieron que el solo descubrimiento no era suficiente y se necesitaban otros actos. El conflicto se solucionó, en su casi totalidad, mediante un compromiso en 1846 con la frontera que se establece a través del Paralelo 49<sup>188</sup>.

187. The law of nations or principles of the law of nature applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns from the french of monsieur de vattel from the new edition, by Joseph Chitty, Esq. Barrister At Law with additional notes and references, by Edward D. Ingraham, Esq. Philadelphia: T. & J.W. Johnson & CO., Law Booksellers, No. 535, Chestnut Street, 1883, pp. 98-99. Book I, Chap. XVIII § 207§ 208 Of the Establishment of a Nation in a Country.

188. The 1846 Oregon Treaty established the border between British North America and the United States along the 49<sup>th</sup> parallel until the Strait of Georgia, where the marine boundary curved south to exclude Vancouver Island and the Gulf Islands

Otras controversias más recientes relacionadas a la anexión simbólica tratan sobre territorios pequeños, despoblados o escasamente poblados. En algunos, si el Estado que invoca la anexión simbólica ha sido el único que ha demostrado interés por el territorio, ello ha tenido influencia en la decisión; en cambio, si entraba en conflicto con la ocupación efectiva, esta última tenía prelación en cuanto al destino del territorio.

En el caso de las Islas Carolinas y Palaos, la anexión simbólica primó en ausencia de un reclamo basado en la ocupación efectiva. La controversia entre España y Alemania sobre la posesión de esas islas fue sometida a Su Santidad León XIII. España reclamaba las islas en base a su descubrimiento en el siglo XVI y en ciertas actividades realizadas en los archipiélagos. Alemania intentó ocupar las islas en 1884, considerándolas *terra nullius*, ya que España no había realizado ocupación efectiva. El Papa no encuentra pruebas de que España hubiese realizado actos de ocupación efectiva, de acuerdo a lo establecido por el Acta de Berlín, pero afirma que no había perdido los derechos otorgados por el descubrimiento y alguna actividad posterior. Propone, así, un compromiso por el cual España obtendría el derecho de soberanía, pero estaría obligada a ocupar inmediatamente las islas, y Alemania, en compensación, obtendría ventajas y concesiones. El arreglo fue aceptado por ambos Estados y España procedió a la ocupación efectiva<sup>189</sup>.

---

from the United States. As a result, a small portion of the Tsawwassen Peninsula, Point Roberts, became an exclave of the United States. Vague wording in the treaty left the ownership of the San Juan Islands in doubt, as the division was to follow the "through the middle of the said channel (the Salish Sea)" to the Strait of Juan de Fuca. During the so called Pig War, both nations agreed to a joint military occupation of the islands. Kaiser Wilhelm I of the German Empire was selected as an arbitrator to end the dispute, with a three-man commission ruling in favor of the United States in 1872. There the Haro Strait became the border line, rather than the British favored Rosario Strait. The border established by the Oregon Treaty and finalized by the arbitration in 1872 remains the boundary between the United States and Canada in the Pacific Northwest, <https://history.state.gov/milestones/1830-1860/oregon-territory>.

189. Mediación del Papa León XIII entre España y Alemania sobre las islas Carolinas y Palaos. Informe de los Excmos. Sres. Conde de Casa-Valencia y D. Carlos María Perier, leído en 14 y 21 de diciembre de 1886. Madrid, Tipografía de Los Huérfanos, Calle de Juan Bravo, núm. 5. 1888, 28 páginas.

En forma similar se pueden citar ciertas reclamaciones o controversias entre los Estados Unidos y Gran Bretaña sobre algunas islas del Pacífico, primando la ocupación efectiva sobre la anexión simbólica<sup>190</sup>:

“The first instance of competing claims related to Christmas Island, discovered by Captain Cook in 1777. In the 1850’s guano deposits were found upon the island by Americans, though apparently organized exploitation commenced some time later. In 1879 formal possession of the island was claimed by the United States, but the island was not occupied, and in 1888, after some six years of minor private and official exploration, the United Kingdom took symbolic possession. The following year the British placed the island under the jurisdiction of their colonial administration and some time after 1919 established there an administrative office. The outcome which appears to be accepted is that the island belongs to Great Britain, despite the fact that the United States first made symbolic annexation [...]”.

“In the second instance, Jarvis, Baker, and Howland Islands were symbolically annexed by the United States in the late 1850’s and were thereafter occupied at various times only by guano operators. Great Britain formally annexed the areas in 1889. The islands were left deserted from the end of the 19<sup>th</sup> century until 1935, when the United States settled four Hawaiians on each island, commenced the erection of buildings and, again, in a ceremony took possession. These acts of the United States amounting to effective occupation were not formally protested by Great Britain [...]”<sup>191</sup>.

“The islands of Canton and Enderbury were, in the third instance, discovered in the early nineteen hundreds by American whalers. The Phoenix Guano Company took possession of the two islands between 1859 and 1860 and filed a bond under the United States Guano Islands Act. The two islands were, however, placed under the jurisdiction of the United Kingdom High Commissioner for the Western Pacific in 1877, and during the 1880’s an English company engaged in

190. Orent & Reinsch, *Sovereignty Over Islands in the Pacific*, 35 Am. J. INT’L L.443 (1941).

191. Gran Bretaña no protesta pero no había abandonado su reclamación al respecto.

the collection of the guano deposits. In 1936 Great Britain took symbolic possession of the area and erected a permanent cairn, and in 1937 the islands were incorporated in the Gilbert and Ellice Islands Colony. During 1937 Canton Island was visited at the same time by two scientific expeditions, one from the United States and the other from New Zealand, both arriving in naval vessels. Before leaving the island, the American expedition set up a permanent cairn bearing the U.S. national ensign. Great Britain immediately advised the United States of its claim with respect to Canton and Enderbury. Nonetheless, in 1938 a United States presidential decree placed both islands under the jurisdiction of the Department of the Interior, and a group of Hawaiians was landed to 'maintain the sovereignty of the United States'. In 1939 Great Britain and the United States reached an agreement whereby the islands were to be used jointly for purposes of facilitating international air transport"<sup>192</sup>.

Una consecuencia de estos ejemplos es que el mero descubrimiento u ocupación simbólica cede frente a actos de ocupación efectiva, aun en casos como la Isla de Palmas, una isla aislada, sin valor estratégico, sin importancia económica y escasamente habitada.

Estados Unidos no fue capaz de demostrar ningún tipo de ocupación o actividad, basando sus derechos en ser sucesor de España por el Tratado de París de 1898, que puso fin a la guerra entre ambos Estados, en el supuesto descubrimiento español, y en la contigüidad, sosteniendo que la isla era parte integral del archipiélago de las Filipinas. Por su parte, Holanda afirmó que cualquier derecho que España hubiera tenido en base al descubrimiento, no podía prevalecer sobre la continua y pacífica autoridad ejercida por la misma sobre Palmas. De esta manera, Holanda pudo demostrar que había realizado actos de autoridad gubernamental por un extenso período, entre 1700 y 1906, siendo esta evidencia decisiva, y así, el árbitro falló a su favor argumentando que la ocupación efectiva no solo era necesaria para la adquisición del territorio sino para el mantenimiento de ese derecho. Max Huber afirma al respecto: "The growing insistence with

192. Orent & Reinsch, *Sovereignty Over Islands in the Pacific*, 35 AJIL, p. 443 (1941).

which international law ever since the middle of the eighteenth century, has demanded that the occupation shall be effective would be inconceivable, if effectiveness were required only for the act of acquisition and not equally for the maintenance of the right”<sup>193</sup>.

Sin embargo, tampoco reconoce que las actividades de Holanda satisficieran plenamente los requisitos de la ocupación efectiva: “These facts at least constitute a beginning of establishment of sovereignty by continuous and peaceful display of state authority, or a commencement of occupation of an island not yet forming a part of the territory of a state; and such a state of things would create in favor of the Netherlands an inchoate title for completing the conditions of sovereignty [...] Such inchoate title, based upon display of state authority, would, in the opinion of the arbitrator, prevail over an inchoate title derived from discovery, especially if his latter title has been left for a very long time without completion by occupation”<sup>194</sup>. Uno de los razonamientos legales esgrimidos fue que, aunque los Países Bajos no habían realizado una gran actividad, España y los Estados Unidos habían hecho menos aun; y aunque España podría haber descubierto la isla, ni ella ni los Estados Unidos habían realizado actos de ocupación efectiva.

En cambio, la decisión arbitral que mejor explica el reconocimiento de la anexión u ocupación simbólica, como un modo propio de adquisición de soberanía, es, sin dudas, el caso de la Isla de Clipperton<sup>195</sup>. Fue esta una disputa entre Francia y México, sobre una isla casi abandonada en el Océano Pacífico. Francia reclamaba que, en 1858, un teniente de la Marina Francesa, desde su buque *L'Amiral*, proclamó la soberanía en nombre de Napoleón III. Algunos miembros de la tripulación descendieron a la isla, pero no quedó signo alguno de autoridad estatal. Sin embargo, el Consulado de Francia en Honolulu notificó al Gobierno de Hawái sobre la misión y la declaración de soberanía, la cual fue publicada en el diario *The Polynesian*.

193. Reports of International Arbitral Awards Recueil des Sentences Arbitrales Island of Palmas case (“Netherlands, USA”), 4 April 1928, Volume II, pp. 829-871.

194. *Ibidem*, pp. 829-871.

195. “Clipperton Island Award France vs. Mexico”, 26 AJIL, p. 390, 1932.

En 1897, un buque francés visitó la isla y encontró recolectores de guano para una empresa estadounidense, la Oceanic Phosphate Company de San Francisco. Frente al reclamo de Francia, Estados Unidos respondió que no había otorgado concesiones a esa empresa ni pretendía reclamar derechos sobre ella.

Poco tiempo después, llega un buque de guerra mexicano a la isla Clipperton e iza el pabellón de ese país, reclamando la soberanía en su calidad de sucesora de los derechos de España, ejercidos hasta 1836 en base al descubrimiento.

Tras un período de negociaciones, ambos Estados aceptan el Arbitraje de Victor Emmanuel III, de Italia. Este decide a favor de Francia y entre otras aseveraciones destaca: "It is beyond doubt that by immemorial usage having the force of law, besides the animus occupandi, the actual, and not the nominal, taking of possession is a necessary condition of occupation. This taking of possession consists in the act, or series of acts, by which the occupying State reduces to its possession the territory in question and takes steps to exercise exclusive authority there. Strictly speaking, and in ordinary cases, that only takes place when the state establishes in the territory itself an organization capable of making its laws respected. But this step is, properly speaking, but a means of procedure to the taking of possession, and, therefore, is not identical with the latter"<sup>196</sup>.

El árbitro reconoce, no obstante, que no habría que, invariablemente, requerir todas esas medidas, y, en el caso, la disputa sobre una isla pequeña, desolada, casi inhabitada, y sin recursos, la situación era distinta: "Thus, if a territory, by virtue of the fact that it was completely uninhabited, is, from the first moment when the occupying state makes its appearance there, at the absolute and undisputed disposition of that state, from that moment the taking of possession must be considered as accomplished, and the occupation is thereby completed"<sup>197</sup>.

196. Arbitral Award on the Subject of the Difference Relative to the Sovereignty over Clipperton Island Decision Rendered at Rome, January 28, 1931, p. 394.

197. Ídem.

Esto significa que la ocupación requerida es la que sea apropiada y posible dadas las circunstancias del caso, siendo una cuestión de hecho.

El tema fundamental en la decisión arbitral fue valorar que si bien Francia hizo poco en relación a la ocupación efectiva, México no pudo probar la anexión simbólica de España y menos aún actos de ocupación.

O sea que, salvo estos casos muy específicos, se requiere la ocupación efectiva como fundamento para establecer derechos exclusivos y permanentes sobre masas territoriales. La anexión simbólica no es pues un modo distinto de adquisición de territorio, sino un primer paso en el camino a la ocupación efectiva de un área determinada.

Sin importar aquellos escasos casos de anexión simbólica sin subsiguiente ocupación, la conducta de los Estados colonizadores fue otra. España, tras realizar actos de anexión simbólica en vastos territorios de Centro y Sur de América, procedió luego a ocuparlos, y lo mismo hicieron Francia y Gran Bretaña en América del Norte.

Los conflictos más numerosos se dieron en aquellos territorios de la periferia que no habían podido ocupar efectivamente, y no cuando la anexión simbólica era seguida de ocupación efectiva.

### *VIII.2. Reclamaciones basadas en la ocupación efectiva*

Desde hace varios siglos, en consecuencia, ha habido un cierto consenso en determinar que la ocupación efectiva es un método legítimo por el cual los Estados pueden establecer una adquisición de tierras sin dueño, *terra nullius*.

Dicho esto, la pregunta que se presenta es qué es “ocupación efectiva” y si la misma varía de acuerdo a los contextos.

La ocupación efectiva, tal como se estableció en el laudo de Clipperton, no es un acto aislado, sino una serie de actos; un proceso complejo de actividades variadas, que se extienden por un lapso considerable. Las mismas pueden ser realizadas no solo por Estados, sino por particulares, con diversos grados de autorización de los Estados y por Compañías o Corporaciones, como la Hudson’s Bay Company, la Virginia Company, la Royá African Company, la Compañía Fran-

cesa de las Indias Orientales y la British East India Company, entre otras<sup>198</sup>. Hay, asimismo, una serie de actividades que demuestran la intención o *animus* de ocupar, como la llegada de soldados, la erección de construcciones, el mantenimiento del orden público, la navegación en el área de buques de guerra, la emisión de licencias o concesiones, la organización de formas de gobierno, el establecimiento de industrias, instituciones de educación, el comercio, la agricultura y la construcción de caminos. O sea, la ocupación varía de acuerdo a las circunstancias y las características de los territorios. Así, los objetivos han ido desde las declaraciones más formales de *animus occupandi* junto a anexión o formas simbólicas, hasta las demandas más informales de derechos de comercio transitorios en determinadas áreas<sup>199</sup>.

La similitud entre estas frases y las utilizadas en las instituciones de Derecho Privado en relación a la ocupación son claras: “La adquisición de la posesión por actos es una cuestión simple, requiere el *animus* y el *corpus*, debiendo estar bajo nuestro control, lo cual no quiere decir en nuestra persona, variando el control efectivo de acuerdo a la naturaleza de la cosa”<sup>200</sup>. Las áreas sujetas a ocupación han estado en algunos casos cerca de otras con soberanía claramente establecida, o en ocasiones a grandes distancias, aún separadas por océanos; en algunos casos ha sido durante extensos períodos, y en otros no; en algunos casos ha habido violencia en la ocupación y en otros, cooperación pacífica.

Por lo tanto, a continuación se analizarán no los casos de anexión simbólica o descubrimiento frente a la ocupación, sino los de reclamos entre Estados basados en diferentes grados de ocupación. Es evidente que las primeras **áreas** a ser adquiridas eran las más ricas en recursos y más aptas para la vida y el desarrollo, como las Américas,

198. Sir Mark F. LINDLEY, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law* London, Longmans, Green & Co. 1926, pp. 82-122..

199. Lassa Oppenheim entiende que para lograr la ocupación efectiva: “[...] it is necessary for the claimant state, to take the territory under its sway (*corpus*) with the intention of acquiring sovereignty over it (*animus*)”. OPPENHEIM, L., *International Law*, 1955, p. 557.

200. BUCKLAND, W. W., *A Textbook of Roman Law from Augustus To Justinian*, Cambridge University Press, 1927, 756 pp., p. 201.

Australia, Nueva Zelandia y partes de África, y el modo era la ocupación a través del establecimiento.

En segundo lugar, aquellas áreas que quizás no fueran tan aptas para la colonización, pero que eran ricas en recursos, dotando alguna autoridad gubernamental que protegiera los derechos comerciales y mantuviera un mínimo de orden entre las poblaciones nativas. La mayor parte del continente africano entra en esta categoría, hasta su partición formal a fines del siglo XIX.

En último término, los territorios pobres en recursos, como las regiones polares o algunas islas pequeñas.

En las disputas juegan los conceptos analizados de anexión simbólica y ocupación efectiva. Si había una disputa entre quien reclamaba basándose en la anexión simbólica y otro basado en la ocupación efectiva, se prefería la ocupación efectiva.

Así, por ejemplo, para mediados del siglo XVII, los títulos de España no eran discutidos sobre Sudamérica, salvo Brasil, América Central, México, el Sur de California y Nuevo México, y lo mismo los de otras potencias. En definitiva, fueron validados los reclamos basados en el descubrimiento y la anexión simbólica, pero que estaban luego apoyados en una ocupación efectiva.

Mayor evidencia relacionada con el tema de la ocupación puede observarse en el Arbitraje sobre la Guyana Británica, en 1899. Los límites entre Venezuela y la Colonia Británica habían estado en disputa desde 1841<sup>201</sup>. En 1897, Venezuela, Gran Bretaña y los Estados Unidos, actuando por Venezuela, firman un Compromiso Arbitral que preveía que los árbitros se guiarían por ciertas reglas especiales y principios del Derecho Internacional que no fueran contrarios a esas reglas. Una de esas reglas especiales establecía: "Article IV a: [...] adverse holding or prescription during a period of fifty years shall make a good title and that political control [...] as well as actual settlement [...] may be deemed sufficient to constitute adverse holding".

Venezuela reclamaba la zona como sucesora en los derechos de España que la había descubierto, y Gran Bretaña se basaba en la ce-

201. LINDLEY, Mark F., *The Acquisition and Governmnet of Backward Territory in International Law* London Longmans, Green & Co., 1926, pp. 82-123.

sión por Holanda de la Colonia en 1614. De allí que la mayoría de los argumentos se centraban en el grado en que Holanda y España habían ocupado la región en forma efectiva. Gran Bretaña aceptaba que Holanda había explorado y desarrollado el área, reglamentado el comercio con los nativos, y realizado explotaciones madereras y de minería, entre otras. En sus argumentos, Gran Bretaña define la ocupación efectiva como: “[...] the use and enjoyment of the resources of the country and the general control of its inhabitants, under the protection and by the authority of a Government claiming and exercising jurisdiction in that behalf”<sup>202</sup>. O sea, invocaba el uso y aprovechamiento de los recursos en el área así como el control político. Venezuela, por su parte, sostuvo que España había tomado posesión simbólica de toda la costa de Guyana, y había perfeccionado su título con el establecimiento y control sobre ciertas áreas, mientras que Inglaterra y Holanda solo habían adquirido título a través de la conquista. Asimismo, que el control político, aún sin el aprovechamiento de los recursos, era suficiente para constituir ocupación efectiva. Gran Bretaña rechazaba los argumentos de Venezuela sobre la anexión simbólica y la afirmación de que los territorios que no estaban ocupados por Holanda pertenecían a España. El laudo otorgó a Gran Bretaña la mayor parte del área, excepto sobre dos sectores: una porción de territorio donde Venezuela había probado el establecimiento y la explotación, y donde habían existido Misiones religiosas de España, y más tarde un establecimiento de Venezuela. A cada parte se le reconoció el área donde había podido probar ocupación efectiva.

Con respecto a África y especialmente en las regiones tropicales, excluyendo partes del Norte de África, y Sudáfrica, hasta 1884, los Estados europeos solo ocupaban franjas costeras, dedicándose al comercio.

Portugal se había anexado simbólicamente grandes porciones de territorio, pero solo había ocupado efectivamente una pequeña proporción. Es por eso que en los casos de controversias se le requirió, como a España en las Américas, la prueba de la ocupación real y efectiva. En una disputa entre Gran Bretaña y Portugal, en relación a la

202. *Ibidem*, p. 156.

soberanía de la Bahía de Delagoa, bajo arbitraje en 1875, Portugal sostuvo ocupación así como que al tiempo que había adquirido el área, el descubrimiento y la anexión simbólica eran bases para un título suficiente, y, en consecuencia, tal título en la actualidad no podía ser cuestionado.

Gran Bretaña, en cambio, adujo que el título no podía ser adquirido permanentemente por la mera anexión simbólica sin ocupación actual<sup>203</sup>. En este caso, el Arbitraje de Mc Mahon, Presidente de Francia, fue favorable a Portugal que, además, pudo probar que había ocupado efectivamente el área<sup>204</sup>.

203. "Great Britain v. Portugal" (1875), 149 C.T.S. 363; Moore, *Int. Arb.*, 4984.

204. The bay was discovered by the Portuguese navigator Antonio de Campo, one of Vasco da Gama's companions, in 1502, and the Portuguese post of Lourenço Marques was established not long after on the north side of the English river. In 1720, the Dutch East India Company built a fort and "factory" on the spot where Lourenço Marques now stands; but in 1730 the settlement was abandoned. Thereafter the Portuguese had intermittently - trading stations in the Espírito Santo. These stations were protected by small forts, usually incapable, however, of withstanding attacks by the natives. In 1823 Captain (afterwards Vice-Admiral) W. F. W. Owen, of the British navy, finding that the Portuguese exercised no jurisdiction south of the settlement of Lourenço Marques, concluded treaties of cession with native chiefs, hoisted the British flag, and appropriated the country from the English river southwards; but when he visited the bay again in 1824 he found that the Portuguese, disregarding the British treaties, had concluded others with the natives, and had endeavoured (unsuccessfully) to take military possession of the country. Captain Owen rehoisted the British flag, but the sovereignty of either power was left undecided till the claims of the Transvaal Republic rendered a solution of the question urgent. In the meantime, Great Britain had taken no steps to exercise authority on the spot, while the ravages of Zulu hordes confined Portuguese authority to the limits of their fort. In 1835 Boers, under a leader named Orich, had attempted to form a settlement on the bay, which is the natural outlet for the Transvaal; and in 1868 the Transvaal president, Marthinus Pretorius, claimed the country on each side of the Maputa down to the sea. In the following year, however, the Transvaal acknowledged Portugal's sovereignty over the bay. In 1861 Captain Bickford, R.N., had declared Inyak and Elephant islands British territory; an act protested against by the Lisbon authorities. In 1872 the dispute between Great Britain and Portugal was submitted to the arbitration of M. Thiers, the French president; and on the 19<sup>th</sup> of April 1875 his successor, Marshal MacMahon, declared in favour of the Portuguese. It had been previously agreed by Great Britain and Portugal that the right of pre-emption in case of sale or cession should be given

Otro conflicto entre estos dos Estados, esta vez en **África** Central, se resolvió a través de un Tratado en 1891<sup>205</sup>, que determinó las respectivas esferas de influencia. Este Tratado, sin embargo, tenía algunos puntos oscuros que fueron posteriormente decididos por arbitraje<sup>206</sup>.

En el siglo XX, diferentes Estados han realizado reclamos basados en distintos modos de adquisición, como el descubrimiento, la anexión simbólica y la proximidad. Gran Bretaña, por ejemplo, respecto a las islas que dependen de las Malvinas, llamadas Falkland Islands Dependencies, en 1906 y 1908, con una serie de actos que ya

---

to the unsuccessful claimant to the bay. Portuguese authority over the interior was not established until some time after the MacMahon award; nominally the country south of the Manhissa river was ceded to them by the Matshangana chief Umzila in 1861. Al respecto de este y otros arbitrajes entre Portugal y Gran Bretaña en la región, ver Sir E. Hertslet, *The Map of Africa by Treaty*, iii. 991-998 (London, 1909). Consult also the British blue-book, Delagoa Bay, Correspondence respecting the Claims of Her Majesty's Government (London, 1875); L. Van Deventer, *La Hollande et la Baie Delagoa* (The Hague, 1883); G. McC. Theal, *The Portuguese in South Africa* (London, 1896), and *History of South Africa since September 1795*, vol. v. (London, 1908). The Narrative of Voyages to explore the shores of Africa. Performed [...] under direction of Captain W. F. W. Owen, R.N. (London, 1833).

205. On 11<sup>th</sup> June, 1891, a Treaty was signed between Her late Majesty the Queen of Great Britain and Ireland, Empress of India, and His Most Faithful Majesty the King of Portugal and the Algarves, Article IV, of which Treaty is as follows:

"It is agreed that the western line of division separating the British from the Portuguese sphere of influence in Central Africa shall follow the centre of the channel of the Upper Zambezi, starting from the Katima Rapids up to the point where it reaches the territory of the Barotse Kingdom".

"That territory shall remain within the British sphere; its limits to the westward, which will constitute the boundary between the British and Portuguese spheres of influence, being decided by a Joint Anglo-Portuguese Commission, which shall have power in case of difference of opinion to appoint an Umpire". It is understood on both sides that nothing in this Article shall affect the existing rights of any other State. Subject to this reservation, Great Britain will not oppose the extension of Portuguese Administration outside of the limits of the Barotse country. *British and Foreign State Papers*, Vol. XCVII, p. 504. *Ibid.*, Vol. LXXXIII, p. 2.

206. Reports of International Arbitral Awards Recueil des Sentences Arbitrales The Barotseland Boundary Case ("Great Britain, Portugal"), 30 May 1905, Volume XI, pp. 59-69.

han sido analizados al tratar los casos de Antártida<sup>207</sup>. El grado de efectividad en la ocupación requerido en los casos de las islas ha variado de acuerdo a las diferentes características y circunstancias de estos territorios. Si las islas no son importantes o están deshabitadas, la práctica aceptada ha sido que el Estado puede llevar a cabo periódicamente actos de autoridad gubernamental que demuestren la continuidad de su reclamo.

Un ejemplo interesante es el de los Estados Unidos, que decidió en un determinado momento ocupar islas mediante la llamada Guano Islands Act de 1856, que establecía: "Whenever any citizen of the United States discovers a deposit of guano on any island, rock, or key, not within the lawful jurisdiction of any other Government, and not occupied by the citizens of any other Government, and takes peaceful possession thereof, and occupies the same, such island, rock, or key may, at the discretion of the President, be considered as appertaining to the United States"<sup>208</sup>.

En 1857, ciudadanos americanos descubren depósitos de guano en la isla de Navassa, a 30 millas de la costa de Haití. Frente a la protesta de este último, Estados Unidos entiende que no ha podido probar una posesión efectiva, uso o ejercicio de jurisdicción, de allí que el reclamo no fuera aceptado<sup>209</sup>. Otra disputa similar se plantea con Perú sobre la llamada isla Lobos, sobre la cual Estados Unidos también sostuvo que la posesión efectiva y el uso eran necesarios para mantener el título válido, a pesar de la proximidad de la misma con la costa peruana. Perú, sin embargo, demostró que había ejercido jurisdicción en la isla por un período de tiempo considerable y los Estados Unidos retiraron el reclamo<sup>210</sup>.

La contigüidad o proximidad no ha sido casi nunca base sólida para fundar por sí sola un reclamo de apropiación, pero es un factor a

207. Sir Humphrey WALDOCK, *Disputed Sovereignty in the Falkland Islands Dependencies*, B YBIL.311. 37 (1948).

208. Guano Islands Act. 11 Stat. 119 18<sup>th</sup> August 1856. 48 U.S.C. Chapter 8 §§ 14111-14119.

209. BASSETT, John, *Moore Digest of International Law*, Washington Government Printing Office, 1906, pp. 266-267.

210. *Ibidem*, pp. 266-267, 575.

tener en cuenta, de acuerdo a la extensión y el tipo de actividad necesaria para la posesión efectiva<sup>211</sup>.

En el caso de la Isla de Palmas se rechazó a favor de Holanda el reclamo de contigüidad de los Estados Unidos<sup>212</sup>.

Con respecto al lapso durante el cual el reclamo se realiza en relación a la apropiación exclusiva, si bien, como ya se afirmó, no existe una doctrina sobre la prescripción en el Derecho Internacional, es otro factor a tener en cuenta respecto a la legalidad de los reclamos. Holanda basaba su reclamo en el continuo y pacífico despliegue de autoridad estatal sobre la Isla de Palmas<sup>213</sup>. “[...] what is essential in such a case is the continuous and peaceful display of actual power in the contested region”<sup>214</sup>. Holanda había cumplido los requisitos desde 1700 y su autoridad no había sido discutida.

La suma de todos estos casos y la doctrina nos permiten concluir que la ocupación efectiva es necesaria para legitimar los títulos de soberanía, a través de una serie de actividades a lo largo del transcurso del tiempo, abarcando no solo el *animus occupandi* o anexión simbólica sino el *corpus*, es decir, actos reales y efectivos de ocupación, con despliegue de población y actividades, que variará en intensidad de acuerdo a las circunstancias geográficas, climáticas y económicas del área.

La jurisprudencia más actual de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan*, en el año 2002, confirma estos postulados sobre la superioridad de la ocupación efectiva: “Generally, the judicial decisions and arbitrations point to a pattern that when ambiguity exists, the continuous and actual displays of authority, evidence of possession, and acquiescence

211. VON DER HEYDTE, *Discovery, Symbolic Annexation and Virtual Effectiveness in International Law*, 29 AJIL, pp. 448-45, 470-472 (1935).

212. Reports of International Arbitral Awards Recueil des Sentences Arbitrales Island of Palmas case (“Netherlands, USA”), 4 April 1928, Volume II, p. 867; pp. 829-871.

213. *Ibidem*, p. 867.

214. *Ídem*.

by other states to the exercise of sovereignty are of decisive importance in determining sovereignty issues”<sup>215</sup>.

### **IX. LA PENUMBRA DEL CONFLICTO SOBRE LAS ISLAS MALVINAS. LA DEMANDA BRITÁNICA ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN 1956 SOBRE LAS ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR Y TERRITORIOS ANTÁRTICOS.**

Es importante entender algunas cuestiones que se plantearon en esta demanda británica, ya que se refiere a aspectos relacionados con la disputa de soberanía. Inglaterra, en la misma, no menciona a las Malvinas, pero sí a las llamadas Falkland Islands Dependencies, o sea, un conflicto paralelo. Argentina no aceptó la litis y sostuvo que se debía tratar de las Islas Malvinas y no solo de las llamadas Dependencias, cuestión accesoría. Sin embargo, el análisis de la demanda es útil ya que se plantean los temas de ocupación efectiva y anexión simbólica, así como el estudio de las acciones argentinas frente a los británicos a lo largo de un cuarto de siglo, tanto en los mismos territorios, como en Organizaciones Internacionales<sup>216</sup>.

En el Párrafo 2º de la demanda Inglaterra afirma que por mucho tiempo han existido diferencias entre ambos Gobiernos en relación a pretensiones de soberanía que Argentina realiza desde 1925, y en otras fechas posteriores, respecto de territorios antárticos y subantárticos, que Gran Bretaña fundamenta como propios desde el período de 1775 a 1843. Los denomina Falkland Island Dependencies, como proclamadas y colocadas bajo la administración de la Corona y del Gobierno de la Colonia de las Islands Falkland a través de las Royal Letters Patent, del 21 de julio de 1908. Los territorios incluidos son: South Georgia, South Orkneys, South Shetlands, Sandwich Islands

215. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning Sovereignty Over Pulau Ligitan And Pulau Sipadan (Indonesia-Malaysia), Judgement of 17 December 2002.

216. International Court of Justice Pleadings, Oral Arguments, Documents Antarctica Cases (“United Kingdom v. Argentina”; “United Kingdom v. Chile”), Orders of March 16th 1956. Removal from the List.

y Graham Land<sup>217</sup>. Admite que el Gobierno argentino ha formulado pretensiones en 1925 sobre las Orcadas del Sur, en 1927 sobre las mismas y South Georgia, y en 1937 a todos los territorios que forman las llamadas Falkland Island Dependencies. "Subsequently, the Republic of Argentina, in a notice of claim deposited on Deception Island (South Shetlands) in January, 1942, and in a Note addressed to the United Kingdom Government on February 15, 1943, defined her pretensions in the area south of latitude 60' South as covering all Antarctic lands and dependencies between longitudes 25" and 68" 34' West. This westerly limit was later extended by a decree of September 2, 1946, to longitude 74' West. Thus, the pretensions which Argentina has from time to time formulated to territories in the Falkland Islands Dependencies appear to cover South Georgia and the South Sandwich Islands as well as the islands and lands situated between 25' and 68" 34' West and south of latitude 60" South".

Tras establecer las pretensiones argentinas, en el Párrafo 6° de la Presentación Británica se exhiben los títulos británicos, los descubrimientos históricos y los actos de anexión realizados por nacionales de ese Estado entre 1675 y 1843.

"6. The British title to the territories concerned goes back to a number of dates varying from, at latest, 1775 to 1843. The first discovery of any of the islands or lands of the Falkland Islands Dependencies may well have been that of South Georgia in 1675 by the British merchant Anthony de la Roche. This group of islands was rediscovered in 1775 by the great English navigator Captain, James Cook, R. N. On January 17 of that year he landed at three places on the island, took possession of it formally in the name of King George III and called it South Georgia in honour of the King".

"7. Captain Cook also discovered the South Sandwich Islands in 1775. Sailing eastwards from South Georgia, he sighted first a small group of islands which he called the Clerke Rocks after the name of his lieutenant, and then, on January 31, a larger group which he called the Sandwich Land after the First Lord of the British Admiralty of that date".

217. *Ibidem*, Application, p. 9.

“11. The first discoveries of South Georgia, the South Sandwich Islands, the South Orkneys, the South Shetlands and Graham Land were thus all made by British nationals, a fact reflected in the names given to these territories by which they have been known, and have figured in maps and charts, ever since. The same applies to Coats Land, as to which see paragraph 14 below. Some discoveries of particular parts of these principal groups of territory were made by explorers or seamen of other nationalities; but the initial discoveries of all five principal groups were British”.

En este párrafo se demuestra claramente que Gran Bretaña asigna importancia al descubrimiento, así como que en las Sandwich del Sur no pudo establecer posesión efectiva, debido a las circunstancias y condiciones locales. “There were no Spanish or Argentine discoveries. Furthermore, during this early period in Antarctic history from 1678 to 1843, [...] acts of annexation were performed in the name of the British Crown at places ashore within all the principal groups except the South Sandwich Islands, where, frequently, the local conditions render landing impossible. On the other hand, during this period no acts of annexation were performed in any of the territories concerned on behalf of any other State”<sup>218</sup>. El 21 de julio de 1908, las Georgias del Sur, Orcadas del Sur, Shetland del Sur, las Sandwich y el llamado territorio de Graham Land son declaradas formalmente como Dependencias de la Colonia de las Islas Falkland.

A continuación, se plantea el despliegue de autoridad británica entre 1908 y 1938, se citan las Letters Patent de 1907 y 1917, y las efectividades de autoridad estatal a través de la sanción de leyes y actos administrativos: “17. In pursuance of the authority contained in the Letters Patent of 1908, a Falkland Islands Ordinance was promulgated in that year under which the Governor in Council was empowered to declare any law passed for the Colony to be applicable also in the Dependencies so far as might be appropriate to their circumstances. Under this principal Ordinance numerous laws were either made or made applicable to the Dependencies by the Governor in Council, covering inter alia the administration of civil and criminal

218. *Ibidem*, Application, p. 13.

justice, marriage, testacy and intestacy, &c., and constituting a full and sufficient corpus of laws for those territories, having regard to their particular circumstances. 18. Especially important are the laws made by the Falkland Islands Government for whaling and sealing, which provide convincing proof of the effectiveness of Great Britain's display and exercise of sovereignty in the Dependencies [...] It shows that one of the chief objects of the legislation was the conservation of stocks by regulating the number and tonnage of whaling vessels, the number of whaling licences, the number of whales to be taken by each licence-holder, by protecting whale calves and by other measures. Analogous if somewhat less elaborate, laws were introduced in 1909 for the regulation of sealing in the Dependencies. These laws made it unlawful to take seals in the Dependencies without a licence, gave authority for the issue of licences, and provided for the creation of a close season and of seal reserves".

De la lectura de esta serie se observa que estos actos son muy similares a los que realizaba, primero, el Virreinato del Río de la Plata y, luego, Vernet como órgano de las Provincias Unidas, en las Malvinas, y si valen para Inglaterra también deben ser válidos para la República Argentina.

El Párrafo 24 (2) se refiere a los intercambios diplomáticos, principalmente con Argentina, así como a los que plantea como actos de reconocimiento o aquiescencia de esta. "The existence of British claims to at least some of the Dependencies was also well known in Argentina before the issue of the Letters Patent of 1908. It has been mentioned above paragraph 15, that as early as 1906 an Argentine company, the Compañía Argentina de Pesca, took out a British lease of land in South Georgia for 21 years. Indeed, it was their Director for of. Armaments of the Argentine Ministry of Marine who, in his capacity as technical adviser to the company, visited the British Legation in Buenos Aires to apply for the lease. In the same year Great Britain, in order to remove any possible misconception as to the legal basis on which operation of the meteorological station on Laurie Island in the South Orkneys had been transferred to the Argentine Meteorological Office (see paragraph 14 above), addressed a note to the Argentine Government emphasising that the islands were a British possession.

This reservation of the British sovereignty over the South Orkneys was repeated to Argentina in January 1907. Shortly afterwards, when Chile proposed to Argentina the negotiation of a treaty dividing between the two countries 'the islands and the American Antarctic continents', the Argentine Foreign Minister, in rejecting the proposal, said expressly that 'Chile ought to know that England claimed all these lands'. In 1908, after the issue of the Letters Patent formally constituting the Falkland Islands Dependencies, the Argentine Foreign Minister asked to be informed of the terms of the British 'declaration'. Accordingly, the British Minister in Buenos Aires in a note of February 20, 1909, transmitted to the Argentine Foreign Minister a copy of the Falkland Islands Gazette containing the text of the Letters Patent. The Argentine Foreign Minister replied in a note of March 18, 1909: I have the pleasure of acknowledging the receipt of your Note dated the 20<sup>th</sup> of February last with which you were good enough to forward a publication called Falkland Islands Gazette containing a Decree by which the 'South Orkneys' are declared a dependency of the Falkland Islands. While thanking you for this attention, I am happy to renew to you the assurances of my high consideration".

"The British Minister, in communicating this reply to the British Foreign Office, commented that he concluded from its terms that Argentine Government do not dispute the rights of Great Britain over the South Orkneys".

"A fortiori it is to be concluded from the terms of her reply that in 1909 Argentina did not dispute the British title to South Georgia, the South Sandwich Islands, the South Shetlands and Graham Land, which territories were also covered by the communication sent to the Argentine Government, but were not mentioned in the Argentine reply".

En 1912, sin embargo, los ingleses deciden ceder las Orcadas a cambio de un predio para su Embajada en Buenos Aires, y del reconocimiento de derechos en caza de ballenas. El Tratado de cesión estaba listo para ser firmado, pero en 1914, el Gobierno argentino decidió por razones financieras no llegar al acuerdo, si bien ya existía una estación meteorológica argentina en la isla Laurie del archipiélago.

La demanda continúa realizando una mención de la serie de aquiescencias o reconocimientos, tanto expresos como tácitos, reali-

zados por Argentina: "Again, Argentina made no protests or reservations against the issue of the British Letters Patent of 1917. Nor did she make any protests or reservations against the promulgation of British Law for the Dependencies, nor against the application of those laws to the Argentine company, the Compañía Argentina de Pesca, and to other foreign companies. Nor did she make any protests or reservations against the exercise of authority by British magistrates in the several territories of the Falkland Islands Dependencies and, in particular, in the South Orkneys, South Shetlands, and Graham Land. These facts establish beyond question that at this period Argentina recognised British sovereignty over the Dependencies".

Sin embargo, alega, en 1925 Argentina cambia el curso, y comienza una serie de acciones que, según el Reino Unido, tienen por objeto usurpar la soberanía de la Corona y reemplazarla con una pretendida soberanía argentina: Por ejemplo, con la construcción de estaciones meteorológicas, la asignación de frecuencias de radio y la jurisdicción postal, de acuerdo a las Convenciones Internacionales. "27. Notwithstanding this, the Argentine Government in 1925 embarked upon a course of action by which it has progressively, and it would seem deliberately, sought to encroach upon the Falkland Islands Dependencies, with a view to ousting the British Crown from its sovereignty, and to replacing it by a pretended Argentine sovereignty. In that year, on the erection by Argentina of a wireless station at the observatory on Laurie Island, a Note was addressed to the Argentine Government drawing its attention to the fact that under the relevant International Telegraph Conventions, the call sign would have to be applied for through the British Government.

The Argentine Government replied that, with regard to wireless stations constructed on Argentine territory, it would act in accordance with the Conventions. In view of the equivocal nature of this reply, a further Note was addressed to the Argentine Government on April 14, 1926, emphasising Great Britain's undoubted rights to the sovereignty of the islands and pointing out the absence of any previous notice of claim on the part of Argentina. No answer was returned by Argentina and the wireless station being put into operation in 1927 without reference to the British Government. The latter learned from the International Telegraph Bureau at Berne that the call signal had

been applied for by Argentina in term simplifying an assumption of Argentine sovereignty over the South Orkneys. Great Britain having objected to this action in a Note of September 8, 1927, Argentina replied in a Note of January 20<sup>th</sup> 1928, that she herself laid claim to the South Orkneys on the ground, apart from pretended 'inalienable rights', of an alleged first occupation constantly maintained. This may be contrasted with the Argentine attitude about the South Orkneys in 1909, described in paragraph 24 (2) above and as regards the pretended Argentine 'first occupation', [...] At the same time, however, the Argentine Government in an accompanying memorandum showed itself conscious of the weakness of its position by suggesting the reopening of the negotiations for the exchange of the island against the grant of a Legation site in Buenos Aires [see paragraph 24 (2) above]. Meanwhile, the Argentine Government in 1927 had also represented to the International Postal Bureau at Berne that Argentine territorial jurisdiction extended de jure and de facto over both the South Orkneys and South Georgia. On this statement being contested by Great Britain in an aide-mémoire of December 17, 1927<sup>219</sup>, the Argentine Government replied that, as regards the South Orkneys, it formally reaffirmed its previous claim. Accordingly, Great Britain took steps in 1928 to notify the International Postal Bureau that both the South Orkneys and South Georgia were included in the Falkland Islands Dependencies and were represented in Postal Union matters by the British Postmaster-General".

La controversia también se observa en materia de Tratados y reservas a los mismos en relación al ejercicio de la jurisdicción, y en esto Argentina también actúa en Conferencias sobre Tratados de Caza de Ballenas y en las Convenciones Postales del Cairo de 1934, no reconociendo la jurisdicción británica sobre esos territorios. Continúa la presentación británica: "28. On June 1<sup>st</sup>, 1937, the Argentine Ambassador in London drew the attention of the Foreign Office to a statement by the British Minister of Agriculture and Fisheries at the inaugural session of the Whaling Conference, to the effect that the Dependencies were under the jurisdiction of the Falkland Islands Government,

and he reserved the rights claimed by Argentina over them. The Ambassador's démarche was the first intimation of an Argentine claim not merely to South Georgia and the South Orkneys but to all the territories of the Falklands Islands Dependencies. The progressive and deliberate character of the Argentine invasion of British rights in thus evident. The British Foreign Secretary, while joining in an agreed statement that the character and purpose of the Whaling Conference had nothing to do with questions of jurisdiction, made an express declaration that the Argentine reservation could not in any way affect British rights to the Falkland Islands Dependencies.

That Argentina had now enlarged her pretensions to include all the Dependencies was, however, confirmed by an express reservation to that effect on September 22, 1938, made by the Argentine President when promulgating Argentina's ratification of the various postal conventions concluded at Cairo on March 20, 1934, which the United Kingdom had signed on behalf of the Falkland Islands and their Dependencies".

Con tales fundamentos, el Reino Unido plantea su pretensión y consiguiente rechazo de las pretensiones de Argentina e insiste en demostrar sus efectividades sobre los territorios en disputa. "29. The methods (of which some account has just been given) by which Argentina sought between 1925 and 1938 to advance pretensions to the sovereignty of the Falkland Islands Dependencies were not those to be expected of a State already having sovereignty, and relying upon prior and well-established legal titles. They were rather those of a State seeking gradually to manoeuvre another State out of its possession and rights. Instead of actively displaying and exercising its authority in and in regard to the territories of the Dependencies in accordance with their circumstances, the Argentine Government merely attempted by diplomatic moves to throw doubt upon the existing British titles. Thus, in the first quarter of the present century, when the territorial waters of the Dependencies were the base of operations of several whaling companies of different nationalities, Argentina took no measures (as a prudent sovereign would have done, or sought to do) to regulate these activities, or to conserve the stocks of the principal economic resource of the territories concerned. Nor in 1927, although she was a Member of the League of Nations and had recently formulated pretensions to the South Orkneys and South Georgia, did Argentina take any part in

the Whaling Conference convened at Geneva in that year under the auspices of the League, which, if she had had sovereignty over these territories, she might be expected to have done. Nor did she voice any objection to the fact that the United Kingdom took a leading part in that conference in its capacity as the State responsible for the regulation of whaling in the Falkland Islands Dependencies.

It was only in 1937 that Argentina first participated in an international whaling conference and contested the United Kingdom's right to represent the whaling interests of the Dependencies.

During the whole period up to 1938 Argentine interests in the Dependencies consisted in actual practice of a meteorological station in the South Orkneys, taken over (but not on a basis of sovereignty) by the permission and at the invitation of the British Government [see paragraphs 14 and 24 (2) above], and an Argentine whaling Company operating in South Georgia continuously under leases and licences issued by the British Crown as sovereign of the Dependencies [see paragraphs 15 and 19 (1) above]. On the other hand, Great Britain during this period, as related in paragraphs 13-25 above, displayed and exercised her authority in and in regard to the Dependencies according to their circumstances. During all this period, up to 1938, Great Britain alone undertook the responsibilities of sovereignty and performed the functions of a State in and in regard to the several territories of the Dependencies. It is not, therefore, to be wondered at that as indicated above, the British Government rejected all Argentina's pretensions to the territories of the Dependencies and continued to assert its own titles to them".

Con la Segunda Guerra Mundial se inicia una nueva atapa en esta lucha sorda entre ambos Estados, con diversos despliegues de autoridad sucesivos en los archipiélagos, lo cual obliga a que Gran Bretaña envíe navíos y personal a distintas bases, para afirmar su soberanía, frente a las actividades de Argentina. Relata: "30. After the outbreak of the Second World War, in 1939, the United Kingdom Government was occupied in the North and South Atlantic in dealing with attacks by Axis naval forces on Allied and Neutral sea-borne trade; and in March, 1941, dispatched H. M. S. Queen of Bermuda to the South Shetlands to destroy oil tanks and stocks of oil left on Deception Island by the Hektor Whaling Company, one of the companies

holding a lease of land on that island from the British Crown. This measure, which was taken to deny the use of the oil tanks and fuel stocks to Axis raiders, constituted a most significant display and exercise of British overignty over the South Shetlands.

In January 1943, another British warship, H. M. S. Carnarvon Castle, was dispatched to the South Orkneys and South Shetlands, to examine the anchorages in those territories for any signs of use by enemy raiders, and to investigate Press reports of purported acts of sovereignty at Deception Island by the Argentine naval transport, *Primero de Mayo*.

H. M. S. Carnarvon Castle landed a party at Deception Island in the South Shetlands on January 8, and there obliterated from the walls of the Hektor Whaling Company's factory the national colours of Argentina, which appeared to have been painted on them recently by the *Primero de Mayo*, and also removed the Argentine notice of claim mentioned in paragraph 3 above. A writ was at the same time affixed to the building proclaiming that the company's lease had lapsed and that the building was the property of the British Government. The warship then proceeded to the South Orkneys, and on February 8 landed a party on Signy Island, which erected flagstaffs carrying the Union Jack. The following day the vessel called at the meteorological station on Laurie Island and exchanged courtesies with the Argentine staff. Meanwhile the Argentine Government was notified of the visit of H. M. S. Carnarvon Castle to Deception Island, and was informed that the United Kingdom Government had no intention of allowing the British title to the island to be usurped by Argentina. Soon afterwards the *Primero de Mayo* was reported to be departing again for the Falkland Islands Dependencies [...].

31. The United Kingdom Government, in view of the apparent intention of Argentina and Chile to disregard British territorial rights in the South Orkneys, South Shetlands and Graham Land, dispatched H. M. S. *William Scoresby* and H. M. S. *Fitzroy* to those territories at the end of January 1944. These ships visited the mainland and coastal islands of Graham Land, Deception Island, the South Shetlands, and Signy Island in the South Orkneys.

A permanent shore base was established at Deception Island and another at Port Lockroy in the Palmer Archipelago off the west coast of Graham Land, meteorological stations being attached to both bases.

Further visits were paid by H. M. S William Scoresby to these two bases in March and again in April, 1944. Magistrates were sworn in for the South Orkneys, South Shetlands and Graham Land, and a special series of postage stamps were issued for the use of British establishments in those territories and in South Gorgia. Since 1944 the United Kingdom has maintained a number of British bases in the Dependencies, the following being the bases (either constructed or re-established) in the territories on which Argentina has made encroachments”.

El Gobierno británico enumera sus actividades de soberanía en los territorios en cuestión, así como reseña las argentinas. “The United Kingdom Government has sent ships to the South Shetlands-Graham Land area every Antarctic summer since 1944; and all the above bases, with the exception of those in Laurie Island and in the Debenham Islands, have been occupied either continuously or intermittently by British parties.

A special organisation, the Falkland Islands Dependencies Survey, was set up in 1945 to administer these bases, together with three others in the South Orkneys, and to supervise their work. Under its direction extensive surveys and explorations were carried out in the Dependencies, including ground surveys over large stretches of the Graham Land península, and meteorological stations were established.

Sovereignty was also displayed in other ways, as for example, by the appointment of magistrates, the issue of postage stamps, and the lodging of protests both locally and through the diplomatic channel against encroachments by Chilean and Argentine parties.

Thus, the United Kingdom Government has at all times taken such steps as were open to it in the circumstances to assert and maintain its title”.

A partir de 1941, expresa, la política de Argentina cambia, el estilo de reclamaciones se modifica y se transforma con acciones directas, reclamando su soberanía como sucesora en los derechos de España. “32. In 1941, Argentina which in the period 1925-1938 had put forward mainly paper claims, embarked upon a definite policy of encroachment in the South Orkneys, South Shetlands and Graham Land.

In that year the meteorological station on Laurie Island in the South Orkneys was manned by Argentine naval personnel, and the opening of a permanent post office in the South Orkneys was an-

nounced in Argentina and notified through the International Postal Union. The following year the naval transport *Primero de Mayo* was sent to Deception Island in the South Shetlands, where as has already been stated, it painted the Argentine colours on the walls of the Hektor Whaling Company's factory and deposited the notice claiming all land and dependencies between 25 and 68° 34' West, which is mentioned in paragraph 3 above.

The ship then proceeded to Lambda Island (Melchior Group), in the Palmer archipelago and erected a flag and beacon there [...] A year later the Argentine colours were obliterated by H. M. S. Carnarvon Castle and the Argentine act of possession was removed<sup>220</sup>. On being so informed the Argentine Foreign Minister replied that the Argentine Government considered its claims 'inherited from Spain'<sup>221</sup>.

In a Memorandum of February 15<sup>th</sup>, 1943, the Argentine Government reaffirmed its pretensions to all Antarctic lands and dependencies south of latitude 60° and between longitudes 25° and 68° 34' West.

It also purported to 'protest' against jurisdictional acts carried out by British officials. The United Kingdom Government in a Memorandum of April 7, 1943, replied asserting the British titles. Meanwhile the *Primero de Mayo* was engaged to a second expedition to the Antarctic, during which it visited the Melchior Islands and Port Lockroy in the Palmer archipelago, and Marguerite Bay further to the South.

The ship then returned to Deception Island in the South Shetlands, and there repainted the Argentine colours in the walls of the whale factory. It was after this expedition, that the United Kingdom, despite its heavy commitments in the Second World War, initiated in 1944, the programme of maintaining British bases in the South Orkneys, South Shetland and Graham Land, described in paragraph 31 above.

33. In 1947, some three years later after the renewal of the British programme of bases, the Argentine Government began a course of systematic encroachment of the British territories of the South Shetlands and Graham Land.

220. P. 29.

221. Inglaterra jamás las considera como dominio español, ni por descubrimiento ni por ocupación.

While continuing its meteorological station at Laurie Island in the South Orkneys, it proceed to establish as well a few emergency huts, the following Argentine posts [...] <sup>222</sup>. In the South Shetlands, Graham Land and its Archipelagos and Coats Land, between 1947 and 1955.

The posts are all within the Falkland Islands Dependencies and in area covered by British activity as already described. The recent or very recent establishment of these Argentine posts appears to foreshadow a rapid expansion of the present Argentine encroachments and violatons of British sovereignty.

Protests against these violations and encroachments have been lodged at various dates by the United Kingdom through the diplomatic cannal, and locally by officials of the British Administration in the Falkland Islands Dependencies,

The Argentine Government has nevertheless persisted in this policy of encroachment maintaining the above-mentioned posts and repeatedly manifesting its intention to continue to disregard the United Kingdom's prior and well established legal titles.

34. In the opinión of the United Kingdom Government, these Argentine acts taken together and related to the complete absence of any Argentine claim prior to 1925 or 1937, as the case may be depending on the territory concerned, and to the previous complete Argentine indifference to, and even recognition of the British claim, are evidence of a quite recent, deliberate, and considered policy of infiltration on the part of the Argentine Government directed to creating a semblance or fiction of Argentine sovereignty and to placing that Government in a position after a sufficient lapse of time, to argue that any previous British sovereignty was now replaced or overlaid by Argentine sovereignty. In effect this is a policy of usurpation" <sup>223</sup>.

Tras determinar sus imputaciones de usurpación, Gran Bretaña les resta importancia considerándolas de eficacia jurídica limitada. Sostiene que Argentina cristaliza la disputa en 1926 con respecto a las

222. P. 31.

223. International Court of Justice Pleadings, Oral Arguments, Documents Antarctica Cases ("United Kingdom v. Argentina"; "United Kingdom v. Chile"), Orders of March 16th 1956, p. 32.

Orcadas y, en 1937, con respecto a los otros territorios. “35. The acts of the Parties after 1925 in the case of the South Orkneys and after 1937, in the case of the South Shetlands and Graham Land, are of limited juridical relevance for two reasons [...] First, the dispute crystallised when Argentina first asserted her claims, namely in or about 1926 in the case of the South Orkneys, and in or about 1937 in the case of the other two territories; and according to well established principles of law, it is at the date of crystallization, that the rights of the Parties are to be adjudged.

The subsequent acts of the Argentine Government were clearly undertaken, not as a genuine manifestation of an existing title, but with a view to trying to create one, and in order to improve Argentina legal position, they are not therefore to be taken into consideration (Minquiers and Ecrehos Case, ICJ Reports 1953, p. 59).

If second, even if the United Kingdom had not previously acquired a good title, it undoubtedly displayed and exercised its sovereignty in and in regards to the South Orkneys, South Shetlands, and Graham Land, during (at the latest) a period running –in the case of the first named territory– from July 21, 1908 to 1925 and after and –in the case of the other two territories from July 21, 1908 to 1937 and after–.

Therefore, quite independently of its earlier titles the United Kingdom had already in this periods established as against Argentina, an unimpeachable title to the sovereignty of these territories. Accordingly, Argentina’s assertions of title to the South Orkneys in 1925 and thereafter, and to the Souths Shetlands and Graham Land in 1937 and thereafter were and always have been illegal and invalid [Eastern Greenland Case (1953) sic (1933) PCIJ Series A/B 53, p. 64]”<sup>224</sup>.

224. Permanent Court of International Justice Series A./B. Judgments, Orders and Advisory Opinions, Fascicule No. 53, Legal Status of Eastern Greenland, p. 64. En el caso citado de Groenlandia la doctrina fue: “Even if the period from 1921 to July 10th, 1931, is taken by itself and without reference to the preceding periods, the conclusion reached by the Court is that during this time Denmark regarded herself as possessing sovereignty over all Greenland and displayed and exercised her sovereign rights to an extent sufficient to constitute a valid title to sovereignty. When considered in conjunction with the facts of the preceding periods, the case in favour of Denmark is confirmed and strengthened”.

Continúa el alegato británico entendiendo que entre 1925 y 1937 Gran Bretaña no abandonó los territorios en cuestión: “Events subsequent to 1925 or 1937, as the case may be, are thus primarily relevant for the purpose of showing that in the face of Argentine pretensions, the United Kingdom, did not abandon, but actively maintained, its titles to the territories in question”.

Se invoca doctrina del conflicto entre Francia y Gran Bretaña por las islas del Canal de la Mancha Minquiers y Ecrehos resuelto a favor de esta última en 1953<sup>225</sup>, sobre el tema de la cristalización del conflicto y la determinación de la fecha crítica, en cuyo caso la Corte sostuvo: “The Parties have further discussed the question of the selection of a ‘critical date’ for allowing evidence in the present case. The United Kingdom Government submits that, though the Parties have for a long time disagreed as to the sovereignty over the two groups, the dispute did not become ‘crystallized’ before the conclusion of the Special Agreement of December 27<sup>th</sup>, 1950, and that therefore this date should be considered as the critical date<sup>226,227</sup>. [...] In such circumstances, and having regard to the view expressed above with regard to the evidence produced by the United Kingdom Government, the Court is of opinion that the sovereignty over the Minquiers belongs to the United Kingdom”<sup>228</sup>.

En base a las afirmaciones de la Corte en el caso de las Minquiers y Ecrehos, el Reino Unido afirma que ha mantenido en vigencia los títulos de soberanía sobre los territorios en cuestión, y con protestas rápidas, ofreciendo someter la disputa a negociaciones diplomáticas, arbitrales, y, finalmente, a la Corte. “Events subsequent to 1925 or 1937 as the case may be, are thus primarily relevant for the purpose of showing that, in face of the Argentine pretensions, the United Kingdom did not abandon, but actively maintained, its title to the territories in question [...] The United Kingdom by its continuing display of State activity by protests or other measures, which were always prompt, and

225. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders the Minquiers and Ecrehos Case (“France / United Kingdom”), Judgment of November 17th, 1953, p. 59.

226. *Ibidem*, p. 67.

227. *Ibidem*, p. 71.

228. *Ibidem*, p. 72.

evidence of the exercise of due vigilance, by attempts to settle the dispute through diplomatic negotiations, by actively seeking to bring the dispute to arbitration or judicial settlement [...] and by submitting the present Application to the Court, had energetically prosecuted its case, upheld its sovereignty, and maintained its rights and titles"<sup>229</sup>.

Gran Bretaña invoca, asimismo, a su favor, los casos de conflictos sobre islas que han sido aquí ya analizados. "36. The jurisprudence of international tribunals both negatives the Argentine claim and supports the legal titles of the United Kingdom more especially the awards and judgements in the following well known cases: The Island of Palmas 1928 2 R.I.A.A., p. 831; Clipperton Island 1931 2 R.I.A.A., p. 1105; Legal Status of Eastern Greenland PCIJ 1933, Series A/B 53; Minquiers and Ecrehos ICJ 1953, p. 47".

Asimismo, pretende rebatir el planteo de la contigüidad geográfica, invocando distancias, pero ha tomado un giro importante con la admisión de los derechos de los países sobre la plataforma continental, y que de alguna manera abona el argumento de contigüidad. Sostiene: "Again if it were possible to apply the doctrine of geographical contiguity to islands distant some 400 miles or to a separate continent distant some 500 miles from Argentine territory, the Island of Palmas Case (pp. 854-855 and 869-870) negatives completely an Argentine claim based on so called geographical grounds of title, and clearly lays down that they could not prevail against actual display and exercise of sovereignty". Invoca el Párrafo 462 del caso Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute ("Eritrea vs. Yemen"), que establece que la contigüidad tiene un carácter coadyuvante, si bien no crea títulos<sup>230</sup>. Paragraph 462: "Thus, the authorities speak of 'entity' or 'natural unity' in terms of a presumption or probability and moreover couple it with proximity, contiguity, continuity, and such notions, well known in international law as not in themselves creative

229. International Court of Justice Pleadings, Oral Arguments, Documents Antarctica Cases ("United Kingdom v. Argentina"; "United Kingdom v. Chile"), Orders of March 16th 1956, p. 32.

230. Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage of the Proceedings Between Eritrea and Jemen (Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute), p. 1299, October 1998, Volume XXII, pp. 209-232, RIAA.

of title, but rather of a possibility or presumption for extending to the area in question an existing title already established in another, but proximate or contiguous, part of the same 'unity'".

Afirma que si bien la Argentina nunca reconoció los títulos británicos, el no reconocimiento no altera los efectos legales del título ni de los actos administrativos realizados, así como de otras efectividades. "[...] the above mentioned leading cases show conclusively that all recognized judicial grounds strongly support the claims of the United Kingdom, and not those of Argentina [...] indicate that the British takings of possession described in Paragraphs 6-11 of the present Application created initial British titles superior to any of Argentina's pretended historical or geographical titles".

La presentación defiende, apoyada en tales casos, que el test principal de la soberanía es el ejercicio de funciones estatales, durante los períodos relevantes y que en estos territorios esas funciones fueron ejercidas por Gran Bretaña, hasta 1925, en el caso de las Orcadas y, hasta 1937, con respecto a los otros territorios. Cabe observar que en estos casos no hubo un acto de fuerza, sino como en los otros que se mencionan, un juego entre títulos históricos y efectividades<sup>231</sup>.

Gran Bretaña, en consecuencia, reclama no solo en base a los títulos de descubrimiento, sino de ocupación efectiva y un continuo y pacífico despliegue de soberanía; a través de actos y normas, y que las pretensiones argentinas son inválidas.

"45. The Government of the United Kingdom in submitting this Application to the Court, accordingly contends: (I) That by reason of historic British discoveries of certain territories in the Anctartic and the Sub Anctartic; by reason of the long, continued and peaceful display of British sovereignty from the date of these discoveries, onwards in, and in regard to, the territories concerned, by reason of incorporation of those territories in the dominions of the British Crown; by virtue of their formal constitution in the Royal Letters Patent of 1908 and 1917, as the British Possessions called the Falkland

231. International Court of Justice Pleadings, Oral Arguments, Documents Antarctica Cases ("United Kingdom v. Argentina"; "United Kingdom v. Chile"), Orders of March 16th, 1956, p. 34.

Island Dependencies: the United Kingdom possesses and at all material dates has possessed, the sovereignty over the territories of the Falkland Island Dependencies, and in particular the South Sandwich Islands, South Georgia, the South Orkneys, South Shetland, Graham Land and Coats Land.

(II) That the legal titles of the United Kingdom to the Falkland Island Dependencies [...], are and at all material dates have been superior to the claims of any other State, and in particular to those of the Republic of Argentina.

(III) That in consequence the pretensions of the Republic of Argentina to the South Sandwich Islands, South Georgia, the South Orkneys, South Shetland, Graham Land and Coats Land, and her encroachments and pretended acts of sovereignty in those territories, are under international law illegal and invalid<sup>232</sup>. Inglaterra sabía que tenía más alegatos favorables en este supuesto, en que no habían ocurrido desalojos por la fuerza, que en el de las Malvinas, y por eso presentó la demanda solo sobre los territorios mencionados. A su vez, la Argentina desconoció la competencia del Tribunal y no tomó intervención pues sostuvo que se debía tratar, en primer lugar, el tema de las Malvinas.

#### **X. LA DOCTRINA DE LA AUTOAYUDA O SELF HELP EN EL DERECHO INTERNACIONAL. LEGITIMIDAD DE LA ACCIÓN MILITAR ARGENTINA. LOS LÍMITES DEL DERECHO INTERNACIONAL**

Una de las cuestiones más complejas en la fase militar del conflicto es el carácter unilateral de la acción de Argentina expulsando a los británicos a través del uso de la fuerza. Esto, según algunos doctrinarios, le resta legitimidad a la posición argentina y justifica la de Gran Bretaña<sup>233</sup>.

El uso unilateral de la fuerza y su legalidad es una cuestión compleja, y frente a estos casos el sistema de las Naciones Unidas no es

232. *Ibidem*, p. 37.

233. FRANK, Thomas, *Dulce et Decorum Est: The Strategic Role of Legal Principles in the Falklands War*, 77 *Am. J. INT'L L.* 109 (1983).

de gran ayuda, ya que a los problemas que presenta la redacción del artículo 2º, Párrafo 4º, y que ya se han tratado en otros trabajos<sup>234</sup>, se le agrega el de las incoherencias entre la legalidad y la realidad internacional, debido a la fuerte impronta política.

Las disposiciones de la Carta, redactadas en 1945, se establecieron cuando existía cierto consenso entre las potencias vencedoras de la Segunda Guerra, pero este consenso duró poco, si bien fue el que sentó las bases del sistema de seguridad colectiva internacional. El Consejo de Seguridad aseguraría el cumplimiento del sistema y de las disposiciones de la Carta, y si un Estado no las cumplía se pondría en marcha el mecanismo del Capítulo VII.

El 3 de abril de 1982, el Consejo de Seguridad, en su Resolución 502, evita afirmar que la Argentina había incurrido en un acto de agresión porque eso implicaría que Gran Bretaña tuviera un título perfecto. En cambio, caracteriza la situación como un quiebre de la paz, demandando el cese de las hostilidades y la retirada de las tropas argentinas, y exhortando a ambas partes a la búsqueda de una solución diplomática<sup>235</sup>.

En el Derecho Internacional, la autoayuda es un signo de que el sistema legal no posee una autoridad válida o estructura centralizada, y si bien está formalmente prohibida en el artículo 2º, deja la puerta abierta a muchas excepciones en el artículo 51, al referirse a la legítima defensa. Este sistema no ha funcionado, muchos conflictos tuvieron lugar y el optimismo inicial se ha ido desvaneciendo. De allí que aparece un área gris entre la letra de la Carta y la realidad, en que muchas acciones unilaterales solo recibieron condenas verbales por parte del Consejo.

En numerosas ocasiones, a la parte que había sido condenada verbalmente y en violación al Derecho Internacional se le permitió continuar con los beneficios de sus actos en violación al mismo.

234. CAÑARDO, Hernando V., "La legitimidad en la acción colectiva del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas", *elDial.com* - DC10B8.

235. United Nations Security Council, Resolution 502, <http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/1982.shtml>.

Esta tendencia puede observarse desde 1949 con el apoyo de la Corte Internacional de Justicia, y fue el Reino Unido quien invocó precisamente la autoayuda, como derecho a realizar ciertos actos que no podrían ser realizados de otra forma.

En el caso del Canal de Corfú, el Reino Unido demandó a Albania por la supuesta colocación de minas en el Estrecho, que Gran Bretaña consideraba aguas internacionales. En consecuencia, en una operación naval, limpió el pasaje, tomó posesión de las minas y pretendió entregarlas a la Corte como evidencia del acto ilícito de Albania, que objetó afirmando que Gran Bretaña no tenía derecho a entrar en sus aguas territoriales a buscar las minas, por lo que no podían ser admitidas como evidencia<sup>236</sup>. La Corte condenó al Reino Unido por violar la soberanía de Albania, y por retirar las minas, pero las aceptó como evidencia, sentando el precedente de que en algunas ocasiones la acción unilateral es necesaria para proteger derechos o afirmarlos, aunque sea condenada<sup>237</sup>. Albania, a su vez, fue condenada por la colocación de las minas<sup>238</sup>.

236. Corfu Channel Case ("UK vs. Albania"), ICJ 4 Judgement April 9, 1949.

237. Accordingly, this was the ground on which the United Kingdom Government chose to establish its main line of defence. According to that Government, the *corpora delicti* must be secured as quickly as possible, for fear they should be taken away, without leaving traces, by the authors of the minelaying or by the Albanian authorities. This justification took two distinct forms in the United Kingdom Government's arguments. It was presented first as a new and special application of the theory of intervention, by means of which the State intervening would secure possession of evidence in the territory of another State, in order to submit it to an international tribunal and thus facilitate its task. The Court can not accept such a line of defence. The Court can only regard the alleged right of intervention as the manifestation of a policy of force, such as has, in the past, given rise to most serious abuses and such as cannot, whatever be the present defects in international organization, find a place in international law. Intervention is perhaps still less admissible in the particular form it would take here; for, from the nature of things, it would be reserved for the most powerful States, and might easily lead to perverting the administration of international justice itself. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders the Corfu channel Case (Merits), Judgement of April 9<sup>th</sup>, 1949, pp. 34-35.

238. In fact, nothing was attempted by the Albanian authorities to prevent the disaster. These grave omissions involve the international responsibility of Albania.

El recurso a la acción unilateral no ha sido extraño en los casos de autodeterminación y descolonización, generando un criterio de “legalidad” variable de acuerdo a diferentes circunstancias, acontecimientos y acciones<sup>239</sup>. La tensión existente entre las normas escritas y las situaciones fácticas ha extendido el ámbito de la autoayuda, y no solo las Grandes Potencias sino también sus aliados lo han realizado.

En consecuencia, para analizar la legitimidad de la acción argentina, y no solo su legalidad, se deben tener en cuenta una serie de factores. En primer lugar, la posición argentina y las acciones tomadas en 1982 no son alocadas ni tienen falsos fundamentos; sino que están bien basadas en derecho. Argentina observó y entendió que las posibilidades de negociación se iban agotando debido a la negativa de Gran Bretaña de una negociación sobre la soberanía y el transcurso del tiempo jugaba en contra del reclamo.

Debe tenerse en cuenta, asimismo, que la ubicación del archipiélago es estratégica en relación a los canales internacionales y la Antártida, y que las nuevas normas del Derecho del Mar podían otorgarle derechos sobre una plataforma continental con los recursos que ella supone<sup>240</sup>. La autoayuda tenía, asimismo, antecedentes favorables, como la India en Goa, y cuando Nasser, en Egipto, tomó el control de la Zona del Canal de Suez, y lo nacionalizó a través de una declaración unilateral con efectos internacionales<sup>241</sup>.

---

The Court therefore reaches the conclusion that Albania is responsible under international law for the explosions which occurred on October 1946, in Albanian waters, and for the damage and loss of human life which resulted from them, and that there is a duty upon Albania to pay compensation to the United Kingdom. International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders the Corfu Channel Case (Merits), Judgement of April 9<sup>th</sup>, 1949, p. 23.

239. CAÑARDO, Hernando V., “Consideraciones básicas sobre el principio de autodeterminación de los pueblos frente al principio de integridad territorial”, *elDial.com* - DC1CB3.

240. CAÑARDO, Hernando V., “Las recomendaciones de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental a la República Argentina, y la Delimitación de los Espacios Marítimos de Acuerdo al Derecho Internacional”, *elDial.com* - DC20EE.

241. DEHAUSSY, Jacques, “La déclaration égyptienne de 1957 sur le Canal de Suez”, in: *Annuaire français de droit international*, volume 6, 1960, pp. 169-184.

Quizás la acción argentina fue imprudente o estratégicamente incorrecta en ese momento histórico; en definitiva, un error de juicio. Sin embargo, así es la fortuna de la guerra, a veces se gana, otras no, pero el reclamo en sí no era precipitado ni carecía de fundamento. La reclamación tenía un fundamento sólido, pero el Derecho Internacional Contemporáneo, con su sistema legal formal e ilegítimo a favor de los más poderosos, no le ofrecía soluciones a la Argentina. En este sistema, la autoayuda resulta un último recurso cuando el proceso formal no funciona, y la Argentina lo utilizó.

Del análisis de la documentación británica surge que Gran Bretaña sabía que si seguía prorrogando las negociaciones era posible una invasión<sup>242</sup>.

Ambos países estaban sometidos a presiones internas intensas, no debiendo olvidarse que en Argentina el tema es parte de su identidad y uno de los mitos de la nacionalidad. Por su parte, para Inglaterra es duro discutir el abandono de un territorio habitado por ingleses y que tiene una gran importancia estratégica. Gran Bretaña nunca quiso resolver la cuestión, sino que a lo largo de los años y aún en la actualidad continúa “manejando” el conflicto, sin voluntad de solución.

---

GEORGES, Scelle, “La nationalisation du Canal de Suez et le droit international”, *Annuaire français de droit international*, volume 2, 1956, pp. 3-19. La doctrina francesa citada es crítica de este acto que, sin embargo, permitió a Egipto recuperar lo que entendía era su territorio, frente a la acción militar de Francia, Gran Bretaña e Israel.

Scelle, expresando los puntos de vista de Francia, entiende que el acto no era válido, pero el mismo fue efectivo. “Le raisonnement qui est à la base du décret de nationalisation est extrêmement simpliste. Il repose sur deux arguments: la souveraineté territoriale et la nationalité égyptienne de la Compagnie. Nous avons donné les raisons qui rendent le premier sans valeur: on ne peut nationaliser le domaine public international. Quant à la nationalité de la Compagnie, nous ne pouvons, en aucune façon, la considérer comme égyptienne. L’affirmation est tout aussi superficielle”. *La nationalisation...* p. 12.

242. Falkland Islands Review Report of a Committee of Privy Counsellors.

Chairman: The Rt Hon the Lord Franks, OM, GCMG, KCB, CBE. Presented to Parliament by the Prime Minister by Command of Her Majesty January 1983 London. Her Majesty’s Stationery Office.

Desde que Gran Bretaña registrara al archipiélago como un “territorio no autónomo”, en las Naciones Unidas, la cuestión adquiere una lógica inexorable que conduce a tres direcciones:

- a. Establecer una Asociación con el Reino Unido u otro Estado.
- b. Otrorgarle la independencia.

c. Incorporarlo al territorio del Reino Unido. Estas opciones debían tener la aprobación de los isleños y de la ONU, pero desde 1960 no existió apoyo de la Organización que excluyera a la Argentina de la ecuación.

Todas estas soluciones presentaban aspectos complejos, de allí que el Reino Unido prefirió y prefiere mantener un *statu quo*, pero a sabiendas de que no podía durar indefinidamente, y que la confrontación era inevitable, mucho más de lo que los propios argentinos pensaban en ese tiempo y con posterioridad<sup>243</sup>.

Lo triste, además de la pérdida de vidas humanas, ha sido y es el mal manejo de la diplomacia, que no tiene imaginación, pues la victoria militar no modifica las dificultades en la situación.

Una posible solución sería aplicar en el archipiélago el sistema utilizado en las islas Aaland. En este caso, se volvió una disputa entre Suecia y Finlandia sobre el archipiélago de ese nombre en la boca del Golfo de Botnia, que tenía una población sueca. Las islas Aaland permanecen bajo la soberanía de Finlandia pero con un régimen autónomo que garantiza la lengua y la administración para la población sueca. Es esta una situación que presenta también cierta complejidad pero que se ha resuelto.

Al respecto de esta cuestión, en su artículo “The Åland Islands Question in the League of Nation The Ideal Minority Case?”, Sia Spiliopoulou Åkermark afirma: “The final arrangement on the Åland Islands epitomizes the ambiguities of the matter itself. It was constituted at the international level of a unilateral declaration by Finland registered as an agreement in the League of National Official Journal

243. Falkland Islands Review Report of a Committee of Privy Counsellors.

Chairman: The Rt Hon the Lord Franks, OM, GCMG, KCB, CBE. Presented to Parliament by the Prime Minister by Command of Her Majesty January 1983 London. Her Majesty’s Stationery Office.

within the framework of a Council Resolution. The League Council in practice approved the text agreed upon by the representatives of Finland and Sweden, but Finland was never required to give the same kind of formalized minority guarantees as those imposed upon other countries. Ever since, international lawyers dispute over the nature of this document, whether it is an international agreement or not, and on the scope of the legal obligations and rights it creates for the parties involved (Finland, Sweden, the League of Nations and its organs and member states).

Over time it seems that the emotional, epideictic rhetoric of the Ålanders shifts into a pragmatic negotiation rhetoric over the details of the Autonomy Act. We have seen in the arguments of the parties the close link perceived between the concepts of self-determination and minority protection. There is in the argumentation a mixture of arguments based on culture and race, on peace and security and on participatory rights. Today this mixture has been complemented by references to individual human rights and an expanded participation claim, not on the basis of self-determination but rather on the basis of democracy<sup>244</sup>.

Otra solución posible es la transferencia de la soberanía a la Argentina y un alquiler de las islas a Gran Bretaña, solución que puede ser aceptable para la Argentina, que recupera la soberanía y que tiene cierto asidero en Gran Bretaña, pero que hasta ahora ha sido rechazada por los isleños.

Como conclusión, estimo útil citar las palabras de Carlos Calvo, uno de los juristas más claros de la Argentina, quien, al referirse a las intervenciones europeas en América, afirmó: “Ahora bien, considerando imparcial y profundamente estas intervenciones en los Estados americanos y teniendo en cuenta sus resultados y los motivos que les han servido de base, no puede menos de llegarse a reconocer que la única razón en que se fundan es la distinta significación política de los pueblos americanos y los Estados europeos y los recuerdos por parte de estos últimos de la época en que el gran continente

244. Sia Spiliopoulou Åkermark, *The Åland Islands Question in the League of Nations: The Ideal Minority Case?*, p. 1. 11, [www.jyu.fi/yhtfil/redescriptions/Yearbook200](http://www.jyu.fi/yhtfil/redescriptions/Yearbook200).

americano era una colonia de Europa. Sin embargo, la situación actual de América no permite que se alimenten ya estos recuerdos de una época definitivamente pasada. América, como Europa, está hoy poblada por naciones independientes y libres, cuya existencia debe ser respetada [...] Si las intervenciones se pudieran justificar de ese modo, los Estados americanos tendrían también derecho a intervenir en los asuntos interiores de los europeos y entonces no sería posible relación alguna pacífica y amistosa entre los pueblos de uno y otro continente”<sup>245</sup>.

245. CALVO, Carlos, *Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América*, T. I, Capítulo II§ 90, Paris D’Amyot, Durand et Pedon-Lauriel, 1868, p. 186.

## IN MEMORIAM

### CARLOS MARÍA BIDEGAIN

Carlos María Bidegain nació el 11 de febrero de 1916 y falleció el 21 de septiembre de 2016, cumplido ya un siglo de fructífera y virtuosa vida.

Se recibió de abogado en la Universidad de Buenos Aires en 1938 e ingresó en ese mismo año al cuerpo estable de personal de la Cámara de Diputados, donde permanecería hasta 1960, siempre ligado al estudio de antecedentes para el trabajo parlamentario. Fue becado por el Gobierno para profundizar estudios en Estados Unidos, donde permaneció durante el bienio 1945/1946, acompañado por su mujer, investigando sobre Derecho Parlamentario en la Universidad de Columbia. De ello resultó su obra: *El Congreso de Estados Unidos de América – Derecho y Práctica legislativas*, que recibió el premio “Montes de Oca” y fue editada en 1950, por la Editorial Depalma de Buenos Aires, en un volumen de 568 páginas. Volvió en 1955/6, esta vez al Law Institute of the Americas de Dallas, donde obtuvo el título de Master in Comparative Law (Magna Cum Laude).

En forma concomitante se dio el desarrollo de su vocación académica y docente. En Económicas de la Universidad de Buenos Aires, en la cátedra de Derecho Público, cuyos titulares eran Florentino Sanguinetti y luego Agustín de Vedia; hasta su ingreso en la Facultad de Derecho de la UCA, en 1964, como Titular de una de las cátedras de Derecho Constitucional, y luego consulto, culminando su carrera como Profesor Emérito. En 1969 vieron la luz sus *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional*, luego actualizado, con su activa participación, como *Curso de Derecho Constitucional*, en cinco tomos, por los

profesores Eugenio Palazzo, Guillermo Schinelli, Orlando Gallo y Roberto Punte, entre 1994 y 2001. Publicó numerosos artículos en revistas especializadas, como *La Ley* y *El Derecho*, cuyo consejo consultivo integró.

Participó como Prosecretario de la Convención Reformadora de 1957 y fue Procurador del Tesoro entre 1960 y 1962. Se desempeñaría, asimismo, como Síndico del Banco Central (1963) y como Conjuez de la Corte Suprema.

En el orden académico, integró distintas comisiones y asociaciones vinculadas con el Derecho Constitucional, habiendo presidido la Asociación Argentina de Ciencia Política, 1987-1988; y los órganos directivos de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, donde integraba su Consejo Consultivo; la Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales, donde había sido elegido miembros de número en 1999 y, más tarde, miembro emérito. Fue premio Konex 2005.

Sus principales virtudes como autor y expositor han sido el buen orden, la sencillez y la claridad en la exposición, el método que no se siente como un peso sino como una guía o ayuda y que permite ir pasando las páginas, guiado por un lineamiento profundo que transita todas sus obras nutrido en los sustanciales valores republicanos de la Constitución, enriquecidos por la visión humanista y trascendente recibida de su Fe católica, robustecida en los principios de la Doctrina Social de la Iglesia.

Cuando debimos trabajar su extenso material preparado para lo que sería el Tomo V de su *Curso*, sobre la Constitución como sustento y garantía de los derechos y deberes del hombre, quedamos asombrados por el importante acopio de documentación que durante años había preparado, la profunda versación en esa doctrina y los principios del Derecho Natural como raíz y cimiento de los Derechos Humanos.

Nos ha dejado pues su rica obra, y su memoria en quienes reconocen el tramado vínculo discipular, para testimonio de su inolvidable presencia como persona, digna de emulación en sus rasgos de sabiduría y ejemplar humildad.

R. A. P.

# DOCUMENTOS



# MEMORIA DEL CENTRO DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA FACULTAD DE DERECHO DURANTE 2016

## SESIONES REGULARES

El Centro de Derecho Constitucional ha sostenido, en 2016, su habitual sesión académica mensual, sobre la base de una exposición seguida de diálogo entre los concurrentes.

El 5 de abril, el Dr. Ezequiel Abásolo disertó sobre el tema: “Hombres, ideas y circunstancias del Congreso Constituyente Mexicano de 1916/17”.

Al mes siguiente, un número importante de sus miembros participó en el Congreso Sudamericano de Derecho Constitucional, realizado los días 5 y 6 de mayo, en Santiago de Chile. Las ponencias allí presentadas por los Dres. Gallo, Bandieri, Palazzo y Punte, junto con otros ponentes argentinos (Dres. Luque y Marquez), fueron publicadas en el *Suplemento de Derecho Constitucional* de El Derecho, que dirige el Dr. Eugenio Palazzo, en su N° 13979, del 16 de junio de 2016.

El 7 de junio, la Dra. Estela Sacristán expuso sobre “Ley de acceso a la información pública”, entonces en trámite parlamentario.

El 5 de julio, el Dr. Marcelo López Alfonsín lo hizo sobre “Federalismo ecológico”.

El martes 2 de agosto disertó el Dr. Luis E. Roldán, sobre “Un tricentenario entre dos bicentenarios”.

El 6 de septiembre habló el Dr. Alberto Dalla Vía, sobre “La Reforma Electoral”, entonces en trámite parlamentario.

El martes 4 de octubre, el Dr. Alfonso Santiago trató el tema “Argumentos a favor y en contra de la procedencia de las responsabilidades de los Magistrados judiciales por el contenido de sus sentencias”.

El martes 1° de noviembre disertó la Dra. Sofía Sagüés, sobre “Alternativas y dilemas ante la nueva integración de la Corte Suprema”.

El martes 6 de diciembre, el Académico Dr. Eduardo Quintana se refirió al tema: “Dignidad humana y deberes constitucionales”.

### VISITANTES

El viernes 15 de julio se recibió al Senador Federal y Académico mexicano, Raúl Cervantes Andrade. Se debatieron temas referidos a la reciente reforma constitucional de ese país y al próximo XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, que se realizará en la ciudad de México en febrero de 2017, y al cual asistirán miembros del Centro. Durante las Jornadas Sudamericanas de Derecho Constitucional, realizadas en mayo, en Santiago de Chile, se analizó, con los constitucionalistas de la Universidad Católica de Santiago, reunirse periódicamente con el ánimo de realizar un trabajo coordinado que contribuya al fortalecimiento y a la difusión del estilo y de los fundamentos de nuestra escuela. El Dr. Miguel Ángel Fernández, profesor y directivo de dicha Universidad, participó aquí de una reunión organizativa en la que se convino realizar el primer encuentro durante 2017, en nuestra Universidad.

### EDICIÓN DE FORUM 4

Asimismo, se editó por cuarto año consecutivo el Anuario del Centro de Derecho Constitucional: Forum N°. 4, año 2016, con participación y colaboración de los profesores: Alberto B. Bianchi, Estela B. Sacristán, Norberto Padilla, Delfina Ortelli, María Soledad Riccardi, Débora Ranieri de Cechini, Miguel J. R. de Lezica, Juan Fernando Segovia, Carlos Manuel Romero Berdullas y Florencio Hubeñak. Se encuentra en preparación el N° 5, correspondiente a 2017.

## **XIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

El Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional fue fundado en Buenos Aires en 1974 y realiza bianualmente un Congreso en el que convoca a los constitucionalistas e iuspublicistas con el fin de reflexionar sobre los problemas jurídicos de los distintos Estados que lo integran y sobre el futuro del constitucionalismo en Iberoamérica.

Con el patrocinio del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, entre el 1º y el 3 de febrero del corriente año se realizó el XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. La fecha de dicho Congreso coincidió con el centenario de la Jura de la Constitución de Querétaro, que fue la primera Constitución de un Estado en consagrar los Derechos Sociales.

Diez puntos centrales fueron objeto del temario de la convocatoria: 1) Constitución y Estado Laico; 2) Constitución y orden jurídico internacional; 3) Constitución, desarrollo, ciencia y medio ambiente; 4) Corrupción y otros vicios institucionales; 5) Elecciones, partidos políticos y calidad de la democracia; 6) Federalismo, regionalismo y municipalismo; 7) Garantías y eficacia de los Derechos Humanos; 8) Gobierno local y democracia; 9) Justicia, equidad y Derechos Sociales y 10) Reforma y cambio de las Constituciones.

Los temas fueron tratados en reuniones generales y en comisiones específicas, según los casos. El Congreso finalizó con disertaciones en homenaje a la Constitución de 1917, de la cual debemos destacar que, si bien fue novedosa en cuanto a la inclusión de los Derechos Sociales, correspondía al modelo racionalista propio de los siglos XVIII y XIX, ya que a despecho de la realidad social para la que fue sancionada, contenía un claro afán de transformación a través ya no del desconocimiento sino de la hostilidad y persecución de la religión que constituyó la base cultural de la existencia de México como na-

ción iberoamericana. Ello originó la llamada “rebelión cristera” que causó más de 20.000 víctimas en la primera mitad del siglo XX.

El Congreso se realizó en el Palacio de la Minería, en el Centro Histórico de la Ciudad de México, con enorme concurrencia de asistentes tanto de Hispanoamérica como de Europa, y se desarrolló en un ambiente de gran cordialidad. No puede pasarse por alto que contribuyó a dicho clima el generoso trato y la profusión de medios con los que cooperaron tanto el Instituto Iberoamericano como la entidad patrocinante.

Nos interesa destacar la presencia de 35 constitucionalistas argentinos, entre los cuales se encontraba el Ministro de la Corte Suprema, Dr. Horacio Rosatti, y también tres integrantes de nuestro Centro.

**RESEÑA DE LA VISITA REALIZADA AL CENTRO  
DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA  
UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA,  
EL DÍA 8 MARZO DE 2017 POR EL JUEZ  
DE LA CORTE SUPREMA,  
DOCTOR HORACIO ROSATTI**

Con la presencia de profesores de la Facultad y de la Universidad de Buenos Aires, el pasado martes 7 de marzo, en el salón San Martín de Tours del Edificio Santa María, quien preside el Centro de Profesores de Derecho Constitucional de la UCA, Dr. Orlando Gallo, recibió al Sr. Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, también Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Dr. Horacio Rosatti. Expresó su bienvenida al Señor Ministro de la Corte remarcando su doble función de político y científico. El político, que fuera Constituyente en 1994 y Procurador del Tesoro años más tarde, es quien puede reunir la capacidad de determinar prudentemente los criterios de oportunidad y de decisión con miras al futuro, de algún modo profético. El científico asume crítica y creativamente los datos y los hechos y, ambas facetas, en el caso del mundo jurídico, se sintetizan en el rol y oficio del juez, sobre todo si es en el más Alto Tribunal.

## PRINCIPALES CONCEPTOS EXPRESADOS EN EL CURSO DEL DIÁLOGO CON LOS PROFESORES POR PARTE DEL SEÑOR MINISTRO DE LA CORTE SUPREMA

Todos los momentos tiene su carga de interés. En lo personal, el presente es un desafío enriquecedor, siendo que la judicatura como cabeza de poder debe sumar, al sentido de justicia específico del oficio judicial, los matices emergentes de los criterios de oportunidad, prudencia y equidad. Teniendo esto en mente, el curso de esta exposición ha de centrarse en el análisis del propio voto en el fallo reciente de la Corte Suprema, en la causa instada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con relación al juicio originariamente conocido como “Fontevicchia, Jorge y otros *vs.* Menem, Carlos”, donde se recababa el cumplimiento de uno de los tramos de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que implicaba dejar sin efecto previos fallos de la Corte, y de tribunales inferiores. Aquí contaba el bagaje de experiencia como Constituyente en 1994, integrante de la Comisión de Redacción, y el directo de las condiciones de incorporación de los tratados a través del artículo 75, inciso 22. Había participado, asimismo, en forma previa a la reforma, del debate sobre la jerarquía de los tratados, y cómo interpretar el artículo 31, y sobre ello existían tres posturas, a partir de lo votado en la causa “Ekmekdjian”: ya la supremacía de los tratados, ya de la Constitución, o de una u otros, según los casos.

Lo cierto es que por los expresos términos de la ley de convocatoria de la Convención Constituyente no podía modificarse ninguno de los 35 artículos iniciales, respecto de los cuales los tratados incorporados habrían de entenderse como complementarios y no derogatorios, entre los que se encontraban tanto el 31 como el 27. Llegaron a la comisión de redacción, donde se trabajó con juristas y constitucionalistas de peso, como Alberto García Lema, Antonio Hernández, Elisa Carrió, Eugenio Zaffaroni, Carlos Corach, Enrique Paixao, entre otros, iniciativas de incorporación de casi cien tratados, y en definitiva se incorporaron en ese momento solo ocho, más dos declaraciones. Por otra parte, dentro del concepto de interpretación armónica cabe tener presente, para valorar los alcances del referido inciso 22, la graduación de importancia que establece el inciso 24, en cuanto, que, a discreción del legislador, introduce en lo referido a “tratados

de integración” un “margen de apreciación nacional”, según se trate de vinculación con países latinoamericanos, o de fuera de esta región.

Lo cierto es que el inciso 22 ha sido objeto de muchos análisis en orden a determinar las condiciones de su inserción, comenzando por su texto en cuanto todos los tratados prevalecen... pero los de Derechos Humanos prevalecen sobre los que no lo son... los constitucionalizados prevalecen, tanto los originales como los posteriormente incluidos. Y se genera, así, un bloque en cuyo tope se encuentra la Constitución y los Tratados constitucionalizados de Derechos Humanos.

Esto debe recordarse “en las condiciones de su vigencia”, y luego los demás Tratados de Derechos Humanos, y por último los otros tratados, todo esto debiendo ser interpretado de forma armoniosa con la Constitución, según las reglas de los artículos 31 y 27. Y la especial referencia de que son “complementarios”, sin derogar regla alguna del primer tramo de las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución.

Respecto del texto “en las condiciones de su vigencia”, cabe ampliar en cuanto que en su génesis aparece un debate sobre el inicio de la vida humana, un tema que no se encontraba expresamente habilitado pero que surgía al incorporarse el Tratado sobre los Derechos del Niño, que incluía una “Declaración Argentina”, hecha al suscribirse el tratado, en la cual se manifestaba que en nuestro sistema normativo debía entenderse que esto regía “desde la concepción”.

Ante la pregunta de cómo enfocar el posible conflicto, describe las dos posiciones principales:

a) Que ha mediado “un juicio de comprobación” del constituyente al incorporar los tratados de que existe plena compatibilidad con la Constitución.

b) Que no existió tal juicio de comprobación, o que debe vérselo como una mera presunción a favor susceptible de ser valorada en el caso concreto.

Esta controversia, además, se verifica desde dos formaciones profesionales y, tal vez, temperamentos diferentes en la divergencia entre los Ministros Boggiano, por la postura más internacionalista, y Fayt, defendiendo el contralor nacional.

Esto se puede ver en el caso “Arancibia Clavel”, donde Boggiano, en 2004, vota a favor de que las interpretaciones de la CIDH deben considerarse obligatorias y por encima del Derecho local, que no

pasa de ser un “hecho” dentro de la causa. Frente a esto, Fayt sigue una postura que mantiene también en el caso “Simón”, en cuanto que debe hacerse una interpretación sistémica, lo que también se manifestó en el precedente “Cantos”.

Si bien luego la tendencia mayoritaria de la Corte daba primacía a la posición internacionalista, esto debe correlacionarse con que, a la vez, en este período la CIDH fue asumiendo un rol expansivo, en lo que se ha denominado la Teoría del Control de Convencionalidad, no sólo sobre el Poder Judicial, sino también extensivo a “todos los poderes del Estado”. E incluyendo dentro de cada regla de superioridad algunas opiniones consultivas y aún las doctrinas *obiter dictum*.

Frente a esto, ya en 2010, en el caso “Acosta”, el dictamen del procurador Righi advertía que sólo debían cumplirse los tramos resolutivos de las sentencias. Así, con estos precedentes, es que se abordó el caso presente. Tres conductas eran requeridas por la sentencia de la CIDH, de las cuales dos se habían cumplido o estaban en tramo de cumplimiento: la publicación de lo resuelto por la Corte Interamericana estaba hecha, y el pago de indemnizaciones, en trámite. La mayoría tenía claro que la sentencia en éstos se encontraba cumplida, que sólo quedaba pendiente si se dejaba o no sin efecto lo actuado por los tribunales nacionales. Los votos mayoritarios asumen con claridad que la Corte Interamericana no es una cuarta instancia, que cabe valorar en su debido peso la regla del artículo 27 de la Constitución sobre nuestra organización institucional y a esto se suma, en el voto personal del exponente, la reserva del “margen de apreciación nacional”, aportando el concepto de habilitar un necesario “diálogo interjurisdiccional”. O sea, en definitiva ni globalización ni chauvinismo. Se trata de optimizar la compatibilidad de los desarrollos del Derecho, con la institucionalidad.

En el diálogo posterior intervinieron el decano, Daniel Herrera, y los profesores presentes de distintas Facultades de Derecho: Marina Prada, Alfredo Vítolo, Alberto Spota, Pedro Coviello, Orlando Gallo, R. Punte, Luis Bandieri, J. Sacheri, N. Díaz, Débora Cecchini, Nicolás Lafferriere y Eduardo Quintana, de quienes surgieron distintas aclaraciones y expresiones complementarias.

FORUM - Anuario del Centro de Derecho Constitucional adopta en lo fundamental las NORMAS DE PUBLICACIÓN probadas y aceptadas por *PRUDENTIA IURIS* de acuerdo con su objetivo de ser expresión de los trabajos y estudios académicos de quienes participan como miembros o visitantes invitados del Centro de Profesores de Derecho Constitucional de la Facultad, en consonancia con los principios institucionales que infunden a la Facultad y a la Universidad.

## NORMAS DE PUBLICACIÓN

Los trabajos propuestos deberán ser originales, con una carta por vía digital de autorización de publicación y cesión a este efecto de los derechos respectivos, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos luego sin expresa y clara mención de su previa publicación en FORUM. Los autores deberán, en ese caso, enviar por vía digital aviso sobre la difusión de su artículo. Estos trabajos serán sometidos al arbitraje de evaluadores.

## CATEGORÍAS

**1.1. Artículos de investigación y ponencias:** se publicarán dentro de esta sección trabajos que cumplan con los siguientes requisitos: – que el tema tratado realice aportes científicos y ofrezca conceptos novedosos que enriquezcan el conocimiento; – que exista coherencia en la estructura demostrativa o argumentativa entre el problema, los objetivos, el método, los resultados y las conclusiones; – que la bibliografía sea actualizada y pertinente con la temática. No podrán tener una extensión menor a las 3.000 ni mayor a las 15.000 palabras. La Redacción se reserva el derecho a publicar artículos en dos fascículos diferentes. El trabajo deberá enviarse con el título en idioma original y además en inglés; un resumen de entre 150 y 250 palabras y palabras claves en un número no mayor a 6, ambos en idioma original y en inglés.

**1.2. Notas y Comentarios:** trabajos breves sobre tópicos jurídicos, jurisprudencia o legislación. Extensión menor a 4.000 palabras. Los trabajos propuestos para esta sección deberán ser originales, comprometiéndose los autores a no pre-

sentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos sin autorización de la Revista. Deberá enviarse el título en idioma original y en inglés; un resumen de entre 150 y 250 palabras y palabras claves en un número no mayor a 6, ambos en idioma original y en inglés.

**1.3. Recensiones:** reseñas de libros de aparición reciente (en principio no más de dos años) con una extensión máxima de 2.000 palabras.

**1.4. Documentos:** la Dirección seleccionará para cada número aquellos documentos que considere relevantes conforme a la temática o problemas atinentes a los objetivos de la Revista, tales como textos del Magisterio de la Iglesia, Declaraciones de la Facultad de Derecho o Corporaciones o Colegios de Abogados, o de las múltiples Academias Jurídicas, Políticas y Científicas, etc.

**1.5. Otras secciones:** según la necesidad del número publicado: necrológicas de profesores o académicos, noticias, traducción o publicación de textos ya publicados en otras lenguas, publicación de Conferencias y/o Comunicaciones en Congresos o Seminarios, etc.

## LOS AUTORES

1. Deben enviar sus datos personales y los de la institución a la que pertenecen. El autor deberá indicar, además, su dirección de correo electrónico para ser publicada en la Revista. 2. Se autorizará a los autores que publiquen total o parcialmente sus trabajos en otras revistas, siempre y cuando aparezca al comienzo del artículo la referencia del número de FORUM en el cual haya aparecido. 3. Los autores recibirán como agradecimiento y cortesía dos ejemplares del número de FORUM en el que fue publicado su artículo. 4. Los autores de los artículos publicados, además, cederán sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que incorpore la versión digital de los mismos al Repositorio Institucional de la Universidad Católica Argentina, como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica. 5. Los autores deberán declarar además todo lo relacionado con algún conflicto de intereses, tales como si la investigación ha sido financiada por alguna institución, o si ha sido realizada en el marco de una beca, o si ha existido colaboración de personas que merezcan reconocimiento, etc.

## EVALUACIÓN INICIAL Y ARBITRAJE

1. Los documentos recibidos pasarán por una evaluación inicial realizada por los editores u otros especialistas a pedido de la Dirección Editorial, para discernir la originalidad, relevancia e interés científico y decidir su aceptación

o no para la publicación. En el caso de los artículos de investigación, tal evaluación inicial se orienta a decidir el pase del trabajo a arbitraje. La Revista se reserva la posibilidad de rechazar trabajos en forma anticipada, brindando los motivos del caso. En caso de desacuerdo con la decisión, el eventual pedido de reconsideración será sometido al Comité Editorial de la Revista. 2. Además, la Secretaría de Redacción hace una corrección preliminar de estilos. Por ese motivo, los autores pueden recibir sugerencias o una versión revisada del texto o ser consultados para solucionar dudas, antes de iniciar el proceso de arbitraje en el caso de los artículos de investigación o bien de su publicación en el resto de las contribuciones. 3. Solo ese iniciará el proceso de arbitraje de trabajos que se ajusten a las presentes “Normas de publicación”. La adaptación de los originales a las normas de la Revista es responsabilidad de los autores. La Revista no cobra aranceles por el proceso de evaluación de trabajos para publicación. 4. Los textos enviados a FORUM para la sección de “Trabajos de Investigación” serán evaluados por uno o dos especialistas externos a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, designados por la Dirección de la Revista. Estos textos se someterán a arbitraje según el sistema de “doble ciego” para preservar el anonimato de los autores y de los árbitros. 5. Los árbitros solicitados deberán evaluar los trabajos según el formulario correspondiente y deberán guardar confidencialidad respecto a todo lo referido a su intervención como evaluadores. 6. El plazo para la realización del arbitraje será como máximo de 60 días desde la recepción del texto. Como agradecimiento a su colaboración se le entregará un ejemplar del número de la Revista en que hubiere intervenido como árbitro. 7. El dictamen del árbitro deberá indicar: Aprobado – Aprobado con cambios (opcional u obligatorio) – Aprobado, pero el árbitro verificará las correcciones – Rechazado. El dictamen será comunicado al autor. 8. En caso de controversia en el proceso de arbitraje, la cuestión será resuelta por el Comité Editorial de la Revista. 9. En todos los casos, se publicará la fecha de recepción del trabajo y la fecha de su aceptación, sea por el árbitro académico, o bien por la Dirección Editorial, según corresponda.

## **ANEXO: FORMATO BÁSICO PARA TEXTOS Y CITAS BIBLIOGRÁFICAS**

Textos Papel A4; interlineado 1,5; tipo de letra Times New Roman: **NEGRI**TA DE 14 puntos para el título, **negrita** y **cursiva** de 12 puntos para los subtítulos de primer nivel, **cursiva** de 12 puntos para los subtítulos de segundo nivel, 12 puntos para el cuerpo del texto y 10 puntos para las notas a pie de página. El título deberá ser acompañado además por una versión en inglés en letra **Negrita** de 11 puntos Times New Roman.

## CITAS BIBLIOGRÁFICAS

Seguimos las normas internacionales de referencia pautadas por APA (American Psychological Association) que se utilizan en las publicaciones atinentes a las Ciencias Sociales.

**Libros:** Apellido autor, Iniciales nombre autor. (Año). Título en cursiva. Ciudad. Editorial. Ej.: Gilson, É. (1997). *El realismo metódico*. Madrid. Encuentro

**En versión electrónica:** Apellido, A. A. (Año). Título. Recuperado de [http//www.wwwww](http://www.wwwww). Ej. Carpintero Benítez, F. (1999). *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*. Recuperado de ...

**Capítulo de un libro:** Apellido, A. A. "Título del capítulo". En A. A. Apellido. Título del libro (páginas). Ciudad. Editorial. Ej. Barrow, R. H. (1980), "El genio práctico romano". En Barrow, R. H. *Los romanos* (35-48). Buenos Aires, FCE.

**Artículos científicos:** Apellido autor, Iniciales nombre. (Año). Título del artículo. Nombre de la Revista (cursiva), Volumen, Número, Páginas. Ej. De Martini, S. M. A. (Junio 2013). Raíces ideológicas de la perspectiva de género.

**Conferencias, Ponencias en Simposio o Congresos:** Apellido autor (es), Iniciales nombre. (Año). Título de la conferencia o ponencia. "En" Nombre del editor (Ed.), Nombre del Congreso, Simposio o Jornada (cursiva) (páginas). Ciudad. Editorial. Ej. Arias de Ronchietto, C. E. (2003). Reglamentación legal de la filiación por dación o abandono del concebido crioconservado y reglamentación legal de las técnicas de procreación humana asistida en la República Argentina. En Casiello, J. J. y Nicolau, N. L. (Eds.), *XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Tomo 1, 37-44). Rosario. Lux.

**Artículo de diario:** Apellido autor, inicial del nombre (año, día y mes). Título del artículo. Nombre del diario (cursiva), páginas. Ej. Ventura, A. (2013, 29 de noviembre). La Corte se distancia de la aprobación del proyecto sin consenso. *La Nación*, 7.

La Dirección se reserva el derecho de ajustar el estilo del aparato crítico a las normas de la Revista.



