

PORTUGAL Y EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Por el Dr. ADOLFO MIAJA DE LA MUELA

Miembro del I.H.L.A.D.I.
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad de Valencia

I

UNA CRISIS EN LA JURISDICCIÓN OBLIGATORIA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA

CUANDO a la terminación de la primera guerra mundial fue superada la etapa de arbitrajes ocasionales mediante la institución del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, hubo necesidad de aceptar una solución transaccional entre los partidarios y los adversarios de conferir a este Tribunal una jurisdicción obligatoria, al menos, para ciertos tipos de diferencias internacionales de subrayado carácter jurídico. Seguramente, hacia 1920, hubiese supuesto una innovación demasiado revolucionaria la imposición a los Estados de someter las diferencias que mantuviesen con otros a un Tribunal de reciente creación en el papel, y que aún no había inaugurado sus actividades. Pero tampoco podía ser desaprovechada la confianza en una futura jurisdicción internacional por parte de los Estados que aparecían dispuestos a aceptar su carácter obligatorio, fenómeno que nada tenía de nuevo, puesto que ya en las Conferencias de La Haya de 1889 y 1907 habíase registrado una fuerte corriente a favor de la obligatoriedad del arbitraje.

Es bien conocido de todos los estudiosos del derecho de gentes el contenido de aquella solución transaccional: la jurisdicción del Tribunal Permanente de Justicia Internacional se basaría en el consentimiento de los Estados, pero éstos no tendrían necesidad de esperar a encontrarse mezclados en una disputa para llevar ésta al Tribunal mediante un compromiso, sino que, sin excluir esta modalidad, podrán anticiparse a reconocer la competencia obligatoria del Tribunal de La Haya, mediante la adhesión a o que se denominó *cláusula facultativa*, contenida en el artículo 36 de su Estatuto, respecto a todas o algunas de las categorías de diferencias enumeradas en él, y con anterioridad en el artículo 13 del pacto de la Sociedad de

Naciones, es decir, la interpretación de un tratado, todo punto de Derecho Internacional, la realidad de un hecho que, de ser comprobado, constituiría la violación de un compromiso internacional y la extensión y naturaleza de la reparación debida por tal infracción.

Lo conseguido de momento no era mucho, pero constituía un primer paso nada despreciable, sobre todo desde un punto de vista pesicológico¹: los siguientes avances habrían de estar en función de la confianza que el Tribunal Permanente de Justicia Internacional se ganase con el acierto e imparcialidad de sus fallos, a la vez que del clima general en que se desenvolvesen las relaciones internacionales futuras.

Que esta esperanza no era infundada lo demuestra la amplia red de convenios para el arreglo pacífico de las diferencias internacionales, unos colectivos, como el Acta General de Arbitraje de 1928, y bilaterales los otros, en los que muchos adoptaron el triple contenido de conciliación, arbitraje y arreglo judicial, difiriendo a este último procedimiento bien las diferencias enumeradas en el artículo 13 de “Covenant”, bien las que se caracterizaban como jurídicas, siguiendo la fórmula de los Tratados de Locarno, como “aquellas en que las partes se disputen recíprocamente un Derecho”. Por unos u otros caminos, el Tribunal Permanente desarrollo en dieciocho años de actuación una labor fructífera que le valió el respecto de todos y, lo que es más valioso, al producirse la segunda guerra mundial, la convicción de que era una de las piezas aprovechables, para el porvenir, del fracasado sistema ginebrino.

Con el deseo de dar una continuidad a la obra del tribunal Permanente, en el período de gestación de la organización de las Naciones Unidas precedió a la conferencia de San Francisco la reunión de un Comité de Juristas encargado de deliberar acerca de la conveniencia de conservar el viejo Tribunal permanente o de sustituirlo por otro de nueva creación, cuya estructura y funcionamiento habría de calcarse en la de aquél, con las innovaciones que la experiencia aconsejase, y, en cualquier caso, de elaborar un proyecto de Estatuto.

La principal preocupación del Comité de juristas fue la posibilidad de una jurisdicción obligatoria para el Tribunal nuevo o remozado. La conclusión fue una redacción alternativa para el art. 36 del proyecto de nuevo Estatuto: ambas redacciones enumeraban las mismas materias que citaban el artículo 13 del Pacto de la Sociedad de las Naciones y el art. 36 del estatuto del tribunal Permanente, pero diferían en que en una de las redacciones se establecía que los Estados miembros de las Naciones Unidas aceptaban de pleno derecho la jurisdicción obligatoria del Tribunal en las citadas categorías de di-

1. ROSSEME: The International Court of Justice. Leyden, 1957, pág.323.

ferencias internacionales, mientras que en la otra redacción se preveía solamente que los Estados sometidos al Tribunal podrían en cualquier momento declarar su aceptación de la jurisdicción obligatoria de éste en todas o en algunas de las categorías de diferencias mencionadas².

La Conferencia de San Francisco no llegó a aceptar la primera solución, defendida en varias enmiendas de las delegaciones china, egipcia, turca y hondureña, quedando, en definitiva, condicionada la obligatoriedad de la jurisdicción del Tribunal, para cada Estado miembro de la Organización, a una aceptación por su parte de la cláusula facultativa, en todas o en alguna solamente de las materias mencionadas en el artículo 36, con reservas o sin ellas.

La eficacia de la jurisdicción obligatoria del tribunal Internacional de Justicia, órgano judicial principal de las Naciones Unidas según el art. 92 de la Carta, depende, pues, de dos factores: 1º La cantidad y significación – en razón el papel más o menos relevante desempeñado en las relaciones internacionales por el Estado de quien emanan – de las adhesiones a la cláusula facultativa. 2º De la naturaleza de las reservas que acompañan a cada uno de estos actos unilaterales de sumisión a la jurisdicción del Tribunal.

Una interpretación literal del art. 36 del Estatuto nos conduciría a la conclusión de que las mencionadas reservas no pueden constituir grave obstáculo a la jurisdicción del tribunal Internacional de Justicia, puesto que el párrafo 3 del mencionado artículo se limita a consignar que “la declaración a la que se refiere este artículo podrá hacerse incondicionalmente, bajo condición de reciprocidad por parte de varios o determinados Estados, o por determinado tiempo”, y ni la limitación temporal ni la condición de reciprocidad son circunstancias gravemente perturbadoras.

Sin embargo, reservas de naturaleza muy diferente a las consignadas en el citado párrafo han sido hechas por varios de los Estados que hasta ahora han aceptado la cláusula facultativa. De especial relieve es la formulada por los estados Unidos en su declaración de 26 de agosto de 1946, según la cual, entre otras diferencias, quedan exceptuadas de la sumisión al tribunal aquéllas “concernientes a cuestiones que dependen esencialmente de la competencia de los estados Unidos, *tal como es definida por los Estados Unidos mismos*”.

Siguiendo el ejemplo norteamericano, Francia se adhirió a la cláusula facultativa por cinco años, a partir del 1 de enero de 1949, con prórroga indefinida hasta su expresa denuncia, pero haciendo constar que esta declaración no se aplica a “las

2. Documents of the United Nations Conference of International Organization. San Francisco, 1945. Vol. XIX. Págs. 300, 303, 305 y 311.

diferencias referentes a asuntos que pertenecen esencialmente a la competencia nacional, *tal como es entendida por el Gobierno de la República francesa*".

La misma facultad de delimitar unilateralmente los asuntos que, por entrar esencialmente en su competencia nacional, se sustraen a la jurisdicción del tribunal se reservan en sus adhesiones a la cláusula facultativa los Gobiernos de Méjico, Liberia, Paquistán y Nueva Zelanda.

tal es la que, en su voto particular a la sentencia por la que el Tribunal declaró su incompetencia para entender en una diferencia entre Francia y Noruega sobre ciertos empréstitos emitidos por éste último país (6 de julio de 1957) ha, denominado Lauterpacht "reserva automática", cuya gravedad es preciso subrayar, y sobre cuya validez o nulidad no se pronunció el Tribunal en aquella ocasión. Pero en La Haya se encuentra también *sub iudice* otra diferencia, la llevada por Suiza por daños sufridos en los Estados Unidos por la Sociedad helvética Interhandel: en esta ocasión, es el Estado demandado el que se reserva la facultad de decidir unilateralmente las diferencias excluidas de la jurisdicción internacional por recaer esencialmente en su competencia interna, alegación en cuya valoración no ha entrado el tribunal en la fase incidental del litigio referente a su competencia para la adopción de medidas cautelares, que al Auto de 24 de octubre de 1957 ha rechazado por innecesarias, pero no por carecer de competencia para dictarlas.

Es de esperar que la alegación norteamericana de incompetencia del tribunal se reproduzca en el curso de la *litis*, y sobre ella habrá de pronunciarse aquél en uno de los siguientes sentidos: a) Validez de la reserva, en cuyo supuesto, una vez alegado por los estados Unidos que el asunto cae dentro de su competencia nacional, el Tribunal habrá de declararse incompetente para dictar una sentencia de fondo; b) Nulidad de la reserva, cuyo alcance se extienda hasta invalidar la adhesión a la jurisdicción obligatoria del tribunal a la que va unida, lo que produciría también una declaración de incompetencia respecto a la cuestión de fondo; c) Nulidad de la reserva, pero validez de la declaración de adhesión por parte de los Estados Unidos a la jurisdicción obligatoria del Tribunal Internacional de Justicia, lo que permitiría a éste entender plenamente en la diferencia suizo-norteamericana; d) Nulidad o validez de la reserva, según que en el caso particular en que ha sido invocada la alegación constituya o no un abuso de Derecho.

No hemos de entrar en el estudio del problema, al que el autor de estas páginas ha dedicado alguna atención en otros

de sus trabajos³, sino solamente subrayar la gravedad de cualquiera de las posibles decisiones para la obligatoriedad de la jurisdicción internacional.

Existen claros síntomas de que esta obligatoriedad ha experimentado un retroceso, pese al hecho de que en Tratados, como el Convenio interamericano de soluciones pacíficas de Bogotá o en el constitutivo de la Unión Occidental Europea, los Estados firmantes se comprometen a someter las diferencias *inter se* de carácter jurídico al Tribunal de La Haya. El escaso número de ratificaciones alcanzadas por el Convenio de Bogotá puede explicarse en buena parte por la decepción sufrida por los países hispanoamericanos ante el criterio con que el Tribunal enfocó institución jurídica tan arraigada entre ellos, como el derecho al asilo. Por otro lado, ninguno de los países comunistas y muy pocos entre los afroasiáticos figuran entre los firmantes de la cláusula facultativa. De ella se ha podido decir, por comentaristas de máxima autoridad, que se encuentra actualmente en período de declinación⁴.

Unos datos numéricos muestra lo fundado de este pronóstico: en 1955 formaban parte de la Organización de las Naciones Unidas sesenta Estados, la mitad, justamente de los cuales estaban ligados, con reservas a sin ellas, a la jurisdicción facultativa, aparte dos – Suiza y Liechtenstein – no miembros de la O.N.U. Elevado el número de éstos a ochenta y dos, en 1955, tan sólo uno de los nuevos Estados miembros, Portugal, ha querido oportuno adherirse a la jurisdicción del tribunal, planteado, en el primer asunto en que ha sido parte, una delicada cuestión de competencia al tribunal, a las que vamos a referirnos en las páginas que sigue.

II

LA ADHESIÓN PORTUGUESA A LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL

Neutral durante la segunda guerra mundial, Portugal no participó en la Conferencia de San Francisco, ni figuró, por consiguiente, entre los miembros originarios de la organización de las Naciones Unidas. Cuando el gobierno de Lisboa pre-

3. MIAJA: El problema de la adhesión de España a la cláusula facultativa del tribunal Internacional de Justicia. (Revista de la Facultad de Derecho de Oviedo, 1956), y Perspectivas actuales de la Jurisdicción Internacional. (Revista Española de Derecho Internacional, 1957).

4. WALDOCK: Decline of the optional Clause. «The British Year Book of International Law», 1955-56. Págs. 244 a 287.

sentó su candidatura para el ingreso en la organización, el Consejo de Seguridad no pudo hacer a la Asamblea General una recomendación del mismo, primero por el veto ruso, formulado de una manera absoluta, en razón o pretexto de que la Unión Soviética no mantenía relaciones con la República portuguesa, y, más tarde, por condicionar el mismo Estado su voto favorable a la entrada de determinados Estados, entre ellos Portugal, en la Organización a la admisión de otros países sitos al otro lado del telón de acero, actitud en la que persistió Rusia durante cerca de diez años a pesar del dictamen en contrario de tal condicionamiento emitido por el Tribunal Internacional de Justicia en 28 de mayo de 1948.

Una Comisión de buenos oficios constituida en el seno de la Asamblea logró una solución de tan difícil problema, prácticamente aceptando tal tesis soviética de la admisión en bloque los Estados que se oponían a ella, y el 16 de diciembre de 1955 entró Portugal en la Organización de las Naciones Unidas, juntamente con otros quince Estados, entre ellos España.

De los Estados entonces ingresados y de los otros seis que con posterioridad han alcanzado la condición de miembros de las Naciones Unidas, fue Portugal el único que se apresuró a añadir a la calidad de parte en el estatuto del tribunal Internacional de Justicia, conferida automáticamente por el artículo 93 de la Carta, su adhesión a la cláusula facultativa del artículo 36 de su Estatuto.

En efecto, tres días después de su ingreso en la Organización, el Gobierno portugués se sometió a la jurisdicción obligatoria del tribunal Internacional de Justicia, en los siguientes términos:

“En virtud del parágrafo 2 del artículo 36 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, declaro, en nombre del Gobierno portugués, que Portugal reconoce como obligatoria, de pleno derecho y sin convenio especial, la jurisdicción del tribunal, conforme al citado párrafo 2º del artículo 36, y en las condiciones enunciadas más abajo:

1) La presente declaración se aplica a las diferencias nacidas de acontecimientos sobrevenidos antes o después de las declaraciones de aceptación de la “cláusula facultativa” QUE Portugal ha hecho el 16 de diciembre de 1920, en cuanto parte en el Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional.

2) La presente declaración entra en vigor en la fecha de su depósito cerca del Secretario general de la Organización, y permanecerá en vigor durante un año, y, continuamente, hasta que sea dirigida al Secretario general una notificación de denuncia.

3) El Gobierno portugués se reserva el derecho de excluir del campo de aplicación de la presente declaración, en cualquier momento en el curso de su validez, una o varias categorías determinadas de diferencias, dirigiendo al Secretario general de la organización de las Naciones Unidas una notificación que producirá efecto en la fecha en que haya sido dada”.

Un análisis de la declaración portuguesa, sobre todo si se

procede al mismo de una manera comparativa con las adhesiones prestadas por otros Estados tanto a la Jurisdicción obligatoria del tribunal Internacional de Justicia como a la del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, revela una clara ambivalencia de propósitos en los redactores de aquella declaración, que por un lado, reviste la máxima amplitud prevista en el artículo 36 del Estatuto y, de otra parte, abre una válvula de escape utilizable por el Gobierno luso en cualquier momento en que le resulte onerosa la sumisión al Tribunal.

En primer lugar, la amplitud de esta sumisión se manifiesta en la referencia genérica de la declaración portuguesa al párrafo 2 del artículo 36 del estatuto, lo que supone la aceptación de la competencia obligatoria del tribunal para todas las categorías de diferencias en él mencionadas. Por si esto fuera poco, la sumisión a la jurisdicción de La Haya no aparece condicionada a una fecha de nacimiento del conflicto de intereses que Portugal pueda mantener con otro Estado, ya que si se menciona la fecha 16 de diciembre de 1920 en que Portugal se sometió a la Jurisdicción obligatoria del tribunal Permanente, dicha fecha no tiene relevancia alguna en el sentido de excluir diferencias anteriores, como tampoco se sustraen a la competencia del tribunal Internacional de Justicia las que hayan podido surgir antes de la aceptación de su jurisdicción y después de la caducidad de la sumisión prestada por el Gobierno portugués en 1920.

Tampoco la declaración portuguesa contiene restricción alguna derivada de su competencia nacional, no va en la forma de la reserva automática por la que Francia y Estados Unidos, entre otros países, pretenden retener la facultad de determinar unilateralmente los asuntos que caen dentro de ella, ni siquiera con relación a las diferencias referentes a materias que el derecho internacional deja a la competencia exclusiva de cada Estado, o que esencialmente pertenecen a su jurisdicción interna.

Pero esta gran amplitud de la adhesión prestada por Portugal a la jurisdicción obligatoria del tribunal Internacional de Justicia aparece contrapesada por el evidente deseo de dejar abierta una puerta susceptible de ser utilizada en cualquier momento para desvincularse total o parcialmente de la obligación asumida.

Comprueba este deseo, en primer término, lo corto del plazo, un año solamente, por el que la obligación se contrae. Aunque este plazo es automáticamente prorrogable de una manera indefinida, una vez que haya transcurrido aquel término, el gobierno portugués se reserva el derecho de que su denuncia, en cualquier momento que se produzca, surta efectos inmediatos. Todo ello nada tiene de insólito, puesto que son bastantes las adhesiones que a la jurisdicción obligatoria de

ambos Tribunales de La Haya se han producido en iguales o análogos términos, y nadie ha dudado de la validez de tales adhesiones mientras han estado en vigor.

Lo verdaderamente específico de la declaración portuguesa es la restricción contenida en su apartado 3º, por la que Portugal se reserva el derecho de excluir del campo de aplicación de la misma, en cualquier momento durante el curso de su vigencia, una o varias categorías determinadas de diferencias, con efecto desde la fecha de la notificación de esta decisión al Secretario de las Naciones Unidas.

Como las categorías de diferencias en las que Portugal ha asumido una aceptación de la Jurisdicción del Tribunal son las mencionadas en el párrafo 2º del artículo 36 de su Estatuto, a tales categorías se refiere la reserva contenida en la declaración de 19 de diciembre de 1955 como susceptibles de exclusión, aunque también esta eliminación pudiera recaer sobre grupos de diferencias más específicas, comprendidos en alguna de aquellas categorías, por ejemplo, las que versasen sobre la interpretación de uno o varios tratados en los que Portugal es parte.

En rigor, tal reserva resultaba innecesaria: si Portugal retiene la facultad de denunciar, con efectos inmediatos, la totalidad de su adhesión a la cláusula facultativa, es innegable que quien puede lo más, puede también lo menos, y que, por consiguiente, nadie puede discutir la legitimidad con que el gobierno portugués habría de proceder a una demanda parcial de su compromiso.

Una lectura más detenida de la reserva portuguesa y del contexto de la declaración a la que está incorporada permite sin embargo, deducir un motivo explicativo de la agregación de la facultad de exclusión de ciertas categorías de diferencias a la de denuncia total del compromiso de sumisión a la jurisdicción obligatoria: esta denuncia total es solamente posible una vez transcurrido un año a partir del 19 de diciembre de 1955, mientras que la exclusión de una o varias clases de diferencias puede tener lugar aun antes de que haya pasado aquel plazo. Antes o después de expirar este término, Portugal puede precaverse de la posibilidad de ser demandado ante el Tribunal Internacional de Justicia, coyuntura ordinariamente de fácil previsión a través de las vicisitudes de una anterior reclamación por vía diplomática, en el curso de cuyas conversaciones el Gobierno portugués podría evitar la contingencia de ser demandado ante los jueces de La Haya, sin más que excluir de su aceptación de la jurisdicción obligatoria del tribunal Internacional de Justicia la categoría de diferencias en la que tiene encaje la que se separa del estado reclamante. Claro es que al mismo resultado, una vez fenecido el mencionado plazo de un año, podría llegar Portugal mediante una denun-

cia total de su sumisión al Tribunal, pero ello privaría al Gobierno portugués de demandar a otros Estados que hayan aceptado su jurisdicción obligatoria.

Acaso pudiera pensarse que las intenciones de los autores de la reserva portuguesa iban más allá, y pretendían ejercitar llegado el caso, una desvinculación de la sumisión de su país al Tribunal Internacional de Justicia, aún después que otro Estado hubiera iniciado ante él un proceso contra Portugal. ya veremos cómo la representación lusitana ha negado que esta interpretación pudiera darse a su reserva, y tal negativa es perfectamente lógica, puesto que en los medios oficiales de Lisboa no podía desconocerse la doctrina de la *perpetuatio iurisdictionis*, sentada por el tribunal Internacional de Justicia en el asunto Nottebohm, en virtud de la cual el Tribunal entiende que la competencia por él poseída inicialmente para el conocimiento de un determinado asunto el día de la incoación del proceso no decae en el curso de éste, cualquiera que sean los acontecimientos que posteriormente sobrevengan, incluso la expiración del plazo por el que una de las partes en litigio se sometió a la jurisdicción del propio Tribunal⁵.

Lo que resulta indudable es que en diciembre de 1955, en el momento de la entrada de Portugal con otros quince Estados en la O.N.U., corría prisa en los medios oficiales de Lisboa en colocarse en situación de poder actuar el Gobierno portugués como demandante ante el Tribunal de La Haya, con la finalidad e conseguir por vía judicial una solución favorable en una diferencia con el Gobierno de la India. En efecto, el 22 de diciembre de 1955, tres días después de la aceptación por Portugal de la cláusula facultativa, y seis meses más tarde de su admisión en la O.N.U., el ministro plenipotenciario de Portugal en Holanda presenta ante el tribunal el escrito introductorio de una instancia contra la India, solicitando la declaración de un derecho de paso a través del territorio hindú entre el territorio de Damao y los enclaves de Dadrá y de Nagar-Aveli, así como entre estos dos últimos.

Cualquiera que sea la transcendencia jurídica del fondo de un litigio acerca del ejercicio de una acción confesoria de servidumbre de paso en Derecho internacional, lo único que en este momento nos interesa es la actitud adoptada por el gobierno indio, consistente en abstenerse de contestar a la demanda en el momento procesal oportuno, en el que utilizó la facultad concedida por el Estatuto y por el Reglamento del Tribunal de formular ciertas excepciones como artículo de previo pronunciamiento. Entre las citadas excepciones, algunas hacen

5. Cour International de Justice. *Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances. Affaire Nottebohm* (Liechtenstein c. Guatemala). Exception préliminaires. Arrêt du 18 novembre 1953., Pág 11 a 125. Vid también : Morelli : *Perpetuatio iurisdictionis nel proceco internazionale*. «*Revista di Diritto internazionale*». 1955. Págs 177 a 184.

relación a las circunstancias particulares que concurren en la declaración portuguesa de adhesión a la jurisdicción obligatoria del tribunal Internacional de justicia. Este, en sentencia de 26 de noviembre de 1957, desestimó algunas de las excepciones mencionadas, aplazando a valoración de dos de ellas hasta el momento de dictar una sentencia de fondo, pero como las que se encuentran en este caso hacen relación a la adhesión india a la jurisdicción obligatoria del tribunal, y no a la portuguesa, es suficiente el contenido de la sentencia de 26 de noviembre de 1957 para poseer una base jurisprudencial acerca de la naturaleza jurídica y validez de la reserva contenida en el parágrafo 3º de la declaración lusitana de adhesión a la cláusula facultativa del Estatuto del Tribunal.

III

LAS EXCEPCIONES DESESTIMADAS POR EL TRIBUNAL

Frente a la demanda portuguesa, el Gobierno de la India presentó en su día un escrito alegando la incompetencia del tribunal Internacional de Justicia para entender en la diferencia ante él planteada, en razón a varios motivos, que fueron concretados en la audiencia de 27 de septiembre de 1957 en las cuatro excepciones siguientes:

Primera excepción. En razón de la incompatibilidad de su tercera condición con el objeto y el fin de la disposición facultativa del Estatuto del Tribunal, la declaración portuguesa de 19 de diciembre de 1955 es enteramente nula, en cuanto reconocimiento de la jurisdicción obligatoria del Tribunal en virtud de esta disposición, y, considerando que el escrito portugués de 22 de diciembre de 1955, pretende fundar únicamente la competencia del Tribunal en esta declaración tachada de nulidad, el Tribunal es incompetente para conocer de la demanda.

Segunda excepción. Considerando que el escrito portugués de 22 de diciembre de 1955 ha sido depositado antes de la expiración del breve término que hubiese permitido normalmente al Secretario general de las Naciones Unidas, actuando en aplicación del art 36, párrafo 4 del Estatuto del Tribunal, transmitir copia de la declaración portuguesa de 19 de diciembre de 1955 a las otras partes en el Estatuto, el depósito de aquel escrito ha infringido la igualdad, la mutualidad y la reciprocidad, a las cuales la India tenía derecho en virtud de la disposición facultativa y en virtud de la condición expresa de reciprocidad contenida en su declaración de 28 de febrero de 1940; y así, las condiciones necesarias para permitir al Gobierno portugués invocar la disposición facultativa respecto a la India no existía en el momento del depósito de aquel escrito. En consecuencia, el tribunal es incompetente para conocer de este escrito.

Tercera excepción. Considerando que el escrito portugués de 2 de diciembre de 1955 ha sido depositado antes que la pretensión de Portugal a un derecho de paso de personas y mercancías por territorio indio haya sido

objeto de negociaciones diplomáticas, el objeto de la demandan había sido todavía definido, y no existía aún entre las partes diferencia jurídica y jurisdiccional, susceptible de ser sometida al tribunal en virtud de la disposición facultativa; en consecuencia, las condiciones necesarias para permitir al Gobierno portugués invocar la disposición facultativa frente a la India ni existía en el momento del depósito de su escrito. Por tanto, el Tribunal es incompetente para conocer de esto.

Cuarta excepción. Considerando que el escrito portugués de 22 de diciembre de 1955 ha sido despistado antes de la expiración del breve término que hubiese permitido normalmente al Secretario general de las Naciones Unidas, actuando en aplicación del art 36, párrafo 4 del Estatuto del Tribunal, transmitir copia de la declaración portuguesa de 19 de diciembre de 1955 a las otras partes en el estatuto, el depósito de este escrito ha infringido el derecho recíproco conferido a la India por la disposición facultativa y por la declaración india de 28 de febrero de 1940, de invocar igualmente y en las mismas condiciones que Portugal la tercera condición contenida en la declaración portuguesa de 19 de diciembre de 1955; en consecuencia, las condiciones necesarias para permitir al Gobierno portugués invocar la disposición facultativa frente a la India no existían en el momento del depósito de este escrito, que constituye un abuso tanto de la disposición facultativa como del procedimiento del Tribunal. En consecuencia, éste es incompetente para conocer de dicho escrito.

Otras dos excepciones de incompetencia del Tribunal fueron formuladas por la representación india, pero podemos prescindir de su estudio, tanto por no haber sido todavía objeto de pronunciamiento alguno, como por referirse a que, en opinión del Gobierno indio, el asunto *sub iudice* estaba excluido del ámbito de la adhesión de su país a la cláusula facultativa, por referirse a materia esencialmente dentro de su competencia nacional y a diferencia nacida antes del 5 de febrero de 1930, fecha de la primera sumisión de la India a la jurisdicción del tribunal Permanente.

Entrando ya en el estudio de la primera excepción, la tesis del Gobierno indio consistía en que una declaración unilateral por la que un Estado asume una obligación de someter determinadas diferencias al tribunal Internacional de Justicia, pero reservándose la facultad de sustraer en cualquier momento alguna categoría de estas diferencias a su jurisdicción, por medio de una notificación productora de efectos instantáneos, es contraria al objeto y al fin de tal manera formulada es nula, debiendo llevar consigo su invalidez la de la declaración a la que está unida⁶.

En primer lugar, entiende el Gobierno de la India que Portugal pretende con esta reserva la facultad de sustraer a la jurisdicción del Tribunal, por una notificación dirigida al Secre-

6. Cour Internationale de Justice. Recueil des Arrêts. Afis Consultatifs et Ordonnances, Affaires du Droit de passage sur territoire indien (Portugal c, Inde). *Exceptions préliminaires. Arrêt du 20 novembre 1957*

tario de las Naciones Unidas, una diferencia que haya sido sometida a aquél con anterioridad a tal notificación, a la que se daría, por consiguiente, un efecto retroactivo. Tal interpretación es impugnada por la representación portuguesa, que afirma que la tercera condición de su adhesión a la cláusula facultativa carece de efecto retroactivo, y que, por tanto, no resulta incompatible con el objeto y la finalidad de la cláusula.

Entre ambas interpretaciones a la frase “*une notification qui pendra effet à la date où elle aura été donnée* », el Tribunal estima más acertada la de que esta notificación no puede afectar a la subsistencia de su competencia respecto a diferencias que le hayan sido sometidas con anterioridad a la notificación, tanto en virtud del sentido ordinario de las palabras como por la doctrina sentada por el propio Tribunal al decidir la excepción dilatoria en el asunto Nottebohm, en la ya citada sentencia de 18 de noviembre de 1953, en la que expresamente se dice:

“Un fait extérieur tel que la caducité ultérieure de la déclaration par échéance du terme ou par dénonciation, ne saurait retirer à la Cour une compétence déjà établie ».

Como, por otra parte, es también doctrina reiterada del tribunal que, en su presencia de un texto susceptible de diferentes interpretaciones, debe preferirse aquélla que produzca efectos conformes, y no contrarios, al derecho existente, el Tribunal desestima el primer motivo de los que fundamentan la excepción india.

El segundo motivo alegado por la India en apoyo de esta misma excepción es que la tercera condición portuguesa ha introducido en la declaración a la que está incorporada cierto grado de incertidumbre en cuanto a los derechos y obligaciones recíprocos. El Tribunal, aun reconociendo la existencia de esta incertidumbre, cree que solamente se refiere a la conducta futura el Gobierno que ha formulado la declaración, pero que en cualquier momento es posible determinar cuáles son los derechos y obligaciones de las partes en virtud de sus declaraciones respectivas, salvo en el breve lapso de tiempo que medie entre una notificación hecha al secretario de las Naciones Unidas y su excepción por los otros Estados partes en el estatuto, pero este grado de incertidumbre es inherente al sistema de la cláusula facultativa, y no afecta en nada a la validez de la tercera condición enunciada en la declaración portuguesa, y no es diferente de la situación resultante de la facultad que varios Estados, entre ellos a India, se han reservado de proceder en cualquier momento a una denuncia total de su adhesión a la cláusula facultativa.

Como tercer motivo de nulidad, invocada la representación de la India que la tercera condición portuguesa era contraria

al principio de reciprocidad, en cuanto que hace ineficaz la parte del parágrafo 2º del art. 36 que se refiere a la aceptación de la cláusula facultativa respecto a los estados que hayan aceptado “ la misma obligación”. El Tribunal estima que no es necesario que la “misma obligación” sea definida de manera irrevocable en el momento del depósito de la declaración de aceptación para toda la duración de ésta: esta expresión significa solamente que, en las relaciones entre los Estados que se han adherido a la cláusula facultativa, todos y cada uno de ellos están ligados por las obligaciones idénticas que existiesen en cualquier momento, mientras su aceptación los vincule recíprocamente.

En conclusión, el tribunal decide que la tercera condición portuguesa no es contraria al objeto y a la finalidad de la cláusula facultativa, y, que, en consecuencia, es válida, no habiendo lugar a plantearse la cuestión de si, siendo nula la condición, su invalidez llevaría consigo la de la adhesión lusitana al tribunal Internacional de Justicia.

Respecto a la segunda excepción, basada en el carácter prematuro de la iniciación del proceso por Portugal, antes de que llegase a conocimiento del Gobierno de la India la adhesión de aquel país a la cláusula facultativa, el tribunal entiende que su misión se reduce a examinar si Portugal, al proceder de tal suerte, ha violado alguna disposición del Estatuto o un derecho que la India poseyese en virtud del mismo Estatuto o de su declaración de aceptación de la cláusula facultativa. El tribunal responde negativamente a ambas cuestiones: Portugal utilizó el derecho que le confiere el art. 36 del estatuto de poder acudir al tribunal “de pleno Derecho y sin necesidad de convenio especial” desde el momento en que aceptó su jurisdicción, sin que, por otra parte, sea imputable al Gobierno portugués el hecho de que el Secretario de las Naciones Unidas hiciese llegar al de la India la copia de la declaración portuguesa de 19 de diciembre de 1955, después del día 22 del mismo mes en que fue iniciado el proceso.

Dada la íntima relación con la segunda excepción india que mantiene la cuarta, el tribunal entra seguidamente en el examen de esta última. Frente a la alegación de que, por la iniciación prematura del pleito por parte de Portugal, la India no ha podido prevalerse, a base de reciprocidad, de la tercera excepción portuguesa para excluir así la competencia del tribunal, éste se limita a reproducir lo dicho acerca de a segunda excepción, especialmente que el Estatuto no prescribe ningún lapso de tiempo entre el depósito de una aceptación de la jurisdicción del Tribunal y la presentación de un escrito introductorio de una instancia ante él, que el principio de reciprocidad no está afectado por un plazo en la recepción por las partes al Estatuto de las copias de la declaración.

Muy diferente era la tercera excepción, fundada en la ausencia de unas negociaciones diplomáticas a través de las cuales hubiese podido delimitarse el objeto de la diferencia, por lo que, en opinión del Gobierno indio, no existía en el momento de la iniciación del proceso ninguna diferencia jurídica y jurisdiccional entre la India y Portugal. El Tribunal no da lugar a esta excepción, por estimar que de la documentación ante él presentada se deduce que en reiteradas ocasiones Portugal ha pretendido de la India e derecho de paso que ahora reclama, que siempre estas pretensiones han tropezado con una negativa en las negociaciones en diferentes momentos mantenidas con la India, y que, aunque estas conversaciones no hayan revestido nunca el carácter de una controversia sobre la naturaleza y alcance del derecho de paso, Portugal ha estimado la negativa hindú como incompatible no solo con las relaciones de buena vecindad, sino con la costumbre establecida y con el Derecho internacional general. Por tanto, aun suponiendo que el art. 36, párrafo 2º del Estatuto del tribunal exija como condición para el planteamiento de una diferencia de orden jurídico una definición de ésta por vías de negociaciones, esta condición ha sido cumplida, por lo que es procedente desestimar también la tercera excepción dilatoria de incompetencia de su jurisdicción.

Por consiguiente, y en la imposibilidad de pronunciarse en este momento procesal acerca de las excepciones quinta y sexta, íntimamente unidas al fondo de la *litis*, el Tribunal, en su sentencia de 26 de noviembre de 1957 desestima las cuatro primeras excepciones indias, y señala los plazos para cada una de las actuaciones escritas integrantes del procedimiento de fondo.

No añaden gran cosa a la sentencia del Tribunal los votos particulares de algunos de sus miembros. El juez egipcio, señor Badawi, entiende que el Tribunal debiera haber estimado las excepciones 2ª y 6ª. Respecto a la primera de ellas, estima que la sumisión al Tribunal por medio de declaraciones unilaterales de diferentes Estados equivale a un contrato por correspondencia, sobre los que los sistemas legislativos carecen de una solución uniforme puesto que adopta como momento de su perfección bien el de la sumisión de la declaración o el de la expedición de ésta, bien el de su recepción por el destinatario, y, en el caso de autos, el destinatario de la declaración portuguesa de 19 de diciembre de 1055 no era el Secretario de las Naciones Unidas, sino cada uno de los Estados partes en el Estatuto, sin que, con respecto a la India, exista el mínimo de condiciones para la formación de un contrato.

No requiere una glosa especial la opinión del juez ruso, señor Kojevnikon, quien se limitó a expresar que el Tribunal debiera haber acogido una o varias de las excepciones de incompetencia articuladas por la representación de la India, ni

el voto particular del juez noruego, señor Klaestad, basado en que lo procedente hubiere sido rechazar también en esta fase procesal la quinta excepción india, fundada en recaer la diferencia sobre una materia esencialmente perteneciente a la competencia nacional, ya que al citado juez le parece evidente la naturaleza internacional de aquella diferencia, adhiriéndose a este punto de vista el juez portugués señor Fernandes.

Más explícito fue el juez *ad hoc* indio, señor Chagla, quién hizo suyos los argumentos esgrimidos por la representación de su país respecto a cada una de las excepciones. En relación con la primera, que es la que más directamente nos interesa, sostenía que el Tribunal no debía haber decidido acerca del carácter no retroactivo de la tercera condición portuguesa a base de una declaración *ex post facto* de una de las partes en la litigio, añadiendo que, aunque se admitiese dicha ausencia de retroactividad, la condición portuguesa sería nula, y llevaría esta nulidad aparejada la invalidez de la adhesión a la cláusula facultativa por parte de Portugal, lo que determinaría la incompetencia del Tribunal.

IV

DEDUCCIONES QUE SE INFIEREN DE LA SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1957

Un examen comparativo entre las consideraciones jurídicas que han servido de base a la mayoría del Tribunal Internacional de Justicia para llegar a la afirmación de su competencia, con desestimación de las cuatro primeras excepciones indias, y los argumentos en contrario expuestos en los votos particulares de los jueces Badawi y Chala nos conduce a la conclusión de que, al menos en lo que afecta a la excepción derivada del supuesto vicio de nulidad de la tercera condición portuguesa, el Tribunal no podía por menos de rechazar esta excepción.

Dar lugar a ella, estimando la nulidad de la tercera condición portuguesa, y con ella la de la declaración a la que se encuentra incorporada, supondría prejuzgar la solución de un problema de mucha más envergadura, ante el que no habrá de tardar mucho el Tribunal en pronunciarse. Acaso en la diferencia ante él pendiente actualmente de la *Interhandel*: la validez o invalidez de las adhesiones a la cláusula facultativa que, como es el caso de la norteamericana, condicionan su aceptación de la jurisdicción del tribunal a la calificación unilateral del Gobierno adherido sobre la naturaleza internacional o interna de la diferencia. Por el contrario, es posible que la sentencia de 26 de noviembre de 1957, al declarar la validez

de la tercera condición portuguesa, no se encuentre en contradicción con una futura decisión del tribunal Internacional de Justicia declaratoria de la invalidez de la llamada por Sir Herrsch Lauterpacht “reserva automática”, vaya o no esta declaración seguida de la nulidad de las adhesiones a la cláusula facultativa que la contienen.

Pero, sin desconocer que exista una notable diferencias entre reservarse la facultad de reducir un estado unilateralmente el ámbito de su sumisión al Tribunal y pretender asumir la prerrogativa, que a éste atribuye el art. 36, párrafo 6 de su Estatuto, de decidir acerca de su propia competencia, lo que resulta indudable es que ambos tipos de reservas responden igualmente al deseo de los Estados reservantes de no asumir obligaciones demasiado onerosas y a un cierto grado de desconfianza en la jurisdicción internacional.

La actitud revelada en la adhesión portuguesa a la cláusula facultativa del Tribunal Internacional de Justicia es mucho más alarmante en cuanto síntoma de los aludidos deseo y desconfianza que en lo que afecta a su propio contenido, sobre todo, si se la interpreta a la luz de la posterior postura de la representación lusitana ante el tribunal respecto a la no retroactividad de una notificación excluyendo determinada categoría de diferencias de la competencia del Tribunal. Así entendida, y el Tribunal no podía darla otro contenido habida cuenta de la doctrina por el sentada anteriormente sobre el *perpetuario jurisdictionis*, la reserva lusa no podía ser considerada como contraria al objeto de la cláusula facultativa.

Más sospechosa aparece la prisa con que Portugal aprovechó la ocasión de su admisión en la organización de las Naciones Unidas, para adherirse tres días después a la cláusula facultativa y si dejar pasar más que otros tres días, presentar el escrito introductorio de su proceso contra la India. Pero tampoco hay que deducir de esta celeridad que se tratase de un propósito preconcebido de colocar al Gobierno indio ante una situación de desigualdad impidiéndolo excluir, antes de la reclamación portuguesa, de la jurisdicción del Tribunal la categoría de diferencias en que pudiera encuadrarse aquélla. Si éste era el propósito del Gobierno de Lisboa, nada le hubiera impedido no dejar trascurrir los tres días que mediaron entre su adhesión a la cláusula facultativa y la presentación de su escrito iniciando el pleito, y haber realizado el depósito de ambos documentos en las Secretarías respectivas de la Organización de las Naciones Unidas y del Tribunal Internacional de Justicia simultáneamente o con el intervalo de unas pocas horas.

En todo caso, haya o no pretendido Portugal un efecto de sorpresa contra la india, la tercera condición a su declaración de aceptación que no le sirva de protección contra un intento análogo

por parte de otro Estado. Hemos visto que al desestimar la tercera excepción de las articuladas por la India, el Tribunal ha dejado indecisa la cuestión de si es condición necesaria para la existencia de una diferencia jurídica entre dos Estados el hecho de que sus términos hayan sido delimitados por unas conversaciones diplomáticas previas; en el caso del derecho de paso a través del territorio indio, parece deducirse de la sentencia que estas siempre habían llegado a un punto muerto, sin que hubiese sido reproducida ninguna gestión por parte de las autoridades portuguesas en un momento inmediatamente anterior a diciembre de 1955, y el Tribunal Internacional de Justicia aún sin reconocer la necesidad de requisitos de negociación previas, lo dio por cumplido. La misma situación pudiera reproducirse en otra diferencia en que Portugal tuviese que acudir ante el Tribunal de La Haya en calidad de Estado demandado, y en el que unas negociaciones infructuosas hace tiempo archivadas y prácticamente olvidadas por los gobernantes lusitanos sirviesen de base a una reclamación inesperada en Lisboa, y que, una vez llevada al Tribunal Internacional de Justicia, hiciera imposible la puesta en práctica de la tercera reserva portuguesa, eliminando de la sumisión al Tribunal la categoría de diferencias en la que tuviera encaje la reclamación presentada contra Portugal.

Y no puede negarse que reservas de tipo de la portuguesa contribuyen a que los Estados que pretendan ejercitar alguna pretensión contra el país que las formula se vean forzados a buscar sorprender a la otra parte llevando al tribunal Internacional de Justicia diferencias de reciente aparición, sobre las que apenas de haya hecho otra cosa que iniciar una negociación diplomática, o viejas discrepancias acerca de las cuales no se ha de redundar en el imperio de la buena fe como principio básico de las relaciones internacionales.

Por de pronto, no es aventurado relacionar la actitud portuguesa ante el Tribunal con el hecho de que la India, sujeta a la cláusula facultativa del antiguo Tribunal Permanente de Justicia Internacional desde 1930, y cuya declaración de renovación de aquel compromiso en 1940, enlazó con su sumisión al Tribunal Internacional de Justicia, en 7 de enero de 1956 denunciase su antigua adhesión, sustituyéndola por otra con mayores reservas y limitaciones, y en 8 de febrero de 1957 se desligó totalmente de la cláusula facultativa⁷.

Es un síntoma más de la crisis que actualmente amenaza a la jurisdicción internacional, hecho de suma gravedad en cuanto que todo lo que se reste a la actividad del Tribunal Interna-

7. Cour International de Justice. Annuaire 1956-1957. Pág. 205.

cional de Justicia habrá que intentar conseguirlo por los medios mucho más inseguros y arbitrarios de los procedimientos políticos. es urgente, pues, restablecer la confianza en el Tribunal Internacional de Justicia, y nadie más indicado para emprender este camino que los países de la Comunidad hispano luso americana, que cuentan con cuatro de sus nacionales entre los quince jueces de La Haya, y que saben que estos jueces aplican un producto tan hispánico como es el Derecho internacional que genialmente delinearon Vitoria y Suárez.