

EL CONFLICTO POR LAS ISLAS MALVINAS
Y EL DERECHO INTERNACIONAL

RAUL EMILIO VINUESA

*Sobre la base de la Conferencia pronunciada el 5 de mayo de 1982 en el
Aula Magna de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la
Universidad de Buenos Aires*

Editorial del C. de E.I. de Buenos Aires

En la actualidad la controversia por las Islas Malvinas está directamente vinculada a otro conflicto de soberanía sobre las Islas Georgias del Sur y Sandwich del Sur. Esta interrelación tiene su origen en la política seguida al respecto por el Reino Unido desde principios de siglo.

Gran Bretaña por Carta Patente del 21 de julio de 1908 (1), emmendada por Carta Patente del 28 de marzo de 1917 (2), incorporó como dependencias de las Islas Malvinas ("Dependencies of the Falkland Islands") a las Islas Georgias del Sur, Sandwich del Sur, Orcadas del Sur, Shetland del Sur y Tierras de Graham. (3)

Más tarde y como consecuencia de la entrada en vigor del Tratado Antártico firmado en Washington en 1959, Gran Bretaña creó en 1962 (4) el Territorio Antártico Británico ("British Antarctic Territory"), incorporando a éste aquellas islas y tierras que se encontraban al Sur del paralelo 60º S.. El ámbito de aplicación del Tratado Antártico está definido por el paralelo 60º o S., comprendiendo de esta forma a todas las islas, tierras y aguas al sur de ese paralelo. (5) Así es que a partir de 1962 solamente quedaron incluidas por Gran Bretaña como dependencias de las Falklands, las Georgias y las Sandwich del Sur.

El artículo 4 del Tratado Antártico estableció una moratoria del conflicto entre Estados reclamantes de soberanía Antártica y los Estados no reclamantes que a su vez desconocían cualquier pretensión territorial en ese continente. Quedaron así congeladas a la fecha de la celebración del Tratado todas las reivindicaciones territoriales antárticas, incluyendo aquellas que geográficamente se superponían como fue el caso de los sectores antárticos argentino, chileno y británico reclamados con anterioridad a 1959. (6)

Tanto Argentina como el Reino Unido han entendido, por lo menos en los hechos, que el conflicto antártico tiene una identidad propia y autónoma del conflicto por las Islas Malvinas.

Por otra parte Argentina tradicionalmente ha rechazado la pretensión británica sobre la existencia de una entidad jurídica que vincule a las Islas Malvinas con las Georgias y Sandwich del Sur. (7) Probablemente el verdadero interés detrás de esta desvinculación proviene de una toma de conciencia de los diferentes grados de fundamentación y admisibilidad jurídica de los derechos y reclamos argentinos sobre Malvinas por un lado y sobre Georgias y Sandwich del Sur por el otro. A su vez el Reino Unido, si bien continúa en la actualidad imponiendo una relación administrativa entre las Islas Malvinas y sus dependencias, ha probablemente tomado conciencia de los inconvenientes que genera para su argumentación sobre descolonización por autodeterminación, el hecho de que tanto las Georgias como las Sandwich del Sur se encuentren deshabitadas.

Es oportuno el recordar que las zonas marítimas adyacentes a las Islas Georgias y Sandwich del Sur han quedado incluidas dentro del ámbito de aplicación territorial de la Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos firmada en Camberra el año 1980. (8) Tanto Argentina como el Reino Unido son parte en esta Convención, por lo tanto han aceptado que sobre las mares territoriales y zonas económicas exclusivas de las islas, se implante un sistema para la conservación de recursos vivos, definido y controlado dentro del esquema previsto en el Tratado de 1980.

También quedaron en principio incluidas en el ámbito de aplicación territorial del Tratado de Camberra las islas francesas de Kerguelen y Crozet. Ante esta situación y frente a las presiones del gobierno francés, la Convención que adoptó finalmente la Convención de Camberra decidió incluir en el Acta Final, el texto de la declaración hecha por el Presidente de esa Conferencia acerca de la aplicación de la Convención a las aguas adyacentes a Kerguelen y Crozet "... sobre las cuales tiene jurisdicción Francia, y a las aguas adyacentes a otras islas dentro del área al cual se aplica esta convención sobre las cuales la existencia de una soberanía de Estado se reconoce por todas las partes contratantes..." (9)

Al no haberse formulado una expresa reserva respecto a la exclusión dentro del ámbito de aplicación de la Convención a favor de las zonas marítimas adyacentes a Georgias y Sandwich del Sur, cualquier futura modificación del régimen aplicable dependerá del hecho de que todos los Estados Parte contratantes reconozcan la existencia de una soberanía de Estado sobre las islas. Esto significa que ante un eventual acuerdo entre Argentina y el Reino Unido respecto del destino de esas islas no podrá alterarse el régimen convencional internacional aceptado para la conservación de los recursos vivos marinos de los mares territoriales y zonas económicas exclusivas de aquellas. Esta situación desnaturaliza el carácter bilateral del conflicto entre Argentina y el Reino Unido al aceptarse la regulación internacional de las especies vivas marinas existentes en las zonas reivindicadas por el Estado con derecho sobre las islas.

Frente a estas situaciones planteadas es posible concluir que el conflicto sobre las islas Malvinas se distingue y diferencia del conflicto sobre las Georgias y Sandwich del Sur. Asimismo, como ya fuera expresado, el conflicto generado por las superposiciones de los reclamos argentinos y británicos en la Antártida ha adquirido su propia identidad frente al problema sobre las Islas Malvinas.

En consecuencia consideramos imprescindible para una mejor comprensión de los derechos y actitudes asumidas por las partes frente a cada situación particularizada, el distinguir o separar los conflictos sobre i) Malvinas, ii) Georgias y Sandwich del Sur y iii) sectores Antárticos, como tres controversias territoriales autónomas con características propias. Esta propuesta, motivada principalmente en una necesidad de orden didáctico, no pretende prejuzgar sobre la posibilidad de una solución global o de soluciones alternativas elaboradas sobre la base de una estrecha interdependencia entre estos conflictos y otros conflictos de orden económico o estratégico.

El alcance de esta conferencia se restringe a enunciar los derechos y fundamentos de Argentina y del Reino Unido respecto al conflicto de soberanía sobre las Islas Malvinas.

Enfoque Jurídico

El planteo general del conflicto sobre las Islas Malvinas presenta dos momentos claramente diferenciales: por una parte estamos frente a un problema tradicionalmente conocido como de soberanía y por la otra, frente a un planteo novedoso de descolonización dentro del cual subyace aquel primitivo conflicto.

Para el Derecho Internacional tanto clásico como contemporáneo lo que se discute en un conflicto de soberanía es la legitimidad de la relación jurídica que vincula a cada Estado parte en la controversia respecto de un territorio determinado.

El concepto de soberanía latente en todo conflicto territorial está directamente asociado con el de la titularidad para el ejercicio del dominio eminente sobre un territorio. El concepto de soberanía comprende a) un aspecto interno que se manifiesta en el ejercicio del poder supremo o *imperium* en forma exclusiva, y b) un aspecto externo que se evidencia en el ejercicio de ese poder exclusivo en forma excluyente de todo otro poder o *imperium*. El Derecho Internacional distingue dentro del concepto de soberanía, entre el derecho a la disposición de un territorio por parte de un Estado en forma exclusiva y excluyente, y el ejercicio de ese derecho a través de la administración y contralor de competencias soberanas sobre el territorio. El ejercicio de competencias soberanas de un Estado sobre un territorio no necesariamente implica que ese Estado tiene la titularidad o el derecho a la soberanía sobre el territorio. Asimismo quien tiene la soberanía o titularidad puede bien no ejercer en los hechos las competencias soberanas derivadas de su derecho o titularidad. Por otra parte, el ejercicio de esas competencias presupone que el Estado que las asegura es el que tiene responsabilidad internacional sobre el territorio, independientemente de que sea o no el titular de la soberanía. Es decir

que un Estado puede ser el titular de una soberanía territorial sin posibilidad de ejercerla o bien puede ejercer competencias soberanas sin ser el titular del dominio eminente. Estas situaciones en las que se produce un desdoblamiento entre el derecho y su ejercicio se ejemplifican a través de casos de arrendamientos de territorios, *Lease Back*, servidumbres condicionadas o bien de ocupaciones ilícitas. Tanto en casos en que la titularidad esté dissociada del ejercicio de competencias como consecuencia de un acto lícito o de un acto ilícito, quien en definitiva controla el territorio es el responsable internacional por el ejercicio de dichas competencias. (10)

Toda controversia entre Estados referente a soberanía territorial exige una definición final en cuanto a quien tiene un mejor derecho al pleno goce de las competencias propias que hacen al ejercicio del dominio eminente de un Estado sobre un territorio.

Normas aplicables

Las reglas de juego aplicables a los conflictos de soberanía entre estados no son otras que las previstas por el Derecho Internacional como los modos válidos de adquisición de territorios. La práctica estadual, avalada por una concordante y sólida jurisprudencia internacional (11), hace referencia, entre otros modos válidos a: a) la ocupación inmemorial como ocupación efectiva, pública, pacífica y continua sobre territorios sin dueño (*res nullius*); b) la prescripción, como institución que partiendo de una ocupación efectiva, inicialmente ilícita, es finalmente saneada en el tiempo a través del fiel cumplimiento de ciertos requisitos preestablecidos; c) dentro de los modos derivados, la Sucesión de Estados, que se define como el traspaso de la titularidad en el dominio eminente y que involucra en principio el traspaso de la responsabilidad internacional sobre el territorio objeto de la sucesión.

La sucesión de Estados como modo de adquisición de territorios se distingue así de la sucesión de Estados entendida como una mera sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales de un territorio. Esta última es la definición que delimita el ámbito de aplicación de la Convención de Viena sobre Sucesión de Estados en materia de tratados del año 1978 (12).

Estos y otros modos válidos de adquisición de territorios son considerados como las causas o fundamentos de titularidad territorial. El Derecho Internacional reconoce así una diversidad de modos válidos que provocan, en consecuencia, un sistema multititular y no unititular. Esto quiere decir que en un conflicto de soberanía no habría que definir quien tiene el título sino quien tiene un mejor título. (13)

El siguiente problema que se plantea se relaciona a la reubicación o jerarquización de esos modos de adquisición con el fin de detectar, en un conflicto determinado, quien tiene un mejor título.

Al respecto existen dos instituciones reconocidas y aplicadas en la práctica internacional (14) que fundamentan un criterio objetivo y racional: ellas son la intertemporalidad del derecho y la fecha crítica.

La intertemporalidad del derecho es la aplicación del derecho vigente al momento de producirse situaciones que implican el nacimiento, modificación o extinción de derechos y obligaciones. Integra el concepto de intertemporalidad, la adaptación o adecuación del derecho ya adquirido a la evolución del Derecho Internacional general. En este caso se recurre a la intertemporalidad a los efectos de verificar, a posteriori de su adquisición, el mantenimiento o subsistencia de un derecho determinado. (15)

Por su parte, fecha crítica es la determinación en el tiempo del surgimiento de un conflicto entre Estados. Esta institución se utiliza, asimismo, con el fin de ubicar históricamente un hecho o situación que cristaliza o consolida derechos u obligaciones. En este último supuesto habrá tantas fechas críticas como hechos alegados por las partes, necesiten analizarse a la luz del derecho contemporáneo a su realización (16). El efecto inmediato de la determinación de una fecha crítica, en uno y otro supuesto, es el definir un momento a partir del cual las acciones u omisiones de un Estado en conflicto no pueden "mejorar" sus derechos oponibles al otro Estado existentes al momento de la fijación de aquella fecha (17). Los actos u omisiones imputables a un Estado no pueden "mejorar" pero sí "deteriorar" sus derechos oponibles frente a otro Estado a partir de una fecha crítica preestablecida (18).

FUNDAMENTACION ARGENTINA

La República Argentina fundamenta su soberanía sobre las Islas Malvinas en una Sucesión de Estados. Esa sucesión respecto de España se efectiviza y legitima en el derecho a la autodeterminación ejercido en 1810 por las Provincias Unidas del Río de la Plata.

El primer interrogante que plantea esta posición se centra en determinar que derechos tenía España sobre las Islas Malvinas que podía transmitir a las Provincias Unidas, a la fecha crítica de 1810 y a la luz del derecho contemporáneo al hecho que provocó la sucesión de Estados.

La Doctrina nacional ha tratado de responder este interrogante alegando que: a) España ocupaba efectivamente a esa fecha las Islas, b) esa ocupación era la continuación de una primera ocupación francesa cedida a España en reconocimiento de sus derechos, c) España había descubierta las Islas y sus derechos de ocupación habían sido reconocidos convencionalmente por terceros Estados.

Descubrimiento

Respecto al descubrimiento como modo de adquisición territorial, puede asegurarse que ya desde fines del siglo XV y a lo largo del siglo XVI, el mero acto de haber descubierto territorios en nombre de un Estado, generaba en esa época, titularidad para el ejercicio del dominio eminente sobre el territorio descubierto. Durante los siglos XVII y XVIII el único condicionamiento impuesto para perfeccionar el dominio eminente sobre un territorio descubierto, consistió en la ocupación efectiva dentro de un tiempo razonable de la fecha del descubrimiento. Es ésta una exigencia definida a través de la evolución del Derecho de Genes que se consolida a partir del siglo XVII. (19) El descubrimiento solo otorgaba entonces un título incoado, es decir, un título imperfecto que debía consolidarse a través de una ocupación efectiva. La falta de ocupación efectiva, inmediata o en tiempo razonable al hecho del descubrimiento, provocaba la pérdida de ese derecho preferencial a favor de quien potencialmente pudiera alegarlo. Es decir, que si no se cumplimentaba en tiempo oportuno con el requisito de la ocupación efectiva del territorio descubierto, éste se consideraba nuevamente como *res nullius*. Independientemente de que la cuestión sobre quien fue el primer descubridor de las Islas Malvinas no está aún resuelta, debemos precisar que cualquier definición futura al respecto no modifica los alcances jurídicos de los actos realizados a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, e invocados por las partes en conflicto como relevantes para la fundamentación de sus respectivas pretensiones.

Derechos Históricos

En cuanto a las referencias hechas por parte de la doctrina argentina a la Bula Inter-coetera del Papa Alejandro VI del 3 y 4 de mayo de 1493 y al Tratado de Tordesillas entre España y Portugal del 3 de junio de 1494, como instrumentos relevantes para la determinación de los derechos de España sobre las Islas Malvinas, consideramos que no habiendo generado estos en su momento situaciones jurídicas oponibles a terceros Estados, son hoy día irrelevantes a los efectos de definir una mejor titularidad frente a Gran Bretaña.

Ocupación

El primer asentamiento en las Islas Malvinas fue realizado por Louis Antoine de Bougainville, quien autorizado por la corona francesa y al mando de una expedición costada en parte por él, e integrada por naturales de St. Maló, se estableció en el año 1764 en la isla oriental fundando Port Louis. (20) Bougainville declaró solemnemente a esas islas como parte de las posesiones de la Corona Francesa. Al tomar conocimiento de estos hechos España reclamó formalmente ante Francia el levantamiento de aquella ocupación.

Al año siguiente, en 1765, el Capitán J. Byron a cargo de una expedición británica proclamó, en un paraje que denominara Port Egmont en la Isla Saunders, que tomaba posesión formal de esos territorios en nombre del Soberano Británico Jorge III. (21) En 1766 una nueva expedición británica establece un asentamiento en Port Egmont. La Corona Británica, ya había tomado conocimiento del asentamiento francés cuya existencia de por sí cuestionaba según Gran Bretaña, los derechos preferenciales sobre las islas reclamados por España.

Frente a estas situaciones de hecho comenzaron negociaciones entre los tres poderes involucrados, es decir, España, Francia y Gran Bretaña. Francia finalmente cede su asentamiento a favor de España reconociendo de esta forma, los derechos de la corona española sobre las islas. España toma posesión el 2 de abril de 1767 y continúa de esta forma la primera ocupación efectiva en las islas. (22)

El 10 de junio de 1770 una expedición enviada por el Gobernador de Buenos Aires, D. Francisco de Bucareli desembarca en Port Egmont y evacúa por la fuerza el asentamiento británico. Ante el temor de que esta acción provocara una guerra con Inglaterra, España comienza negociaciones sobre los incidentes en Malvinas, ofreciendo la restitución de Port Egmont, como desagravo de la medida de fuerza. La Corona española da a su vez constancia de la existencia y prioridad de los derechos españoles sobre las islas. Por su parte la preocupación primaria de Inglaterra era la de obtener una reparación adecuada ante la insólita y brusca actitud española. >

Parte de la doctrina que ha estudiado el tema en profundidad ha especulado, sobre la base de referencias históricas concretas, respecto de la existencia de un acuerdo secreto por el cual Inglaterra prometió a España el retiro de las islas una vez satisficiera la reparación debida a través de la restitución de Puerto Egmont. (22) Finalmente el 22 de enero de 1771 El Príncipe de Masserano, (Embajador Español ante la Corte de St. James) y Lord Rochford, en representación de la corona británica, firman declaraciones conjuntas por las que España se compromete a la restitución de la guararnición inglesa, afirmando que la decisión de restituir no debía interpretarse en detrimento del derecho de soberanía prioritario a favor de España sobre las Islas Malvinas. (24) La declaración británica está formulada como una respuesta a la española. Por ella se toma conocimiento de la declaración española y se acepta la restitución de Port Egmont como una reparación debida por los daños ocasionados a la Corona Británica. (25)

En cumplimiento de lo acordado en 1771, un pequeño contingente británico reasume la posesión de la guararnición de manos de las fuerzas españolas asentadas en Port Egmont. En 1774 los británicos abandonan Port Egmont. Inglaterra, hace público su deseo de que esa retirada se interprete como

una necesidad económica y no como una renuncia o abdicación de sus derechos soberanos. (26) Los británicos dejan en el lugar una placa de plomo y una bandera como símbolos de la continuación de la posesión británica sobre esos territorios. En 1777 los españoles destruyeron lo que quedaba de aquella ocupación, sin provocar protesta alguna por parte de Gran Bretaña.

La interpretación de las declaraciones recíprocas que dieron por terminada el incidente, han sido contradictorias. Cierta parte de la doctrina afirma la existencia de un acuerdo secreto que se cumplimentó con el retiro efectivo de los británicos de Port Egmont en 1774. (27)

Por su parte, Gran Bretaña consideró a posteriori que lo acordado en 1771 fue un reconocimiento expreso de sus derechos soberanos sobre las islas (28).

Podría asimismo válidamente sostenerse que el acuerdo de 1771 no resolvió el conflicto de fondo sino que simplemente mantuvo el *status quo* a través de la restitución condicionada a una expresa reserva de derechos. La actitud española es interpretada, en ese contexto, como un mero acto de satisfacción o reparación, un acto por el cual el *status quo* anterior al acto de fuerza, fue restablecido. De esta manera puede considerarse que la situación jurídica no se vio afectada por la actitud negociadora asumida por la Corona Española. (29)

En este sentido es relevante la opinión de Lord Chancery Cadman, que sostuvo que la cuestión continuaba como estaba antes de las hostilidades "... el rey de España solamente ha declarado que él no puede ser precuicido de su anterior reclamación por ese acto de restitución posesoria..." (30)

En la interpretación de todo acuerdo es fundamental el tener en cuenta el comportamiento posterior de las partes. La conducta tanto de Gran Bretaña, que finalmente se retiró en 1774 y la de España, que continúa con su ocupación sobre la isla oriental y a posteriori destruye los símbolos remanentes de la presencia británica sobre Puerto Egmont, confirman el abandono físico de la pretensión británica, independientemente de que esta actitud sea la consecuencia de un acuerdo secreto subyacente a las declaraciones recíprocas de 1771. Cuando el texto a interpretarse no alcanza para encuadrar situaciones presumiblemente comprendidas en él, la conducta posterior de las partes indica un camino válido para la interpretación de la voluntad real de éstas. (31) Aún más, fuera del alcance interpretativo de un acuerdo determinado, la voluntad común de las partes expresada en la conducta coincidente de estas con posterioridad a la celebración del tratado harían presumir la existencia de un nuevo acuerdo tácito o una costumbre particular que ya no solo interpreta sino que completa los alcances del acuerdo pre-existente. (32)

El *animus* o intención de ocupar

Independientemente del argumento de que el retiro británico fue consecuencia de un acuerdo secreto logrado en 1771, este hecho marca un nuevo hito en el conflicto por la soberanía de las islas. A partir de 1774, se interrumpe una ocupación, que si bien estaba de ser pacífica, su continuidad, en el tiempo, podría haber dado lugar al inicio de una consolidación de titularidad. Los efectos del retiro de esa ocupación no quedaron neutralizados por la mera existencia en el terreno de símbolos de una intención o "*animus*" que no fueron reiterados o confirmados por actos oficiales de protesta frente a la continua y efectiva ocupación por parte de España de las islas.

Al respecto, cabe recordar que en el caso de la Isla de Clipperton (33), el árbitro resaltó la relevancia jurídica del "*animus*" del Estado francés de considerarse como el soberano de la isla, frente a la actitud pasiva del Estado mejicano que nada hizo para contrarrestar las consecuencias previsibles de ese reclamo. La sola intención de ser el titular del dominio emite sobre un territorio no genera un mejor derecho sino frente a quien por acción u omisión ha consentido ese reclamo, o no lo ha resistido a través de actos de protesta o de actos de efectivo control del territorio en disputa. (34)

Es preciso tener presente que en cuestiones de soberanía lo que los Estados discuten es siempre su mejor titularidad oponible entre uno y otro y no en abstracto o frente a terceros (*erga omnes*). (35) Cuando los Estados llevan una controversia territorial para ser solucionada ante un árbitro o ante una Corte de Justicia, generalmente condicionan de común acuerdo la definitiva atribución del territorio en disputa, a uno u otro Estado. (36)

Este condicionamiento no solo restringe a quien va a dirimir la controversia a no generar situaciones de condominio, sino que fundamentalmente, lo inhibe de declarar que el territorio cuestionado no pertenece ni a uno ni a otro de los Estados involucrados.

Aún más, el argumento británico sobre la continuidad de su ocupación con posterioridad a 1774, ha sido refutado por parte de la doctrina británica, entre otros, por Lord Phillimore quien restó toda relevancia jurídica a la materialización de la existencia de un "*animus occupandi*" a través de una placa o de una bandera dejada en el lugar donde existió una asentamiento. (37)

Puede a su vez argumentarse que Gran Bretaña al retirarse de Port Egmont no produjo el abandono de un derecho pues este no llegó a esa fecha

a perfeccionarse. Por igual motivo tampoco puede válidamente sostenerse que Gran Bretaña solamente suspendió el ejercicio de un derecho que continuaría manteniendo independientemente de su efectivización.

En realidad Gran Bretaña abandonó una ocupación precaria y controlada sobre una parte del archipiélago, que solo en un futuro-de haber continuado-podría haber consolidado una prescripción adquisitiva.(38)

Tratados vigentes a la fecha de las primeras ocupaciones

El derecho contemporáneo a los hechos que originaron la controversia respecto de las Islas Malvinas, está directamente relacionado con el sistema del llamado Derecho Público Europeo de los siglos XVII y XVIII. Las bases de ese sistema en cuanto a reparto de zonas a colonizar y concesiones económicas en los territorios de ultramar, quedaron estructuradas a través de un conjunto de tratados, entre otros los tratados de Madrid de 1670 y de 1713, y los Tratados de Utrech de 1713. De esta forma España se había asegurado convencionalmente, derechos preferenciales para la colonización de las zonas australes. En consecuencia, el asentamiento británico realizado en Port Egmont en 1766 fue violatorio de normas convencionales pre-existentes.

Sin embargo estas reglas de juego concertadas para el manejo de relaciones interestaduales de contenido territorial, fueron en los hechos objeto de reiteradas violaciones. Las situaciones provocadas por esas violaciones motivaron la necesidad de formalizar nuevos entendimientos, que por lo general mantuvieron el *status quo* logrado en los territorios de ultramar. La consolidación de situaciones territoriales de hecho, se expresaba entonces en acuerdos negociados generalmente como culminación de un conflicto armado. Si bien para el derecho clásico los tratados prevalecen sobre las prácticas estatales, estas prácticas fueron el antecedente de nuevos acuerdos por los que se convalidaron convencionalmente aquellas situaciones de hecho. Solamente las situaciones de hecho consentidas convencionalmente permitieron el mantenimiento de un *status quo* territorial oponible a terceros. En este contexto es relevante el Tratado de Nootka Sound de 1790 entre España y la Gran Bretaña por el cual quedó implícitamente reconocida la ocupación española sobre Malvinas tal como existía en 1790.

El Tratado tuvo por objeto el confirmar como ajustadas a derecho las situaciones territoriales existentes a la fecha de la celebración del acuerdo.

El artículo 9 del Tratado establecía que "... quedaba acordado respecto de las costas orientales y occidentales de Sud América y de las islas adyacentes, que los respectivos súbditos no formarían en el futuro ningún establecimiento en las partes de la costa situada al sur de las partes de la

misma costa y de las islas adyacentes ya ocupadas por España; queda entendido que los mencionados súbditos respectivos retendrán la libertad de desembarcar en las costas e islas que allí se encuentran con propósitos vinculados a sus pesquerías y erección de refugios y otras estructuras temporarias que sirvan a esos objetivos...."(39)

El tratado de Nootka Sound preculuye toda reivindicación o potencial derecho de Gran Bretaña a reclamar las Islas sobre la base de un descubrimiento no probado históricamente, ni jurídicamente relevante, y una posterior ocupación, que no fue la primera ni tampoco la que prosperó en el tiempo.

Sucesión de Estados: Uti Possidetis.

En 1810 España tenía un mejor derecho que Gran Bretaña sobre las Islas Malvinas, por lo tanto al producirse la sucesión de Estados de España a favor de las Provincias Unidas, estas continúan en la titularidad de los territorios adquiridos por aquella que se encontraban dentro del área jurisdiccional reivindicada por el nuevo Estado. El contenido territorial de una sucesión de Estado, consecuencia de un proceso de emancipación colonial, queda definido por aplicación del llamado principio del *uti possidetis*. (40) La aplicación de este principio implica el reconocimiento de la delimitación de las jurisdicciones coloniales internas, tal como fueron impuestas por el Estado antecesor, independientemente de la efectiva ocupación o posesión de los territorios asignados a cada circunscripción colonial. El *uti possidetis* como institución del Derecho Internacional se fundamenta en normas convencionales y prácticas consuetudinarias reconocidas por los Estados Latinoamericanos durante el siglo XIX. Los efectos inmediatos de su aplicación fueron tanto el asegurarse que las sucesiones de Estado resultantes de la emancipación colonial, se produjeran sobre todo el territorio dominado por la metrópoli, como el disminuir o minimizar la generación de futuros conflictos limítrofes. El principio del *uti possidetis* no es un modo o título autónomo de adquisición de territorios. Sus efectos vinculatorios frente a terceros Estados está dado por el hecho de ser un elemento clarificador de los alcances territoriales de las circunscripciones coloniales al momento del efectivo transpaso de la responsabilidad internacional sobre un territorio determinado. Por lo tanto el principio del *uti possidetis* se integra conceptualmente en el contexto de las normas aplicables a la Sucesión de Estados como modo de adquisición de territorios. Si el Estado antecesor era frente a terceros el soberano, a partir de la fecha de la sucesión de Estados, el Estado sucesor continúa con aquella soberanía.

Ejercicio del dominio eminente a partir de 1810

A partir de 1810 Las Provincias Unidas mantuvieron a través de actos jurisdiccionales estaduales los derechos adquiridos por España sobre las Islas Malvinas. Gran Bretaña no cuestionó esta situación reconociendo expresamente y sin condicionamientos la sucesión de Estados a favor de las Provincias Unidas.

Cabe recordar que los españoles evacuaron las Islas Malvinas a principios de 1811 en cumplimiento de órdenes impartidas por el Gobernador de Montevideo, Gaspar de Vigoder y que fue recién en 1820, cuando el Gobernador de las Provincias Unidas del Río de la Plata envió al Coronel Daniel Jewitt al mando de la Fragata Heroína, a tomar posesión de las Islas.

Por casi diez años no produjo el Gobierno de las Provincias Unidas un ejercicio de competencias soberanas sobre las Islas Malvinas. Sin embargo durante ese mismo período, Gran Bretaña tampoco realizó acto alguno que pudiera oponerse a las reivindicaciones de Buenos Aires de ser considerada como la legítima sucesora de la Corona de España en los territorios comprendidos en lo que fuera el Virreinato del Río de la Plata. A partir de 1820 se suceden una serie de actos estaduales que confirman la efectiva ocupación de las Islas Malvinas por parte de las Provincias Unidas. Entre otros, cabe recordar el permiso oficial extendido por el Gobernador de Buenos Aires a favor de Jorge Pacheco, para colonizar las Islas; el nombramiento del Capitán Pablo Araguati como comandante de la Isla Soledad; el efectivo asentamiento de Luis Vernet en 1826; las concesiones terrestres y derechos de pesca otorgados a Luis Vernet por Decreto del Gobernador de Buenos Aires del 15 de enero de 1828; la creación de la Comandancia Política y Militar de las Islas Malvinas e islas del Atlántico por Decreto del 19 de junio de 1829; el nombramiento de Gobernadores Político-Militares de las Islas, etc. (41)

Es justamente en el ejercicio de competencias en materia de pesca que se generan conflictos con terceros Estados. El 30 de julio de 1831 al intentar imponer el Gobernador Luis Vernet su jurisdicción sobre tres buques americanos, intervino en el asunto el Cónsul de los Estados Unidos en Buenos Aires, pretendiendo desconocer toda autoridad sobre las Islas. El fundamento de esta posición pareciera estar directamente vinculado a la presunta violación de la libertad de comercio y navegación, pretendida por las grandes potencias de la época sobre los mares, costas y puertos del Atlántico Sur. El Capitán Duncan del buque de guerra americano USS Lexington exigió en Buenos Aires la libertad del buque Harriet capturado por Vernet y el castigo de los actos perpetrados por éste, calificándolo de pirata. Ante la falta de satisfacción a sus demandas el Capitán Duncan llegó a bordo de la Lexington a Puerto Soledad

el 28 de diciembre de 1831. Tomó prisionero al encargado de la guarnición, destruyó las instalaciones, se apropió de pieles y otros bienes y declaró la isla libre de todo gobierno. Habiendo tomado conocimiento de los hechos, el Gobierno de Buenos Aires formuló una protesta contra el Gobierno americano el 14 de febrero de 1832. El 10 de septiembre de ese año el Gobernador de Buenos Aires nombró al Comandante Político-Militar interino, Don Esteban Mestivier, y encargó a Don José María Pinedo, a cargo del buque Sarandí, restituir el orden en las islas y reparar los daños ocasionados por la Lexington en Puerto Soledad. Dos meses después de haber asumido la Comandancia, en amotinamiento de los soldados de la guarnición dió muerte a Mestivier, en momentos en que la Sarandí no se encontraba en puerto. Al regreso de ésta, Pinedo intenta controlar a los insurrectos. Sorprendido Pinedo en el curso de esa acción, el buque de guerra británico Clio llegó a Puerto Soledad y sometió en enero de 1833 a las autoridades y población, reivindicando esos territorios como pertenecientes a la Corona Británica.

En el año 1835 una Corte de Justicia americana reconoció que las acciones llevadas a cabo por Luis Vernet sobre buques pesqueros americanos, encuadraban dentro de la actividad estadual del Gobierno de Buenos Aires, responsable internacionalmente por el territorio de las Islas Malvinas. (42) La Corte expresó que un oficial de los Estados Unidos no tenía derecho, sin expresas ordenes de su Gobierno, de entrar en la jurisdicción territorial de un Estado en paz con los Estados Unidos y tomar por la fuerza propiedad encontrada allí, y redamada por ciudadanos de los Estados Unidos. Sin embargo en 1839 la Corte Suprema americana denegó en otro caso el que las Islas Malvinas fueran parte de los dominios bajo la soberanía del Gobierno de Buenos Aires. (43)

La diferencia entre uno y otro reconocimiento por parte de la justicia americana radica en que, en 1835 la Corte de Connecticut se basó en pautas objetivas para determinar la naturaleza de los actos impugnados como actos de Estado, mientras que la Corte Suprema en 1839 se basó en directivas provenientes del Departamento de Estado que manifestaron su posición política.

Hasta 1833 existen pruebas fehacientes del despliegue jurisdiccional realizado por el gobierno de las Provincias Unidas como legítimo sucesor de la Corona de España. Teniendo en cuenta la jurisprudencia internacional sobre la materia, la actividad desarrollada por el gobierno de Buenos Aires, es suficientemente demostrativa del ejercicio de un dominio eminente no controvertido en los hechos hasta 1833. En materia de conflictos territoriales, la práctica estadual a nivel internacional, aceptó la flexibilización del concepto clásico de ocupación efectiva como modo de adquisición de territorios. Precedentes jurisprudenciales reconocieron que la ocupación como modo de adquisición de territorios no requiere de la existencia de un asentamiento poblacional estable en cada sector del territorio reivindicado, sino del ejercicio o despliegue jurisdiccional de la autoridad del Estado reclamante.

La ocupación efectiva entendida como el alcance o la extensión de jurisdicciones estaduales sobre zonas poco pobladas o prácticamente deshabitadas (44), o de difícil acceso (45), precorre la viabilidad de reclamos basados en una mera expectativa sobre el mantenimiento de la intención de considerarse Gran Bretaña, como la titular de un derecho soberano (46). Asimismo, puede argumentarse que son distintos los grados de intensidad exigidos internacionalmente a la ocupación como modo de adquisición de un territorio, de la ocupación como base del ejercicio de un derecho ya adquirido. Max Huber en el Caso de la Isla de Palmas al referirse al derecho intertemporal distinguió entre el derecho vigente a la adquisición de un territorio, de la evolución del derecho posterior a esa adquisición a los efectos de constatar el "mantenimiento" del derecho "adquirido". La continuidad en la ocupación sobre el territorio del Estado antecesor, dispensa al Estado sucesor de la realización de actos constantes o frecuentes de jurisdicción, cuando no existe un opositor que realice acto alguno como modo de manifestar la vigencia de una mejor titularidad.

Protesta y reconocimiento británico

En cuanto a la actitud británica respecto de los actos de Estado consumados por las Provincias Unidas sobre las Islas Malvinas, cabe mencionar, que el encargado de negocios Británico en Buenos Aires, Woodbine Parish, presentó el 19 de noviembre de 1829 una protesta formal respecto de los alcances del Decreto del Gobierno de Buenos Aires del 10 de junio de 1829, nombrando un Comandante Político-Militar de las Islas Malvinas e Islas adyacentes al Cabo de Hornos. (48). La nota expresa que el mencionado decreto es incompatible con los derechos de soberanía de la Corona sobre las Falkland Islands, fundados sobre la base de un descubrimiento original y subsiguiente ocupación, reconocida por España por el acuerdo de 1771.

Esta intención de Gran Bretaña expresada en el acto de protesta se contrasta con la reiterada aquiescencia británica frente a la actitud asumida por las Pcia.s. Unidas, reivindicando ser la legítima sucesora de España en las Islas Malvinas.

Avala esa aquiescencia el reconocimiento - no formal - de la existencia de las Pcia.s Unidas como sujeto de Derecho Internacional, consagrado en la Declaración del departamento de Relaciones Exteriores Británico del 15 de Diciembre de 1823, que expresa que "... El Rey mi amo... se ha servido nombrar y designar al Señor Woodbine Parish al puesto de Consul General de Su Majestad, en ese Estado..." (49).

En igual sentido el Tratado celebrado en Buenos Aires entre las Pcia.s

Unidas del Rio de la Plata y Su Majestad Británica el 2 de febrero de 1825 establece en su preámbulo que "... Habiendo existido por muchos años un comercio extenso entre los dominios de Su Majestad Británica y los territorios de las Provincias Unidas... y en apoyo de una buena inteligencia entre Su Majestad y las expresadas Provincias... que sus relaciones ya existentes, sean formalmente reconocidas y confirmadas por medio de un tratado de amistad, comercio y navegación..." (50)

En el texto inglés del tratado se identifica a W. Parish como el *Consul General* de Su Majestad Británica en Buenos Aires y sus *dependencias* (51). El art. primero establece que "habrá perpetua amistad entre los dominios y súbditos de S.M. el Rey del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda y las Provincias Unidas del Rio de la Plata y sus habitantes" (52). Mientras que el artículo segundo expresa que "habrá entre todos los territorios de S.M. británica en Europa y los Territorios de las Pcia.s. Unidas del Rio de la Plata una reciproca libertad de comercio..." (53).

FUNDAMENTACION BRITANICA

Reclén en 1834 Gran Bretaña se pronuncia oficialmente sobre los reclamos formulados por las Provincias Unidas del Rio de la Plata respecto del conflicto sobre las Islas Malvinas. Por nota del 8 de enero de ese año Lord Palmerston comunica a Manuel Moreno la posición británica alegando la legítima titularidad sobre las Islas en razón de haberlas descubierta y luego ocupado. A su vez Palmerston pone de manifiesto el hecho de que esos derechos fueron reconocidos por España a través de las declaraciones del año 1771: Gran Bretaña no estaba dispuesta a reconocer a terceros Estados, presuntos títulos derivados de derechos españoles que le fueron oportunamente denegados (54).

Esta toma de posición oficial reitera los fundamentos ya expresados en la nota de protesta enviada al Gobierno de Buenos Aires por el encargado de negocios de Gran Bretaña ante ese gobierno con fecha 19 de noviembre de 1829. A su vez la nota de Lord Palmerston de 1834 fue reelaborada sobre las mismas bases argumentales para sostener, años mas tarde, la inexistencia de conflicto alguno sobre las Islas. En este sentido en la nota del Earl de Aberdeen dirigida a Moreno el 15 de febrero de 1842 (55), se expresa que el gobierno británico no puede reconocer a las Provincias Unidas el derecho de alterar un acuerdo concluido 40 años antes de su emancipación, entre Gran Bretaña y España. Respecto de sus derechos sobre las Islas Malvinas Gran Bretaña considera este acuerdo como definitivo.

Sobre los alcances e interpretación de ese acuerdo nos remitimos a lo ya expresado con anterioridad.

Descubrimiento y ocupación sobre tierra de nadie (*res nullius*)

Ya hemos hecho también referencia a la incertidumbre existente sobre quien realizó el primer descubrimiento. Sin embargo en el hipotético caso de que Gran Bretaña hubiese realmente descubierto las islas, el hecho de no haberlas ocupado en tiempo oportuno significó la pérdida de un potencial derecho imperfecto (56).

Gran Bretaña alegó que su primera ocupación realizada en 1766 era sobre tierra de nadie. En consecuencia las acciones por ella emprendidas en 1833 tuvieron por efecto el recuperar aquella ocupación inicial (57). Como ya fuera expresado, en 1766 no podían esas islas considerarse como *res nullius*, mucho menos se pudo ignorar en 1833 la importancia de hechos que consolidaron a favor de las Provincias una mejor titularidad.

En cuanto a la determinación de la calidad de un territorio como *res nullius*, es relevante el precedente sentado por la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva del año 1975 sobre el Sahara Occidental (58).

Por Resolución de la Asamblea General N° 3292 (XXIX) se solicitó a la Corte una Opinión Consultiva sobre: 1° Si el Sahara Occidental (Río de Oro y Sakiet el Hamra) al momento de la colonización por parte de España era un territorio sin dueño (*res nullius*). Si la respuesta a la primera pregunta es negativa, 2° Cuáles eran los lazos jurídicos entre ese territorio y el Reino de Marruecos y la Entidad Mauritania (59).

El pedido de Opinión Consultiva se motivó en la necesidad de clarificar los pasos a seguir por la Asamblea General en cuanto a la descolonización del Sahara Occidental. España había resuelto la realización de un plebiscito bajo la supervisión de las Naciones Unidas para descolonizar el territorio, de conformidad al principio de la autodeterminación de los pueblos expresado en las Resoluciones de la Asamblea General N°s. 1514 y 1541 del año 1960.

Por su parte Marruecos y Mauritania se oponían a la autodeterminación de la población del Sahara Occidental, invocando el respeto debido al principio de la integridad territorial de los Estados, contemplado en el apartado 6° de la Resolución de la Asamblea General 1514 de 1960, como excepción al derecho a la autodeterminación. Tanto Marruecos como Mauritania alegaron ser los soberanos de los territorios colonizados por España al momento de producirse esa colonización.

La Corte encontró, respecto a la primera cuestión (por unanimidad), 1) que el Sahara Occidental al tiempo de la colonización española no era un territorio sin dueño (*res nullius*), y respecto a la segunda cuestión, por 14 votos a 2, 2) que existían lazos jurídicos de lealtad personal entre la población de ese territorio y el Reino de Marruecos, y por 15 votos a 1, que existían derechos, incluso vinculados a la tierra, que constituían lazos jurídicos entre la Entidad Mauritania y el territorio del Sahara Occidental. Asimismo sostuvo la Corte que de la documentación e información a su disposición no podía

establecerse ningún lazo de soberanía territorial entre el territorio del Sahara Occidental y el Reino de Marruecos y la Entidad Mauritania. (60)

A través de la intertemporalidad del derecho la Corte debió aplicar el derecho vigente al tiempo de la colonización española, es decir 1864. Cabe recordar, que es durante esa época que se consolidó convencionalmente por el Acta de Berlín de 1885, la ocupación efectiva sobre territorios sin dueño como un método válido para el reparto de áreas a colonizar en el continente africano. A su vez se condicionó la calidad de *res nullius* de un territorio, a la inexistencia del ejercicio de autoridad sobre ese territorio, emanada de un Estado reconocido como tal por la Comunidad de Estados. Sobre este último punto es posible argumentar sobre la politización de la Corte en cuanto a la flexibilización del derecho vigente a fines del siglo XIX.

Aún aplicando idénticos criterios a los utilizados por la Corte para determinar que un territorio no era *res nullius* a una fecha crítica dada, puede asegurarse que tanto en 1766 como en 1833 las Islas Malvinas no eran tierra de nadie. Por otra parte, existirían pruebas suficientes como para avalar el hecho de que los lazos jurídicos entre las Islas, España y las Provincias Unidas, fueron lazos de soberanía territorial.

Gran Bretaña tampoco puede invocar la titiitud en 1833 de la presencia Argentina en las Islas, puesto que en 1823 y luego en 1825, al reconocer Gran Bretaña la independencia de las Provincias Unidas, aceptó la sucesión en los derechos y obligaciones territoriales de la Corona de España a favor de estas.

Conquista

Ante la debilidad de la fundamentación oficial británica para reivindicar las Islas Malvinas a través de una ocupación inmemorial sobre *res nullius* cabe preguntarse, si puede prosperar la invocación de un mero acto de conquista como un modo válido de adquisición de territorios. La doctrina clásica, expresada en el siglo XIX entre otros por C. Calvo (61), sostuvo que la conquista era un modo legítimo de adquisición de territorios cuando las anexiones eran convalidadas por un tratado de paz o por el consentimiento de la población directamente afectada. Oppenheim (61) por su parte, sostiene que la conquista dió lugar al nacimiento de un título territorial ya sea por anexión, cuando desaparece el Estado vencido, o ya sea por cesión, cuando el Estado vencido convalida el traspaso de soberanía por medio de un tratado de paz. Lauterpacht (63) expresa que la consolidación de una adquisición de una parte del territorio de un Estado por un acto de conquista, necesita integrarse con el reconocimiento de las anexiones por parte del Estado afectado.

No habiéndose producido el reconocimiento del acto de fuerza británico

perpetrado en las Islas Malvinas en 1833 y existiendo actos formales de protesta por parte de Argentina, cabe concluir, que aquel acto de fuerza no pudo en ese momento, ni puede en la actualidad, legitimarse en sí mismo.

Prescripción

La falta de solidez jurídica de la argumentación oficial británica trató de ser superada a través de diversos ejercicios doctrinarios. El fundamento alternativo que más repercusión ha tenido ya desde principios de este siglo, se relaciona con la prescripción como modo de adquirir territorios. Se llegó así a sostener que, aún en el supuesto de que la presencia inicial británica en las islas no haya sido sobre lo que se consideraba tierra de nadie, la posterior ocupación efectiva, consolidó una prescripción adquisitiva. La doctrina en general acepta que la prescripción adquisitiva se basa en un acto inicialmente ilícito que se sanea en el tiempo a través de una ocupación efectiva, pública, continua y pacífica (64). Asimismo se entiende por pacífica a aquella ocupación que no es afectada por acto alguno de protesta. La pacificidad de la ocupación no está relacionada a la inexistencia de actos de fuerza tendientes a recuperar un mejor título turbado, sino que se vincula a la inexistencia de actos de protesta que interrumpen el plazo de prescripción (65).

La prescripción no está disociada de la voluntad real del Estado con mejor derecho sobre un territorio ocupado por otro. La ocupación efectiva no genera en estos casos un título válido oponible a terceros por el mero transcurso del tiempo (66). En cuanto al plazo de prescripción la doctrina más autorizada recoge la práctica estadual al sostener que frente a cada caso particular deberá definirse el período de tiempo necesario para perfeccionar una prescripción adquisitiva (67). El factor tiempo no produce efectos automáticos vinculados exclusivamente a la ocupación, sino a la manera de reaccionar el estado con un mejor derecho frente a esa ocupación. Oppenheim sostiene que "Mientras los Estados formulen protestas y reclamaciones, no cabe afirmar que el ejercicio efectivo de la soberanía sea pacífico, ni existiría tampoco la requerida convicción común de que el estado real de las cosas se halla de conformidad con el derecho internacional" (68). En este contexto es importante el destacar que ningún tratadista del siglo XIX recoge como práctica estadual la obligación de reiterar durante determinado tiempo, reivindicaciones territoriales a los efectos de mantener vigente una interrupción de la prescripción. La vigencia de un reclamo sobre una controversia no solucionada se mantiene por tiempo indeterminado. En 1849 la Argentina puso de manifiesto que no consideraba necesario la reiteración de actos de protesta puesto que la intransigencia inglesa no daba lugar al adecuado tratamiento del conflicto.

El acto de protesta pone de manifiesto la intención del Estado que la fuerza, de no autorizar los efectos vinculantes de situaciones provocadas por otro Estado. No es necesario su reiteración periódica, si a través del comportamiento del Estado, no es posible presumir que ha renunciado a sus derechos reivindicados por el acto de protesta (69). La protesta no debe confundirse con un simple reclamo teórico o en abstracto (70), sino que debe estar dirigida a manifestar la existencia de un conflicto y la voluntad por solucionarlo. Los actos de protesta argentinos frente a Gran Bretaña definieron una constante vigencia del conflicto, paralizándolo a su vez los efectos de una posible prescripción. Por lo tanto, en el caso de las islas Malvinas, la prescripción adquisitiva como modo válido de adquisición de territorios, no le confiere a Gran Bretaña una mejor titularidad frente a Argentina. (71)

Situaciones jurídicas objetivas

Un posterior enfoque sobre el tema por parte de la Doctrina Británica, relaciona el ejercicio continuo y pacífico de competencias soberanas, con el reconocimiento de terceros Estados a los efectos de crear una situación jurídica objetiva. Cabe recordar que las situaciones jurídicas objetivas, invocadas y reconocidas en Derecho Internacional, derivan exclusivamente de la aplicación y ejecución de regímenes territoriales convencionales y no de actos unilaterales de un Estado (72). Asimismo, las situaciones jurídicas objetivas no vinculan al Estado que no reconoció expresamente la cristalización de esa situación.

Efectos del no reconocimiento.

La doctrina británica involucrada en la actualidad en el tratamiento de conflictos territoriales, intenta salir del *impasse* de situaciones similares a las planteadas por el conflicto de las Malvinas, sosteniendo que la titularidad del dominio eminente de un Estado sobre un territorio, no depende del reconocimiento o no reconocimiento de un tercer Estado. El no reconocimiento por parte de un Estado aislado, no vulnera un mejor derecho adquirido. Se entiende claro está, que debe tratarse de un derecho adquirido *erga omnes* (o sea frente a toda la comunidad internacional), oponible incluso al Estado que no reconoce ese derecho (73).

Consolidación de titularidad: consolidación histórica.

Dentro de la Doctrina británica contemporánea ha sido el Profesor George Schwarzenberger quien estructuró a la llamada consolidación histó-

ca, como un modo de adquisición territorial por el cual la titularidad queda desvinculada de su causa u origen (*root of title*) (74). La consolidación se apoya en el exclusivo ejercicio de competencias estaduales durante un tiempo prolongado, sin necesidad de requerir esa ocupación los elementos necesarios para que sea operativa una prescripción adquisitiva. (75). A través de la aplicación de esta doctrina se evitan los riesgos probatorios tendientes a asegurar una prescripción a contrario de un mejor derecho (*adverse prescription*). Para Schwarzenberger no solo queda desvinculada de la consolidación la causa u origen del título, sino que es asimismo irrelevante la adquisición o no del Estado con un potencial mejor derecho.

En realidad la teoría de la consolidación histórica es de aplicación cuando frente a un conflicto territorial determinado, las partes involucradas ponen de manifiesto la existencia de incertidumbres o imprecisiones, tanto geográficas como jurídicas, en el origen de sus respectivas titularidades. Estas incertidumbres, fácticamente verificables, pondrían a las partes en conflicto en un pie de igualdad en cuanto a sus derechos. No existiría en esas situaciones un *mejor derecho* inicial. Es frente a estos supuestos, que recobra importancia el ejercicio de competencias soberanas sobre el territorio en disputa. Pero el solo despliegue de actos estaduales de una parte, no es oponible a la otra como fundamento de titularidad sino cuando mediere tolerancia o, adquisición de esa actividad, por parte de esta última (76). Es decir, la consolidación histórica no puede desvincularse de la voluntad por acción u omisión del otro Estado, que en un principio se encontraba en igualdad de condiciones al que en definitiva pretende perfeccionar su titularidad a través del ejercicio de competencias soberanas.

La consolidación se distingue así de la prescripción por el hecho de que en la primera no habría una ocupación inicial ilícita, sino más de un Estado con potenciales derechos en igualdad de condiciones. La prescripción sana en el tiempo un acto inicialmente ilícito, mientras que la consolidación perfecciona en el tiempo un derecho potencialmente incierto. Esa incertidumbre se transforma en irrelevante a partir de una consolidación sin actos de protesta o interferencias por parte del Estado contra quien se opone esa consolidación (77).

Schwarzenberger sostiene que es irrelevante la adquisición del otro Estado a los efectos de invocar una consolidación de título. Articula su teoría sobre una interpretación errónea de las argumentaciones elaboradas por De Visser (78) respecto de los considerandos del caso de las Pesqueras Anglo-Noruegas de 1951 (79). En ese caso la Corte hace referencia a la consolidación histórica de una situación creada por la aplicación de un sistema de delimitación del mar territorial a partir del trazado de líneas de base rec-

tas. Tanto Schwarzenberger como Jennings (80) citan a De Visser fuera del contexto de los elementos ponderados por éste como fundamentales en el razonamiento que hace la Corte. Para De Visser la consolidación histórica de un título no se produce por el mero transcurso del tiempo como para desvincular de éste a su origen o causa. Esa consolidación es operativa cuando se dan ciertos factores como la falta de protesta o adquisición por tiempo prolongado que aseguren la viabilidad de un *estoppel* a favor del Estado que ha actuado sin tener una certeza jurídica sobre la validez o invalidez de su acción frente al Derecho Internacional (81).

La adquisición de un Estado al ejercicio de competencias soberanas por parte de otro, no debe confundirse con la tolerancia de un *modus vivendi* que por más que le es *adverso*, tiende a no enervar una situación litigiosa.

La invocación de la consolidación de titularidad no beneficia al Estado que estando en posesión del territorio en disputa no acepta *per se*, la existencia de una controversia, cuando la certeza de los títulos originarios es posible de ser objetivamente corroborada. En la consolidación ejerce un papel decisivo la actitud del Estado con mejor o por lo menos igual derecho. Por lo tanto, ante la incertidumbre de una causa de titularidad, la consolidación no es operativa si el otro Estado con mejores o iguales derechos, no presta su adquisición a la pérdida de éstos (82).

Reivindicación implícita por la vía judicial.

Desde fines de la década del 40 Gran Bretaña intentó plantear una cuestión de soberanía sobre lo que ella llamaba en ese entonces "Falkland Islands Dependencies", es decir sobre las Islas Georgias del Sur, Sandwich del Sur, Orcadas, Shetland del Sur y las Tierras de Graham, sin incluir en la controversia a las Islas Malvinas (83). Finalmente Gran Bretaña demanda en 1955 y en forma separada, a Chile y a Argentina, ante la Corte Internacional de Justicia, rechazando las actividades argentinas y chilenas en las islas y tierras al sur del paralelo 58º S. (84). Invocó ser ella quien descubrió esos territorios y quien en definitiva efectivizó una ocupación sobre territorio *res nullius*. Fijó la fecha crítica al año 1925 o bien subsidiariamente a 1942.

Los argumentos británicos avanzados en la demanda en relación a qué debía entenderse por ocupación efectiva, se interrelacionan y fundamentan en precedentes jurisprudenciales tales como el de la Isla de Palmas de 1928, el de la Isla de Clipperton de 1931, el de la Groenlandia Oriental de 1933 y el de las Islas y Rocas de Miquel y Ecrehous de 1953 (85). Si Gran Bretaña invocara esta argumentación basada en la jurisprudencia citada respecto a su controversia con Argentina por las Islas Malvinas, no existirían