

EL PROBLEMA DE LA FECHA CRÍTICA EN LOS LITIGIOS RELATIVOS A LA ATRIBUCIÓN DE LA SOBERANÍA TERRITORIAL DEL ESTADO

Luis Ignacio SÁNCHEZ RODRÍGUEZ

1. *El marco de análisis de la fecha crítica.*

Desde el viejo laudo arbitral de mediados del siglo pasado en el *asunto de la isla de Aves*, hasta el reciente laudo en el *asunto del canal del Beagle*, la jurisprudencia internacional ha utilizado en numerosas ocasiones la noción de la «fecha crítica», como categoría jurídica de indudable importancia en los contenciosos territoriales, tanto de carácter arbitral como jurisdiccional. La práctica internacional en la materia demuestra que la fecha crítica ha sido utilizada preferentemente en los supuestos de adquisición territorial por ocupación, así como en las controversias de carácter fronterizo relativas a la delimitación del territorio.

En la clasificación tradicional entre modos originarios y derivativos de adquisición de la soberanía territorial, según se tratara o no de un territorio *nullius*, la *ocupación* se sitúa entre los primeros¹. No obstante, esta clasificación obedece a una etapa histórica superada que se caracterizaba por la existencia de numerosos territorios sin dueño, durante la fase de expan-

1. Cfr. al respecto la obra de J. H. W. VERZIJL, *International Law in Historical Perspective*, vol. III. Leyden, 1970, pp. 297 y ss.

sión colonial, y por la utilización de categorías jurídicas propias del Derecho privado, que se proyectaban en el ámbito de las categorías del Derecho internacional público. De ahí que determinados autores, como P. REUTER², prefieran distinguir en la adquisición de territorios entre modos derivados de una situación de hecho y modos derivados de un título jurídico; en este caso, la ocupación estaría incluida también dentro del primer apartado.

A los fines del presente estudio, conviene tener en cuenta que el concepto de ocupación es esencialmente dinámico, tanto en términos puramente teóricos, como en la práctica internacional. En efecto, como afirmara el laudo arbitral en el *asunto de la isla de Clipperton*³

«es elemento necesario de la ocupación, junto al *animus occupandi*, la toma de posesión material y no ficticia. La primera consiste en el acto o actos por medio de los cuales el Estado ocupante pone el territorio a su disposición y se coloca en situación de hacer valer su exclusiva autoridad».

En términos muy parecidos, se sostuvo en el *asunto del estatuto jurídico de Groenlandia oriental*⁴ que para establecer un título válido de soberanía se requería

«la intención y la voluntad de ejercer esta soberanía, y la manifestación *externa* de la voluntad estatal».

Más recientemente, el T.I.J. se ocupó de esta misma categoría jurídica en el *dictamen consultivo del Sahara occidental*⁵, precisando que

«La expresión *terra nullius* constituía un término de técnica jurídica empleado a propósito de la ocupación, en cuanto ésta constituía uno de los modos jurídicos reconocidos para adquirir la soberanía sobre un territorio. Como quiera que la ocupación supone en Derecho un modo originario para adquirir pacíficamente la soberanía sobre un territorio, distinto a la cesión o a la suce-

2. Cfr. *Derecho internacional público* (traducción española de J. Puente Egido). Barcelona, 1978, pp. 178 a 185.

3. *Reports of International Arbitral Awards*, vol. III, p. 1110.

4. C. P. J. I. Série A/B, n.º 53, p. 63.

5. C. I. J. *Recueil* 1975, p. 39.

sión, una de las condiciones esenciales para una ocupación válida era la de que el territorio en cuestión fuera una *terra nullius* —un territorio sin dueño— en el momento de la realización del acto que se considerase constitutivo de la ocupación».

La dinámica interna que preside la cristalización de la ocupación como modo de adquisición de la soberanía territorial, viene dado por sus propios requisitos: de una parte, el *animus occupandi*, y de otra, la efectividad de la ocupación. Ello supone que la mera ocupación física y momentánea de un territorio sin dueño o de un territorio descubierto u ocupado inicialmente por otro Estado cuyo título hubiera decaído, no constituye un título jurídico válido y oponible. La doctrina anglosajona emplea la expresión *inchoate title* para reflejar esa situación intermedia e incompleta, que separa la ocupación física de un territorio y la ocupación como título jurídico definitivo, ese *no man's land* entre lo fáctico y lo jurídico. Con una mayor dosis de precisión y de agudeza, el maestro Charles DE VISSCHER⁶ empleó la expresión «consolidación del título jurídico», para referirse a idénticas situaciones en el análisis de la jurisprudencia internacional.

Pero ¿cómo se verifica jurídicamente ese tránsito entre el título provisional o en formación y el título definitivo o, por emplear la expresión de Ch. DE VISSCHER, cuándo se llega a consolidar el título jurídico? La respuesta puede hacerse en términos concretos: mediante el *ejercicio efectivo y continuo de las funciones de Estado*, ejercicio que puede revestir formas muy variadas, pero que, en términos generales, puede ser descrito como la extensión de la Administración del Estado ocupante sobre el territorio ocupado, a través del ejercicio de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial sobre dicho territorio. Ciertamente, esta fórmula relativamente abstracta puede originar problemas de diferente naturaleza. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que en los supuestos de títulos históricos, de importancia fundamental en la jurisprudencia internacional, el ejercicio de las funciones de Estado ha de valorarse a la luz de las formas en que históricamente se manifestaron dichas funciones de Estado, que no coinciden necesariamente con las actuales. En este sentido, la valoración efectuada por el T.I.J. en

6. Cfr. *Les effectivités du Droit international public*. París, 1967, pp. 101 y ss.

el *asunto de los Minquiers y Ecrehous*⁷, es reveladora de cuanto acabamos de exponer.

En segundo término, las condiciones naturales de determinados territorios dificultan la valoración de la efectividad y continuidad en el ejercicio de las funciones estatales. El problema se ha planteado abiertamente en la práctica judicial y arbitral, como lo prueban los *casos del estatuto jurídico de Groenlandia oriental*⁸, *del Rann de Kutch*⁹ y *del Sahara occidental*¹⁰, supuestos en los cuales las respectivas características físicas de los territorios afectados diferían de manera notable, puesto que se trataba —respectivamente— de territorios en gran parte helados, periódicamente inundados o desérticos. En estas circunstancias, el ejercicio de las funciones de Estado por parte de los ocupantes, revistió formas muy variadas e incluso se advirtió la imposibilidad de ocupar físicamente determinados sectores del territorio considerado, por su hostilidad a la presencia continuada de grupos humanos estables. Ello explica la afirmación realizada por el T.P.J.I. en el *asunto del estatuto jurídico de Groenlandia oriental*¹¹, al señalar que

«en muchos casos, el Tribunal no ha exigido numerosas manifestaciones de un ejercicio de derechos soberanos en tanto en cuanto el otro Estado litigante no haya podido hacer valer una pretensión superior. Esto es particularmente cierto en los casos de reivindicaciones de soberanía sobre territorios situados en países débilmente poblados o no ocupados por habitantes estables».

Idéntico razonamiento fue utilizado por el T.I.J. en el *asunto del Sahara occidental*¹² para rechazar la pretensión marroquí de la inexistencia de pruebas que acreditaran el ejercicio de autoridad sobre el territorio, ya que aun admitiendo la exactitud del texto antes citado, afirmó que «el Sahara occidental, aunque bastante poco poblado, era un territorio a través del cual se desplazaban continuamente tribus organizadas social y políticamente».

El tercer problema al que hemos aludido anteriormente

7. Cfr. C. I. J. *Recueil* 1953, pp. 63 a 66.

8. Cfr. C. P. J. I. *Série A/B*, n.º 53, pp. 62 a 64.

9. Vid al laudo arbitral de 19 de febrero de 1968 en *International Legal Materials*, 1968, pp. 633 a 705.

10. C. I. J. *Recueil* 1975, pp. 42, 59 y 60.

11. C. P. J. I. *Série A/B*, n.º 53, p. 46.

12. C. I. J. *Recueil* 1975, p. 43.

afecta tanto a las peculiares situaciones que acabamos de exponer, como a los problemas generales de la ocupación. Me refiero a la dificultad de precisar en un momento concreto y determinado que la ocupación se ha convertido en un título jurídico válido y definitivo; esto es, que el *inchoate title* se ha perfeccionado, que el título inicial ha pasado a consolidarse, que la ocupación considerada como un hecho puramente físico se ha convertido en un título jurídico, por el ejercicio pacífico de las funciones de Estado sobre un territorio determinado.

Como es obvio, el aspecto que acabamos de considerar no plantea verdaderos problemas en aquellos supuestos en los que no existe una concurrencia de pretensiones estatales respecto a la soberanía sobre un territorio, dado que el transcurso de un período razonable de tiempo, unido a la ausencia de reivindicaciones de otros Estados, consolidará la situación jurídica del Estado ocupante. El problema surgirá cuando existan dos o más títulos «incoados» sobre el territorio o cuando se discuta la soberanía del mismo, de forma convergente, por dos o por varios Estados. Una vez que la controversia se haya formalizado jurídicamente y que el problema sobre la titularidad jurídica del territorio se haya sometido a la decisión de un tribunal arbitral o jurisdiccional, la cuestión de la fecha crítica va a surgir indefectiblemente, ya sea de forma implícita o de forma expresa. Como ha dicho sir Gerarld FITZMAURICE¹³, esta fecha puede surgir en cualquier controversia que se someta a arreglo judicial o arbitral, aunque sólo sea por el hecho de que nunca puede ser posterior al momento en que el procedimiento ha comenzado, ya que el comportamiento de las partes posterior a dicha fecha no puede afectar a su posición jurídica o a sus derechos.

Señalábamos al comienzo de este epígrafe que la *fecha crítica puede surgir también en las controversias relativas al trazado de la frontera entre Estados, a la delimitación de la soberanía territorial* entre ellos. Como se verá más adelante, la práctica internacional en la materia demuestra que en buena medida la fecha crítica se vincula a las controversias derivadas de las antiguas fronteras coloniales, trazadas de manera insatisfactoria desde el punto de vista técnico y político. En estos supuestos, el papel de la fecha crítica no se reduce a concretar en el tiempo el momento en que la atribución de la soberanía

13. Cfr. «The Law Procedure of the International Court of Justice, 1951-4: Points of Substantive Law. Part. II», en *B. Y. B. I. L.*, 1955-6, p. 20.

territorial se ha decantado en favor de un Estado u otro, sino a valorar el comportamiento de los Estados interesados y los datos del derecho positivo del período histórico colonial o de los tratados de límites. Ciertamente la utilización de esta técnica de solución de controversias es menos acusada que en los contenciosos territoriales derivados de la ocupación, como puso de relieve el tribunal arbitral en el *caso de la frontera chileno-argentina en el Río Encuentros*¹⁴. Dentro de este mismo apartado, la monografía de A. O. CUKWURAH¹⁵ sobre el arreglo de controversias fronterizas, se refiere a los *critical boundary treaties*, como supuestos en los cuales ante una pluralidad de tratados de fronteras entre los Estados litigantes, el Tribunal debe decidir cuál de ellos ha fijado definitivamente la frontera.

En términos generales y con carácter puramente introductorio, cabe advertir con Y. Z. BLUM¹⁶, que ante las pretensiones opuestas que surgen en las controversias de carácter territorial, el Tribunal llamado a solucionarlas tendrá siempre que determinar la fecha en que se presume que la controversia se ha originado, a dos fines distintos: de un lado, para precisar las normas jurídicas aplicables a los problemas relativos a la adquisición de la soberanía, de acuerdo con las normas de Derecho intertemporal pertinentes; de otra parte, con el objeto de excluir todo acto posterior llevado a cabo por cualquiera de las partes litigantes para mejorar su posición jurídica, valorándose el *statu quo* existente en el momento en que se concreta la fecha crítica.

En definitiva, podría pensarse que el estudio de la fecha crítica presenta un escaso interés por la inexistencia actual de territorios *nullius* y por constituir consiguientemente una categoría jurídica obsoleta y de escasa operatividad en la práctica. Sin embargo, una hipótesis como la anterior se mostraría infundada y fuera de la realidad de las cosas. En primer lugar, porque como se verá en los apartados siguientes, la fecha crítica ha sido abundantemente utilizada en la práctica internacional más reciente y se estudia con creciente intensidad en la literatura jurídica moderna. En segundo término, porque los contenciosos territoriales están lejos de haber desaparecido y presentan siempre aspectos históricos de importancia esencial

14. Vid. el texto del laudo arbitral de 9 de diciembre de 1966 de la Reina Isabel II de Inglaterra en *R. G. D. I. P.*, 1967, pp. 257 y ss.

15. *The Settlement of Boundary Disputes in International Law*. Manchester University Press, 1967, p. 227.

16. Cfr. *Historic Titles in International Law*. The Hague, 1965, p. 208.

para la atribución de la soberanía territorial o para la delimitación de los trazados de fronteras. Por último, la propia naturaleza de la función arbitral o judicial en el plano internacional en materia de soberanía territorial, exige que los árbitros o los jueces necesiten una referencia temporal para decidir el momento a partir del cual un determinado Estado se constituyó en soberano de un territorio, con independencia del comportamiento y de las pretensiones posteriores de la otra parte. En otro caso, las controversias de este orden se alargarían hasta el infinito y los Estados continuarían sus reivindicaciones con el único objeto de perjudicar así al legítimo soberano. Como afirmara el T.P.J.I. en el *asunto del estatuto jurídico de Groenlandia oriental*¹⁷ «la declaración de ocupación promulgada por el Gobierno noruego el 10 de julio de 1931, así como las demás medidas tomadas en este sentido, constituyen una infracción de la situación jurídica existente y, en consecuencia, son ilegales y carecen de valor».

2. La fecha crítica: origen y definición.

Existe un completo acuerdo entre los autores que se han ocupado de la misma de situar el origen de la fecha crítica en la construcción realizada por Max HUBER en el *asunto de la isla de Palmas*¹⁸. Pero, como advierte FITZMAURICE, este concepto ha estado siempre presente en los contenciosos territoriales en términos implícitos, aunque la construcción teórica y la precisión terminológica correspondan en sus términos más explícitos al citado árbitro suizo. En efecto, la utilización de la fecha crítica de forma implícita es evidente para FITZMAURICE en otros contenciosos territoriales anteriores. En el *caso de la Delagoa Bay*¹⁹ se planteaba el problema de la validez y efectos de una cesión territorial operada por un Tratado de 1823 celebrado con los jefes de las tribus nativas, mientras que en el *caso de la Walfisch Bay*²⁰ la cuestión litigiosa se refería a la validez de una demarcación de fronteras realizada unilateralmente, por una parte, en 1888. En términos similares, el *asunto de la isla de Clipperton*²¹ planteó problemas de idéntica natu-

17. C. P. J. I. Série A/B, n.º 53, p. 75.

18. Cfr. el texto de la decisión en la *R. G. D. I. P.*, 1935, pp. 156 a 202.

19. Cfr. *British and Foreign State Papers*, vol. 66, p. 554.

20. Cfr. *British and Foreign State Papers*, vol. 104, p. 50.

21. Cfr. *loc. cit ut supra* en nota 3, pp. 1108 a 1111.

raleza. De manera muy resumida, Francia había proclamado su soberanía sobre la isla en 1858 sobre la base de la ocupación de un territorio *nullius*. Por su parte, Méjico pretendía que la isla había sido descubierta por España y permanecido bajo su soberanía, como consecuencia de la atribución realizada por el Papa Alejandro VII en las bulas *Inter Caetera*. Pero al suceder Méjico a España en 1836, la isla habría pasado a soberanía mejicana, con lo que la expedición realizada por este país en 1897 y la colocación de la bandera de Méjico en esta última fecha, constituiría la manifestación de una soberanía territorial previamente adquirida. El laudo arbitral del rey Víctor Manuel III decidió que «la soberanía sobre la isla de Clipperton pertenece a Francia desde la fecha del 17 de noviembre de 1858», siendo irrelevantes las posteriores actuaciones mejicanas.

A juicio de FITZMAURICE²² en estos supuestos estamos en presencia de lo que denomina *self-evident critical dates*, esto es, supuestos en los que la fecha crítica no planteó problema alguno entre las partes respecto a su determinación, por lo que los árbitros se limitaron a decidir si en tal momento la soberanía pertenecía a uno u otro Estado litigante. Pero la construcción era evidente en todos los casos, puesto que existía una fecha determinante respecto a la atribución de la soberanía territorial.

En el laudo arbitral de Max HUBER en el *asunto de la isla de Palmas*²³ se planteó de forma correcta y expresa el tema de la fecha crítica. El contencioso entre los Estados Unidos y los Países Bajos se formuló en los términos siguientes: según los Estados Unidos, España había adquirido un título de soberanía sobre la isla de Palmas por medio del descubrimiento de la misma, sin que variara esta posición jurídica posteriormente, como lo demostraban las cartas y algunos textos convencionales más tardíos, como el tratado de Münster de 1648. Por el tratado de paz de 10 de diciembre de 1898, España cedió sus derechos soberanos sobre la citada isla a los Estados Unidos, con lo cual el título de soberanía habría pasado a este segundo Estado. Sin embargo, los Países Bajos argumentaban que el hecho del descubrimiento por España no había sido probado y aunque fuera cierto, ese título inicial (ese *inchoate title*) habría decaído hasta desaparecer, como consecuencia de la ausencia de ejercicio de soberanía por parte española en todo el período posterior, como lo probaban los poderes soberanos ejercidos

22. *Op. cit.*, p. 22.

23. Cfr. el texto de la *R. G. D. I. P.*, 1935, pp. 162 y 163.

sobre la isla de Palmas por la Compañía holandesa de las Indias Orientales a partir de 1677. La inexistencia de reacción por parte de España frente a la presencia holandesa, así como el establecimiento de una incipiente administración por parte de los Países Bajos originaron un título en beneficio de este último país, que se consolidaría posteriormente con el ejercicio efectivo y continuo de tales funciones.

Frente a este planteamiento, el árbitro Max HUBER²⁴ afirmó que había tres fechas a retener. En primer lugar, la de 1898 como fecha del tratado hispano-norteamericano de cesión territorial; en segundo término, la de 1906, ya que con anterioridad a la misma

«no había surgido ninguna controversia entre los Estados Unidos o España, por un lado, y los Países Bajos, por otro, que afectara específicamente a la isla de Palmas (o Miangas), como consecuencia de que tales potencias mantuvieran pretensiones contradictorias respecto a la soberanía sobre la citada isla».

Por último, la fecha de 23 de enero de 1925, que coincidía con la celebración del compromiso de arbitraje entre los Países Bajos y los Estados Unidos. De estas tres fechas posibles, el árbitro consideró como fecha crítica la de 1898, sosteniendo que en ese momento la soberanía correspondía a los Países Bajos y no a los Estados Unidos, ya que se aplicó el principio *nemo dare potest quod non habet*. En efecto, era obvio que en dicha fecha si España poseía un título consolidado sobre la isla, éste habría pasado a los Estados Unidos. En este supuesto, el árbitro se refirió a un segundo momento importante que es el del *período crítico*, esto es, el período inmediatamente anterior a la fecha crítica, en el que se han concretado los hechos determinantes para precisar si el territorio era *terra nullius* o estaba ya situado bajo la soberanía de algún Estado. Para completar el conjunto de momentos que son relevantes en la atribución de la soberanía territorial, es obligado hacer referencia a lo afirmado por el T.I.J. en el *asunto de los Minquiers y Ecrehos*²⁵, cuando sostuvo que

«en razón de las circunstancias especiales del presente asunto, también deben ser tomados en cuenta por el Tri-

24. *Ibidem*, p. 161.

25. C. I. J. *Recueil* 1953, p. 59. El subrayado es nuestro.

bunal los actos posteriores a la fecha crítica, exceptuando las medidas que se hubieran tomado con objeto de mejorar la posición jurídica de la parte interesada».

Al margen del desarrollo posterior que será examinado más adelante, no cabe duda de que la noción de la fecha crítica tiene un origen claramente jurisprudencial. Desde el punto de vista doctrinal, esta noción presenta mayor arraigo en los autores del círculo jurídico anglosajón. Ya en 1934, W. E. BECKETT²⁶ analizó el tema de la fecha crítica en los *asuntos de la isla de Palmas* y del *estatuto jurídico de Groenlandia oriental*. Algunos años más tarde, G. FITZMAURICE²⁷ escribía un trabajo de importancia esencial para nuestro tema, profundizando el análisis de la categoría y el examen de la práctica jurisprudencial. En esta misma línea, aunque en una perspectiva mucho más amplia, L. F. E. GOLDIE²⁸ consagró otro importante trabajo a la fecha crítica, precisando su importancia práctica y contribuyendo de modo singular a matizar su alcance y contenido. Por su parte, R. Y. JENNINGS²⁹ ha estudiado esta noción en dos estudios sucesivos de evidente importancia. Posteriormente, las respectivas monografías de Y. Z. BLUM³⁰ sobre los títulos históricos, y de CUKWURAH³¹ sobre el arreglo de controversias fronterizas, consolidaron la noción en el plano doctrinal dentro de su círculo jurídico. En el ámbito de los autores de la Europa continental, cabe retener las referencias formuladas por S. BASTID³² y los análisis de Ch. ROUSSEAU³³ sobre los *asuntos del Rann de Kutch* y de *la frontera chileno-argentina en el río Encuentros*.

Por lo que se refiere a la *definición de la fecha crítica*, las

26. Cfr. «Les questions d'intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice internationale (juillet 1932-juillet 1934)», *R. des C.*, n.º 50 (1934-IV), pp. 218 y ss., en especial pp. 248 y ss.

27. Vid. el trabajo citado *ut supra*, nota 13.

28. «The Critical Date», *I. C. L. Q.*, 1963, pp. 1251 a 1284.

29. Cfr. *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester, 1963, y su «General Course on Principles of International Law», *R. des C.*, n.º 121 (1967-II), pp. 423 a 427.

30. Cfr. el trabajo citado *ut supra*, nota 16.

31. *Ibidem*, nota 15.

32. Cfr. «Les problèmes territoriaux dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice», *R. des C.*, n.º 107 (1962-III), pp. 446 a 448.

33. Vid. los comentarios sobre ambos asuntos en la *R. G. D. I. P.*, 1968, pp. 1100 y ss., y *R. G. D. I. P.*, 1967, pp. 150 y ss., respectivamente, incluidos ambos en las secciones correspondientes de la «Chronique des faits internationaux».

posiciones doctrinales manifiestan gran coherencia. JOHNSON³⁴ y FITZMAURICE³⁵ coinciden en definirla como la «fecha a partir de la cual los actos u omisiones de las partes en una controversia no pueden afectar al objeto del litigio». Por su parte, GOLDIE³⁶ la define como «el momento temporal que marca el fin de un período dentro del cual han ocurrido los hechos materiales que son objeto de una controversia». La posición de GOLDIE merece, no obstante, una atención complementaria en este punto concreto, dada la amplitud con que construye y con la que opera, en su opinión, la fecha crítica. Si bien para este autor la noción posee una función tradicional relativa a la consolidación de los títulos históricos de carácter territorial, extiende asimismo su operatividad a las controversias *ratione temporis respectu* a la cláusula facultativa de aceptación de la jurisdicción obligatoria del T.I.J. y respecto a todas aquellas controversias en las que el factor tiempo juega un papel importante, especialmente en las relativas a la nacionalidad de las personas o al reconocimiento de Estados y de Gobiernos. En este caso, la fecha crítica sería independiente de cualquier consideración de orden procesal, afectando al momento en que se consolida el título jurídico de un Estado o se hace imposible esa consolidación. Con independencia de las sugerencias que ofrece la posición de GOLDIE, parece oportuno recordar que nuestro análisis de la fecha crítica se inserta y se circunscribe sólo a la adquisición de la soberanía territorial. No obstante, merece apuntarse el tema de la relación entre la fecha crítica y el derecho intertemporal, sin perjuicio de que volvamos sobre el mismo en el último apartado de este estudio.

En la literatura científica francesa, la definición de la fecha crítica no ha planteado problemas de divergencia, siendo muy parecidas las definiciones ofrecidas a nivel de diccionario jurídico³⁷ o por los autores. En el primer caso se dice que es una

«expresión empleada en procedimientos arbitrales o judiciales para determinar la fecha a partir de la cual se considera que los aspectos de una controversia han quedado definitivamente claros, de tal forma que los hechos posteriores no tienen relevancia respecto a la solución de la controversia».

34. Cfr. «Acquisitive Prescription», *B. Y. B. I. L.*, 1950, p. 27.

35. Cfr. *op. cit.*, p. 20.

36. *Op. cit.*, p. 1251 y ss.

37. *Dictionnaire de la terminologie du Droit International*. Paris, 1960, p. 186.

Para S. BASTID³⁸ «es la fecha que determina en los contenciosos territoriales que el comportamiento de las partes no puede ser tomado en consideración, puesto que la soberanía ya ha quedado establecida».

Como resumen de lo anterior, cabe sostener que la fecha crítica ha sido definida mayoritariamente —salvo en el caso de GOLDIE— en relación a los contenciosos territoriales. Para FITZMAURICE, por ejemplo, se trata de enfocar, de precisar la controversia en el tiempo (en su tesis del «focus»), dado que el establecimiento de la soberanía sobre un determinado territorio implica una serie de actos, planteando el problema subsiguiente de qué actos son relevantes y cuáles no para adquirir un título válido y definitivo o, en la construcción de Ch. DE VISSCHER³⁹, para precisar la «consolidación de un título histórico». Es cierto que algunos autores pretenden relativizar la dosis de importancia de la fecha crítica, al considerarla como un «concepto sofisticado». Este es el caso de JENNINGS⁴⁰, para quien dicha noción constituye una doctrina «extraordinariamente técnica» que está dotada de un contenido vinculado a la práctica forense, puesto que trata, en definitiva, de persuadir a un Tribunal para que precise en un momento histórico concreto la decisión sobre un título jurídico en discusión. La renuncia del tribunal arbitral en el *asunto del río Encuentros* —que será examinado más adelante— a utilizar la construcción de la fecha crítica para que se pronunciara sobre las varias que le habían sido propuestas por las partes, ha llevado a JENNINGS a considerar esta decisión como «un correctivo adecuado para las tendencias que pretenden convertir la fecha crítica en una doctrina básica».

La advertencia de este autor nos sitúa directamente ante un problema ya planteado y resuelto por FITZMAURICE⁴¹, en relación a *la fecha crítica creada artificialmente*. En efecto, en la Memoria presentada por el Gobierno británico en el asunto de los Minquiers y Ecrehous⁴², se afirmó que

«no puede permitirse a un Estado crear artificialmente una fecha crítica por el simple procedimiento de formu-

38. *Op. cit.*, p. 446.

39. *Op. cit.* en nota 6, pp. 101 y ss.

40. Cfr. «General Course on Principles of International Law», *op. cit.*, pp. 423 a 426.

41. *Op. cit.*, pp. 25 y 26.

42. *I. C. J. Pleadings, Oral Arguments, Documents. The Minquiers and Ecrehous Case*. Vol. II, p. 69.

lar reclamaciones que se llevan adelante hasta un cierto punto o que son abandonadas o resucitadas por períodos de tiempo más o menos largos... Si se permitiera a los Estados crear fechas artificiales en la forma indicada, sería posible para un Estado formular reclamaciones indefinidamente de tal forma que no conducirían a ninguna solución definitiva, y al mismo tiempo sostener que todos los actos de administración, de uso, etc., realizados por el Estado poseedor después de la fecha de la reclamación original, carecían de valor obligatorio y eran... nulos».

La precisión es importante en todo caso, a los fines de impedir que esta construcción técnica sirva para dificultar el arreglo de controversias o para obstaculizar la acción jurisdiccional. Ello explica que FITZMAURICE vincule la idea de la fecha crítica a objetivos de justicia material en los litigios territoriales.

En el plano de la práctica internacional, la Memoria presentada por el Gobierno del Reino Unido ante el T.I.J. en el *asunto de los Minquiers y Ecrehous*, ofrece no menos de cinco definiciones posibles de la fecha crítica, coincidiendo en remitirla al momento en que la controversia ha cristalizado, las posiciones de las partes sean suficientemente claras y el Tribunal disponga de elementos de juicio suficientes para atribuir la soberanía territorial a cualquiera de los Estados litigantes. En este sentido, es evidente que las propuestas británicas poseían una dimensión judicialista dominante, puesto que se trataba de ofrecer al Tribunal una hipótesis de trabajo para utilizar en un supuesto concreto y no de especular en términos abstractos. En todo caso, las definiciones formuladas a nivel doctrinal presentan idénticas características, puesto que la noción de la fecha crítica no ha nacido en la obra de los autores, sino en la práctica jurisprudencial misma, dato que avala su utilidad técnica y que parece oponerse a la idea manifestada por JENNINGS, en el sentido de que se trata de un concepto «sofisticado» y de importancia relativa.

Para concluir este apartado, y con carácter introductorio al examen de la práctica jurisprudencial restante, cabe plantearse con FITZMAURICE⁴³, las posibles fechas críticas que *a priori* pueden surgir en los contenciosos territoriales. En primer lugar,

43. Cfr. *op. cit.*, pp. 23, 24 y 26.

puede pensarse en la fecha de comienzo de la controversia, posibilidad que rechaza el autor inglés por cinco razones importantes: a) por la dificultad inherente a determinar en ciertos casos el momento real de comienzo de la controversia; b) por el hecho de que una controversia sobre un determinado territorio no traduce necesariamente un litigio respecto a la soberanía sobre dicho territorio; c) porque de aceptar tal posibilidad en las controversias que afectan a períodos de tiempo muy largos, la consecuencia radicaría en excluir como pruebas actos y comportamientos que pueden ser determinantes para la decisión sobre el supuesto; d) por último, porque contribuiría a la creación o al mantenimiento de controversias territoriales por razones políticas surgidas ulteriormente. En este orden de ideas, ya hemos comprobado que en el *asunto de la isla de Palmas*, la fecha crítica (1898) es anterior al momento en que se origina la controversia (1906).

La segunda posibilidad se refiere a la fecha en que el Estado demandante hubiere realizado por vez primera una reclamación definitiva sobre el territorio en cuestión, mereciendo un juicio igualmente negativo para FITZMAURICE por razones muy similares a las que acabamos de exponer. De otro lado, hay que tener en cuenta que si la reclamación es aislada y no halla continuación en el tiempo, es que se abandona tácitamente y, por tanto, no puede surgir ninguna fecha crítica, ya que tal pretensión no produce ningún efecto jurídico y la controversia no cristaliza.

En tercer lugar, puede considerarse la fecha en que «cristaliza» la controversia entre las partes en relación a la soberanía sobre un territorio y respecto a una cuestión específica. En este caso podemos estar en presencia de una fecha crítica siempre que no existan otros factores relevantes, si bien debe tenerse en cuenta la dificultad que supone precisar en el tiempo el momento en que una controversia ha cristalizado.

La cuarta posibilidad coincidiría con la fecha en que una de las partes propone y toma las medidas necesarias para iniciar un procedimiento de arreglo de controversias al margen de la solución judicial o arbitral, es decir, la negociación, la conciliación, la mediación o el recurso a una organización internacional. Tal hipótesis merece una respuesta positiva siempre que las partes no hayan propuesto una fecha previa de mayor relieve, ya que se entiende que la propuesta de arreglo pacífico cristaliza la controversia.

En quinto lugar, puede tenerse también en cuenta la fecha en que cualquiera de estos procedimientos posibles es efectiva-

mente utilizado y puesto en práctica. En este caso, la respuesta es positiva siempre que no se indique ninguna otra fecha crítica, y los actos realizados posteriormente por las partes no presentan relevancia alguna para la decisión final respecto a la cuestión planteada.

La última posibilidad afecta a la fecha en la cual, habiendo fracasado otros medios, se propone formalmente someter la cuestión a arreglo judicial o arbitral, o bien efectivamente se somete a cualquiera de ambos. En este caso estaremos en presencia de lo que FITZMAURICE denomina con acierto la *residual critical date*, existiendo total unanimidad en la doctrina respecto al hecho de que ningún tribunal puede tener en cuenta hechos, acontecimientos o comportamientos de las partes que sean posteriores a la fecha en la cual han sometido la controversia a dicho tribunal para que reconozca derechos soberanos sobre el territorio litigioso a cualquiera de ellas.

3. La fecha crítica en la práctica jurisprudencial.

Como se ha señalado antes, el origen y desarrollo de esta noción se localizan en la práctica internacional de arreglo de controversias, especialmente en la jurisdicción contenciosa ante tribunales institucionalizados, en la jurisprudencia arbitral y, excepcionalmente, en la jurisdicción de carácter consultivo.

Sostiene con razón A. L. W. MUNKMAN⁴⁴ en su documentado estudio sobre la solución de controversias territoriales y fronteras, que los contenciosos territoriales derivados de la ocupación como título, son en buena medida contenciosos sobre islas. Ya hemos visto anteriormente la manifestación de la fecha crítica en dos de estos supuestos (*isla de Clipperton* e *isla de Palmas*) y vamos a hacerlo ahora en el *asunto del estatuto jurídico de Groenlandia oriental*⁴⁵. Como es bien sabido, el 12 de julio de 1931 el Gobierno de Dinamarca demandaba ante el T.P.J.I. al Gobierno noruego por la proclama que este último había realizado dos días antes sobre la ocupación de ciertos territorios de Groenlandia oriental, ya que dichos territorios estaban sometidos a la soberanía de la Corona danesa. La posición danesa se

44. Vid. «Adjudication and Adjustment —International judicial decision and the Settlement of Territorial and Boundary Disputes», *B. Y. B. I. L.* 1972-73, pp. 1 a 116.

45. *C. P. J. I. Série A/B*, n.º 53, pp. 26 y ss.

basaba en que este país gozaba de los derechos que habían correspondido inicialmente al rey de Dinamarca y de Noruega desde 1814 sobre Groenlandia oriental, y que la ocupación danesa había sido perfeccionada por el «ejercicio pacífico y continuo de la autoridad estatal sobre la isla», tal como expresara Max HUBER en el *asunto de la isla de Palmas*. En este sentido, el T.P.J.I.⁴⁶ sostuvo que

«Otra circunstancia que debe tener en cuenta cualquier tribunal que tenga que decidir acerca de una cuestión de soberanía sobre un territorio particular, es la medida en que la soberanía haya sido reivindicada igualmente por otra Potencia. En la mayor parte de los casos relativos a pretensiones de soberanía territorial sobre las que haya tenido que pronunciarse en el pasado un tribunal internacional, se han sometido dos pretensiones concurrentes respecto a la soberanía y éste debía decidir cuál de las dos estaba mejor fundada. Una de las características en el presente asunto radica en que hasta 1931 no ha reivindicado la soberanía sobre Groenlandia ninguna otra potencia distinta a Dinamarca».

De esta suerte, el Tribunal afirmó que la fecha crítica era la de 10 de julio de 1931, esto es, la fecha de la ocupación noruega. Pues bien, a juicio del Tribunal las pruebas presentadas por el Gobierno danés eran «suficientes para establecer un título válido durante el período que ha precedido inmediatamente a la ocupación». Esta alusión al *período crítico* que, como hemos visto antes, es el inmediatamente anterior a la fecha crítica, expresa su importancia a efectos de prueba haciendo innecesaria ésta respecto a períodos de tiempo muy anteriores.

A nuestro juicio, en el presente asunto deben destacarse dos hechos importantes: en primer lugar, que se retiene la noción del ejercicio efectivo de las funciones de Estado sobre el territorio litigioso, aunque relativizando esta exigencia en cuanto a la intensidad y manifestación de tales funciones en razón de las características propias del territorio considerado, añadiendo además el Tribunal que «no ha exigido numerosas manifestaciones de un ejercicio de derechos soberanos en tanto en cuanto el otro Estado litigante no haya podido hacer valer una pre-

46. C.P.J.I. *Série A/B*, n.º 53, p. 46. Sobre el momento de la fecha crítica y del período crítico, vid. *Ibidem*, pp. 63 y 64.

tensión superior»⁴⁷. Se trata de una cuestión importante sobre la que vamos a volver inmediatamente. El segundo dato es que hace coincidir la fecha crítica con el momento en que se produce la proclama noruega, fecha que no planteaba demasiados problemas puesto que dos días más tarde se producía la demanda danesa ante el tribunal, lo que suponía la «residual critical date». La solución es paralela a la lógica interna que presidió la decisión arbitral en el *asunto de la isla de Clipperton*.

Volviendo otra vez sobre el ejercicio de la autoridad estatal, cuyo valor relativiza el T.P.J.I. para consolidar el título de ocupación cuando otro Estado no hubiere hecho valer una pretensión superior, la tesis encuentra apoyo en la práctica anterior. En efecto, ya hemos visto cómo en el *asunto de la isla de Clipperton*⁴⁸, el árbitro se pronunció favorablemente respecto al título francés, a pesar de que la ocupación realizada en 1858 no fue seguida de ningún tipo de ejercicio efectivo de funciones de Estado por parte de Francia. Ello se debía a que Méjico no podía mejorar la pretensión francesa por carecer de un título mínimamente comparable. Lo mismo sucedió en el *asunto de las Carolinas*⁴⁹, entre España y Alemania, puesto que la propuesta de solución papal reconocía que nuestro país no había realizado efectivamente funciones de administrador ni de soberano sobre las islas. Incluso en la propuesta final elaborada por el Papa —no se trata, pues, de un arbitraje, sino más propiamente de una mediación— se dice lo siguiente

«El Gobierno español para hacer efectiva la soberanía se compromete a establecer lo antes posible en este Archipiélago una administración regular con poder suficiente para salvaguardar el orden y los derechos adquiridos».

En otros términos, el Papa se pronuncia en favor de la soberanía española sobre las islas e invita al mismo tiempo a España a establecer una administración sobre el territorio, esto es, a hacer efectiva la ocupación. Ello respondía a que en 1875, fecha en que surge la controversia, el hipotético título jurídico alemán se limitaba al ejercicio del comercio y de la industria por parte de súbditos alemanes en el citado archipiélago. En

47. *C. P. J. I., Série A/B, n.º 53, p. 46.*

48. Cfr. *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, pp. 1108 a 1111.

49. Cfr. H. LA FONTAINE, *Pasicrisie Internationale*. Berna, 1902, pp. 285 a 287.

otros términos, la pretensión alemana era aún más débil que la española, como potencia descubridora y como ocupante inicial del territorio.

El ejemplo anterior presenta grandes similitudes con el supuesto de hecho en el *asunto de la isla de Aves*⁵⁰, entre Venezuela y los Países Bajos. La decisión arbitral de la reina de España Isabel II, favorable a la soberanía territorial de Venezuela sobre la citada isla como sucesora de España que la había descubierto y ocupado inicialmente, se justificó por la debilidad de la pretensión holandesa, que se basaba en el ejercicio de la pesca y la recogida de otros productos naturales por súbditos holandeses, que nunca la ocuparon efectivamente ni siquiera procedieron a construir viviendas estables. Aun reconociéndose en el laudo arbitral que con anterioridad a 1857, momento de la formalización del compromiso arbitral y que constituye un ejemplo adecuado de las denominadas «self-evident critical dates», España no había ocupado nunca la isla de forma efectiva, la frágil pretensión holandesa justificó el reconocimiento de la soberanía española y la posterior titularidad venezolana como soberano sucesor. En conclusión, los supuestos examinados relativizan la exigencia de la efectividad de la ocupación cuando la pretensión del otro Estado litigante fuere aún más débil.

Ciertamente no es este el caso de lo ocurrido en el *asunto de los Minquiers y Ecrehous*, pues nos hallamos ahora ante una situación mucho más compleja, ya que las partes basaban sus respectivas pretensiones en títulos antiguos u originarios y en ambos casos se proponían fechas críticas que diferían entre sí notablemente. En primer término, el T.I.J.⁵¹ precisó que

«Ambas partes sostienen que cada una de ellas posee un título antiguo u originario sobre los Ecrehous y los Minquiers, el cual han conservado siempre sin perderlo. Así pues, el supuesto actual no presenta las características de una controversia relativa a la adquisición de la soberanía sobre un territorio sin dueño (*terra nullius*)».

En efecto, mientras que el Reino Unido fundaba su título en la conquista de Inglaterra por Guillermo, duque de Normandía, en 1066, lo cual produjo la unión de Inglaterra con el ducado de Normandía hasta 1204, comprendidas las islas de

50. Cfr. H. LA FONTAINE, *Pasicrisie Internationale*, op. cit., pp. 151 a 153.

51. C. I. J. *Recueil* 1953, p. 53.

la Mancha, quedando estas islas posteriormente bajo soberanía inglesa, Francia argumentaba por su parte que después de 1204 las islas litigiosas habían quedado bajo dominio del rey de Francia. Lo que importa destacar realmente es que una vez sometida la controversia al T.I.J., la posición de las partes respecto a la fecha crítica que el Tribunal debía tener en cuenta para su solución, era diferente. Para el Reino Unido, la fecha crítica a retener por el Tribunal era la de 29 de diciembre de 1950, fecha en que la controversia había «cristalizado» en la celebración del compromiso de arreglo judicial. A juicio del Estado francés, la fecha crítica era la de 2 de agosto de 1839, en cuanto fecha de celebración de un tratado de pesquerías entre ambos países que creaba una zona de pesca común que afectaba a las islas consideradas, por lo que la controversia debía centrarse antes de la fecha de referencia.

Sin embargo, el T.I.J.⁵² no aceptó como fecha crítica ninguna de las propuestas por las partes, sino que se inclinó a considerar que

«no se había producido ninguna controversia relativa a la soberanía sobre los Ecrehous y los Minquiers con anterioridad a los años 1886 y 1888, cuando por vez primera reivindicó Francia la soberanía sobre los Ecrehous y los Minquiers respectivamente. Sin embargo, en virtud de las circunstancias especiales que concurren en el presente asunto, el tribunal debe tomar también en consideración los actos posteriores realizados por las partes, exceptuando las medidas tomadas con el objeto de mejorar la posición jurídica de la Parte interesada. En muchos aspectos, la actividad respecto a estos grupos / de islas / se ha desarrollado de forma gradual mucho tiempo antes de que se originara la controversia sobre la soberanía, prosiguiendo después sin interrupción y de manera parecida. En estas circunstancias, estaría injustificado descartar todos los hechos que, en el curso de este desarrollo continuo, se produjeron después de 1886 y de 1888 respectivamente».

¿Qué conclusiones cabe obtener de esta importante decisión judicial respecto a la fecha crítica? Estamos de acuerdo con FITZMAURICE⁵³ en destacar las siguientes: primera, la fecha crí-

52. *C. I. J. Recueil* 1953, pp. 59 y 60.

53. *Cfr. op. cit.*, pp. 23 y ss.

tica en las controversias territoriales es aquella en la que corresponde decidir la cuestión de la soberanía; segunda, esta fecha es *prima facie* la de cristalización de la controversia, entendiendo como tal la fecha en la que la parte que no está en posesión del territorio formula una reclamación formal sobre el mismo, o bien cuando la parte que posee un título de ocupación pretende consolidarlo definitivamente; tercera, en términos generales, la determinación de la fecha crítica presenta la consecuencia de excluir por completo la valoración de todos los actos y acontecimientos posteriores. Sin embargo, en circunstancias especiales —y aquí existe un elemento de originalidad—, es decir, cuando la actividad respecto al territorio se ha desarrollado gradualmente desde antes de que surgiera la controversia y se prosiga después sin interrupción, el tribunal podrá valorar estos actos a los fines exclusivos de ratificar sus propias conclusiones. En efecto, cuando el T.I.J. aplicó el criterio del ejercicio efectivo de funciones soberanas por parte del Reino Unido, concedió relevancia a los actos de carácter judicial, registral, administrativo y fiscal llevados a cabo por este país en el territorio de los Minquiers y Ecrehous antes y después de las fechas de 1886 y de 1888, ya que en dichos actos había una continuidad que probaba no sólo la ocupación efectiva antes de la fecha crítica, sino que confirmaba *a posteriori* el correcto fundamento jurídico de la decisión.

En esta línea de análisis de la práctica internacional en relación a la determinación de la fecha crítica en los contenciosos territoriales derivados de títulos originarios o de títulos históricos, cabe hacer referencia a continuación al *asunto del Rann de Kutch*⁵⁴, entre India y Pakistán. El laudo arbitral de 19 de febrero de 1968 se ocupó de la fecha crítica, poniendo de relieve el acuerdo existente entre las partes litigantes respecto a dos datos importantes: de un lado, que la frontera del territorio litigioso del Kutch había permanecido sin cambios desde el momento en que se convirtió en Estado vasallo de Gran Bretaña, en virtud de un tratado celebrado el 13 de octubre de 1819 entre los soberanos del territorio y la Compañía de las Indias orientales; por otra parte, que la fecha crítica para valorar las respectivas pretensiones de las partes era la de 18 de julio de 1947, como fecha de promulgación de la *India Independence Act*, dado que en dicho momento la India había asumido la controversia frente a Pakistán. Hay que llamar la

54. Cfr. *International Legal Materials*, 1968, pp. 633 y ss.

atención en este caso respecto al hecho de que se trataba en realidad de un supuesto de delimitación fronteriza, pero ante los contornos imprecisos de la misma en el territorio del Rann de Kutch, el tribunal optó finalmente por evaluar los respectivos actos de ocupación efectiva en el territorio, atribuyendo definitivamente la soberanía a Pakistán, como Estado que había llevado a cabo actos de soberanía en materia aduanera, de policía y de jurisdicción criminal. Ello motivó la opinión disidente del árbitro indio BEBLER, por estimar que se había convertido un litigio de fronteras en un litigio de adquisición de la soberanía en sus términos más generales.

En realidad, el *asunto del Rann de Kutch* presenta el interés de constituir una continuación de la fecha crítica, aunque ciertamente no suponga un avance teórico respecto a las construcciones examinadas precedentemente, a la vista de que la fecha crítica no era discutida por las partes. En el plano del ejercicio efectivo de las funciones estatales, cabe recordar que el territorio del Rann de Kutch presentaba unas características muy especiales, por su naturaleza semi-marítima en ciertas estaciones, dato que requiere una valoración particular respecto a la efectividad de la ocupación.

Por último, merece atención particular el juego de la fecha crítica en el *asunto del Sahara occidental*, máxime si tenemos en cuenta que no se trataba de un contencioso territorial, sino de un dictamen consultivo. La tesis del Gobierno español, contenida en su *Exposé* escrita de marzo de 1975⁵⁵, consistía en afirmar que la referencia de la Resolución 3292 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas al «momento de la colonización por España» del territorio del Sahara occidental, constituía en realidad una *fecha crítica artificialmente creada* que se ofrecía al T.I.J. Como hemos visto antes, la fecha crítica suele concretarse en los contenciosos territoriales en el momento en que una parte reclama frente a otra un territorio determinado, debiendo tenerse en cuenta que Marruecos y Mauritania no accedieron a la independencia respectivamente hasta 1956 y 1960. De ahí que el Gobierno español sostuviera que

«la fijación artificial de esta fecha crítica para determinar judicialmente las cuestiones de soberanía territorial relativas al Sahara occidental produciría el efecto inadmisibles de sustraer a la consideración del Tribunal

55. C. I. J. *Sahara Occidental. Exposé écrit du Gouvernement espagnol*. Mars, 1975. Ministerio de Asuntos Exteriores. Madrid, pp. 280 a 289.

los importantes elementos del comportamiento posterior de las partes... un ejercicio efectivo y continuo de la soberanía por parte de la Potencia administradora, o el reconocimiento o aquiescencia a esta situación por parte del Reino Unido de Marruecos y de la República Islámica de Mauritania».

En este mismo orden de ideas, el Gobierno español propuso al T.I.J. en la sesión pública de 18 de julio de 1975⁵⁶ como fecha crítica el año 1884, momento en que se declararon los protectorados españoles, y como período crítico el que medió entre los años 1860 a 1884, por constituir la fase en que tuvo lugar con mayor intensidad la expansión del dominio colonial sobre el territorio. No obstante, el dictamen consultivo del T.I.J. de 1975 subrayó⁵⁷

«...a este respecto que su intención no es la de determinar una fecha crítica en el sentido que se ha dado a esta expresión en los contenciosos territoriales; en efecto, no se ha pedido al Tribunal que se pronuncie respecto a títulos jurídicos opuestos relativos al Sahara occidental. Se trata únicamente de identificar el momento histórico en que la petición sitúa las cuestiones sometidas al Tribunal y las respuestas que debe dar a las mismas».

El asunto del Sahara occidental es interesante a nuestro juicio porque contribuye a delimitar la utilización de la fecha crítica a los contenciosos territoriales, a los supuestos en los que se formulan ante un tribunal pretensiones antitéticas respecto a la soberanía sobre un territorio determinado, para que este Tribunal decida definitivamente la titularidad. Por el contrario, en la jurisdicción consultiva no se aprecian estos caracteres, puesto que en realidad no existe un litigio territorial entre dos o más Estados, sino una consulta de ciertos órganos principales de las Naciones Unidas que no implica entrar en el fondo de un asunto sobre el que existiera una controversia jurídica previa, ya que en este caso se estarían desbordando los límites técnico-jurídicos de lo consultivo. Creemos que esta es la razón por la que en definitiva se ha impuesto la tendencia restrictiva del T.I.J. a entrar en la consideración de la fecha

56. Doc. CR75/22, Sesión pública de 18 de julio de 1975. Compte rendu, pp. 9 a 12.

57. *C. I. J. Recueil* 1975, p. 38.

crítica, a pesar de que alguno de los Estados interesados, como Marruecos y Mauritania, presentaron siempre el asunto como si, en realidad, se tratara propiamente de un supuesto de la jurisdicción contenciosa del T.I.J.

La segunda parte del presente epígrafe va a consagrarse al análisis de la práctica jurisprudencial en la segunda perspectiva anunciada al comienzo del mismo, esto es, al *examen de la fecha crítica en los contenciosos de delimitación territorial vinculados al trazado de fronteras* entre dos o más Estados, o por emplear la expresión de CUKWURAH, el supuesto de los *critical boundary treaties*. En la mayor parte de este tipo de contenciosos coincide la nota común de un sucesivo número de trazados de fronteras que, en su propio texto o en mapas anejos al tratado, delimitan la frontera entre dos o más países. Pero a la hora de proceder a la demarcación material de las líneas fronterizas previstas o bien se observan distorsiones entre las diferentes delimitaciones o bien éstas son demasiado vagas o insuficientemente detalladas, de tal forma que, en la práctica, dan lugar a parcelas o sectores dudosos cuya soberanía reclaman ambas partes. En este sentido, el Tribunal debe decidir cuál de los tratados de fronteras o de los mapas anejos es «crítico» para la solución de la controversia, por expresar mejor la voluntad de las partes o por contener los elementos de mayor precisión para poder llevar a cabo una demarcación adecuada.

En la sentencia arbitral del suizo LARDY, de 25 de junio de 1914, en el *asunto de la isla de Timor*⁵⁸, los hechos se plantearon en la siguiente forma: un tratado de 20 de abril de 1859 delimitó la frontera de las posesiones holandesas y portuguesas en la isla de Timor, admitiendo un enclave holandés en la porción atribuida a Portugal y otro enclave portugués en el sector atribuido a los Países Bajos. Posteriormente ambas partes firman el tratado de 10 de junio de 1893, con el fin de hacer desaparecer dichos enclaves y de demarcar con mayor precisión los límites respectivos en toda la isla. Como consecuencia de este convenio, una Comisión realizó la demarcación en 1898 y 1899 de la mayor parte de la frontera, dejando los puntos litigiosos a la solución que se adoptase en una Conferencia reunida en La Haya en 1902, que elaboró un texto convencional firmado en 1904 por los dos países. Este último convenio delimitó el

58. Cfr. el texto del laudo arbitral en *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XI, pp. 490 a 509.

resto de la frontera, con excepción del enclave portugués que primitivamente estaba situado en el sector holandés. A este fin, se formó una comisión encargada de efectuar la demarcación en el sector indicado, que no pudo llegar a ninguna conclusión eficaz. De ahí que ambos Gobiernos decidieran en 1913 someter la diferencia a arbitraje. El árbitro LARDY señaló en su sentencia que el tratado de 1904 constituía la referencia obligada para efectuar la demarcación en el sector litigioso, en tanto que los tratados de 1859 y de 1893 eran irrelevantes a idénticos fines. La argumentación subyacente consistió en afirmar que el citado tratado de 1904 cristalizaba la voluntad de las partes de solucionar definitivamente la controversia fronteriza, y que, por tanto, la demarcación había de llevarse a efecto por la Comisión teniendo en cuenta los términos literales vertidos en el tratado indicado. Ante la pretensión portuguesa de que la demarcación debía realizarse conforme a la línea seguida por un mapa particular editado en Batavia, el árbitro sostuvo que dicho mapa «no puede tener un valor equivalente a los mapas oficiales firmados por los Comisionados o delegados de los dos Estados en 1899 y en 1904», que figuraban como anejos oficiales del tratado de 1904.

En este tipo de supuestos, existe siempre una relación intrínseca entre los tratados y los mapas, en el sentido de que cuando un tribunal internacional decide cuál es el tratado crítico para resolver una controversia fronteriza, y en ese tratado figuran como anejos incorporados al mismo mapas de demarcación, tales mapas prueban la voluntad de las partes. En efecto, en la práctica internacional es bastante común evitar la discusión de los tratados de fronteras, para centrar la diferencia en la interpretación o ejecución surgidas de la demarcación efectivamente realizada. Como advierte CUKWURAH⁵⁹, los Estados interesados en citar un determinado mapa como prueba lo hacen porque consideran que el mapa propuesto es el que mejor satisface las pretensiones que alegan, debiendo limitarse este subjetivismo por el cauce de datos más objetivos. Así se explica la importancia concedida a los mapas de delimitación que forman parte integrante de un tratado de fronteras, como se pone de relieve en el *asunto de la isla de Timor*.

Dos decisiones del T.I.J. vienen a corroborar la afirmación anterior. En el *asunto relativo a la soberanía sobre ciertas par-*

59. *Cfr. op. cit.*, p. 221.

*celas fronterizas*⁶⁰ (Bélgica c. Países Bajos), el Tribunal decidió que el tratado básico de fronteras entre los dos países era el de noviembre de 1842, sosteniéndose en su texto que el trazado en las parcelas litigiosas se remitía al resultado de los trabajos de una Comisión mixta de límites, que fueron objeto al año siguiente de un Convenio de delimitación. Comoquiera que en los arts. 1 a 3 de este último convenio de 1843 el T.I.J. estimara que las parcelas litigiosas eran atribuidas a Bélgica, la sentencia fue fiel asimismo a los tratados de 1842 y de 1843 y a la delimitación en ellos acordada por las partes.

En esta misma línea, afirmó el T.I.J. en el *asunto del Templo de Preah Vihear*⁶¹ que

«...el mapa (sea o no exacto en todos sus puntos respecto a la verdadera línea de caída de las aguas) ha sido aceptado por las Partes en 1908 y en otras ocasiones posteriores como resultante de la interpretación que ambos gobiernos daban a la delimitación prescrita por el convenio. En otras palabras, las Partes adoptaron en la época una interpretación del arreglo convencional a tenor de la cual, en caso de divergencia con la línea de caída de las aguas, la frontera trazada en el mapa primaba sobre las disposiciones pertinentes del convenio... En términos generales, cuando dos países definen entre ellos una frontera, uno de sus objetivos principales es llegar a una solución estable y definitiva... Diversos factores apoyan el punto de vista conforme al cual el objetivo esencial de las Partes en los arreglos de fronteras de 1904 y 1908 era llegar a una solución cierta y definitiva... Así pues, el Tribunal se considera en la obligación... de pronunciarse en favor de la frontera indicada en el mapa para la zona litigiosa. Teniendo en cuenta los motivos en los que el Tribunal funda su decisión, parece inútil examinar si en la zona de Preah Vihear la frontera del mapa corresponde a la línea exacta de caída de las aguas...».

En los tres casos que acaban de exponerse, la construcción de la fecha crítica respecto a los tratados de fronteras y a los mapas de delimitación de las mismas, aparece implícitamente, pues los respectivos tribunales precisaron el tratado que, a su

60. C. I. J. *Recueil* 1959, pp. 209 y ss., en especial las pp. 225 y ss.

61. C. I. J. *Recueil* 1962, pp. 34 y 35.

juicio, manifestaba la voluntad definitiva de las partes, para llevar a cabo la demarcación con arreglo a lo dispuesto en el mismo o en sus mapas anejos. El *tratado crítico de fronteras*, a diferencia de la fecha crítica, precisa entre varias voluntades manifestadas por los Estados litigantes la que definitivamente dejó resuelto el asunto.

Sin embargo, en el *asunto del conflicto de límites entre Argentina y Chile en el río Encuentros*⁶², el laudo arbitral de 9 de diciembre de 1966, se hace eco de la noción considerada. Sostuvo el Tribunal arbitral que las Partes han debatido el tema de la fecha crítica a lo largo del procedimiento, pero con una intencionalidad más que discutible, ya que cada una de las mismas

«considerando sus propias actividades como la confirmación de una soberanía ya existente y las actividades de la otra Parte como una simple intrusión y un intento de crear una nueva reivindicación, consideran la fecha crítica más como un modo de excluir la prueba de las actividades contrarias que como un método dirigido a destacar las suyas propias».

En efecto, Argentina fijaba la fecha crítica en 1941 y Chile en 1952, y aunque aceptaban que la noción de la fecha crítica no era rígida y que su determinación había de ser fijada definitivamente por el Tribunal, no parece dudoso que ambas propuestas tradujeran fechas críticas artificialmente creadas para mejorar las respectivas posiciones jurídicas. Contrariamente a la actitud manifestada por ROUSSEAU⁶³ respecto al escaso valor de la fecha crítica en la solución del asunto de referencia, un análisis reposado daría lugar a conclusiones con un mayor grado de matización. Es cierto que el tribunal arbitral afirmó en el laudo que «la noción de la fecha crítica presenta escasa importancia en la presente controversia», pero ello se debía a las cuestiones sometidas por las Partes. El mismo Tribunal admitió que en la cuestión respecto a la interpretación y ejecución del laudo arbitral de 1902, la fecha crítica había de ser esta misma o la de 1903 como año de la demarcación efectiva; respecto a la pregunta contenida en el compromiso en relación a si la controversia estaba sin resolver en los puntos litigiosos por el citado

62. Vid. el texto en *R. G. D. I. P.*, 1967, pp. 257 a 261.

63. Cfr. el comentario al presente laudo arbitral realizado por este autor en la *R. G. D. I. P.*, 1967, pp. 150 a 173, especialmente las pp. 166 y 167.

laudo de 1902, el tribunal consideró que la fecha crítica era la de 1964, como momento en que se sometió la controversia al tribunal. En resumen, el supuesto parece haber concitado la convergencia de distintos factores: de un lado, la pretensión de las partes de crear u ofrecer fechas críticas artificiales; de otro, el que en opinión del tribunal las fechas críticas eran evidentes; por último, que las cuestiones sometidas al tribunal eran de tal naturaleza que la noción poseía una discretísima relevancia en la solución del problema de fondo.

Pasemos, por último, a analizar este género de problemas en el reciente asunto del *canal del Beagle*⁶⁴, resuelto por el laudo arbitral de 18 de febrero de 1977. El tribunal consideró que para dar respuesta a los problemas planteados por las partes en el compromiso arbitral respecto a la soberanía sobre el sector litigioso, resultaba imperativo interpretar el Tratado de límites de 1881 entre Argentina y Chile, puesto que dicho texto establecía las fronteras entre ambos países. En el laudo arbitral no se hace referencia expresa a la fecha crítica, a pesar de que el Presidente del tribunal era sir Gerarld FITZMAURICE. Recordemos, sin embargo, que el análisis realizado por este autor se circunscribía a la fecha crítica en los contenciosos territoriales derivados de títulos originarios o históricos, pero no en los relativos a disputas fronterizas.

A pesar de lo anterior, la construcción interna del laudo arbitral en el *asunto del canal del Beagle* recuerda muy cerca lo que venimos exponiendo en este conjunto de casos. Tanto el laudo arbitral, como la declaración del árbitro GROS, recuerdan que la fecha esencial de referencia era 1881 como fecha del Tratado de Límites entre los Estados litigantes, tratado que se caracterizaba por carecer como anejo de mapa alguno que permitiera al tribunal disponer de argumentos complementarios. Las Partes insistieron como prueba de sus pretensiones respectivas en los datos cartográficos particulares que hipotéticamente podrían suplir la inexistencia de mapas aceptados por ellas en el Tratado de Límites de 1881. En este sentido, el Tribunal tan solo valoró como pruebas complementarias a la interpretación por él realizada los mapas privados inmediatamente siguientes a 1881, que presumiblemente demostraban la actitud de las partes frente al citado tratado. Más concreta-

64. Cfr. *Award of Her Britannic Majesty's Government pursuant to the Agreement for Arbitration (Compromiso) of a Controversy between the Argentine Republic and the Republic of Chile concerning the region of the Beagle Channel*. London, 1977, pp. 7 y ss.

mente, el Tribunal valoró los mapas publicados en el período entre 1881 y 1888. En este mismo orden de ideas, debe tenerse en cuenta que el tribunal arbitral dedica una parte del laudo al análisis de los actos de soberanía realizados por las partes después de 1881 sobre el sector controvertido «como confirmación o corroboración» de sus propias conclusiones. Ambos datos recuerdan extraordinariamente la tesis mantenida por el T.I.J. en el *asunto de los Minquiers y Ecrehous* y la tesis mantenida por FITZMAURICE sobre la conveniencia de tener en cuenta los actos de las partes inmediatamente posteriores a la fecha crítica, cuando fueren continuación de una práctica anterior estable y uniforme.

4. *Conclusiones generales sobre la naturaleza y efectos de la fecha crítica.*

La incursión realizada en las páginas anteriores sobre la práctica jurisprudencial no persiguió el mero objetivo de estudiar la fecha crítica en la realidad de la vida internacional, sino que pretendía inducir de la misma, con valor funcional, la naturaleza, contenido y efectos de esta categoría jurídica.

La primera constatación que puede inducirse de la práctica existente muestra, sin lugar a dudas, que la fecha crítica opera exclusivamente hasta el momento en el marco de la solución arbitral o judicial de controversias internacionales relativas a la atribución de la soberanía territorial. Esta conclusión debe ser matizada con la advertencia hecha por el T.I.J. en el *asunto del Sahara occidental*, respecto a su inutilidad en la función consultiva, ante la ausencia en este caso de una controversia entre dos o más Estados que deba ser resuelta por el Tribunal.

Por lo que se refiere a la *naturaleza* de la fecha crítica, caben en principio tres posibilidades: primera, pensar que se trata de una regla procesal vinculada a la prueba en los contenciosos internacionales; en segundo término, que constituye una regla sustantiva localizada en el sector de la adquisición de la soberanía territorial; por último, puede pensarse que no se trata de una construcción autónoma, sino que su utilidad se deriva de su carácter mixto con la cuestión del derecho intertemporal.

Respecto a la posibilidad citada en primer término, JENNINGS⁶⁵ sostiene que la fecha crítica tiene una naturaleza pura-

65. Cfr. «General Course on Principles of International Law», *op. cit.*, p. 426.

mente funcional en la solución de las controversias ante tribunales internacionales, puesto que viene a ser una técnica judicial para localizar a lo largo del proceso el momento de cristalización de una determinada controversia o, si se quiere, para fijar la última fecha que el tribunal tendrá en cuenta para decidir sobre el fondo de la cuestión que le someten las partes. Para este autor, la noción entra en escena en aquellos casos que implican la interpretación de actos o acontecimientos que se extienden a lo largo de un período de tiempo más o menos largo, lo que exige precisar los argumentos de las partes en un momento determinado. No debe olvidarse que para JENNINGS el origen de la fecha crítica está íntimamente vinculado a la práctica forense internacional y al hecho de que las Partes intentan siempre persuadir al Tribunal para que se pronuncie sobre un título jurídico en un momento histórico determinado. En una línea parecida, P. TAVERNIER⁶⁶, vincula la fecha crítica a la prueba en los litigios internacionales. Así pues, en la concepción de JENNINGS la fecha crítica sería una regla procesal en un sentido meramente instrumental y técnico, una herramienta que los jueces o árbitros tendrían a su disposición para solucionar una controversia con mayor grado de facilidad. Por otra parte, en la hipótesis de TAVERNIER, vendría a constituir una señal de stop que el Tribunal mostraría a las Partes respecto a las pruebas que serían irrelevantes para la atribución del título jurídico sobre el territorio.

Ambas tesis parecen estar corroboradas por ciertos datos. La decisión del T.P.J.I. en el *asunto de la compañía de electricidad de Sofía y de Bulgaria*⁶⁷ afirmó que «se trata en este supuesto de hechos posteriores a la fecha crítica. En consecuencia, el Tribunal estima que el argumento que se deduce de la limitación *ratione temporis* contenida en la declaración belga no está suficientemente fundado». Parece claro que en este caso la fecha crítica ha excluido a ciertos hechos posteriores a la misma para rechazar las pretensiones de una parte. Por otra parte, la redacción actual de los artículos 61, 1.º y 62, 1.º del Reglamento del Tribunal Internacional de Justicia⁶⁸, ofrecen a éste la posibilidad de utilizar la fecha crítica con fines proce-

66. Cfr. *Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public*. París, 1970, pp. 10, 97 y 98, y 270 y 271.

67. C.P.J.I. *Série A/B*, n.º ss, p. 82.

68. Art. 61, 1.º del Reglamento del T.I.J. adoptado el 14 de abril de 1978: «La Cour peut, à tout moment avant ou durant les débats, indiquer les points ou les problèmes qu'elle voudrait voir spécialement étu-

sales, indicando a las partes los hechos que son irrelevantes y aquellos otros que desea sean probados por presentar importancia respecto a la solución final de la controversia.

Aunque las posiciones doctrinales que acaban de examinarse respecto a la naturaleza procesal de la fecha crítica sean aceptables en términos genéricos, no creemos, sin embargo, que posean un valor absoluto. En efecto, tales posiciones ignoran la tesis del T.I.J. en el *asunto de los Minquiers y Ecrehous*, al señalar que en determinados casos los actos de las partes posteriores a la fecha crítica tienen cierto valor cuando hubiera una continuidad con su comportamiento anterior, para corroborar la decisión del Tribunal. En este caso concreto, la conexión entre prueba y fecha crítica es justamente contraria a la pretendida por TAVERNIER, ya que se relativiza, se suaviza el concepto de la fecha crítica como momento a partir del cual las pruebas son irrelevantes. Sin embargo, la posición de ambos autores es más defendible en los contenciosos de límites, puesto que en este caso el tribunal se limita a determinar entre varios posibles cuál es el tratado en que se consolida la voluntad definitiva de las partes de solucionar el trazado de fronteras. Obsérvese que en este caso el tribunal no tiene que decidir sobre un título histórico u originario, sino sobre un título derivativo; si queremos emplear la terminología de P. REUTER sobre un título derivado de una situación jurídica (el tratado) y no sobre un título derivado de una situación de hecho (el descubrimiento o la ocupación). La diferencia entre ambas situaciones podría parecer anecdótica, pero, en nuestra opinión, es sustancial. En efecto, al tribunal se le pide interpretar tratados y no interpretar otros títulos jurídicos más complejos, lo que traduce una dimensión más lineal de la fecha crítica.

Vayamos a la segunda de las posibilidades antes anunciadas por vía de hipótesis. ¿Constituye la fecha crítica una regla sustantiva de atribución de la soberanía territorial? A esta pregunta GOLDIE⁶⁹ responde positivamente. Para este autor, la fecha crítica es algo más que una regla que excluya la prueba a partir de un momento dado ante un tribunal internacional. Muy al

dier par les parties ou ceux qu'elle considère comme suffisamment discutés».

Art. 62, 1 del Reglamento del T. I. J.: «La Cour peut à tout moment inviter les parties à produire les moyens de preuve ou à donner les explications qu'elle considère comme nécessaires pour préciser tout aspect des problèmes en cause ou peut elle-même chercher à obtenir d'autres renseignements à cette fin».

69. *Cfr. op. cit.*, pp. 1264 a 1267 y 1284.

contrario, es una regla que determina el momento temporal en que los hechos de creación de derechos deben ser tenidos en cuenta en orden a perfeccionar un título jurídico. Sostiene GOLDIE que como el Derecho internacional no fija un período exacto para la consolidación o perfección de los títulos de adquisición de la soberanía, la doctrina de la fecha crítica nos ofrece el momento de aparición de un título definitivo. Con el simple afán de lograr un mayor nivel descriptivo, la fecha crítica sería la regla que permite afirmar que un título incoado o en función deja de serlo para convertirse en un título consolidado, firme y definitivo. Realmente esta construcción enlaza perfectamente con la idea de Ch. DE VISSCHER y de JOHNSON⁷⁰ en relación a la «consolidación de los títulos históricos». El análisis de la práctica internacional avalaría esta tesis en la medida en que los tribunales que han decidido respecto a la ocupación de islas fundamentalmente (isla de Clipperton, de Aves, Carolinas, de Palmas, Minquiers y Ecrehous, Groenlandia oriental, etc.), debían pronunciarse en el fondo respecto a títulos históricos. La fecha crítica sería entonces la regla que permite precisar la consolidación de un título provisional o incoado.

Decía FITZMAURICE⁷¹, coincidiendo con él O'CONNELL y otros muchos autores, que los principios de Derecho internacional que rigen la adquisición de títulos territoriales, expresados por la jurisprudencia, son los siguientes: primero, el territorio debe ser susceptible de apropiación o posesión en soberanía; segundo, los títulos de presunción son insuficientes *per se*; tercero, es necesario el ejercicio concreto de las funciones de Estado para llegar a poseer un título territorial válido; cuarto, a estos fines son de especial importancia ciertos tipos de actividad estatal: funciones legislativas, judiciales, de policía, administrativas, fiscales, etc.; quinto, los actos que no posean *animus occupandi* son irrelevantes como pruebas; sexto, ciertos actos u omisiones de una parte pueden afectar al establecimiento de la soberanía por la otra parte: reconocimiento, silencio, etc.; séptimo, las pretensiones de las partes tienen un valor relativo, puesto que han de ser confrontadas con las de la otra parte; octavo, es necesaria una continuidad en el ejercicio de las funciones de Estado para el mantenimiento del título.

En el análisis de la práctica que se ha llevado a cabo en

70. Vid en este sentido, D. H. N. JOHNSON, «Consolidation as a Root of Title in International Law», *Cambridge Law Journal*, 1955, p. 214.

71. *Cfr. op. cit.*, pp. 44 y ss.

el epígrafe anterior, resalta la comprobación de que tales principios han estado presentes en mayor o menor medida en todos los supuestos de fecha crítica. ¿Quiere ello decir que la fecha crítica sustituye este conjunto de principios? La respuesta evidentemente es negativa. Si aceptamos que la fecha crítica está cristalizada como regla sustantiva de soberanía territorial, la conclusión debe ser matizada en el sentido de que su originalidad radica en sintetizar estos principios a los fines de su utilización en los contenciosos internacionales, ya que no puede negarse el contenido judicialista de la misma. Como advierte GOLDIE, estos principios son claros, pero presentan la dificultad práctica de concretarlos en cada supuesto particular, especialmente en la dimensión temporal. En este orden de ideas, la fecha crítica constituiría una regla de carácter funcional y dependiente de los principios indicados, para precisar el momento en que todos coinciden en favor de un Estado determinado sobre el territorio litigioso. Parece claro que esta tesis del carácter sustantivo de la fecha crítica opera correctamente en los litigios relativos a la atribución de la soberanía territorial, pero no en las controversias que se refieren a la delimitación de la soberanía en las fronteras de dos o más Estados.

Pasemos, por último, a examinar la conexión entre fecha crítica y derecho intertemporal. Como se ha visto en el segundo epígrafe de este trabajo, GOLDIE⁷² extiende su análisis de la fecha crítica a todas las situaciones en las cuales el factor tiempo juega un papel importante a fines jurídicos, incluso en el campo del Derecho internacional privado. Puede pensarse en esta perspectiva que la fecha crítica es una noción que sirve para determinar el derecho aplicable a una situación jurídica dada. El derecho intertemporal ha sido definido por M. SORENSEN⁷³ en el Proyecto de Resolución presentado al I.D.I. en 1973, como las reglas tendentes a «la delimitación del campo de aplicación de las normas en el tiempo».

En la monografía de BLUM⁷⁴ existe una conexión entre ambas cuestiones, al sostenerse que cuando un tribunal fija una fecha crítica lo hace por dos razones principales: en primer

72. *Cfr. op. cit.*, pp. 1267 y ss.

73. *Cfr.* al respecto los Informes provisional y definitivo presentados por Max SORENSEN sobre «Le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international», en *Annuaire de l'I.D.I.*, vol. 55 (Session du Centenaire. Rome 1973) Basilea, 1973, pp. 1 y ss., así como el texto de la Resolución adoptada definitivamente en *Annuaire de l'I.D.I.*, vol. 56 (Session de Wiesbaden 1975). Basilea, 1975, pp. 536 y ss.

74. *Cfr. op. cit.*, p. 208.

lugar, para determinar las normas aplicables a la adquisición del título territorial desde la perspectiva del derecho intertemporal; en segundo término, para excluir los actos subsiguientes realizados por las partes de la decisión.

Aunque el razonamiento parece técnicamente irreprochable, conviene confrontarlo con la práctica para llegar a conclusiones adecuadas respecto a su validez intrínseca. En los *asuntos de la isla de Clipperton, de la isla de Aves y de las islas Carolinas*, los respectivos tribunales no razonaron en términos de derecho intertemporal, ya que aceptaron la validez inicial de las ocupaciones realizadas por España o por Francia no porque ese fuera el derecho de la época, sino porque la pretensión de la otra parte no se fundaba en un título al menos equiparable. En el *asunto de la isla de Palmas*, Max HUBER analizó ambos problemas. Refiriéndose a esta decisión, dice S. BASTID⁷⁵ que el árbitro estableció al respecto dos principios esenciales: primero, que todo hecho jurídico debe ser valorado a la luz del derecho de la época y no con arreglo al derecho en vigor en el momento en que la controversia aparece o es solucionada; segundo, que un derecho anterior no puede mantenerse en un nuevo sistema jurídico si no es conforme con las exigencias de este último. Aunque con un mayor grado de concreción, ambos principios han sido aceptados básicamente en los trabajos realizados por SORENSEN en el seno del I.D.I. Pues bien, en el *asunto de la isla de Palmas*, el árbitro estimó que el descubrimiento por parte de España no había sido probado, lo que evitaba decidir si a la luz del derecho de la época el presunto título español era suficiente y definitivo. Por otra parte, de las tres fechas críticas posibles en el supuesto (1898, 1906 y 1925), no parece en absoluto que al decidirse por la citada en primer término el árbitro estuviera prejuzgando el derecho aplicable, puesto que sería el mismo en los tres supuestos, ya que no es previsible que el Derecho internacional en la materia variara en el transcurso de los veintisiete años que median entre las fechas citadas.

Desde otro punto de vista, los tribunales internacionales han utilizado muy frecuentemente el criterio del ejercicio efectivo de las funciones estatales para decidir una controversia relacionada con la fecha crítica. Así ha sucedido en los *asuntos de la isla de Aves, de la isla de Palmas, del estatuto jurídico de Groenlandia oriental* y en el *de los Minquiers y Ecrehous*. En

75. *Cfr. op. cit.*, p. 448.

varios de estos casos, la fecha crítica osciló entre los años 1880 a 1898. Podría argumentarse entonces que el derecho de la época —igual que el actual— exigía la ocupación efectiva y continuada de un territorio para consolidar un título jurídico de soberanía, y que por tanto hubo aplicación de derecho intertemporal. No obstante, un análisis más cuidadoso del problema nos llevaría a la conclusión siguiente: si en la época inicial de la expansión colonial, en la fase de los grandes descubrimientos, la mera ocupación simbólica constituía un título adecuado de soberanía, pero el derecho actual considera que era un título incoado que debía completarse por la ocupación efectiva, la única conclusión razonable es que resulta imposible aplicar el derecho de la época por cuanto para ello se exige su adecuación al derecho actual, que es completamente diferente. En nuestra opinión, la práctica internacional demuestra que se ha aplicado siempre el derecho actualmente en vigor o el derecho que estaba en vigor en el momento del fallo, pero nunca el derecho primitivamente en vigor en el momento de la ocupación inicial. Dicho en otros términos, que en la generalidad de los casos, el problema del derecho intertemporal en relación a la adquisición de la soberanía territorial por títulos históricos u originarios, constituye un falso problema.

De otro lado, si aceptamos que la fecha crítica sirve para determinar el derecho aplicable, ello plantea el problema adicional de saber cuál es exactamente el derecho relativo a la adquisición de la soberanía territorial en cada momento histórico. En el *caso de la isla de Clipperton* la ocupación simbólica por parte de Francia se realizó en 1858, pero en lo sucesivo no hubo continuidad alguna. Sin embargo, el Tribunal estimó que la soberanía de la isla correspondía a Francia, a pesar de que la posterior ocupación mejicana tuvo lugar en 1897, momento en que ya se exigían funciones de Estado para perfeccionar títulos provisionales. La fecha crítica en el presente supuesto era la del 1897, como fecha en que surgió la controversia y en el que el título francés fue impugnado por la otra parte. Consiguientemente, aplicando el derecho de la época (1897), conforme a la tesis de que la fecha crítica determina el derecho aplicable, la soberanía podría no haberse atribuido a ninguno de ambos Estados.

En resumen, la práctica demuestra en los *casos de la isla de Aves, de la isla de Clipperton y de las islas Carolinas*, que se reconoció la soberanía de los iniciales ocupantes porque la otra parte carecía de título jurídico alguno. En los restantes casos, se aplicó el derecho actualmente vigente, tal como hemos

expuesto en sus principios fundamentales siguiendo a FITZMAURICE. La conclusión es que al ser el derecho actual más restrictivo que el primitivo para la adquisición de un título de soberanía territorial, y al no poder aplicarse el derecho de la época cuando fuere contrario al nuevo derecho, las normas de derecho intertemporal juegan un papel muy escaso. La prueba es que en la práctica jurisprudencial siempre se han aplicado de hecho los principios actuales. A una conclusión similar llega P. TAVERNIER⁷⁶ cuando señala que los tribunales internacionales aplican retroactivamente las reglas actuales de adquisición de la soberanía.

Para finalizar este epígrafe resulta obligada una referencia al tema de los *efectos* de la fecha crítica. En los contenciosos derivados de la ocupación como título, la fecha crítica tiene como efecto precisar el momento exacto en que la soberanía territorial pertenecía a uno de los Estados litigantes, para limitar en el tiempo los actos relevantes de las partes en relación a sus respectivas pretensiones y señalar cuándo se produce la convergencia de los principios rectores de la adquisición de la soberanía territorial en favor de un determinado Estado. En los contenciosos relativos a fronteras, caben dos hipótesis: en primer lugar, cuando la controversia oscile entre varios tratados de límites con sus respectivos mapas de delimitación, el tratado crítico indica al Tribunal cuál de ellos traduce la voluntad de las partes de establecer unas fronteras estables y definitivas (*asunto del templo de Preah Vihear*). La segunda hipótesis se refiere a las controversias fronterizas en las que no exista dicho tratado; el efecto radicará entonces en precisar el momento en que el comportamiento de las partes revele que una de ellas adquirió la titularidad del sector litigioso.

Podemos afirmar, por tanto, que la fecha crítica constituye una categoría jurídica de naturaleza mixta, sustantiva y procesal, que cumple una doble función: en los contenciosos relativos a la adquisición del territorio por un título jurídico, la fecha crítica permite determinar el momento a partir del cual el comportamiento de las partes ha consolidado definitivamente un título provisional, siendo irrelevantes los actos de las partes posteriores a ese momento. En los contenciosos que se refieren a la delimitación del territorio, la fecha crítica señala el tratado que resume definitivamente la voluntad de las partes de solucionar una cuestión de límites. El período inme-

76. *Cfr. op. cit.*, p. 271.

diatamente anterior a la fecha crítica se denomina período crítico, y posee una importancia esencial a la hora de valorar el comportamiento de las partes para atribuir el territorio a una de ellas. Excepcionalmente, pueden ser tenidos en cuenta los hechos inmediatamente posteriores a la fecha crítica, siempre que tales hechos fueran continuación de un comportamiento anterior estable, para que el tribunal pueda corroborar con ellos la decisión adoptada en un caso concreto.