

34. CASO RELATIVO AL DERECHO DE PASO POR TERRITORIO DE LA INDIA (FONDO DEL ASUNTO)

Fallo de 12 de abril de 1960

El caso relativo al derecho de paso por territorio de la India (Portugal contra la India) fue remitido a la Corte en virtud de una solicitud presentada el 22 de diciembre de 1955. En esa solicitud, el Gobierno de Portugal manifestaba que su territorio en la Península India incluía los enclaves de Dadra y Nagar-Aveli, rodeados por territorio de la India. La cuestión versaba sobre el derecho de paso de Portugal por territorio indio para la comunicación entre dichos enclaves y de éstos con el distrito costero de Daman. En la solicitud se afirmaba que, en julio de 1954, el Gobierno de la India impidió a Portugal ejercer ese derecho de paso, lo que colocó a Portugal en una posición en la que le resultaba imposible ejercer sus derechos de soberanía sobre los enclaves.

Tras la presentación de la solicitud, el Gobierno de la India presentó a la Corte seis excepciones preliminares. En un fallo pronunciado el 26 de noviembre de 1957, la Corte rechazó las cuatro primeras excepciones e incorporó la quinta y la sexta al fondo del asunto.

En su fallo, la Corte:

a) Rechazó la primera excepción preliminar por 13 votos contra 2;

b) Rechazó la sexta excepción preliminar por 11 votos contra 4;

c) Falló, por 11 votos contra 4, que Portugal tenía en 1954 un derecho de paso a través del territorio indio que separaba los enclaves de Dadra y Nagar-Aveli y éstos del distrito costero de Daman, en la medida necesaria para ejercer la soberanía portuguesa sobre los enclaves y con sujeción a las atribuciones de reglamentación y fiscalización de la India, en relación con los particulares, funcionarios civiles y mercaderías en general;

d) Falló, por 8 votos contra 7, que Portugal no tenía en 1954 dicho derecho de paso en relación con las fuerzas armadas, la policía armada ni las armas y municiones;

e) Falló, por 9 votos contra 6, que la India no había actuado en forma contraria a la obligación que le correspondía como consecuencia del derecho de paso de Portugal en relación con los particulares, funcionarios civiles y mercaderías en general.

El Presidente y los Magistrados Basdevant, Badawi, Kojevnikov y Spiropoulos agregaron declaraciones al fallo de la Corte. El Magistrado Wellington Koo adjuntó una opinión separada. Los Magistrados Winiarski y Badawi agregaron una opinión disidente conjunta. Los Magistrados Armand-Ugon, Moreno Quintana y Sir Percy Spender y los Magistrados *ad hoc* Chagla y Fernandes añadieron las exposiciones de sus opiniones disidentes.

En su fallo, la Corte se refirió a la exposición presentada por Portugal, en la que, en primer lugar, se pedía a la Corte que fallase en el sentido de que Portugal poseía un derecho de paso que la India debía respetar. Portugal invocaba ese derecho únicamente en la medida necesaria para poder ejercer su soberanía sobre los enclaves, sin pretender que dicho paso fuese acompañado de ninguna inmunidad y dejando en claro que el paso estaría sujeto a la reglamentación y la fiscalización de la India, que debían ejercerse de buena fe, hallándose obligada la India a no impedir el tránsito necesario para el ejercicio de la soberanía portuguesa. Seguidamente, la Corte examinó la fecha con referencia a la cual debía determinar si el derecho invocado existía o no. Puesto que el asunto se había planteado ante la Corte en relación con la controversia referente a los obstáculos puestos por la India a dicho paso, la Corte consideró que la fecha para determinar si existía ese derecho debía ser el día anterior a la fecha en que se pusieron tales obstáculos; la elección de tal fecha dejaría en pie los alegatos de la India respecto a la subsiguiente prescripción del derecho de paso.

En segundo término, Portugal solicitaba a la Corte que fallase y declarase que la India no había cumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del derecho de paso. Sin embargo, la Corte señaló que no se le había pedido, ni en la solicitud ni en las exposiciones definitivas de las partes, que decidiese si la actitud de la India, en relación con las personas que habían instigado el derrocamiento de la autoridad de Portugal en Dadra y Nagar-Aveli en julio y agosto de 1954, constituía un incumplimiento de la obligación que, según se alegaba, imponía el derecho internacional general de adoptar las medidas oportunas para evitar la incursión de elementos subversivos en el territorio de otro Estado.

Refiriéndose seguidamente a la situación futura, Portugal pedía a la Corte que dispusiese que la India debía poner fin a las medidas opuestas al ejercicio del derecho de paso o, si la Corte consideraba que debía suspenderse temporalmente ese derecho, que declarase que dicha suspensión debía terminar tan pronto como los acontecimientos revelasen que ya no estaba justificada. Portugal había solicitado previamente a la Corte que declarase sin fundamento los alegatos de la India respecto a su derecho a adoptar una actitud de neutralidad, a la aplicación de la Carta de las Naciones Unidas y a la existencia en los enclaves de un gobierno local. La Corte, sin embargo, consideró que no correspondía a su función judicial declarar en la parte dispositiva de su fallo si alguno de esos alegatos estaba o no bien fundado.

*
* *

*
* *

Antes de proceder al examen del fondo del asunto, la Corte tuvo que determinar si era competente para hacerlo, competencia que había sido expresamente impugnada por la India.

En su quinta excepción preliminar, el Gobierno de la India se fundaba en la reserva hecha en su declaración de 28 de febrero de 1940, al aceptar la jurisdicción de la Corte, en la que se excluían de la misma las controversias relativas a cuestiones que, en virtud del derecho internacional, fuesen de la jurisdicción exclusiva de la India. La Corte señaló que, en las actuaciones, ambas partes habían adoptado posiciones que se fundaban en razones de derecho internacional, y que así lo habían manifestado expresamente en varias ocasiones. Por consiguiente, no podía aceptar la quinta excepción.

La sexta excepción preliminar se refería igualmente a una reserva contenida en la declaración de 28 de febrero de 1940. La India, que había aceptado la competencia de la Corte "sobre todas las controversias surgidas después del 5 de febrero de 1930, en relación con situaciones o hechos posteriores a dicha fecha", alegaba que la controversia no satisfacía ninguna de esas dos condiciones. En cuanto a la primera condición, la Corte señaló que la controversia no pudo surgir sino en el momento en el que se hicieron presentes todos sus elementos constitutivos: entre éstos figuraban los obstáculos que, según se alegaba, había opuesto la India al ejercicio del derecho de paso por Portugal. Aun en el caso de que sólo hubiese de considerarse la parte de la controversia referente a la reclamación portuguesa de un derecho de paso, si bien ciertos incidentes habían ocurrido antes de 1954, no llevaron a las partes a adoptar posiciones jurídicas claramente definidas y en pugna. Por consiguiente, no había justificación para decir que la controversia se había suscitado antes de 1954. Respecto a la segunda condición, la Corte Permanente de Justicia Internacional había trazado en 1938 una distinción entre las situaciones y los hechos que constituían la fuente de los derechos reclamados por una de las partes y las situaciones o los hechos que daban origen a la controversia. Solamente estos últimos debían tenerse en cuenta al aplicar la declaración. La controversia presentada ante la Corte se refería a la situación de los enclaves, que había dado lugar a la reclamación por parte de Portugal de un derecho de paso, y, al mismo tiempo, a los hechos de 1954, que Portugal presentó como violaciones de dicho derecho. Todo ello había dado origen a la controversia, y este conjunto de hechos, cualquiera que fuese el primitivo origen de uno de sus elementos, no se produjo sino después del 5 de febrero de 1930. A la Corte no se le pedía que dictase ningún fallo con relación al período anterior a dicha fecha. Por consiguiente, estimó que no cabía lugar a la sexta excepción y que, por tanto, tenía competencia sobre el asunto.

*
* * *

Respecto al fondo del asunto, la India había alegado, en primer lugar, que el derecho de paso reclamado por Portugal era demasiado vago y contradictorio para que la Corte pudiera emitir un fallo sobre el mismo aplicando las normas jurídicas enumeradas en el párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto. El ejercicio cotidiano del derecho de paso podía plantear, sin duda, cuestiones delicadas de aplicación, pero ello no era, a juicio de la Corte, razón suficiente para mantener que dicho derecho no era susceptible de decisión judicial.

Portugal se había basado en el Tratado de Poona de 1779 y en los *sanads* (decretos) dictados por el gobernante márata en 1783 y 1785, en los que se confería a Portugal la soberanía sobre los enclaves, con el derecho de paso a los mismos. La India había objetado que el supuesto Tratado de 1779 nunca se había concertado válidamente ni había adquirido fuerza de ley como tratado que obligase a los máratas. La Corte consideró, sin embargo, que los máratas nunca pusieron en duda la validez o el carácter obligatorio del Tratado. La India había objetado, además, que el Tratado y los dos *sanads* no transferían soberanía sobre las aldeas asignadas a Portugal, sino que únicamente otorgaban, con relación a dichas aldeas, una concesión. La Corte no pudo concluir, del examen de las diversos textos del Tratado de 1779 que del tenor de los mismos se desprendiese una transferencia de soberanía; las expresiones utilizadas en los dos *sanads*, por otra parte, establecían que lo que se concedía a los portugueses era únicamente una posesión rentable denominada *jagir* o *saranjam*, y la Corte no tenía conocimiento de ningún caso en el que dicha concesión se interpretase como equivalente a una cesión de soberanía. Por consiguiente, no cabía hablar de enclaves o de derechos de paso con el fin de ejercitar la soberanía sobre tales enclaves.

La Corte consideró que la situación había sufrido un cambio con la llegada de los británicos como soberanos de aquella parte del país en sustitución de los máratas: la soberanía portuguesa sobre las aldeas había sido reconocida por los ingleses de hecho e implícitamente, y con posterioridad había sido reconocida tácitamente por la India. Como consecuencia de ello, las aldeas habían adquirido el carácter de enclaves portugueses dentro del territorio de la India, y se había implantado una práctica entre los portugueses y el país soberano del territorio en relación con el paso a los enclaves, práctica en la que se apoyaba Portugal para establecer el derecho reivindicado de paso. Se había objetado, en nombre de la India, que no podía establecerse ninguna costumbre local entre dos Estados únicamente, pero la Corte no vio razones para que el número de Estados entre los que podía establecerse una costumbre local basada en una práctica continuada hubiera de ser necesariamente mayor de dos.

Ambas partes reconocían que durante el período británico y postbritánico el paso de particulares y funcionarios civiles no había estado sujeto a ninguna restricción, aparte del control ordinario. También habían pasado libremente mercaderías que no fueran armas o municiones, con sujeción únicamente, en ciertos momentos, a los reglamentos aduaneros y otras disposiciones y fiscalizaciones exigidas por consideraciones de seguridad o de política fiscal. Por consiguiente, la Corte llegó a la conclusión de que, en relación con los particulares, los funcionarios civiles y las mercaderías en general, había existido una práctica continua y uniforme que permitía el libre paso entre Daman y los enclaves. En vista de todas las circunstancias del caso, la Corte estaba convencida de que dicha práctica se había aceptado como ley entre las partes y había dado lugar a un derecho y a la correlativa obligación.

Por lo que respecta a las fuerzas armadas, la policía armada, las armas y las municiones, la situación era diferente.

Al parecer, durante los períodos británico y postbritánico, las fuerzas armadas y la policía armada portuguesas no habían pasado entre Daman y los enclaves a título de derecho, y desde 1878 tal paso sólo podía efectuarse con la autorización previa de los británicos y posteriormente de la India, concedida bien en virtud

de un arreglo recíproco convenido de antemano o en casos individuales. Se había argüido que dicha autorización se concedía siempre, pero en el expediente no había ninguna prueba que indicase que la concesión del permiso implicase una obligación por parte de los británicos o de la India.

El Tratado de 26 de diciembre de 1878 entre la Gran Bretaña y Portugal había dispuesto que las fuerzas armadas de cada uno de los dos países no entraran en los dominios indios del otro, salvo en casos concretos o previa solicitud oficial hecha por la parte que desease dicha entrada. La correspondencia subsiguiente indicaba que tales estipulaciones se aplicaban al paso entre Daman y los enclaves. Se había argüido, en nombre de Portugal, que en 23 ocasiones sus fuerzas armadas habían cruzado el territorio británico entre Daman y los enclaves sin obtener permiso, pero en 1890 el Gobierno de Bombay había denunciado el hecho de que hombres armados al servicio del Gobierno portugués acostumbraban pasar, sin solicitarlo oficialmente, a través de una parte del territorio británico para dirigirse de Daman a Nagar-Aveli, lo que parecía constituir una violación del Tratado; el 22 de diciembre, el Gobernador General de la India Portuguesa había contestado: "Las tropas portuguesas nunca cruzan el territorio británico sin autorización previa", y el Secretario General de la India Portuguesa manifestó el 1º de mayo de 1891: "Se cursarán órdenes por parte de este Gobierno para asegurar la estricta observancia del ... Tratado". El requisito de la solicitud oficial para poder efectuar el paso de fuerzas armadas se había repetido en un Acuerdo de 1913.

En cuanto a la policía armada, el Tratado de 1878 y el Acuerdo de 1913 habían regulado su paso a base de reciprocidad, y el Acuerdo de 1920 disponía que la policía armada, por debajo de cierto rango, no debía entrar en el territorio de la otra parte sin haber obtenido previamente su consentimiento; por último, un Acuerdo de 1940 en relación con el paso de la policía armada portuguesa por la carretera de Daman a Nagar-Aveli había establecido que, si la partida no excedía de 10 hombres, debía ponerse en conocimiento de las autoridades británicas en un plazo de 24 horas, pero que en los demás casos "debía seguirse la práctica reinante, y obtener el consentimiento de las autoridades británicas solicitándolo previamente, como hasta ahora".

Por lo que respecta a las armas y municiones, el Tratado de 1878 y las disposiciones dictadas conforme a la *Indian Arms Act* de 1878 prohibían la importación de armas, municiones o suministros militares procedentes de la India Portuguesa, así como su exportación a la India Portuguesa sin permiso especial. La práctica

posterior indicaba que esa disposición se aplicaba al tránsito entre Daman y los enclaves.

Por estimar la Corte que la práctica establecida entre las partes había exigido que se obtuviera el permiso de las autoridades británicas o indias para el paso de fuerzas armadas, de policía armada o de armas y municiones, resultaba innecesario que la Corte determinara si, a falta de la práctica que en realidad prevalecía, Portugal hubiera o no podido invocar la costumbre general internacional o los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas, alegados también por dicho país, para fundar su reclamación de un derecho de paso en relación con dichas categorías. La Corte conocía de un asunto concreto con características especiales: históricamente, la cuestión se remontaba a un período y se refería a una región en las que las relaciones entre los Estados vecinos no estaban regidas por normas precisas, sino que se basaban principalmente en la práctica; habiendo comprobado que existía una práctica claramente establecida entre los dos Estados, práctica que ambas partes habían reconocido que regía sus relaciones mutuas, la Corte debía atribuir efectos decisivos a la misma. Por consiguiente, la Corte estimó que no se había establecido ningún derecho de paso a favor de Portugal que implicase una obligación correlativa de la India, en lo que se refería a las fuerzas armadas, a la policía armada y a las armas y municiones.

Tras estimar que Portugal tenía en 1954 un derecho de paso en relación con los particulares, los funcionarios civiles y las mercaderías en general, la Corte pasó a considerar finalmente si la India había actuado en forma contraria a la obligación que le correspondía como consecuencia del derecho de paso de Portugal en relación con cualquiera de esas categorías. Portugal no había sostenido que la India hubiese actuado en contra de dicha obligación antes de julio de 1954, pero sí que, posteriormente, se había negado el paso a nacionales portugueses de origen europeo, a portugueses indios naturales del país al servicio del Gobierno portugués y a una delegación que el Gobernador de Daman proyectó enviar en julio de 1954 a Nagar-Aveli y Dadra. La Corte consideró que los acontecimientos ocurridos en Dadra los días 21 y 22 de julio de 1954, que habían tenido por resultado el derrocamiento de la autoridad portuguesa en el enclave, habían originado una situación de tirantez en el distrito indio circundante; teniendo en cuenta la situación, la Corte opinó que la negativa de la India a permitir el paso se amparaba en su facultad de reglamentar y fiscalizar el derecho de paso de Portugal.

Por tales razones, la Corte dictó el fallo anteriormente mencionado.