

EL AFRICA SUDOCCIDENTAL

EL FALLO DE LA CORTE

DOS ESTUDIOS
PUBLICADOS POR LA
COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS

Estudio de la Secretaría

**EL FALLO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE
JUSTICIA EN EL ASUNTO DEL AFRICA SUDOCCIDENTAL (1966)**

Rosalyn Higgins

**LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y EL SUD-OESTE
AFRICANO — LAS REPERCUSIONES DE UNA SENTENCIA**

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS - GINEBRA

PRECIO:

3.25 fr. suizos

US\$ 0.75

£0.54 U.K.

EL FALLO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL ASUNTO DEL AFRICA SUDOCCIDENTAL (1966)

El fallo dictado el 18 de julio de 1966 por la Corte Internacional de Justicia en el asunto planteado por Etiopía y Liberia, en calidad de miembros originarios de la Sociedad de las Naciones, contra Sudáfrica en relación con la administración de su mandato sobre el Africa Sudoccidental ha dado lugar a múltiples comentarios y críticas en todo el mundo. El fallo ha tenido por efecto llamar la atención sobre algunos de los problemas que plantea la aplicación efectiva del derecho internacional, tanto en lo que se refiere al fondo como a los aspectos procesales; ha tenido consecuencias importantes para la consideración que merece la Corte Internacional de Justicia y para la misión que está llamada a desempeñar en su calidad de autoridad judicial que dirige las controversias surgidas entre los Estados Miembros de las Naciones Unidas.

En el curso del último decenio ha aumentado considerablemente el número de los Estados Miembros de las Naciones Unidas y su diversidad se ha intensificado a causa de la proclamación de la independencia de territorios que habían vivido durante largo tiempo bajo el régimen colonial. Los países recientemente emancipados se dirigen a las Naciones Unidas y a sus organismos especializados en demanda de orientación y consejos sobre sus relaciones con las demás naciones; por ello, es indispensable que exista previamente y esté sistematizado un orden jurídico internacional, no sólo para garantizar la disciplina de los Estados Miembros, sino también para estimularles a recurrir a la Corte Internacional de Justicia a fin de resolver sus controversias, en vez de utilizar los medios a su alcance, a veces hasta el derramamiento de sangre.

En las regiones del mundo donde la Declaración Universal de Derechos Humanos se reconoce y se respeta se tiene un interés cada vez mayor por lograr que un mecanismo eficaz haga efectiva la garantía de los derechos del hombre en el plano internacional e imponga el respeto del imperio del derecho. Los juristas del mundo entero se han preguntado si el reciente fallo de la Corte Internacional de Justicia es una muestra de la insuficiencia del mecanismo existente para el desempeño de esta misión.

Teniendo en cuenta la importancia de este fallo, la Comisión Internacional de Juristas expone, con cierto detalle, en el presente artículo

ESTUDIO DE LA SECRETARIA

los antecedentes del asunto, las cuestiones planteadas y extensos extractos del fallo mismo, así como de las opiniones de los magistrados. La Comisión tiene el propósito de completar el presente estudio con otro artículo sobre al mencionada sentencia de la Corte Internacional.

Después de la derrota de Alemania en la primera guerra mundial, el Gobierno británico transfirió al Gobierno de la Unión Sudafricana¹, para que éste lo ejerciera en su nombre, el mandato recibido en relación con el territorio del Africa Sudoccidental Alemana, ex protectorado alemán. Este mandato fue confirmado por el Consejo de la Sociedad de las Naciones el 17 de diciembre de 1920. El mandato confiado por la Sociedad de las Naciones imponía al mandatario la obligación de acrecentar, por todos los medios a su alcance, el bienestar material y moral, así como el progreso social de los habitantes del ex protectorado alemán del Africa Sudoccidental.

El artículo 2 del Acuerdo de mandato está concebido en los términos siguientes:

“El mandatario tendrá plenos poderes de administración y de legislación en relación con el territorio objeto del mandato. Este territorio será administrado de conformidad con la legislación del mandatario como parte integrante de su territorio. Por consiguiente, el mandatario puede aplicar en las regiones objeto del mandato la legislación de la Unión Sudafricana, a condición de introducir las modificaciones requeridas por las circunstancias locales.

“El mandatario, utilizando todos los medios a su alcance, acrecentará el bienestar material y moral, así como el progreso social de los habitantes del territorio objeto del presente mandato.”

Es menester señalar que los mandatos conferidos por la Sociedad de las Naciones eran de tres categorías (A, B y C) según el nivel general de desarrollo de la población del territorio, y que el mandato correspondiente al Africa Sudoccidental era de la categoría C (territorio administrado como parte integrante del territorio del mandatario).

La Unión Sudafricana administró, sin interrupción, el mandato relativo al Africa Sudoccidental. Después de la segunda guerra mundial la Asamblea General de las Naciones Unidas, por una resolución de diciembre de 1949, pidió a la Corte Internacional de Justicia que emitiera una opinión consultiva sobre la situación jurídica del Africa Sudoccidental. La resolución fue transmitida a la Corte, que emitió la opinión siguiente el 11 de julio de 1950:

Que el territorio del Africa Sudoccidental es un territorio sometido al mandato asumido por la Unión Sudafricana el 17 de diciembre de 1920;

¹ El 31 de mayo de 1961 la Unión se convirtió en la República de Sudáfrica.

FALLO SOBRE EL AFRICA SUDOCCIDENTAL

Que la Unión Sudafricana continúa sometida a las obligaciones internacionales enunciadas en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones y en el mandato para el Africa Sudoccidental, así como a la obligación de transmitir las peticiones formuladas por los habitantes de ese territorio, debiendo ser ejercidas las funciones de control por las Naciones Unidas, a las cuales se deben presentar los informes anuales, así como las peticiones, y debiendo ser reemplazada la referencia a la Corte Permanente de Justicia Internacional, de conformidad con el artículo 7 del mandato y el Artículo 37 del Estatuto de la Corte;

Que las disposiciones del Capítulo XII de la Carta se aplican al territorio del Africa Sudoccidental en la medida en que constituyen el medio para colocar el territorio en régimen de administración fiduciaria;

Que las disposiciones del Capítulo XII de la Carta no imponen a la Unión Sudafricana la obligación jurídica de colocar el territorio en régimen de administración fiduciaria;

Que la Unión Sudafricana, actuando por sí sola, no tiene competencia para modificar la situación jurídica internacional del territorio del Africa Sudoccidental y que la competencia para determinar y modificar la situación jurídica internacional del territorio incumbe a la Unión Sudafricana, actuando con el consentimiento de las Naciones Unidas.

La Corte Internacional de Justicia ha emitido otras dos opiniones consultivas en relación con el Africa Sudoccidental, el 7 de junio de 1955 y el 1° de junio de 1956.

El 4 de noviembre de 1960 el secretario de la Corte Internacional de Justicia recibió dos demandas, en virtud de cada una de las cuales, dirigidas contra el Gobierno de la Unión Sudafricana, se incoaba un negocio relativo a "la existencia continuada del mandato para el Africa Sudoccidental y los deberes y los actos de la Unión en su calidad de mandatario del mandato". Una fue presentada en nombre del Gobierno de Etiopía; la otra, en nombre del Gobierno de Liberia.

Como fundamento de la jurisdicción de la Corte sobre los negocios así incoados, los autores de las demandas, refiriéndose al párrafo 1 del Artículo 80 de la Carta de las Naciones Unidas, invocaban el artículo 7 del mandato del 17 de diciembre de 1920 para el Africa Sudoccidental Alemana, así como el Artículo 37 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Se estipula en el párrafo 1 del Artículo 80 de la Carta de las Naciones Unidas lo siguiente:

Salvo lo que se conviniere en los acuerdos especiales sobre administración fiduciaria concertados de conformidad con los Artículos 77, 79 y 81 y mediante los cuales se coloque cada territorio bajo el régimen de administración fiduciaria, y hasta tanto se concierten tales acuerdos, ninguna disposición de este Capítulo será interpretada en el sentido de que modifica en manera alguna los derechos de cualesquiera Estados o pueblos, o los términos de los instrumentos internacionales vigentes en que sean partes Miembros de las Naciones Unidas.

ESTUDIO DE LA SECRETARIA

Se dispone en el artículo 7 del Acuerdo de mandato:

Cualquier modificación introducida en los términos del presente mandato habrá de ser aprobada previamente por el Consejo de la Sociedad de las Naciones; sin embargo, en el caso de las modificaciones propuestas por la Potencia mandataria, la aprobación podrá ser acordada por el Consejo por mayoría de votos.

Si surgiere una controversia entre los Miembros de la Sociedad de las Naciones acerca de la interpretación o de la aplicación de estas disposiciones y si la controversia no pudiere ser resuelta mediante negociaciones, la controversia será sometida a la Corte Permanente de Justicia Internacional, cuya institución se prevé en el artículo 14 del Pacto de la Sociedad de las Naciones.

En el Artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones se estipula en particular lo siguiente:

“1. Los principios siguientes se aplican a las colonias y a los territorios que, como resultado de la guerra, han dejado de estar bajo la soberanía de los Estados que los administraban anteriormente y que están habitados por pueblos que no están todavía en condiciones de regirse a sí mismos en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno. El bienestar y el desarrollo de estos pueblos constituyen un encargo sagrado de civilización, y conviene enunciar en el presente Pacto garantías para el desempeño de este encargo.

2. El mejor método para llevar a la práctica este principio es confiar la tutela de estos pueblos a las naciones desarrolladas que, habida cuenta de sus recursos, de su experiencia o de su situación geográfica, están en las mejores condiciones posibles para asumir esta responsabilidad y están dispuestos a aceptarla: ejercerán la tutela en calidad de mandatarios y en nombre de la Sociedad.”

El Artículo 37 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia está redactado en los siguientes términos: “Cuando un tratado o convención vigente disponga que un asunto sea sometido a una jurisdicción que debía instituir la Sociedad de las Naciones, o a la Corte Permanente de Justicia Internacional, dicho asunto, por lo que respecta a las partes en este Estatuto, será sometido a la Corte Internacional de Justicia.”

Las demandas de Etiopía y de Liberia tenían por objeto pedir a la Corte que declarara y decidiera que:

A. El Africa Sudoccidental es un territorio bajo mandato conferido por las principales Potencias aliadas y asociadas a Su Majestad Británica para ser ejercido en su nombre por el Gobierno de la Unión Sudafricana, aceptado por Su Majestad Británica actuando por cuenta del Gobierno de la Unión Sudafricana y en su nombre, y confirmado por el Consejo de la Sociedad de las Naciones el 17 de diciembre de 1920; y que dicho mandato es un tratado vigente según se define este término en el Artículo 37 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

B. La Unión Sudafricana sigue estando sometida a las obligaciones

FALLO SOBRE EL AFRICA SUDOCCIDENTAL

internacionales enunciadas en el Artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones y en el mandato para el Africa Sudoccidental, y que la Asamblea General de las Naciones Unidas está jurídicamente calificada para ejercer las funciones de vigilancia ejercidas antes por la Sociedad de las Naciones en lo que concierne a la administración del territorio, y que la Unión tiene la obligación de someterse a la vigilancia y al control de la Asamblea General en lo que concierne al ejercicio del mandato.

C. La Unión Sudafricana sigue estando sometida a la obligación de transmitir a las Naciones Unidas las peticiones de los habitantes del territorio y de presentar un informe anual que satisfaga a las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 6 del mandato.

D. La Unión ha introducido en las disposiciones del mandato modificaciones fundamentales sin la autorización de las Naciones Unidas; estas modificaciones son una violación del artículo 7 del mandato y del Artículo 22 del Pacto; y la autorización de las Naciones Unidas es una condición previa indispensable para cualquier acto de la Unión encaminado a modificar directa o indirectamente las disposiciones del mandato.

E. La Unión no ha acrecentado, por todos los medios a su alcance, el bienestar material y moral o el progreso social de los habitantes del territorio; este incumplimiento es una violación del artículo 2 del mandato y del Artículo 22 del Pacto; y la Unión tiene la obligación de adoptar de inmediato todas las medidas posibles para cumplir con las obligaciones estipuladas en estos artículos.

F. En la administración del territorio, la Unión ha seguido la política de *apartheid*, es decir, que ha establecido una discriminación basada en la raza, el color y el origen nacional o tribal cuando ha fijado los derechos y las obligaciones de los habitantes del territorio; que esta práctica constituye una violación del artículo 2 del mandato y del Artículo 22 del Pacto; y la Unión tiene la obligación de poner inmediatamente término a la política de *apartheid* en el territorio.

G. En la administración del territorio, la Unión ha dictado y aplicado leyes, reglamentos, órdenes y decretos administrativos que, por sus estipulaciones y aplicación, son arbitrarios, opuestos a la razón, injustos y contrarios a la dignidad humana; las medidas oficiales de la Unión antes mencionadas violan el artículo 2 del mandato y el Artículo 22 del Pacto; y la Unión tiene la obligación de derogar de inmediato y de no aplicar estas leyes, reglamentos, órdenes y decretos administrativos.

H. La Unión ha dictado y aplicado leyes, reglamentos administrativos y medidas oficiales que reducen a la nada los derechos y las libertades de los habitantes del territorio, derechos esenciales para la evolución ordenada hacia la autonomía, a la que les dan implícitamente derecho el Pacto de la Sociedad de las Naciones, las disposiciones del mandato y las normas internacionales corrientemente aceptadas y enunciadas en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración de Derechos Humanos; los actos de la Unión antes descritos violan el artículo 2 del mandato y el Artículo 22 del Pacto; y la Unión tiene la obligación de poner término a estos actos y abstenerse inmediatamente de realizar cualquier acto que entorpezca la institución ordenada de la autonomía en el territorio.

I. La Unión ha ejercido sobre el territorio poderes de administración y de legislación que son incompatibles con la situación jurídica interna-

ESTUDIO DE LA SECRETARIA

cional del territorio; los actos de la Unión antes mencionados constituyen una violación del artículo 2 del mandato y del Artículo 22 del Pacto; la Unión tiene la obligación de abstenerse de realizar cualquier acto de administración y de legislación que sea incompatible con la situación jurídica internacional del territorio.

J. La Unión no ha presentado a la Asamblea General de las Naciones Unidas informes anuales que contengan datos relativos al territorio y que describan las medidas que ha tomado para cumplir con los compromisos contraídos en virtud del mandato; este incumplimiento es una violación del artículo 6 del mandato; la Unión tiene la obligación inmediata de transmitir informes anuales a la Asamblea General.

K. La Unión no ha transmitido a la Asamblea General de las Naciones Unidas las peticiones de los habitantes del territorio dirigidas a la Asamblea General; este incumplimiento es una violación de las normas establecidas por la Sociedad de las Naciones; y la Unión tiene la obligación de transmitir las peticiones a la Asamblea General.

La República de Sudáfrica respondió con el planteamiento de algunas excepciones dilatorias. Afirme que los Gobiernos de Etiopía y de Liberia no tenían *locus standi* para iniciar el procedimiento y que la Corte no tenía competencia para conocer de las cuestiones de derecho y de hecho planteadas en las demandas y en las memorias, en particular por los motivos siguientes:

Primero, a causa de la disolución de la Sociedad de las Naciones el mandato para el Africa Sudoccidental ha dejado de ser “un tratado o convención vigente” a los efectos del artículo 37 del Estatuto de la Corte; esta afirmación se presenta:

- a) con respecto a dicho Acuerdo de mandato en su totalidad, comprendido el artículo 7, y
- b) en todo caso, con respecto al artículo 7;

Segundo, ni el Gobierno de Etiopía ni el Gobierno de Liberia son “otro Miembro de la Sociedad de las Naciones”, según se requiere en el artículo 7 del mandato para el Africa Sudoccidental para que exista *locus standi*;

Tercero, el conflicto o el desacuerdo que, según pretenden los Gobiernos de Etiopía y de Liberia, existe entre ellos y el Gobierno de la República de Sudáfrica no es, habida cuenta de su naturaleza y de su tenor, una “controversia” según lo previsto en el artículo 7 del mandato para el Africa Sudoccidental, y ello es particularmente cierto teniendo en cuenta que ningún interés material de los Gobiernos de Etiopía y de Liberia o de sus nacionales ha sido puesto en duda o ha experimentado perjuicio; *Cuarto*, teniendo en cuenta el estado de su desarrollo, el pretendido conflicto o desacuerdo no es una “controversia” que “no puede ser resuelta por negociación” a los efectos del artículo 7 del mandato para el Africa Sudoccidental.

La Corte decidió, por ocho votos contra siete, que era competente para entender en el fondo de la controversia y desechó las cuatro excepciones dilatorias.

FALLO SOBRE EL AFRICA SUDOCCIDENTAL

La Corte tenía la composición siguiente Sr. Winiarski (Polonia), *presidente*; Sr. Alfaro (Panamá), *vicepresidente*; Sres. Basdevant (Francia), Badawi (República Árabe Unida), Moreno Quintana (Argentina), Wellington Koo (China), Spiropoulos (Grecia), sir Percy Spender (Australia), sir Gerald Fitzmaurice (Reino Unido), Sres. Koretsky (Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas), Bustamente y Rivero (Perú), Jessup (Estados Unidos de América) y Morelli (Italia), *magistrados*; sir Louis Mbanefo y Sr. Van Wijk, *magistrados ad hoc*.

Los ocho magistrados a juicio de los cuales la Corte era competente para entender en el fondo de la controversia fueron los siguientes:

Sr. Alfaro, *vicepresidente*; Sres. Badawi, Moreno Quintana, Wellington Koo, Koretsky, Bustamente y Rivero, y Jessup, *magistrados*; sir Louis Mbanefo, *magistrado ad hoc*.

Los siete magistrados que emitieron una opinión disidente fueron los siguientes:

Sr. Winiarski, *presidente*; Sres. Basdevant, Spiropoulos, sir Percy Spender, sir Gerald Fitzmaurice y Sr. Morelli, *magistrados*; Sr. Van Wijk, *magistrado ad hoc*.

Al rechazar las cuatro excepciones dilatorias, la mayoría de los magistrados llegó a las conclusiones siguientes:

- a) los demandantes eran personas hábiles para comparecer en juicio;
- b) la Corte era competente para resolver las cuestiones de derecho y de hecho planteadas por los demandantes;
- c) el mandato es "un tratado o convención vigente" a los efectos del Artículo 37 del Estatuto. Es un acuerdo internacional, que tiene este carácter;
- d) existe entre las partes que han comparecido ante la Corte una controversia emanada de sus actitudes opuestas en relación con el cumplimiento de las obligaciones del mandato;
- e) el mandato es un acto internacional de carácter institucional;
- f) la autoridad que el demandado ejerce sobre el Africa Sudoccidental se basa en el mandato. Si el mandato ha expirado, lo mismo ocurre con la autoridad del demandado. Nada autoriza el mantenimiento de derechos y el rechazo de las obligaciones (*International Status of South West Africa, Advisory Opinion*, ICJ Reports, 1950; *South West Africa, Preliminary Objections, Judgment*, ICJ Reports, 1962, pág. 333);
- g) la obligación de someterse a una vigilancia internacional es un elemento esencial del sistema de mandatos y no puede ser excluida;
- h) la Unión Sudafricana tiene que aceptar como obligatoria la jurisdicción de la Corte de conformidad con el Artículo 37 del Estatuto y con el párrafo 1 del Artículo 80 de la Carta (*International Status of South West Africa, Advisory Opinion*, ICJ Reports 1950);

ESTUDIO DE LA SECRETARIA

- i) la Corte mantuvo en 1962 la conclusión a que había llegado unánimemente en 1950 y según la cual el artículo 7 está “todavía en vigor (*South West Africa, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1962*, pág. 334);
- j) el deber de aceptar su jurisdicción como obligatoria fue transferida efectivamente, con respecto a la Corte Internacional de Justicia, antes de la disolución de la Sociedad de las Naciones;
- k) el mandato en su conjunto, comprendido naturalmente el artículo 7, sigue en vigor;
- l) la protección judicial del “encargo sagrado de civilización” era uno de los aspectos esenciales del sistema de mandatos; el deber y el derecho de velar por el cumplimiento de este encargo fueron asignadas a la Sociedad de las Naciones, a sus órganos y a todos sus Miembros;
- m) en el caso de que el mandatario hubiera ejercido su veto en virtud de la regla de la unanimidad (Artículos 4 y 5 del Pacto), el único medio existente para defender los intereses de los habitantes del territorio habría sido obtener una decisión de la Corte;
- n) ni el Consejo ni la Sociedad tenían derecho a comparecer en juicio ante la Corte; por ello, el único recurso eficaz para la protección del encargo sagrado era dar a uno o a varios Miembros de la Sociedad de las Naciones la posibilidad de invocar el artículo 7 y de someter la controversia a la apreciación de la Corte Permanente de Justicia. El artículo 7 tenía una función esencial como una de las garantías del sistema de mandatos;
- o) el derecho de citar a la Potencia mandataria ante la Corte Permanente fue conferido de modo especial y expreso a los Miembros de la Sociedad de las Naciones porque era el medio más seguro para lograr que la protección fuera efectiva;
- p) los términos claros y precisos del artículo 7 se refieren a cualquier diferencia relativa “a las disposiciones”, es decir, al conjunto o a una cualquiera de las disposiciones;
- q) el alcance y la finalidad del artículo 7 indican que se daba por supuesto que los Miembros de la Sociedad de las Naciones tenían un derecho o interés jurídico que les autorizaba a velar por el cumplimiento de las obligaciones del mandatario hacia los habitantes del territorio;
- r) el artículo 7 tiende evidentemente, por su naturaleza, a favorecer el establecimiento de una de las “garantías para el desempeño de este encargo” mencionadas en el párrafo 1 del Artículo 22 del Pacto;
- s) la presente controversia es una controversia a los efectos previstos en el artículo 7;
- t) las negociaciones sostenidas que se han realizado durante más de diez años ante la Asamblea General y otros órganos de las Naciones Unidas alcanzaron un punto crítico antes del 4 de noviembre de 1960, y esta crisis persiste. No se puede creer razonablemente

FALLO SOBRE EL AFRICA SUDOCCIDENTAL

que nuevas negociaciones harían posible llegar a una solución;

u) las conferencias diplomáticas – es decir, la diplomacia parlamentaria – han sido reconocidas como uno de los medios corrientes para el desarrollo de negociaciones internacionales, y cuando las cuestiones litigiosas interesan a la vez a un grupo de Estados a un lado y a otro de un cuerpo organizado, esta diplomacia ha manifestado a menudo ser la vía más práctica de negociación. Cuando está planteada una cuestión que tiene consecuencias para los intereses mutuos de muchos Estados, no hay ningún motivo en virtud del cual cada uno de ellos deba aceptar el formalismo y la apariencia de una negociación directa con el Estado al que se oponen, si han participado ya en las negociaciones colectivas con ese Estado adversario;

v) la Corte ha llegado a la conclusión de que el artículo 7 es un tratado o convención vigente y que no es de prever que la controversia será resuelta por medio de negociaciones. Por consiguiente, la Corte se ha declarado competente para entender en el fondo de la controversia.

Empezó entonces la segunda fase del procedimiento. La Corte oyó los informes de los abogados y las partes expusieron detenidamente sus argumentos; los hechos fueron examinados minuciosamente, las cuestiones de derecho fueron analizadas con esmero y rigor, los testigos y los expertos prestaron declaración. El despacho de los asuntos duró muchos meses. Por último, el 18 de julio de 1966 la Corte dictó su fallo.

El fallo de la Corte fue dictado bajo la presidencia de sir Percy Spender (Australia); los magistrados que emitieron una opinión favorable fueron: los Sres. Winiarsky (Polonia), Spiropoulos (Grecia), sir Gerald Fitzmaurice (Reino Unido), los Sres. Morelli (Italia), Gros (Francia) y Van Wijk. Los otros siete magistrados, a saber, los Sres. Wellington Koo (China), Koretsky (Unión Soviética), Tanaka (Japón), Jessup (Estados Unidos de América), Padilla Nervo (México), Forster (Senegal) y sir Louis Mbanefo emitieron opiniones disidentes. El Sr. Van Wijk y sir Louis Mbanefo eran los magistrados *ad hoc*; el primero había sido nombrado por Sudáfrica; el segundo por Liberia y Etiopía.

La Corte se dividió en dos grupos iguales; en consecuencia, el presidente aplicó lo dispuesto en el Artículo 55 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en caso de empate y decidió con su voto en favor de la argumentación sobre la que se basa el fallo de la Corte.

La composición de la Corte Internacional de Justicia, en el momento de dictar el fallo era un tanto distinta de la composición que tenía al dictar su fallo preliminar en 1962. Esta diferencia en cuanto a la composición de la Corte reviste gran importancia para el estudio del asunto presente, habida cuenta de que el fallo prelimi-

ESTUDIO DE LA SECRETARIA

nar de 1962 fue dictado por una mayoría de 8 votos contra 7 y que el fallo definitivo de 1966 ha sido dictado por 7 votos contra 7; en efecto, la tesis defendida por Etiopía y Liberia fue rechazada por el voto decisivo del presidente en favor de la tesis contraria. Los círculos jurídicos internacionales han reaccionado con viva preocupación al ver que se pueden dictar fallos de la mayor importancia y del mayor interés por mayoría muy reducida e inclusive por el voto decisivo del presidente, o bien que pueden depender de cambios en la composición de la Corte durante la sustanciación del asunto, a causa en particular de la expiración del mandato de algunos magistrados, de las dimisiones o de fallecimiento (así ocurrió con el Sr. Badawi, de la República Arabe Unida, que era magistrado en el momento de dictarse el fallo preliminar, pero murió antes de la terminación del asunto); algunos se han preguntado si, mediante la modificación del Estatuto de la Corte o por otros procedimientos, sería posible instituir un mayor grado de certeza en la administración del derecho internacional por el órgano judicial principal de las Naciones Unidas.

Es necesario referirse al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia para comprender el motivo de que la composición de la Corte durante los debates y en el momento de dictarse el fallo preliminar fuera distinta de la composición durante las audiencias y en el momento de dictarse el fallo definitivo en julio de 1966.

Se dispone en el Estatuto que la Corte será un cuerpo de magistrados independientes elegidos, sin tener en cuenta su nacionalidad, de entre personas que gocen de alta consideración moral y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países, o que sean juriscultores de reconocida competencia en materia de derecho internacional. La Corte se compone de quince miembros, de los cuales no podrá haber dos que sean nacionales del mismo Estado. Los miembros de la Corte son elegidos por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de una nómina de candidatos propuestos por los grupos nacionales de la Corte Permanente de Arbitraje de conformidad con ciertas disposiciones y procedimientos. En toda elección, los electores tendrán en cuenta no sólo que las personas que hayan de elegirse reúnan individualmente las condiciones requeridas, sino también que en el conjunto estén representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo. Los miembros de la Corte desempeñan sus cargos por nueve años, y pueden ser reelectos. El mandato de cinco magistrados expira cada tres años, de suerte que la Corte se renueva por tercios.

Sea cual fuere la opinión que se tenga del fallo de la Corte, habría sido, desde luego, más satisfactorio que la Corte hubiera adoptado una decisión en uno u otro sentido, pues parece que el fallo de 1962 había declarado que los demandantes tenían capacidad para iniciar

FALLO SOBRE EL AFRICA SUDOCCIDENTAL

el negocio y el fallo de 1966, cuatro años después, que no tenían derecho a recibir respuesta. Al decidir que un país no tiene derecho a reclamar que se rectifiquen los errores cometidos en la ejecución de un mandato (si no tiene un interés directo), la Corte ha fallado, en realidad, que no podía adoptar una decisión ejecutoria en relación con las obligaciones del mandatario; aunque confíen el asunto a la Corte, las Naciones Unidas sólo pueden solicitar la emisión de una opinión consultiva que no tiene carácter obligatorio para el mandatario, como ocurrió en 1950, 1955 y 1956. En estas circunstancias, ¿cómo se podrá verificar la actuación del mandatario? Este es uno de los puntos que el fallo de la Corte puso de relieve.

Para exponer las distintas opiniones sobre el asunto y los razonamientos que precedieron a su formulación, citaremos a continuación extractos del fallo de la Corte de fecha 18 de julio de 1966 y de las opiniones de los magistrados, en relación con las cuestiones siguientes:

- A - El derecho o el interés jurídico de los demandantes en relación con el objeto de la demanda. ¿Es ésta una cuestión ya resuelta o una cuestión que se debe resolver en la fase que nos ocupa?
 - B - Elementos del sistema de mandatos y, en particular, del mandato para el Africa Sudoccidental.
 - C - ¿Tienen los demandantes un derecho ó interés jurídico que les autorice a reclamar la ejecución de las disposiciones del mandato?
 - D - ¿Se ha acabado el mandato?
 - E - ¿Es la política de *apartheid* aplicada por el mandatario una vulneración de las estipulaciones del mandato?
- A - El derecho o el interés jurídico de los demandantes en relación con el objeto de la demanda. ¿Es ésta una cuestión ya resuelta o una cuestión que se debe resolver en la fase que nos ocupa?**

Extractos del fallo de la Corte ²

"2. En una fase anterior del asunto, la desarrollada ante la Corte en 1962, se propusieron cuatro excepciones dilatorias fundadas en el Artículo 37 del Estatuto de la Corte y en la cláusula definidora de la jurisdicción en el mandato para el Africa Sudoccidental (art. 7, párr. 2), que el demandado sostuvo y que la Corte consideró en su totalidad como cuestiones de competencia. Por auto del 21 de diciembre de 1962, la Corte rechazó todas las excepciones y dijo que era "competente para conocer del fondo de la controversia"."

"4. La Corte ha estudiado los escritos y los informes verbales de las Partes y ha procurado determinar el orden en que convenía

² *South West Africa, Second Phase, Judgment, ICJ Reports, 1966*, págs. 17 a 19.

ESTUDIO DE LA SECRETARIA

examinarlos. A este respecto, se plantea una cuestión relacionada con el fondo, pero que tiene carácter previo: se refiere a la condición de los demandantes en la fase actual del procedimiento; en realidad, no se plantea la cuestión de determinar la capacidad de los demandantes para comparecer ante la Corte, cuestión resuelta por el fallo de 1962, sino de la cuestión de fondo relativa a su derecho o interés jurídico en relación con el objeto de la demanda, tal y como ha sido enunciada en sus conclusiones finales.”

“5. A pesar del carácter prioritario de esta cuestión, la Corte no podía examinarla antes de que las Partes hubieran presentado su argumentación sobre el conjunto de las cuestiones de fondo . . .”

“6. Después de haber examinado las Partes todos los elementos del litigio, la Corte tiene la obligación de examinar primero las cuestiones que revisten la mayor importancia, es decir, que una decisión con respecto a una de ellas puede privar de utilidad todo examen de los demás aspectos del asunto. Dos cuestiones tienen esta importancia en el caso presente. Por un lado, se trata de saber si el mandato subsiste, como han sostenido los demandantes en su conclusión final núm. 1; en efecto, si no fuera ésta la situación, huelga decir que carecerían automáticamente de objeto los agravios, fundados en las infracciones del mandato, que reprochan al demandado. Ahora bien, la tesis relativa al mantenimiento en vigor del mandato sólo es un elemento del conjunto de la demanda enunciada en las conclusiones finales de los demandantes, pues solamente ha sido formulada en relación con los demás elementos de la demanda, de la que constituía la base necesaria. Por este motivo, la otra cuestión, que se refiere, como ya se ha señalado, al derecho o al interés jurídico de los demandantes en relación con el objeto de la demanda, tiene mayor importancia fundamental.”

“7. Por consiguiente, esta última cuestión es la que la Corte examinará seguidamente. Con todo, la Corte quiere precisar previamente que, al determinar en el presente fallo, cuáles son, entre las disposiciones del mandato para el Africa Sudoccidental, las que confieren un derecho o un interés jurídico a los demandantes, no resolverá en absoluto la cuestión del mantenimiento en vigor del mandato y no la prejuzgará en ningún sentido. Conviene subrayar además que la decisión adoptada por la Corte en 1962 sobre la competencia no prejuzgaba tampoco la cuestión del mantenimiento del mandato, que es una cuestión de fondo. Esta cuestión no se planteaba en 1962, salvo en el sentido de que la Corte debía dar por supuesto el mantenimiento del mandato a fin de resolver el problema exclusivamente jurisdiccional, que era al único sometido entonces a su atención. En el procedimiento de 1962 el demandado manifestó netamente que ésta era la hipótesis de la que partía para abordar la cuestión de la competencia; se observa de nuevo la misma idea, en las conclusiones finales núms. 1 y 2 que los demandantes han formulado en la fase

FALLO SOBRE EL AFRICA SUDOCCIDENTAL

actual y en las cuales han invitado a la Corte a declarar en particular que el mandato subsiste y que el demandado sigue estando obligado a cumplir las obligaciones en él estipuladas. Además, uno de los elementos principales de la tesis sostenida por el demandado en relación con la cuestión de fondo ha consistido en argüir que, por no existir ya el mandato, el demandado no tiene ya obligaciones en virtud de este instrumento y, por consiguiente, su violación es imposible. Esta es una cuestión que, por motivos que la Corte expondrá más adelante en relación con otro punto pero que son también válidos al respecto, no puede ser resuelta definitivamente por una decisión relativa a un punto exclusivamente preliminar de competencia.”

“8. En las conclusiones finales que ha presentado en el caso presente, el demandado se ha limitado a solicitar que se rechacen las conclusiones finales de los demandantes en su conjunto y cada una de ellas en particular. Sin embargo, conviene señalar, por un lado, que la Corte tiene el derecho de fijar por su cuenta los motivos de sus decisiones, como se reconoce implícitamente en el párrafo 2 del Artículo 53 de su Estatuto, y, por otro lado, que en la primera presente fase del asunto el demandado ha puesto en tela de juicio, en particular en sus escritos, el derecho o el interés jurídico de los demandantes en relación con el objeto de la demanda, lo que en esta fase del procedimiento no puede ser por su parte un simple argumento para oponerse a la aplicación de la cláusula del mandato relativa a la jurisdicción. En sus conclusiones finales, el demandado se ha fundado en particular en las “consideraciones de hecho y de derecho enunciadas en los escritos y en los informes” para invitar a la Corte a que no hiciera ninguna de las declaraciones propuestas por los demandantes.”

*Extractos de la opinión individual del magistrado Morelli (Italia)*³

“1. Deseo exponer los motivos por los cuales el fallo dictado por la Corte en 1962 sobre las excepciones dilatorias no constituía, a mi juicio, un obstáculo que se opusiera a la desestimación de la demanda por una consideración fundamental, a saber, que no se basaba en derechos subjetivos sustanciales de los demandantes.

“Entiendo que un fallo respecto de las excepciones dilatorias, en particular un fallo que, como el que estamos examinando, rechaza las excepciones dilatorias propuestas por una de las partes, es definitivo y obligatorio en relación con el resto del procedimiento. Este carácter obligatorio se circunscribe, sin embargo, a las cuestiones que han sido resueltas, cuestiones que sólo pueden referirse al

³ *South West Africa, Second Phase, Judgment, ICJ Reports, 1966*, págs. 59 a 66.

ESTUDIO DE LA SECRETARIA

carácter de admisibilidad de la demanda o a la jurisdicción de la Corte.

“Al contrario, los motivos en los que la Corte se funda para resolver una cuestión que ha sido planteada por una excepción dilatoria carecen de todo carácter obligatorio. Esta limitación del valor obligatorio del fallo se refiere a todos los motivos de la decisión, sea cual fuere su naturaleza. Se aplica tanto a las consideraciones de hecho como a las consideraciones de derecho, tanto a los aspectos procesales como a los aspectos relacionados con el fondo del asunto. Con relación a estos últimos, existe una consideración complementaria que aboga también por la exclusión de todo carácter obligatorio: teniendo en cuenta que, en virtud del párrafo 3 del artículo 62 del Reglamento, el acto en virtud del cual se propone una excepción dilatoria tiene por efecto suspender el procedimiento relativo a la cuestión de fondo, es imposible que una cuestión de fondo sea resuelta con carácter definitivo mediante un fallo sobre las excepciones dilatorias.”

“2. Es menester interpretar el fallo de 1962 para precisar el alcance de la decisión adoptada respecto de la cuestión planteada a la Corte por la tercera excepción dilatoria. Lo que se pretende, en particular, es saber si, al rechazar esta excepción, la Corte ha querido afirmar que el poder de actuar que emana del artículo 7 del mandato es independiente de todo derecho subjetivo sustancial, en el sentido de que puede ser ejercido sin que el demandante deba invocar la existencia de un derecho subjetivo propio. Bastaría que el demandante alegara la existencia de una obligación del mandatario, independientemente de la cuestión de saber si esta obligación existe con relación al demandante y no con relación a otros sujetos. . . .

“La decisión en virtud de la cual, según el fallo de 1962, según la interpretación que se acaba de exponer, habría reconocido a los Miembros de la Sociedad de las Naciones el poder de plantear ante la Corte la cuestión de las obligaciones del mandatario relativas a los habitantes del territorio, independientemente de la existencia de un derecho subjetivo propio del demandante, sería una decisión relativa al modo de configurar la acción que los demandantes en el presente asunto habrían ejercido legítimamente. Mediante una decisión de esta índole la Corte habría resuelto una cuestión exclusivamente procesal relativa, por un lado, al poder de acción de los demandantes y, por otro, a la jurisdicción de la Corte. La decisión no habría versado en absoluto sobre el fondo del asunto. En efecto, la Corte no habría adoptado decisión alguna sobre la existencia de derechos subjetivos sustanciales, propios de los demandantes. Habría declarado meramente que la existencia de estos derechos, no sólo no guardaba ninguna relación con la jurisdicción de la Corte, sino que era totalmente ajena a la misión que tenía confiada. Esta misión consistía en determinar la existencia, no de derechos subjetivos de los deman-

FALLO SOBRE EL AFRICA SUDOCCIDENTAL

dantes, sino de obligaciones del mandatario, tanto si éstas existen en relación con los demandantes como en relación con otros sujetos.

“3. . . . El fallo de 1962 se limita a afirmar que la controversia sometida a la Corte es una controversia a los efectos del artículo 7 del mandato, sin dar ninguna indicación acerca de la manera de configurar la acción ejercitada por los demandantes.

“Lejos de excluir la necesidad de un derecho subjetivo de los demandantes para que la demanda se pueda considerar fundada, el fallo de 1962 se refiere expresamente a un derecho o interés jurídico de los miembros de la Sociedad de las Naciones en que el mandatario cumpla con sus obligaciones. Refiriéndose al artículo 7 del mandato, la Corte dice:

El alcance y el objeto manifiestos de las disposiciones de este artículo indican en efecto que se entendía por ellos que los miembros de la Sociedad de las Naciones debían tener un derecho o un interés jurídico en el que el mandatario cumpliera con sus obligaciones tanto respecto de los habitantes del territorio bajo mandato como respecto de la Sociedad de las Naciones y de sus miembros. (*ICJ Reports, 1962, pág. 343*).

“Este pasaje revela sin duda cierta confusión, por una parte, entre el derecho a comparecer en juicio, único derecho dimanante para los miembros de la Sociedad de las Naciones de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 7 del mandato, al que se refiere la Corte, y, por otra, el derecho subjetivo sustancial, derecho que parece quedar acertadamente descrito cuando se habla de un derecho o interés jurídico en que el obligado cumpla con su obligación.

“Ahora bien, sean cuales fueran las críticas que se pueda formular sobre el fallo a propósito de dicha confusión es completamente cierto que esta misma confusión excluye de modo perentorio la posibilidad de interpretar la decisión sobre la tercera excepción dilatoria, según la cual no es necesario comprobar la existencia de un derecho subjetivo sustancial de los demandantes. En efecto, desde que se comprueba que el fallo no ha distinguido entre la capacidad para comparecer en juicio y el derecho subjetivo sustancial, deja de ser posible interpretarlo en un sentido que sería diametralmente opuesto a dicha comprobación, a saber, que la capacidad para comparecer en juicio, no sólo sería completamente distinta del derecho subjetivo sustancial, sino que además sería completamente distinta del derecho subjetivo sustancial y que haría completamente abstracción del derecho subjetivo sustancial, hasta tal punto que la Corte podría considerar la demanda bien fundada incluso en el caso de que esta no se basara en un derecho subjetivo sustancial del demandante.

“4. . . .

“El artículo 7 del mandato se refiere a la hipótesis de una con-

ESTUDIO DE LA SECRETARIA

troversia eventual entre el mandatario y otro miembro de la Sociedad de las Naciones. En el fallo se reconoce, por lo demás, que debe existir una controversia para que la Corte puede conocer de un asunto. Precisamente para verificar la existencia de esta condición en el caso presente, condición enunciada como necesaria en el artículo 7 del mandato, el fallo está destinado desde el principio a demostrar la existencia de una controversia entre las Partes (*ICJ Report 1962*, pág. 328), luego, en relación con la tercera excepción dilatoria, el fallo afirma que la controversia que se ha planteado es una controversia a los efectos del artículo 7 del mandato.

“ La necesidad de que exista una controversia entre el demandante y al mandatario implica en efecto la necesidad de que exista un conflicto de intereses entre las partes, sea cual fuere la naturaleza de estos intereses. Cuenta habida, por una parte, del carácter jurídico que la controversia debe revestir, lo que deriva de la referencia hecha por el artículo 7 a los normas de derecho enunciadas en las disposiciones del mandato, se deduce de ello que para el demandante es necesario invocar un derecho subjetivo que pueda ejercer como medio para proteger su interés.”

“6.

“En el párrafo 9 de su escrito, los demandantes dicen que, en la controversia que, según ellos, existe entre ellos y Sudáfrica, han procurado siempre afirmar y proteger su “interés jurídico por el legítimo ejercicio del mandato” al denunciar la violación por Sudáfrica de sus deberes de mandatario y al protestar contra esta violación. Los demandantes agregan que en el curso de las negociaciones que, según afirman, han sostenido se han referido constantemente al ‘interés jurídico’ que tienen por ‘el ejercicio en regla del mandato’. Para terminar, dicen que han comparecido en juicio precisamente para proteger el interés jurídico que tienen por el ejercicio en regla del mandato.

“Por consiguiente el interés jurídico o el derecho subjetivo de los demandantes por el ejercicio en regla del mandato es la *causa petendi* de la demanda. Por ello, la Corte llamada a adoptar una decisión sobre la demanda caracterizada por dicha *causa petendi*. El fallo de 1962 no ha dicho nada en contrario.”

“7. El análisis de la parte del fallo de 1962 relativa a la tercera excepción dilatoria nos lleva a la conclusión de que la decisión adoptada, consistente en desechar esta excepción dilatoria, tiene únicamente por consecuencia afirmar que la controversia sometida a la Corte, y considerada como existente por el fallo, era una controversia a los efectos del artículo 7 del mandato. La decisión no se refería en absoluto a la manera de configurar la acción dimanante de dicho artículo y ejercida por los demandantes. En particular, la decisión no confería a esta acción la configuración totalmente inusual, según la cual podía ser ejercitada sin que el demandante tuviera

FALLO SOBRE EL AFRICA SUDOCCIDENTAL

que invocar la existencia de un derecho subjetivo sustancial propio.

“Se deduce de ello que, en la fase del procedimiento relativa al fondo, la Corte tenía plena libertad para resolver el problema de saber si la existencia de un derecho subjetivo sustancial de los demandantes era necesaria para que se pudiera considerar que la demanda estaba bien fundada.”

“8.”

“9.”

“Ahora bien, conviene señalar que entre las diferentes cuestiones relacionadas con el fondo del asunto no existe un orden riguroso impuesto por consideraciones lógicas; el orden que se debe seguir en un caso concreto para la solución de las diferentes cuestiones de fondo está indicado más bien por consideraciones que se podría denominar de lógica y que aconsejan el empleo de los medios más sencillos para llegar a la decisión. Por lo tanto, la Corte podía comenzar en el caso presente por el examen de la cuestión de la capacidad judicial en relación con los derechos subjetivos eventuales, y obrar así en la hipótesis de que todavía existen algunas obligaciones emanadas del mandato a cargo de Sudáfrica.”

Los extractos siguientes de las opiniones disidentes del magistrado Sr. Jessup (Estados Unidos de América) y del magistrado Sr. Koretsky (Unión Soviética)⁴ son un excelente resumen de los puntos de vista contrarios sustentados por los siete magistrados que no se han sumado al fallo de la Corte acerca de la cuestión de saber si ésta podía considerar en la fase actual si los demandantes tenían o no un interés jurídico en el asunto.

*Opinión del magistrado Sr. Jessup*⁵

“Siento el más intenso respeto por la Corte -, por ello, lamento profundamente hallarme en la obligación de manifestar que considero carente de todo fundamento jurídico el fallo que, por el voto decisivo del presidente, la Corte acaba de dictar en el asunto del *Africa Sudoccidental*. A mi juicio, la Corte no está jurídicamente fundada para detenerse en el umbral del asunto y eludir la adopción de una decisión sobre la cuestión fundamental de saber si la política y la práctica del *apartheid* en el territorio bajo mandato del Africa Sudoccidental son compatibles con el desempeño del ‘encargo sagrado de civilización’ confiado a la República de Sudáfrica en calidad de mandatario.

“He llegado a la conclusión de que la Corte es competente y que los demandantes – Etiopía y Liberia – tienen capacidad procesal

⁴ Las opiniones disidentes de los magistrados Jessup y Koretsky no se exponen en párrafos numerados.

⁵ *South West Africa, Second Phase, Judgment, ICJ Reports, 1966*, págs. 325 a 329.

ESTUDIO DE LA SECRETARIA

para presentar sus demandas a la Corte y para recabar su fallo y, por ello, creo que cumplo con mis deberes de juez al examinar los problemas jurídicos planteados por el presente asunto, que ocupa la atención de la Corte desde hace seis años, y sobre cuya fase preliminar adoptó una decisión en 1962. Este examen a fondo es tanto más indispensable cuanto que estoy en desacuerdo con la Corte, no sólo en cuanto a las consideraciones jurídicas y a las interpretaciones de hecho expuestas en el fallo, sino también en cuanto a la manera general en que ha resuelto el asunto. . . .

“El fallo se basa en una consideración que no se formula en las conclusiones finales del demandado, a saber, que los demandantes no tienen ningún “derecho o interés jurídico en relación con el objeto de las presentes demandas”. Se dice que se plantea en el caso presente una cuestión relacionada con el “fondo” de la demanda y, por consiguiente, conviene analizar la naturaleza del derecho o interés jurídico en relación con el “fondo”.

“Por su fallo del 21 de diciembre de 1962, la Corte decidió que tenía “competencia para conocer en el fondo de la controversia”.

“La adopción de esta conclusión hacía necesario que la Corte rechazara las cuatro excepciones dilatorias formuladas por la parte demandada. Las rechazó efectivamente y, al hacerlo, afirmó sustancialmente lo que sigue:

1. Que el mandato para el Africa Sudoccidental constituye “un tratado o convención vigente” a los efectos del artículo 37 del Estatuto de la Corte;
2. Que, a pesar de la disolución de la Sociedad de las Naciones, Etiopía y Liberia tenían capacidad para recurrir a la jurisdicción de la Corte en virtud del segundo párrafo del artículo 7 del mandato;
3. Que la controversia entre los demandantes y el demandado era una “controversia” según se define en el segundo párrafo del artículo 7;
4. Que la extensa exposición de tesis distintas en la Asamblea General de las Naciones Unidas constituía una “negociación” a los efectos del segundo párrafo del artículo 7 del mandato y demostraba que la controversia surgida era en efecto una controversia que no podía ser resuelta por medio de una negociación con arreglo a la misma disposición del mandato.

“Después del fallo de 1962, el demandado ha presentado su contramemoria, que consta de diez volúmenes y de un volumen suplementario. Luego, los demandantes han presentado su réplica, a la cual el demandado ha contestado con su réplica, consistente en dos volúmenes completados por otros documentos y, en particular, por lo que se denomina el informe Odendaal (557 páginas impresas en gran formato).

“Desde el 15 de marzo de 1965, la Corte ha dedicado 99 audiencias públicas al procedimiento oral, que ha comprendido los argumentos de los agentes y los abogados de las dos partes y las

FALLO SOBRE EL AFRICA SUDOCCIDENTAL

declaraciones de 14 testigos.

“La Corte ha examinado el voluminoso expediente del asunto y sus deliberaciones han durado unos seis meses.

“La Corte desecha ahora este expediente acumulado a lo largo de 16 años y, *basándose en una tesis que el demandado no ha formulado en su escrito de conclusión de fecha 5 de noviembre de 1965*, decide que procede rechazar la demanda con el pretexto de que los demandantes no tienen ningún derecho o interés jurídico.

“

“El segundo párrafo del artículo 7 del mandato confería a cualquier Miembro de la Sociedad de las Naciones el derecho de someter a la Corte una controversia relativa a la interpretación de las disposiciones del mandato si la controversia no podía ser resuelta por negociación. Como demostraré más adelante con mayor detalle, la Corte reconoció en 1962 a los demandantes la condición de “Miembros de la Sociedad de las Naciones”. Esto es cosa juzgada y el fallo que la Corte dicta ahora no tiende a poner esta conclusión en tela de juicio. En 1962 la Corte afirmó también que el presente asunto versa sobre una controversia que no puede ser resuelta por medio de negociaciones. Esta doble conclusión tiene la misma importancia y la decisión actual no tiende a ponerla en tela de juicio. A mi entender, nadie niega que la controversia versa sobre la interpretación de las disposiciones del mandato. No comprendo cómo se puede complicar una situación tan clara con la afirmación de que las demandas presentadas requieren el cumplimiento o la ejecución de obligaciones contraídas por el demandado respecto de los demandantes. Es posible que, en efecto, las conclusiones contengan también este elemento, como se verá, pero esto no excluye empero las demandas relativas a la interpretación del mandato, formuladas al mismo tiempo.

“Puede muy bien ocurrir que se considere como completamente distinta la cuestión de saber si los demandantes deben justificar la existencia de otro derecho, título o interés como base de las demandas presentadas en este caso y tendientes a obtener de la Corte que obligue al demandado a renunciar a cierto comportamiento que violaría, según se pretende, las obligaciones jurídicas que le incumben en calidad de mandatario, pero el fallo de la Corte deniega a los demandados inclusive en la sentencia declaratoria . . .”

Opinion del magistrado Koretsky “

“No puede asociarme en absoluto al presente fallo, principalmente porque en lo esencial la Corte vuelve sobre su fallo del 21 de diciembre de 1962 relativo a los mismos asuntos, y porque de hecho lo revisa sin observar siquiera el Artículo 61 del Estatuto y sin aplicar

⁶ *South West Africa, Second Phase, Judgment, ICJ Reports, 1966*, págs. 239 a 241.

ESTUDIO DE LA SECRETARIA

el procedimiento fijado en el artículo 78 del Reglamento.

“En la parte dispositiva de su fallo, la Corte dice: “No se puede considerar que los demandantes han demostrado la existencia, en favor suyo, de un derecho o interés jurídico en relación con el objeto de las presentes demandas . . .”

“Sin embargo, la cuestión de saber si los demandantes tienen, en relación con sus demandas, un “derecho o interés jurídico” (para abreviar, me referiré a un *interés*) que les permita comparecer en juicio contra el demandado, en su condición de mandatario para el Africa Sudoccidental, quedó resuelta ya en 1962 en el curso de la primera fase – la fase jurisdiccional – del presente asunto.

“En esa época, el demandado, que alegó en su tercera excepción dilatoria que el conflicto entre las Partes “no era, cuenta habida de su naturaleza y de su tenor, una “controversia” según se entiende este término en el artículo del mandato para el Africa Sudoccidental”, agregó: “tanto más cuanto que *ningún interés concreto* de los Gobiernos de Etiopía y de Liberia, o de sus nacionales, se pone en tela de juicio o queda afectado en el caso presente” (subrayamos nosotros). Es evidente que el adjetivo “concreto” (que califica la palabra “interés”) no era utilizado en el sentido limitado de interés pecuniario.

“Al rechazar la excepción dilatoria del demandado, la Corte manifestó: “El alcance y el objetivo manifiestos de las disposiciones de este artículo (el artículo 7) indican en efecto que se entendía con ello que los Miembros de la Sociedad de las Naciones tenían un *derecho o interés jurídico* en que el mandatario cumpliera con sus obligaciones tanto en relación con los habitantes del territorio bajo mandato como en relación con la Sociedad de las Naciones y sus Miembros.” (Página 343; subrayamos nosotros.) Más adelante declaraba la Corte: “Huelga decir que la protección de los intereses concretos de los Miembros o de sus nacionales está comprendida en este marco, pero el bienestar y el progreso de los habitantes del territorio bajo mandato no son menos importantes”.

“Por consiguiente, la cuestión del interés de los demandantes en relación con sus demandas fue resuelta por la Corte en 1962 como debía serlo, cabría decir. La cuestión del *interés* de un demandante (nos referimos ahora a la capacidad de obrar) se considera, inclusive en los sistemas de derecho interno, como una cuestión jurisdiccional. Así, en el sistema jurídico francés se considera que la falta de interés del demandante es un motivo que justifica la declaración de que no ha lugar a procedimiento.

“El reglamento y la práctica de la Corte no establecen ninguna separación neta entre las cuestiones de fondo y las cuestiones de competencia. Las circunstancias concurrentes en cada caso y la presentación de las conclusiones de las Partes son indicaciones y no elementos de importancia decisiva.

FALLO SOBRE EL AFRICA SUDOCCIDENTAL

“Como ya he dicho, el demandado planteó la cuestión del interés de los demandantes. La Corte resolvió esta cuestión a su debido tiempo. No consideró necesario agregarla a la cuestión de fondo, porque la naturaleza del interés de los demandados en relación con el objeto de las demandas era evidente. Las dos Partes se han ocupado de esta cuestión con el detalle suficiente. Como se verá más adelante, los demandados no han procurado obtener algo para sí; se han limitado a afirmar que tenían “un interés jurídico en lograr mediante un procedimiento judicial que no se violara el encargo sagrado de civilización creado por el mandato”. Agregar al fondo la cuestión del *interés* de los demandantes en relación con sus demandas no habría *relevado* nada nuevo, como se ha puesto claramente de manifiesto en la fase actual de la presente instancia. Conviene señalar además que en la opinión disidente del Sr. Winiarski (págs. 455 y ss.), en la opinión disidente conjunta de sir Percy Spender y de sir Gerald Fitzmaurice (págs. 548 y ss.) y en la opinión disidente del Sr. van Wyk, magistrado *ad hoc* (págs. 660 y ss.), la cuestión del interés de los demandantes es objeto de examen desde el punto de vista jurisdiccional.

“El demandado no se ha referido al problema en sus conclusiones finales con ocasión del examen a fondo. La Corte ha sido la que ha planteado la cuestión que había resuelto en 1962 y que ha vuelto así de la fase del examen a fondo a la fase jurisdiccional. En consecuencia, la puerta abierta en 1962 para dar a la Corte la posibilidad de resolver la controversia, que es su misión según el Artículo 38 del Estatuto, y de llegar a una decisión que habría tenido una importancia vital para los pueblos del Africa Sudoccidental y para los pueblos de los demás países que siguen aplicando una política oficial de discriminación racial ha sido cerrada por la Corte con la misma llave que había utilizado para abrirla en 1962.

“¿Tiene el fallo dictado por la Corte en 1962 fuerza obligatoria para la Corte?

“Este fallo no sólo es obligatorio para las Partes (Art. 59 del Estatuto), sino que además es definitivo (Art. 60 del Estatuto). Por ser definitivo, se puede decir que es también definitivo para la Corte, a menos que lo revise en las condiciones y de conformidad con el procedimiento que se definen en el Artículo 61 del Estatuto y en el artículo 78 del reglamento.

“Cuando se examina el sentido del principio de la autoridad de de la cosa juzgada y la posibilidad de aplicarlo en la práctica judicial internacional, se limita a menudo su alcance con la indicación de que una sentencia determinada no se puede considerar como obligatoria para otros Estados o en otras controversias. A veces se olvida con excesiva facilidad que, como se ha dicho, la cosa juzgada se ha de considerar no sólo como una obligación (*pro obligatione habetur*), sino también como una verdad (*pro veritate*). Ahora bien, es

imposible que lo que hoy es para la Corte una verdad deje de serlo mañana. Una decisión obliga no sólo a las partes en un asunto determinado, sino también a la Corte. No se puede olvidar que el principio de la inmutabilidad, de la continuidad de las decisiones judiciales definitivas, que tiene tanta importancia para los tribunales nacionales, tiene una importancia todavía mayor para los internacionales. La práctica de la Corte Permanente y de la actual Corte pone de manifiesto la inmensa trascendencia que estos órganos han atribuido o atribuyen a los fallos anteriores, a sus motivos y a las opiniones expresadas. Conviene inclusive examinar la cuestión de saber si una opinión consultiva de la Corte, que no es obligatoria para la entidad que la ha pedido, obliga a la Corte no sólo *vi rationis*, sino también *ratione vis*.

“¿Es posible realmente considerar que, en un fallo, sólo la parte dispositiva es obligatoria y que los motivos no lo son? Se podría decir que la parte dispositiva de un fallo enuncia raras veces puntos de derecho. Se podría decir además que los motivos, las razones y las justificaciones de un fallo son la parte motivada de la decisión. Las dos partes de un fallo – la expositiva y la dispositiva – no están separadas una de otra. Cada una de ellas es un elemento constitutivo de la sentencia en su conjunto. Merece la pena recordar lo estipulado en el Artículo 56 del Estatuto: “El fallo será *motivado*”. (Itálicas nuestras.) Este texto prueba que los motivos tienen fuerza obligatoria pues son una parte obligatoria del fallo, y precisa al mismo tiempo la *naturaleza* de los motivos que deberían tener fuerza obligatoria. Son los motivos en que se basa la parte dispositiva. En algunos casos con denominados *considerandos*. Son los motivos que constituyen los fundamentos de una decisión de la Corte y cuya función es de tanta importancia que su modificación o transformación privaría enteramente de base a la decisión enunciada en la parte dispositiva y esta decisión se derrumbaría como un edificio sin cimientos.

“....”

B – Elementos del sistema de mandatos y, en particular, del mandato para el Africa Sudoccidental

*Extractos del fallo de la Corte*⁷

“10. Como es sabido, el sistema de los mandatos ha sido creado oficialmente por el Artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones. Como se indica en ese texto, se instituían mandatos de tres categorías, los denominados respectivamente mandatos A,

⁷ *South West Africa, Second Phase, Judgment, ICJ Reports, 1966*, págs. 20 y 23.

FALLO SOBRE EL AFRICA SUDOCCIDENTAL

B y C; el mandato para el Africa Sudoccidental pertenecía a la categoría C. Las diferencias entre estas categorías estribaban en el carácter y la situación geográfica de los territorios, en el grado de desarrollo de sus pueblos y en los poderes conferidos en consecuencia a las autoridades administradoras, es decir, a los mandatarios. Si bien el sistema como tal fue establecido por el Artículo 22 del Pacto, las disposiciones de cada uno de los mandatos y definidoras, respecto del territorio correspondiente, de los derechos y las obligaciones del mandatario, los de la Sociedad de las Naciones y de sus órganos, así como los de los Miembros de esta organización individualmente considerados, fueron enunciadas en distintos instrumentos de mandato que, salvo la excepción mencionada más adelante, revistieron la forma de resoluciones del Consejo de la Sociedad de las Naciones.

“11. A pesar de las diferencias que se podía observar entre algunas de sus disposiciones, esos instrumentos tenían una estructura análoga. A los efectos del presente fallo, se puede considerar que sus disposiciones fundamentales se distribuían en dos grandes categorías. Por un lado, y éste era desde luego el principal elemento de cada uno de los instrumentos, había los artículos donde se definían las atribuciones del mandatario, sus obligaciones respecto de los habitantes del territorio y sus obligaciones respecto de la Sociedad de las Naciones y los órganos de ésta. Estos artículos, que se referían a la ejecución de los mandatos como tales, se denominarán en adelante *disposiciones relativas a la gestión de los mandatos* o, más brevemente, *disposiciones relativas a la gestión*. Por otro lado, había los artículos que conferían directamente a los Estados Miembros de la Sociedad de las Naciones a título individual o en beneficio de sus nacionales, en medida diferente según el mandato o la categoría del mandato, algunos derechos en relación con los territorios bajo mandato. Muchos de estos derechos eran análogos a los que se enuncian corrientemente en algunas cláusulas de los tratados de establecimiento, de comercio y de navegación que los Estados conciertan entre sí. Las disposiciones relativas a estos derechos, que se refieran a *intereses especiales*, de denominarán en adelante *disposiciones de los mandatos relativas a los intereses especiales*. En el caso de los mandatos A y, sobre todo, de los mandatos B, los derechos de este género se enunciaban en gran número y ocupaban un lugar prominente; como se verá más adelante, este hecho tenía también importancia en relación con los mandatos C, a pesar de que las únicas disposiciones relativas a intereses especiales fueran los que se referían a la facultad atribuida a los misioneros “súbditos o ciudadanos de un Miembro de la Sociedad de las Naciones . . . para entrar, circular y residir en el territorio con objeto de desempeñar su ministerio” (mandato para el Africa Sudoccidental, art. 5). En el caso presente, la controversia entre las Partes se refiere exclusiva-

ESTUDIO DE LA SECRETARIA

mente a la primera de las dos categorías de disposiciones indicadas y no a la segunda.

“12. La distinción general que se acaba de exponer tenía un carácter real, más aún, evidente. El hecho de que las disposiciones de algunos mandatos pudieran pertenecer a las dos categorías, entre ellas la cláusula sobre la libertad de acceso de los mandatos A y B, no menoscaba en absoluto el valor o la importancia de la distinción. Las disposiciones de esta índole pertenecían a la primera categoría si se consideraba el aspecto de la gestión de los mandatos; pertenecían a la segunda, la de los intereses especiales, si se consideraban las ventajas comerciales concedidas a los Miembros de la Sociedad de las Naciones y a sus nacionales. Naturalmente, las cláusulas comerciales podían tener un efecto beneficioso para los territorios bajo mandato y para sus habitantes, en la medida en que su aplicación por los Estados Miembros tenía consecuencias favorables para el desarrollo económico o industrial de los territorios. En este sentido y en esta medida, las disposiciones podían contribuir indudablemente al cumplimiento de los objetivos de los mandatos; por consiguiente, su ejecución en regla por los mandatarios interesaba a la Sociedad de las Naciones y a sus órganos competentes en materia de mandatos. Ahora bien, este aspecto era accesorio y no ha constituido jamás su fin principal. Este consistía en favorecer los intereses de los Miembros de la Sociedad de las Naciones y de sus nacionales. Una acción o una intervención de los Estados Miembros en la materia sólo podía tender a conseguir este objetivo, y no a hacer ejecutar los mandatos en sí.

“13. Además de las categorías de disposiciones que se acaban de describir cada instrumento de mandato contenía una cláusula definidora de la jurisdicción, redactada en términos idénticos, salvo la excepción que se indicará en el momento oportuno, tanto si el mandato pertenecía a la categoría A, a la categoría B o a la categoría C. Esta cláusula, cuyo texto y efectos se examinarán más adelante, atribuía la solución de las controversias a la Corte Permanente de Justicia Internacional; ahora bien, como ya se ha señalado, la Corte actual ha decidido en la primera fase del asunto que, por aplicación del Artículo 37 de su Estatuto, constituía la jurisdicción competente en lugar de la Corte Permanente. Otra característica común de los mandatos era la de contener una cláusula en virtud de la cual era necesaria la autorización del Consejo para modificar sus disposiciones. Por último, conviene poner de relieve una característica privativa de los mandatos C: por eso, se prescribía tanto en el Artículo 22 del Pacto como en una de las disposiciones de estos mandatos que, a condición de cumplirse algunos requisitos sin importancia a los efectos presentes, los mandatarios de la categoría C administrarían los territorios bajo mandato “como parte integrante de su territorio”.”

FALLO SOBRE EL AFRICA SUDOCCIDENTAL

El magistrado Sr. Tanaka (Japón), que expuso una opinión disidente,⁸ ha hecho las observaciones siguientes sobre la naturaleza social y jurídica, así como sobre las características del sistema de los mandatos.

“El sistema de los mandatos creado por el Pacto de la Sociedad de las Naciones se puede concebir como un sistema original de administración aplicado a ciertas posesiones subdesarrollados de ultramar que habían pertenecido inicialmente a Estados participantes en la primera guerra mundial. Según el fallo dictado en 1962 en el asunto del *Africa Sudoccidental*:

Los principios esenciales del sistema de los mandatos consisten por encima de todo en el reconocimiento de algunos derechos de los pueblos de los territorios subdesarrollados; en la institución de un régimen de tutela ejercido sobre cada uno de estos pueblos por una nación desarrollada, en calidad de “mandatario” y “en representación de la Sociedad de las Naciones”, y en el reconocimiento de un “encargo sagrado de civilización”, que incumbe a la Sociedad como colectividad internacional organizada y a sus Estados Miembros. Este sistema tiene por objetivo manifiesto el bienestar y el desarrollo de estos pueblos y está completado por garantías que aseguran la protección de sus derechos. (*ICJ Reports, 1962*, pág. 329).

”La idea de que las Potencias conquistadoras tienen la noble obligación de tomar a su cargo los pueblos autóctonos de los territorios conquistados y de propulsar su bienestar ha tenido gran difusión desde hace muchos siglos, por lo menos desde los tiempos de Vitoria. Sin embargo, hubo que aguardar hasta el tratado de paz con Alemania concertado en Versalles en 1919 y hasta la creación de la Sociedad de las Naciones para que esta idea se concretara en la forma de una institución internacional, el sistema de los mandatos, y se tradujera en una mecanismo de aplicación importante y complejo. Disuelta la Sociedad de las Naciones, la misma idea y los mismos principios han hallado de nuevo expresión en el “régimen internacional de administración fiduciaria” definido en la Carta de las Naciones Unidas.

“Los principios esenciales del sistema de los mandatos, al que acabamos de referirnos, tienen importancia si se quiere definir la naturaleza y las características del mandato como institución jurídica.

”No es éste el lugar apropiado para elaborar de modo más o menos perfecto una definición o concepción del mandato. Bastará que nos limitemos a los diversos puntos que es indispensable precisar para resolver la cuestión que nos interesa.

”El sistema de los mandatos es extremadamente complejo, tanto

⁸ *South West Africa, Second Phase, Judgment, ICJ Reports, 1966*, págs. 264 a 268. La exposición disidente del Sr. Tanaka no se expone tampoco en párrafos enumerados.

ESTUDIO DE LA SECRETARIA

desde el punto de vista de sus objetivos como desde el punto de vista de su estructura. Como sus objetivos consisten en acrecentar el bienestar y el progreso social de los habitantes de algunos territorios, lo que constituye un encargo sagrado de civilización, el mandato guarda una estrecha relación, por su contenido y por sus fines, con casi todas las esferas de la vida social y cultural del hombre. La política, el derecho, la moral, la religión, la instrucción, la estrategia, la economía y la historia se entremezclan unos con otros para formar un conjunto complejo e indisoluble. Para la Corte, lo que conviene es saber cómo se debe hacer la distribución entre lo que tiene carácter jurídico y lo que es extrajurídico, en particular la política, que debe quedar fuera del ámbito jurídico; por lo demás, volveremos más lejos sobre esta cuestión.

“Desde el punto de vista de su estructura, el sistema de los mandatos es extremadamente complejo. Las partes en el mandato considerado como tratado o convención son, por un lado, la Sociedad de las Naciones y, por otro, el mandatario, en el caso presente el demandado. Este ha recibido el mandato para el Africa Sud-occidental “en representación de la Sociedad de las Naciones”. Además de estas partes, hay otras personas que, de un modo u otro, están relacionadas con el mandato, en particular las que colaboran en la aplicación o en la buena marcha del sistema, entre ellas las principales Potencias aliadas y asociadas a las cuales fueron cedidos estos territorios de conformidad con el Tratado de paz, los Estados Miembros de la Sociedad de las Naciones y las personas interesadas como beneficiarios, es decir, los habitantes de los territorios bajo mandato. La cuestión de saber si las Naciones Unidas y sus Estados Miembros pueden ser considerados como interesados, y en qué medida, es una de las cuestiones que la Corte debe resolver.

“El mandato constituido por este conjunto de elementos de carácter personal que acabamos de definir constituye un complejo de intereses de diversas categorías. La Sociedad de las Naciones y el mandatario, en calidad de partes en el mandato, tienen el mismo interés por la ejecución en regla de sus disposiciones. Los habitantes de los territorios bajo mandato, en calidad de beneficiarios, tienen un interés capital en su ejecución.

“El mandatario ejerce los derechos de tutela que le han sido atribuidos sobre los pueblos confiados a su cuidado, no por cuenta propia, sino en representación de la Sociedad de las Naciones. Cumplir el “encargo sagrado de civilización” corresponde a un interés público. La Sociedad de las Naciones desempeña la función de órgano político de la colectividad internacional, guardiana de este género de interés público.

“Dotado de esta estructura de carácter personal y real, el mandato reviste, desde múltiples puntos de vista, características que le diferencian de los demás tipos de tratados.

FALLO SOBRE EL AFRICA SUDOCCIDENTAL

“En primer lugar, el mandato tiene por objeto crear entre las partes cierta relación de orden jurídico cuyos fines son diferentes de los que caracterizan los tratados comerciales que prevén dos clases de prestaciones recíprocas y destinadas a extinguirse a consecuencia de su ejecución simultánea por los contratantes. Estos fines consisten en alcanzar un objetivo común que corresponde a un “encargo sagrado de civilización”. En este sentido, al mandato reviste características análogas a los tratados constitutivos de derecho, definidos por Oppenheim como los tratados “concertados con objeto de crear nuevas normas de derecho internacional” (Quincy Wright, *Mandates under the League of Nations*, 1930; pág. 357).

“Lo que representa para las partes en el acuerdo de mandato un “encargo sagrado de civilización” es el acrecentamiento del bienestar material y moral, así como del progreso social de los habitantes del territorio ”que no son todavía capaces de regirse a sí mismos en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno.”

“El mandato constituye un método o mecanismo jurídico que permite conseguir los fines humanitarios antes enunciados. Por lo tanto, entre las dos partes en el acuerdo de mandato no existe ningún conflicto fundamental de intereses ni “un intercambio de prestaciones equivalentes” como en los contratos sinalagmáticos (véase la opinión individual del magistrado Bustamante en los asuntos del *Africa Sudoccidental*, *ICJ Reports*, 1962, págs. 357 y 359) o en los contratos de carácter conmutativo. El acuerdo de mandato se caracteriza más bien por la unión de dos declaraciones multilaterales, por la Sociedad de las Naciones y por el mandatario respectivamente, es decir, por un proceso análogo al que se observa en el caso de la creación de una sociedad civil o de una sociedad anónima. Diremos de paso que ello no nos parece impedir en absoluto que se considere el acuerdo de mandato como una especie de tratado o convención.

“De todos modos, la característica que conviene señalar destaca netamente del hecho de que se puede considerar a la Sociedad de las Naciones como un colaborador del mandatario, habida cuenta del poder que se le confía para vigilar y aconsejar al mandatario en la ejecución de sus obligaciones.

“

“En segundo lugar, el hecho de que el acuerdo de mandato tenga el carácter de acuerdo a largo plazo lo hace diferente de los demás tipos de contratos. Esta característica se explica por la naturaleza misma de los objetivos del sistema de los mandatos, el acrecentamiento del bienestar material y moral y del progreso social de los territorios bajo mandato, no se pueden lograr al instante, ni siquiera en un lapso de tiempo determinado.

“En tercer lugar, el acuerdo de mandato exige que el manda-

ESTUDIO DE LA SECRETARÍA

tario tenga un sólido sentido moral en la ejecución de su misión, como en el caso de la tutela, la curatela y el depósito. “El mandatario acrecentará, por todos los medios a su alcance, el bienestar material y moral, así como el progreso social de los habitantes del territorio . . .”: las obligaciones que incumben al mandatario son de orden ético, por lo tanto ilimitadas. El acuerdo de mandato es un contrato que, por su naturaleza, se rige por la buena fe. El cumplimiento de este contrato requiere el máximo de prudencia y de tacto.

“Se desprende de lo que antecede que, inclusive si se han confiado al mandatario “plenos poderes de administración y de legislación sobre el territorio”, lo que se hace destacar en este sistema son las obligaciones del mandatario y no sus derechos.

“Precisando esta particularidad del sistema de los mandatos, se declara en el fallo de 1962 lo siguiente:

Los derechos del mandatario relativos al territorio bajo mandato y a sus habitantes se fundan en las obligaciones del mandatario y, por así decir, no son sino simples instrumentos para el desempeño de sus obligaciones. (*ICJ Reports, 1962*, pág. 329).

“El Sr. Bustamante ha subrayado con mucho acierto (*ibid.*, pág. 357) la importancia del elemento *responsabilidad* con relación al elemento *derecho* en la función del mandatario. Este sólo debe ejercer sus atribuciones con el exclusivo objeto de fomentar el bienestar y el progreso de los habitantes del territorio, y no para conseguir objetivos egoístas. Como ha dicho el Sr. Quincy Wright: “Se reconoce que los mandatos, como han sido concebidos en el Pacto, exigen del mandatario que no derive ningún beneficio directo de su gestión del territorio”. Esto es lo que se denomina el “principio de la administración desinteresada” (Quincy Wright, *op. cit.*, págs. 452 y 453).

“Habida cuenta de la naturaleza y las características del sistema de los mandatos y del acuerdo de mandato según los hemos expuesto más arriba, podemos llegar a la conclusión de que, si bien no se puede negar la existencia de elementos contractuales en el mandato, predominan empero los elementos institucionales. No se puede explicar por entero el contenido y el objetivo del sistema de los mandatos teniendo únicamente a la vista el factor contractual, es decir, individual y subjetivo; conviene considerar también su aspecto institucional, es decir, colectivo y objetivo. Desde esta perspectiva, nos hallamos según lord McNair, en presencia de:

algunos derechos de posesión y de gobierno (administrativos y legislativos) que son válidos *in rem erga omnes*, es decir, respecto del mundo entero o, por lo menos, respecto de cualquier Estado que era Miembro de la Sociedad o que reconocía el mandato, sea cual fuere la forma del reconocimiento. (*ICJ Reports, 1950*, pág. 156).

FALLO SOBRE EL AFRICA SUDOCCIDENTAL

“Desde el punto de vista exclusivamente contractual e individualista, el mandato sería un vínculo de orden personal entre las dos partes, que sólo podría existir si las partes siguieran también existiendo. Por ejemplo, en el derecho privado el contrato de mandato se acaba por muerte del mandatorio. En cambio, como hemos visto más arriba, el mandato internacional constituye, no sólo un vínculo, sino también una institución objetiva que comprende diversos tipos de intereses y de valores y que conserva una existencia independiente con respecto a terceros. El mandato, considerado como institución, carece de elemento personal y no puede depender de la voluntad de las partes, que no pueden disponer del mandato a su arbitrio, porque contiene un valor humanitario, a saber, la necesidad de acrecentar el bienestar material y moral de los habitantes del territorio. Estas particularidades del mandato explican por qué era necesario limitar, en cierta medida, la posibilidad de modificar las disposiciones del mandato y exigir con este objeto la autorización del Consejo de la Sociedad de las Naciones (párrafo 1° del artículo 7 del mandato).”

C – ¿Tienen los demandantes un derecho o interés jurídico que les autorice a reclamar la ejecución de las estipulaciones del mandato?

*Extractos del fallo de la Corte*⁹

“14. . . . La cuestión por resolver es saber si, según las modalidades de los instrumentos de mandato y el sistema de los mandatos en su conjunto, los Miembros de la Sociedad de las Naciones, comprendidos los demandantes en el presente asunto, tenían individual y distintamente un derecho o interés jurídico – por oposición a un interés político – que les permita reclamar la ejecución de las estipulaciones del mandato relativas a la gestión, o bien si se debe considerar que esta función correspondía exclusivamente a la Sociedad de las Naciones y no a cada uno de los Estados Miembros de modo distinto e independiente. En otros términos, lo que se pretende es saber si los mandatarios tenían una obligación directa respecto de las demás Miembros de la Sociedad de las Naciones a título individual en lo que se refiere a las disposiciones de los mandatos relativas a la gestión.

“15. Si se desprende de la respuesta a esta pregunta que no se puede considerar que los demandantes tuvieran el derecho o interés jurídico invocado, se deducirá de ello que, incluso en la hipótesis de que se comprueben las diversas infracciones del man-

⁹ *South West Africa, Second Phase, Judgment, ICJ Reports, 1966*, págs. 22 a 30.

dato para el Africa Sudoccidental que se atribuyen al demandado, los demandantes estarán en condiciones de obtener por consiguiente de la Corte las declaraciones que solicitan en sus conclusiones finales. . . .

“16. Los demandantes comparecen ante la Corte en calidad de ex Miembros de la Sociedad de las Naciones, y los derechos que reivindican son los derechos de que, a su juicio, disfrutaban los Miembros de la Sociedad de las Naciones en la época de su existencia. Por consiguiente, para determinar los derechos y los deberes pasados y presentes de las Partes con respecto al mandato – suponiendo que éste tenga todavía vigencia, pero sin prejuzgar la cuestión – para determinar en particular si suponen, para los demandantes, el derecho de exigir la ejecución en regla de las disposiciones relativas a la gestión del mandato y, para el demandado, la obligación de responder de la administración del mandato ante los demandantes, la Corte se debe situar en la época en que se instituyó el sistema de los mandatos y en que se redactaron los instrumentos de mandato. Debe tener en cuenta las condiciones reinantes en esa fecha, que es la fecha crítica, y de los propósitos que los interesados parecen haber tenido o que razonablemente puede atribuírseles teniendo en cuenta las condiciones. Los propósitos que habrían podido tener si el mandato hubiese sido redactado mucho más tarde, después de haberse conocido algunas circunstancias completamente imprevisibles en un principio, como la disolución de la Sociedad de las Naciones y sus secuelas, no tienen importancia al respecto. Esta es la única manera de apreciar correctamente los derechos de las Partes. Esta opinión tiene una confirmación en un fallo anterior de la Corte (*Rights of United States Nationals in Morocco, ICJ Reports, 1952, pág. 189*), según el cual, para averiguar el sentido de una noción jurídica en un contexto histórico, es preciso tener en cuenta la manera en que se comprendía originalmente esta noción en el contexto.

“18. En este examen no se debe tampoco dejar de tener en cuenta la naturaleza y la estructura jurídica de la Sociedad de las Naciones, institución dentro de la cual se organizó el sistema de los mandatos, porque el modo del funcionamiento del sistema, sus métodos, sus procedimientos y sus vías de recurso dependían inevitablemente de ella. Un elemento fundamental de esta naturaleza y de esta estructura jurídicas, que en cierto sentido regía todo lo demás, se enunciaba en el artículo 2 del Pacto: “La actividad de la Sociedad, como se define en el presente Pacto, se desarrollará por medio de una Asamblea y un Consejo con la asistencia de una Secretaría permanente”. Si la actividad de la Sociedad de las Naciones en su conjunto se desarrollaba así, lo mismo ocurría por supuesto en lo que se refiere a los Estados Miembros que, salvo disposición formal del Pacto en sentido contrario, no podían obrar individualmente de

FALLO SOBRE EL AFRICA SUDOCCIDENTAL

modo distinto por lo que concernía a los asuntos que dependían de la Sociedad.

“19. Como es sabido, el sistema de los mandatos tuvo por origen una decisión adoptada en la Conferencia de la paz que se celebró después de la guerra mundial de 1914 a 1918: los territorios coloniales respecto de los cuales, en virtud del artículo 119 del Tratado de Versalles, Alemania renunciaba a “todos sus derechos y títulos” en beneficio de las principales Potencias aliadas y asociadas no debían ser anexados por estas Potencias o por países vinculados con ellas, sino que debían ser situados en un régimen internacional, lo que permitiría aplicar a los pueblos de estos territorios considerados como “no capaces todavía de regirse a sí mismos” el principio proclamado en el Artículo 22 del Pacto, según el cual “el bienestar y el desarrollo de estos pueblos constituyen un encargo sagrado de civilización”.

“20. El régimen que, según el artículo 22 del Pacto, era el “método más eficaz para llevar a la práctica este principio” consistía en “confiar la tutela de estos pueblos a las naciones desarrolladas . . . que estén dispuestas a aceptarla”; el texto agregaba expresamente que estas naciones, actuando “en representación de la Sociedad”, “ejercerían esta tutela en calidad de mandatarios”. No se decía que los mandatos debían ser ejercidos, además o en su defecto, en representación de los Miembros de la Sociedad de las Naciones a título individual. Los mandatarios debían ser los agentes o fideicomisarios de la Sociedad de las Naciones, y no de cada uno de sus Miembros individualmente.

“21. La misma idea básica se expresa de nuevo en el tercer considerando del preámbulo del instrumento de mandato para el Africa Sudoccidental, donde se especifica que, al aceptar el mandato, el mandatario se había “comprometido a ejercerlo en representación de la Sociedad de las Naciones”. No se precisaba que el mandatario se comprometía efectiva o virtualmente a ejercer el mandato en representación de cualquier otro. A juicio de la Corte, se desprende de este considerando a) que el mandatario reconoció implícitamente que la Sociedad de las Naciones, obrando como entidad por intermedio de sus órganos competentes, tenía derecho a exigir la ejecución en regla de las disposiciones relativas a la gestión del mandato, y b) que el mandatario y el Consejo reconocieron implícitamente que el mandato tenía el carácter de régimen jurídico establecido en el marco de la Sociedad de las Naciones considerada como institución. No se reconoció en absoluto que se confería un derecho cualquiera por añadidura y de modo independiente a otra entidad, un Estado por ejemplo, ni que existiera un derecho cualquiera al margen o independientemente de la Sociedad de las Naciones considerada como institución; el mandatario no contrajo tampoco ningún compromiso a este respecto.

ESTUDIO DE LA SECRETARIA

“22. . . . En virtud de los párrafos 7 y 9 del artículo 22, cada mandatario debía “enviar al Consejo (de la Sociedad de las Naciones, con exclusión de cualquier otra entidad) una memoria anual sobre los territorios que (tenía) a su cargo” y se debía constituir una comisión permanente, denominada más tarde la Comisión Permanente de Mandatos, para “recibir y examinar” las memorias anuales y “dar al Consejo su opinión sobre todas las cuestiones relativas a la ejecución de los mandatos”. La Comisión Permanente de Mandatos solamente tenía esta función consultiva y el Consejo tenía solamente encomendada la función de vigilancia. La Comisión estaba compuesta por expertos independientes nombrados a título personal, que no representaban a un Miembro determinado ni al conjunto de los Miembros de la Sociedad de las Naciones.

“24. Estos eran, pues, los métodos, los únicos, previstos por el Pacto como “garantías” para el desempeño del encargo sagrado de civilización; se debían enunciar en el Pacto. Este no preveía ninguna garantía en forma de derecho conferido a cualquier Miembro de la Sociedad de las Naciones para exigir distinta e individualmente la ejecución en regla de los mandatos por los mandatarios, o bajo la forma de una obligación impuesta a cada mandatario de dar cuenta de su administración ante cada uno de los Miembros individualmente, y mucho menos en forma de un derecho a transmitir el asunto a la Corte.

“25. Esto es precisamente lo que cabía prever cuando el sistema de los mandatos formaba parte de las actividades de la Sociedad de las Naciones, es decir, de una entidad que funcionaba como institución. En un marco de este género, el mero hecho de pertenecer a la organización no crea derechos en sí: los derechos que los Estados miembros pueden legítimamente invocar deben derivar de las disposiciones concretas del instrumento constitutivo de la organización y de los demás instrumentos correspondientes en el contexto, y se deben regir por estas disposiciones. Este principio se aplica necesariamente a la cuestión de los derechos que los Estados miembros podían invocar respecto de un régimen que funcionaba en el marco de la organización como el que instauraba el sistema de los mandatos. Por este motivo, en este marco y en lo que se refería a la ejecución de las disposiciones de los mandatos relativas a la gestión, quedaba descartada la cuestión de los vínculos jurídicos entre los mandatarios y los demás Estados Miembros individualmente considerados. La competencia atribuida a los mandatarios por decisiones de la organización sólo podía crear vínculos jurídicos entre cada uno de ellos, como mandatario, y la organización. Los Estados Miembros de la organización sólo podían tener parte en la actividad administrativa mediante la participación en las labores de los órganos por cuyo intermedio podía obrar la Sociedad de las Naciones. Esta participación no les daba ningún derecho

FALLO SOBRE EL AFRICA SUDOCCIDENTAL

de intervención directa respecto de los mandatarios, lo cual era y siguió siendo una prerrogativa de los órganos de la Sociedad de las Naciones.

“26. No se desprende tampoco de ello que los Estados Miembros asistieran a los hechos como espectadores pasivos o impotentes, o que no tuvieran ningún medio de acción. Lejos de ello: como miembros de la Asamblea o del Consejo o de los dos, según el caso, podían someter al examen de estos órganos todas las cuestiones relacionadas con los mandatos de manera general o un mandato en particular y, por medio de su participación, podían ejercer influencia sobre el resultado. Las actas de la Asamblea y de los demás órganos de la Sociedad de las Naciones ponen de manifiesto que, en la práctica, los Estados Miembros han utilizado en gran medida esta facultad. Ahora bien, el hecho de ejercerla, siempre por intermedio de la Sociedad de las Naciones, no les daba ningún derecho propio de intervención directa. Revelaba más bien la inexistencia de un derecho de esa índole.

“28. Se estipula en el párrafo 8 del Artículo 22 del Pacto: “Si el grado de autoridad, de fiscalización o de administración que ha de ejercer el mandatario no ha sido objeto de un convenio anterior entre los Miembros de la Sociedad, el Consejo adoptará una decisión expresa sobre estas cuestiones”. Este párrafo ha sido reproducido textualmente en el cuarto considerando que el Consejo consignó en el preámbulo del mandato para el Africa Sudoccidental, para indicar la base sobre la cual aprobaba su resolución del 17 de diciembre de 1920 que enunciaba las disposiciones del mandato. De por sí, este hecho daba necesariamente por implícito que las condiciones del mandato no habían “sido objeto de un convenio anterior entre los Miembros de la Sociedad”. Sin embargo, el expediente contiene indicaciones según las cuales se consideraba entonces que “los Miembros de la Sociedad” entre los cuales se debía concertar un convenio en relación con los mandatos eran únicamente las cinco principales Potencias aliadas y asociadas que participaban en los trabajos de redacción, pero evidentemente esto sólo puede robustecer la opinión según la cual los Miembros de la Sociedad de las Naciones en general no eran considerados como directamente interesados por la elaboración de los mandatos; por lo demás, los antecedentes revelan que en realidad sólo recibieron informaciones sobre la materia en una fase muy tardía.

“30. El grupo de las principales Potencias aliadas y asociadas no tuvo la última palabra sobre la redacción del mandato. Intervino en último término el Consejo. Además de la inserción, ya mencionada del cuarto considerando del preámbulo, el Consejo introdujo en el preámbulo cierto número de modificaciones antes de aprobarlo. Una de estas modificaciones reviste interés a los efectos presentes. Según la última versión de la cláusula del mandato relativa a la

ESTUDIO DE LA SECRETARIA

jurisdicción, tal como fue aceptada por el Consejo y aprobada y adoptada para todos los mandatos, sólo el mandatario se comprometió a someter al arbitrio judicial cualquier controversia que surgiera entre él y otro Miembro de la Sociedad de las Naciones; en cambio, según la versión anterior, la jurisdicción de la Corte se habría hecho extensiva también a las controversias que le sometiera el mandatario como demandante, así como a las controversias que surgieran entre los demás Miembros de la Sociedad de las Naciones. El motivo de la modificación hecha por el Consejo guarda una relación directa con la condición de los Miembros de la Sociedad de las Naciones con respecto al mandato tal como se preveía. Este motivo era el hecho de que, como se ha advertido rápidamente, no era posible imponerles sin su consentimiento la obligación de someterse al arbitrio judicial. Huelga decir que, si se hubiese considerado que los Estados Miembros eran *partes* en el instrumento de mandato al igual que en un tratado, se habría considerado que por este mero hecho daban su consentimiento a cuanto contuviera el texto, comprendida la cláusula relativa a la jurisdicción. Manifiestamente, no fueron considerados como partes.

“31. Otro hecho que conviene señalar es que, como se ha dicho más arriba, el mandato contenía, lo mismo que los demás mandatos, una cláusula que subordinaba cualquier modificación de sus disposiciones a la autorización del Consejo (primer párrafo del Artículo 7), pero que exigía además el asentimiento de los Miembros de la Sociedad de las Naciones individualmente considerados. . . .

“32. La verdadera condición de los Miembros de la Sociedad de las Naciones respecto de los instrumentos de mandato era diferente. No eran partes en los mandatos, pero en una medida limitada y a ciertos efectos solamente estaban en condiciones de derivar derechos de ellos. Por no ser partes en los instrumentos de mandato, sólo podían derivar de ellos derechos conferidos sin equívoco, directa o implícitamente, pero de manera clara e ineluctable. La existencia de semejantes derechos no se podía presumir o fundar simplemente en una deducción o un postulado. Ahora bien, en el Artículo 22 del Pacto solamente se mencionaba a los mandatarios en relación con la ejecución de los mandatos respecto de los habitantes de los territorios bajo mandato y respecto de los órganos de la Sociedad de las Naciones. Los Miembros de la Sociedad de las Naciones, con excepción de las disposiciones de procedimiento del párrafo 8 relativas a la ausencia de un “convenio anterior”, sólo eran mencionados en este artículo con relación a una cuestión totalmente distinta: al final del párrafo 5, donde se estipulaba que los mandatarios garantizarían “igualmente a los demás Miembros de la Sociedad la igualdad de condiciones para los intercambios y el comercio”. Lo mismo se disponía en los instrumentos de mandato. Salvada la cláusula

FALLO SOBRE EL AFRICA SUDOCCIDENTAL

relativa a la jurisdicción, que será examinada más adelante, en los instrumentos sólo se hacía referencia a los Miembros de la Sociedad de las Naciones en sus disposiciones relativas a los intereses especiales. Sólo en relación con estos intereses, y en relación con ellos únicamente, se establecía un vínculo directo entre los mandatarios y los Miembros de la Sociedad de las Naciones individualmente considerados. En las disposiciones relativas a la gestión de los mandatos, sólo se hacía referencia a los mandatarios y, llegado el caso, al órgano competente de la Sociedad de las Naciones. Para estas disposiciones sólo se establecía el vínculo con la Sociedad de las Naciones o sus órganos.

“33. Por consiguiente, habida cuenta de los textos y de los instrumentos correspondientes y de la estructura de la Sociedad de las Naciones, en cuyo marco funcionaba el sistema de los mandatos, la Corte considera que, incluso en la época de la Sociedad de las Naciones, incluso como Miembros de la organización cuando ésta existía todavía, los demandantes, considerados individualmente como Estados, no tenían ningún derecho propio y autónomo que pudiera ser invocado independientemente o adicionalmente al derecho conferido a la Sociedad de las Naciones para reclamar, en el desarrollo de su actividad colectiva e institucional, la ejecución en regla del mandato de conformidad con el “encargo sagrado de civilización”. Este derecho incumbía exclusivamente a la Sociedad de las Naciones, para ser ejercido por sus órganos competentes. Cada Miembro de la Sociedad de las Naciones podía participar en el ejercicio colectivo e institucional de este derecho, mediante su participación en los trabajos de los órganos de la Sociedad y en la medida en que éstos tenían la facultad de obrar por sí mismos en el marco del sistema de los mandatos. Por tener el derecho a recurrir ante dichos órganos, derecho que han ejercido plenamente, los Miembros podían conseguir que las cuestiones relacionadas con los mandatos fuesen examinadas como las demás cuestiones comprendidas en la esfera de actividad de la Sociedad de las Naciones. Ahora bien, fuera de su participación en la actividad institucional de la organización como Miembros de ésta, no tenían, considerados individualmente como Estados, ningún derecho a velar por el desempeño del encargo sagrado de civilización y a erigirse así como curadores de los mandatos, en nombre propio y, menos todavía, como agentes autorizados para representar la Sociedad de las Naciones. Esta función correspondía a los órganos de la Sociedad de las Naciones.

“En otros términos, la situación era la siguiente: en el sistema de los mandatos y en el marco general de la Sociedad de las Naciones, los mandatarios sólo respondían de la gestión de los mandatos ante la Sociedad de las Naciones, en particular ante el Consejo; por lo

ESTUDIO DE LA SECRETARIA

demás, no eran responsables separadamente respecto cada uno de los Estados Miembros. Si se hubiese conferido individualmente a los Estados un derecho o interés jurídico, cada Miembro de la Sociedad de las Naciones se habría podido comunicar directamente con cada mandatario, sin servirse como intermediario del Consejo o de otro órgano competente de la Sociedad de las Naciones, para pedirle explicaciones o justificaciones sobre su administración y, de modo general, habría podido exigir de cada mandatario la ejecución en regla del mandato, según la opinión que se habría formado por sí mismo de que se requería al efecto.

“35. Es evidente que no existía ningún derecho de este género en el sistema de los mandatos como había sido previsto en los instrumentos correspondientes. Un derecho de esta índole habría tenido por efecto hacer a los mandatarios responsables respecto de cada uno de los Miembros de la Sociedad de las Naciones separadamente, sin lo cual se habría confundido con la facultad de participar normalmente en la actividad colectiva de la Sociedad de las Naciones en materia de mandatos. Ahora bien, la existencia de este derecho suplementario habría sido incompatible con el hecho de que la obligación impuesta a los mandatarios, tanto en virtud del Artículo 22 del Pacto como de la disposición de los instrumentos de mandato que en el caso del Africa Sudoccidental era objeto del artículo 6, consistía meramente en transmitir al Consejo informes que satisficieran a éste, y a éste únicamente. Habría sido sobremanera difícil imaginar esta situación tratándose de un sistema que, salvo algunas limitaciones, autorizaba a los mandatarios a escoger por sí mismos los medios para ejecutar su mandato; habría sido todavía más difícil imaginario en el caso de un mandato C, teniendo en cuenta la facultad de administrar el país “como parte integrante de su territorio”, facultad que se confería en especial, como ya se ha señalado, a todo mandatario que tuviera confiado un mandato de esta categoría.

“36. Las conclusiones precedentes no dependen de la cuestión de saber si se considera que la Sociedad de las Naciones tenía una personalidad jurídica análoga a la que la Corte reconoció a las Naciones Unidas en su opinión consultiva sobre la *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (ICJ Reports, 1949, pág. 174)*, o bien si se considera que la Sociedad de las Naciones constituía una colectividad de Estados que funcionaba de manera institucional y, como lo daba a suponer el Artículo 2 del Pacto, sólo podían ejercer sus derechos colectivos en lo que se refería a los asuntos comprendidos en la esfera de la acción de la Sociedad por intermediario de los órganos competentes de ésta y no al margen de ellos.”

FALLO SOBRE EL AFRICA SUDOCCIDENTAL

Extractos de algunas opiniones disidentes sobre la cuestión del derecho o interés jurídico de los demandantes

*Opinión del Sr. Wellington Koo, vicepresidente de la Corte*¹⁰

“Lamento no estar en condiciones de sumarme al fallo de la Corte que “llega a la conclusión de que no se puede considerar que los demandantes han demostrado la existencia, a su favor, de un derecho o interés jurídico en relación con el objeto de la presente demanda”. No puedo aceptar tampoco los motivos en los que se funda este fallo. . . .

“La principal cuestión que debe resolver el fallo dictado hoy es de nuevo la de saber si los demandantes en el presente asunto tienen un derecho o interés jurídico en relación con el objeto de la demanda. Se indica en el fallo que los demandantes no tienen un derecho o interés de esta índole en lo que se refiere a las disposiciones del mandato para el África Sudoccidental relativas a la gestión. A mi modo de ver, los principales argumentos aducidos como base de esta conclusión proceden en gran parte de la concepción de la tutela en derecho interno, con la limitaciones que ello implica en cuanto al concepto de contrato, de parte y de intereses.

“

“ . . . El derecho o interés jurídico de los Miembros de la Sociedad de las Naciones, considerados tanto individualmente como colectivamente por intermedio de la Asamblea, consistente en que los mandatarios cumplan con los mandatos nació con el sistema de los mandatos y era inherente a este sistema, como lo he demostrado más arriba, y se consignó una cláusula relativa a la jurisdicción en cada mandato, no para conferir este derecho o este interés, que por fuerza se daba ya por supuesto en el Artículo 22 del Pacto, sino para poner de manifiesto que los Miembros de la Sociedad de las Naciones lo tenían y para, llegado el caso, darles la posibilidad de invocar en último término la protección judicial del encargo sagrado de civilización.

“La conclusión anterior, según la cual los demandantes tienen un derecho o interés jurídico consistente en el cumplimiento de las obligaciones del mandato para el África Sudoccidental, es certera, como lo confirman el tenor y los términos del segundo párrafo del artículo 7, cuyo texto se cita más arriba.

“Como afirma en realidad el fallo, este derecho o interés no se limita a los intereses concretos o nacionales de los Estados Miembros de la Sociedad de las Naciones, considerados individualmente, por

¹⁰ *South West Africa, Second Phase, Judgment, ICJ Reports, 1966*, págs. 216 y 217, 219 y 220, 222 y 223, y 229.

ESTUDIO DE LA SECRETARIA

ejemplo, los mencionados en el artículo 5 del mandato para el Africa Sudoccidental, relativo a la libertad reconocida a los misioneros de "entrar, circular y residir en el territorio con objeto de desempeñar su ministerio". Los términos amplios, claros y generales de la disposición implican que el derecho o interés jurídico de los Miembros de la Sociedad de las Naciones tienen un contenido y un alcance que corresponden a las obligaciones contraídas por el mandatario en virtud del mandato; no se refieren únicamente a dicho artículo 5.

"Si se debiera interpretar el texto de manera tan limitada, se daría de él una interpretación manifiestamente incompatible con la expresión muy general "disposiciones del mandato". Si los autores del mandato hubiesen querido limitar así su sentido y tenor, habría sido muy sencillo reemplazar por "el artículo 5" la expresión "disposiciones del mandato" que figura en la cláusula compromisoria. En un proverbio chino se formula la pregunta siguiente: "¿Por qué vamos a escribir tanto sobre un tema tan exiguo?" Si los términos empleados en el segundo párrafo del artículo 7, por ejemplo "cualquier controversia" o las "disposiciones del mandato", tuvieran en realidad el fin y el alcance limitados que se pretende atribuirles en esta interpretación, la redacción de la cláusula compromisoria aparecería sin lugar a duda como extravagante. Ahora bien, es un hecho, como sabemos, que los proyectos de mandato B y C, que contenían en ambos casos una cláusula compromisoria idéntica, fueron estudiados durante varios meses por diversos órganos de la Conferencia de la Paz de París, en la que participaban eminentes hombres de Estado; me refiero, por ejemplo, a la Comisión Milner y al Consejo de jefes de las delegaciones acreditadas en París y luego por el Consejo de la Sociedad de las Naciones, todos los cuales eran órganos que se interesaban vivamente por la cuestión de los mandatos y por el sistema propuesto de los mandatos. En realidad, la mayoría de las principales Potencias mandatarias, por no decir todas, estaban representadas en el seno de estos organismos.

"Se recordará también que la observación hecha por la Corte en el fallo de 1962 para justificar su competencia, y según la cual la controversia es de aquellas a las que se aplica el artículo 7, se basa en el hecho de que los demandantes tienen el derecho o interés jurídico de que aquí se trata. Después de haber evocado la norma de interpretación fundada en el sentido natural y obvio de una disposición y de haberse referido al artículo 7 del mandato, que hace mención de "cualquier controversia, sea la que fuere" que surgiera entre el mandatario y otro Miembro de la Sociedad de las Naciones y fuera "relativa a la interpretación o a la aplicación de las disposiciones del mandato", la Corte declaró:

FALLO SOBRE EL AFRICA SUDOCCIDENTAL

Los términos empleados son amplios, claros y precisos; no dan lugar a ninguna ambigüedad y no autorizan ninguna excepción. Se refieren a cualquier controversia, sea la que fuere, relativa no a una o varias disposiciones concretas, sino "a las disposiciones" del mandato, entendiéndose con ello, a todas luces, el conjunto o una cualquiera de las disposiciones, tanto si versan sobre las obligaciones fundamentales del mandatario respecto de los habitantes del territorio o respecto de los demás Miembros de la Sociedad de las Naciones, o bien sobre la obligación del mandatario de someterse a la vigilancia de la Sociedad de las Naciones según las estipulaciones del artículo 6 o a la protección prevista en el artículo 7. (*ICJ Reports, 1962, pág. 343*).

"En realidad, es indudable que la opinión consultiva de 1950, al subrayar al mismo tiempo "el carácter esencialmente internacional de las funciones que tenía a su cargo la Unión Sudafricana" y el hecho de que, de conformidad con el artículo 7 del mandato, cualquier Miembro de la Sociedad de las Naciones podía plantear ante la Corte Permanente de Justicia Internacional cualquier controversia que le opusiera al Gobierno de la Unión en relación con la interpretación o la aplicación de las disposiciones del mandato, reconocía ya implícitamente la existencia de un derecho o interés jurídico de los Miembros de la Sociedad de las Naciones en la ejecución del mandato. Inclusive los dos únicos magistrados que se apartaron de la opinión de 1950 sobre la cuestión de la transferencia de las funciones de vigilancia de la Sociedad de las Naciones a la Asamblea General de las Naciones Unidas afirmaron que los Estados Miembros de la Sociedad de las Naciones tenían un interés jurídico con respecto a los obligaciones del mandatario. Así, lord McNair (entonces sir Arnold McNair) declaró:

Si bien no existe ya la Sociedad de las Naciones para velar por el ejercicio del mandato, sería un error creer que el mandatario no está sometido a ninguna vigilancia. Todos los Estados que formaban parte de la Sociedad de las Naciones en la época de su disolución siguen teniendo un interés jurídico en que el mandato sea desempeñado como conviene. Para esta vigilancia, se prevén en el mandato dos clases de mecanismo, un mecanismo *judicial*, basado en el derecho que el artículo 7 reserva en favor de todo Miembro de la Sociedad de las Naciones para citar obligatoriamente al mandatario ante la Corte Permanente, y un mecanismo *administrativo*, formado por los informes anuales y el examen de éstos por la Comisión permanente de Mandatos de la Sociedad de las Naciones. (*ICJ Reports, 1950, pág. 158*).

"El Sr. Read, en su opinión individual agregada a la misma opinión consultiva de 1950, puso todavía más de relieve la cuestión de los derechos de los Miembros de la Sociedad de las Naciones. Dijo lo siguiente:

"A partir de las consideraciones precedentes, es posible resumir la situación que se produjo después de la disolución de la

ESTUDIO DE LA SECRETARIA

Sociedad de las Naciones en lo que se refiere a la situación internacional del Africa Sudoccidental y de las obligaciones internacionales de la Unión que de ello emanan:

En primer lugar, el mandato ha subsistido con el conjunto de las obligaciones esenciales y positivas de la Unión.

“En segundo lugar, los *derechos y los intereses jurídicos* de los Miembros de la Sociedad de las Naciones en materia de mandatos han subsistido salvo una excepción importante: en el caso de los Miembros que no son partes en el Estatuto de la Corte, ha caducado su derecho a ejercitar una acción contra la Unión ante la Corte Permanente.”

“

“El hecho de que un solo caso, relativo a un presunto atentado contra los intereses concretos de un nacional, haya sido planteado ante la Corte Permanente de Justicia Internacional por un Miembro de la Sociedad de las Naciones durante los veinticinco años de existencia de la Sociedad en virtud de una cláusula de jurisdicción análoga al artículo 7 del mandato para el Africa Sudoccidental (art. 26 del mandato para la Palestina), y el hecho de que no se haya recurrido jamás a la Corte para recabar su protección y garantizar la ejecución en regla por una Potencia mandataria de las obligaciones fundamentales que le imponía un mandato atribuído respecto de los habitantes del territorio bajo mandato no prueba por fuerza que los Estados Miembros de la Sociedad de las Naciones no tuvieran, individualmente considerados, ningún derecho o interés jurídico en relación con estas obligaciones. He aquí lo que manifestó el Sr. Read en su opinión individual de 1950 sobre la obligación de la Unión Sudafricana de reconocer como obligatoria la jurisdicción de la Corte en caso de controversia relativa a la interpretación o a la aplicación de las disposiciones del mandato, en virtud del artículo 7 del acuerdo de mandato y del Artículo 37 del Estatuto, completado por el Artículo 94 de la Carta:

La importancia de estas disposiciones no se puede apreciar teniendo en cuenta la frecuencia de su aplicación. La mera existencia de un tribunal cuya competencia se reconoce como obligatoria basta para garantizar el respeto de las obligaciones jurídicas. (*ICJ Reports, 1950, pág. 169*).

“El derecho o interés jurídico de los Miembros de la Sociedad de las Naciones en la ejecución del mandato por el mandatario ha existido siempre, aunque parezca latente. Mientras la divergencia de opiniones sobre un asunto determinado entre el Consejo de la Sociedad de las Naciones y el mandatario – tanto si éste participaba en las deliberaciones a título especial o como miembro ordinario – seguía siendo objeto de negociaciones, y mientras persistía la posibilidad de llegar en definitiva a un acuerdo, no estaba justificado que un Estado Miembro recurriera a la acción judicial prevista en

FALLO SOBRE EL AFRICA SUDOCCIDENTAL

el segundo párrafo del artículo 7 del mandato. Así, la Comisión Permanente de Mandatos hizo en cada uno de los años 1926, 1927, 1929 y 1930 una objeción contra la declaración que figuraba en el preámbulo de un acuerdo entre la Unión Sudafricana y Portugal en relación con la frontera entre el territorio portugués de Angola y el territorio bajo mandato y según la cual “el Gobierno de la Unión Sudafricana, bajo reserva de las disposiciones del mandato, *tiene soberanía* sobre el territorio del Africa Sudoccidental” Como el Consejo había adoptado resoluciones sobre la base de los informes de la Comisión y la Potencia mandataria no había manifestado su aceptación, la Comisión siguió pidiendo con insistencia una respuesta. Finalmente, “la Unión Sudafricana, por carta de fecha 16 de abril de 1930, manifestó que aceptaba la definición de las atribuciones del mandatario expuesta en los informes del Consejo” (*ICJ Pleadings, 1950*, pág. 198). Sin embargo, si el mandatario hubiese mantenido su opinión, el Consejo habría obtenido de la Corte una opinión consultiva que hubiese confirmado que su interpretación estaba totalmente en armonía con el Pacto y con el acuerdo de mandato, y no habría sido imposible que un Estado Miembro de la Sociedad de las Naciones, invocando su derecho o interés jurídico en la ejecución de este mandato, hubiese presentado una acción a la Corte Permanente para obtener una decisión obligatoria sobre la cuestión jurídica planteada en la controversia con el mandatario. El hecho de que este derecho o interés jurídico sólo haya sido invocado en muy raras ocasiones no prueba en modo alguno que no haya existido.”

Opinión del magistrado Sr. Jessup ¹¹

“Si bien el fallo de la Corte reconoce que, por algunas de sus conclusiones finales, los demandantes solicitan “declaraciones” y que las conclusiones núms. 1 y 2 tienen este carácter, no por ello se deja de afirmar que:

La cuestión que se ha de resolver es la de saber si . . . los Miembros de la Sociedad de las Naciones, comprendidos los demandantes en el presente asunto, tenían individualmente e independientemente considerados un derecho o un interés jurídico – lo que es distinto de un interés político – que les autorice a reclamar la ejecución de las disposiciones de los mandatos relativas a la gestión.

Ahora bien, hay que determinar además si los demandantes tenían, individualmente considerados, el derecho de solicitar a la Corte una interpretación del mandato que les permitiera decidir, por ejemplo, si debían emplear procedimientos de carácter político para obligar al mandatario a obrar de un modo determinado. Los

¹¹ *South West Africa, Second Phase, Judgment, ICJ Reports, 1966*, págs. 423 a 425.

reglamentos establecidos después de la conclusión del Tratado de paz que puso fin a la primera guerra mundial pusieron a menudo énfasis en la existencia de una relación recíproca entre las funciones respectivas de la Corte Permanente de Justicia Internacional y los órganos políticos de la Sociedad de las Naciones. Así, en el Artículo 11 del Pacto se “declara que cualquier Miembro de la Sociedad tiene derecho, con carácter amistoso, a llamar la atención de la Asamblea o del Consejo sobre cualquiera circunstancia que, por su naturaleza, tienda a perturbar las relaciones internacionales y, por consiguiente, amenace perturbar la paz o el buen acuerdo entre las naciones, de los que depende la paz”. Según lo estipulado en el párrafo 1 del Artículo 34 de la Carta de las Naciones Unidas, los Miembros de las Naciones Unidas tienen un derecho comparable en “cualquiera situación” susceptible de conducir a fricción internacional. Supongamos ahora que un Estado Miembro de la Sociedad de las Naciones (o de las Naciones Unidas) haya considerado que la práctica del *apartheid* en el territorio bajo mandato del Africa Sudoccidental constituía una violación del mandato y podía perturbar “el buen acuerdo entre las naciones” – como ha ocurrido en efecto – o podía “conducir a fricción internacional” – lo cual es un hecho. Supongamos que, antes de llevar esta cuestión ante la Asamblea (o la Asamblea General), ese Estado Miembro haya querido obtener de la Corte Internacional una declaración que confirme con autoridad la exactitud de su interpretación del mandato. Ese Estado Miembro habría tenido ciertamente en este caso un interés jurídico habida cuenta del segundo párrafo del artículo 7 del mandato. La mera intención virtual de obrar de conformidad con el Artículo 11 del Pacto (o con el Artículo 35 de la Carta) justificaría la presentación de una demanda a la Corte y, desde el punto de vista jurídico, nada obliga a un demandante a precisar los motivos por los que quiere obtener esta información. Como la Corte manifestó en el asunto de la interpretación del Estatuto del *territorio de Memel*, puede ocurrir que se desee meramente una interpretación que pueda “servir de orientación en lo sucesivo”.

“El fallo acepta o rechaza algunas conclusiones con arreglo al criterio del carácter razonable. Ahora bien, la aplicación de este criterio no impide que se reconozca que, teniendo en cuenta que los derechos conferidos a los misioneros” por el artículo 5 pueden constituir, como se dice en el fallo, derechos relacionados con “intereses especiales” o pueden tener lo que denomina un “doble aspecto”, a los demandantes un derecho o interés jurídico que les permita presentar una solicitud relacionada con los misioneros y se les niegue un derecho o interés de esta índole en relación con la práctica de la *apartheid*. A mi juicio, es ésta una distinción enteramente artificiosa que, como ya he demostrado, los antecedentes relativos a la redacción del mandato no confirman en absoluto. Por

FALLO SOBRE EL AFRICA SUDOCCIDENTAL

el motivo de que los demandantes no han invocado expresamente el artículo 5 en sus escritos, el fallo les niega el derecho a obtener una declaración sobre la cuestión de saber si sigue en vigor el mandato, del que derivaría todo derecho de este género. En realidad, los demandantes basan su conclusión núm. 9 en el primer párrafo del artículo 7, en virtud del cual las disposiciones del mandato no se pueden modificar sin la autorización del Consejo de la Sociedad de las Naciones; ahora bien, el fallo les niega el derecho de saber si la acción unilateral del mandatario bastaría para poner fin incluso a los derechos que les reconoce el artículo 5, aunque afirma que "no está justificado averiguar" si habría sido necesario el asentimiento de los Estados Miembros interesados. El fallo no precisa si el asentimiento de la cada uno de los Miembros sería necesario para poner fin a una cláusula de procedimiento. Cuando se tienen en cuenta los antecedentes de la redacción del mandato y la íntima relación recíproca que existe entre los dos párrafos del artículo 7, parece de nuevo enteramente artificioso adoptar la posición siguiente: se acepta la decisión adoptada en 1962 por la Corte en cuanto al mantenimiento en vigor, en una forma u otra, del segundo párrafo del artículo 7; ahora bien, el derecho, que subsiste, a recurrir ante la Corte no autoriza a los demandantes a saber si, a juicio de la Corte, el primer párrafo del artículo 7 sigue estando en vigor; sin embargo, si no lo está, el mandatario podría denunciar igualmente el segundo párrafo del artículo 7 y rehusar a los demandantes el ínfimo, derecho, reconocido por el fallo de la Corte, a presentar sus peticiones y a enterarse de que la Corte es competente. Pero, ¿para qué es competente? Según el fallo, es competente para afirmar que la Corte no puede tramitar las demandas, porque los demandantes no tienen ningún derecho o interés jurídico.

"Cuando el fallo da a entender que el interés de los demandantes, teniendo en cuenta por ejemplo la práctica de *apartheid* en el territorio bajo mandato del Africa Sudoccidental, es exclusivamente político y no jurídico, se hace eco de la opinión disidente común de 1962. En la página 466 de esta opinión se afirma que, en relación con una cuestión de competencia, un tribunal debe, por regla general, "apartar de su consideración todas las cuestiones relacionadas con el fondo del asunto", pero que:

Un tribunal, al examinar los aspectos jurisdiccionales de un asunto, puede legítimamente tener en cuenta un factor que es fundamental para la competencia de un tribunal cualquiera que éste sea, a saber, si las cuestiones de fondo que se plantean pueden ser por su naturaleza objeto de una decisión jurídica objetiva.

"Los autores afirman luego que la principal cuestión de fondo consistiría en saber si el mandatario ha violado las obligaciones que le impone el artículo 2 del mandato. Llegan a la conclusión - de

carácter provisional, es cierto — de que los problemas sometidos a la Corte requieren ser apreciados en un foro técnico o político, pero que esta tarea “no parece en absoluto ser una tarea judicial”. Decir que la interpretación del artículo 2 del mandato constituye una tarea más bien política que jurídica es en realidad otro modo de afirmar, como se hace en el presente fallo, que los demandantes tienen un interés político y no jurídico en lo que se refiere a la interpretación o a la aplicación del artículo 2. Considerada desde esta perspectiva, la cuestión versa sobre la posibilidad de presentar un recurso judicial y requiere, por consiguiente, un examen de los criterios que la Corte puede aplicar para desempeñar esta misión. En la hipótesis de que no corresponda al juez determinar si la práctica de la *apartheid* en el territorio bajo mandato del Africa Sudoccidental acrecienta “el bienestar material y moral, así como el progreso social de los habitantes del territorio”, convendría por lo menos rechazar la conclusión núm. 3 de los demandantes.”

*Opinión del magistrado Sr. Padilla Nervo*¹²

“He votado contra la decisión de la Corte, porque estoy persuadido de que ha quedado probado de modo incontrovertible que los demandantes tienen un derecho o interés jurídico en relación con el objeto de las demandas, a saber, el desempeño por el mandatario del encargo sagrado de civilización, que debe derivar de la ejecución de las obligaciones enunciadas en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones y en el mandato para el Africa Sudoccidental alemana.

“Por otra parte, en virtud del artículo 7 del mandato, instrumento que es “un tratado o convención vigente” a los efectos del Artículo 37 del Estatuto, los demandantes tienen derecho a someter a la Corte Internacional de Justicia la controversia que les opone al demandado.

“No se plantea en el caso presente un asunto ordinario, sino un asunto *sui generis* que tiene consecuencias de gran alcance en los planos jurídico, social y político. Desde el principio, este asunto ha revelado ser complejo, difícil y objeto de controversia, como se desprende del hecho de que la presente decisión de la Corte, de la cual me disocio fundamentalmente, se base en una mayoría *técnica* o *estatutaria* que deriva de la emisión por el presidente de su voto decisivo, de conformidad con el párrafo 2 del Artículo 55 del Estatuto de la Corte, concebido en los siguientes términos:

1. Todas las decisiones de la Corte se tomarán por *mayoría* de votos de los magistrados presentes.

¹² *South West Africa, Second Phase, Judgment, ICJ Reports, 1966, págs. 443, 452 y 453.*

FALLO SOBRE EL AFRICA SUDOCCIDENTAL

2. En caso de *empate*, decidirá el voto del Presidente o del magistrado que lo reemplace. (Subrayamos nosotros.)

“La Corte sólo ha examinado una cuestión: ¿tienen los demandantes un interés jurídico en relación con el objeto de la demanda? A este respecto, la Corte ha observado:

que no se puede considerar que los demandantes hayan demostrado la existencia, a su favor, de un derecho o interés jurídico en relación con el objeto de la presente demanda; por consiguiente, la Corte debe negarse a tramitarlas. Por estos motivos, la Corte decide rechazar las demandas del Imperio de Etiopía y de la República de Liberia.

“A mi juicio, la Corte ha llegado a esta decisión porque ha partido de una hipótesis injustificada respecto de los propósitos presuntos de los autores del Pacto y del sistema de los mandatos en 1919, así como de un análisis y de una *interpretación* de estos instrumentos que emanan de la hipótesis adoptada, que ha servido de base o de premisa al examen y al razonamiento de la Corte. Este modo de proceder ha conducido a la Corte a la presente decisión.

“El fondo ha sido expuesto y comentado ante la Corte en los escritos y en los informes de las Partes en la presente instancia.

“Este procedimiento ha consumido mucho tiempo, esfuerzos y dinero y la Corte dispone de todos los elementos que necesita para formarse una opinión motivada y decidir el fondo de la demanda.

“Esto es lo que la Corte debería haber hecho a mi juicio, y la mayoría no habría debido limitar y circunscribir el ámbito del procedimiento contencioso fundamental a la estrecha cuestión del derecho o interés jurídico.

“Es imposible desconocer que el problema de la situación del territorio bajo mandato del Africa Sudoccidental es el problema internacional más explosivo planteado en el mundo después de la segunda guerra mundial; la cuestión de saber si la política oficial de *apartheid* practicada en el territorio es o no compatible con los principios y las disposiciones jurídicas enunciadas en el Pacto, en el mandato y en la Carta de las Naciones Unidas requiere una respuesta de la Corte, que, en la fase actual, se ocupa del asunto a fondo.

“En el curso de este procedimiento de una duración excepcional, la Corte ha oído y estudiado los argumentos presentados por las Partes adversas como base de sus *conclusiones*, respecto de las cuales la Corte debía de adoptar una decisión. Sin embargo, la mayoría de la Corte ha considerado oportuno no hacerlo y ha hecho así inútil una declaración sobre las cuestiones principales porque “no se puede considerar que los demandantes hayan demostrado la existencia, a su favor, de un derecho o interés jurídico en relación con el objeto de la presente demanda”.

ESTUDIO DE LA SECRETARIA

“.....
“Considero que el interés jurídico de los demandantes en que el mandatario desempeñe las obligaciones impuestas por el mandato deriva no sólo del espíritu, sino también de los términos del Pacto y del mandato y que se define expresamente en el segundo párrafo del artículo 7.

“.....”

*Opinión del magistrado Sr. Isaac Forster*¹³

“.....
“He aquí lo que ocurre: la misma Corte que en 1950, 1955 y 1956 emitió las tres opiniones mencionadas, la misma que en 1962 dictó el fallo que afirmaba su competencia para entender en el fondo del asunto de la controversia, esta Corte declara ahora que la demanda es inadmisibile y la rechaza ¡porque Etiopía y Liberia no tienen ningún interés jurídico en la acción!

“¡No alcanzo a comprenderlo!

“No quiero hacer caso omiso del antiguo proverbio: “Sin interés, no hay acción”, pero apenas puedo creer que en este proceso relacionado con la interpretación y la ejecución de un mandato internacional, inspirado por los sentimientos altruistas de la época, el interés jurídico se ajuste al molde de la estrecha concepción clásica del interés jurídico personal del Estado demandante.

“El requisito de un interés personal es, sin duda, la norma; pero no hay norma sin excepción. Existe, en derecho internacional, un interés jurídico que, en ciertos casos, puede ser netamente distinto del interés estrictamente personal del Estado demandante. Hallo, por ejemplo, una prueba de ello en la Convención para la prevención y la represión del delito de genocidio. He aquí lo que decía la Corte Internacional de Justicia en una opinión del 28 de mayo de 1951:

En una convención de esta índole, los Estados contratantes no tienen intereses propios; tienen sólo, colectiva e individualmente, un interés común, el de obrar por los fines superiores que son la razón de ser de la convención. Se deduce de ello que, en el caso de una convención de este tipo, no cabe referirse a las ventajas o desventajas de los Estados, ni tampoco a la necesidad de mantener un exacto equilibrio contractual entre los derechos y las obligaciones. En virtud de la voluntad común de las partes, la consideración de los fines superiores de la Convención es el fundamento y la medida de todas las disposiciones que contiene.

“Así, pues, el concepto de interés jurídico distinto del interés personal del Estado demandante no es desconocido en derecho internacional. Se enuncia inclusive claramente en algunos tratados

¹³ *South West Africa, Second Phase, Judgment, ICJ Reports, 1966*, págs. 478 a 480.

FALLO SOBRE EL AFRICA SUDOCCIDENTAL

de protección internacional de minorías concertados después de la guerra mundial de 1914 a 1918. Figura en ellos en forma de cláusula de reconocimiento de una jurisdicción obligatoria que convierte en controversia internacional cualquier divergencia de opiniones sobre cuestiones de derecho o de hecho que se planteen en relación con su aplicación entre el Estado de la minoría y cualquier Potencia que sea miembro del Consejo de la Sociedad de las Naciones. No se requería en absoluto que esta Potencia, miembro del Consejo de la Sociedad de las Naciones, fuera parte contratante del tratado de minorías y no se requería tampoco que tuviera un interés jurídico propio. Bastaba que recurriera a la Corte en el interés general de una exacta aplicación del régimen.

“Nos hallamos, a mi juicio, en el mismo ambiente. En interés de los pueblos indígenas se instituyó el mandato para el Africa Sudoccidental alemana; las estipulaciones esenciales que contiene no persiguen otro objetivo que el de “acrecentar el bienestar material y moral, así como el progreso social de los habitantes del territorio”. El mandato no se concertó para favorecer los intereses de los Estados Miembros de la Sociedad de las Naciones, ni los de la Sociedad de las Naciones. Fue concertado para favorecer los intereses de los pueblos indígenas que eran todavía incapaces de gobernarse a sí mismos. Se confirió un “encargo sagrado”, dado y aceptado sin contrapartida ventajosa para el mandante o para el mandatario. Estamos totalmente en la esfera del altruismo. Ahora bien, los beneficiarios de las generosas disposiciones del mandato, a saber, los indígenas del Africa Sudoccidental, no están en condiciones de comparecer ante la Corte Internacional de Justicia, porque no forman todavía un Estado soberano. No disfrutaban tampoco de una nacionalidad que les sitúe bajo la autoridad de un Estado que pueda dirigirse a nosotros para la protección de sus nacionales. En estas circunstancias, ¿qué norma imperativa nos impide, al examinar la admisibilidad de la demanda, que tomemos igualmente en consideración, como en materia de protección internacional de las minorías, el principio del interés general de una exacta aplicación del régimen de mandato? Etiopía y Liberia eran Miembros de la Sociedad de las Naciones; ¿no se puede decir ahora que el interés jurídico consiste en el interés que cualquier Miembro tiene a hacer cumplir un convenio elaborado en el seno de una Sociedad de la que formaba parte? Si en el mandato para el Africa Sudoccidental no se hallan, es cierto, términos absolutamente idénticos a los empleados en la cláusula sobre reconocimiento de una jurisdicción como obligatoria que figura en los tratados de protección internacional de las minorías a que hice alusión, vemos por lo menos en el párrafo 2 del artículo 7 la disposición siguiente:

El mandatario acepta que cualquier controversia, sea la que fuere, que surja entre él y otro Miembro de la Sociedad de las Naciones en relación

ESTUDIO DE LA SECRETARIA

con la interpretación o la aplicación de las disposiciones del mandato y que no pueda ser resuelta por medio de negociaciones, sea sometida a la Corte Permanente de Justicia Internacional (ahora, a la Corte Internacional de Justicia), cuya institución se prevé en el artículo 14 del Pacto de la Sociedad de las Naciones.

“Contrariamente a la opinión de la mayoría de la Corte, estoy personalmente persuadido de que esta disposición autorizaba a la Corte a declarar admisibles las demandas de Etiopía y de Liberia que, por haber sido Miembros de la Sociedad de las Naciones, siguen teniendo un interés jurídico en que el mandatario cumpla con sus compromisos, mientras se mantiene en el Africa Sudoccidental. Me cuesta creer, como lo considera la mayoría, que el párrafo 2 del artículo 7 del mandato, relativo al recurso a la jurisdicción internacional, sólo se refería a las controversias relacionadas con los intereses individuales de los Estados con respecto a las materias objeto del artículo 5. No puedo aceptar que los autores de un mandato, cuyo objeto esencial (por lo demás, altruista) es acrecentar por todos los medios al alcance del mandatario el bienestar material y moral, así como el progreso social de los habitantes del territorio, sólo hayan pensado, egoístamente, en el interés jurídico individual de los Estados Miembros en caso de recurso a la justicia internacional, perdiendo así, en el artículo 7, el impulso generoso que les movía al principio. Esta actitud estaría en pugna con el contexto y con el mismo texto, que dispone:

cualquier controversia, sea la que fuere, que surja entre él (el mandatario) y otro Miembro de la Sociedad de las Naciones en relación con la interpretación o la aplicación de las disposiciones del mandato, etc.

“Entiendo, pues, que son enteramente admisibles las demandas de Etiopía y de Liberia.

“Entiendo, pues, que la Corte debería examinar los agravios formulados por los demandantes y manifestar y decidir luego si responden o no a la realidad.

“La Corte debería manifestar, en términos categóricos, si la Unión Sudafricana, mandataria, ha cumplido con acierto y a conciencia con las obligaciones emanadas del mandato.

La Corte ha decidido que los demandantes no tenían un derecho o interés jurídico que les autorizara a reclamar la ejecución de las disposiciones del mandato; por consiguiente, no tuvo que examinar otros dos aspectos del asunto, a saber:

1. ¿Se ha acabado el mandato, o sigue éste en vigor?
2. ¿Es la política de *apartheid* aplicada por el mandatario en el territorio bajo mandato una violación de las estipulaciones del mandato?

Ello no obstante, las opiniones disidentes comprenden también algunas apreciaciones sobre estos aspectos del asunto.

D - ¿Se ha acabado el mandato?

*Opinión del magistrado Sr. Jessup*¹⁴

“Se ha aducido otro argumento que, de estar fundado, probaría la existencia del derecho de los demandantes a ejercitar una acción en virtud del segundo párrafo del artículo 7 del mandato. En la primera de las conclusiones finales que su agente leyó ante la Corte, el 5 de noviembre de 1965, el demandado afirmó:

Que el mandato para el Africa Sudoccidental en su conjunto se extinguió con ocasión de la disolución de la Sociedad de las Naciones y que, por consiguiente, el demandado no está sometido a ninguna de las obligaciones jurídicas emanadas del mandato.

“Se ha señalado ya que ninguno de los pretendidos “hechos nuevos” mencionados por el demandado no llevaría a la Corte a volver sobre el punto de vista que ha adoptado desde 1950, a saber, que el mandato no se extinguió con ocasión de la disolución de la Sociedad de las Naciones. A este respecto, la Corte fue unánime en 1950, y en 1955 y 1956 no se expresó ninguna opinión contraria. Además, como la Corte precisó en su opinión consultiva de 1950 y lo recordó en su fallo de 1962, sigue siendo cierto que:

Si el mandato hubiera dejado de existir, como pretende el Gobierno de la Unión, la autoridad de ésta habría dejado igualmente de existir. Nada autoriza a conservar los derechos derivados del mandato y a rechazar las obligaciones que emanan de él. (*ICJ Reports, 1962, pág. 333*).

“En el curso de la presente fase del asunto, el demandado ha procurado solventar esta dificultad y ha hecho valer que, con respecto al Africa Sudoccidental, tenía un título basado en la conquista. El 27 de mayo de 1965 el abogado del demandado declaró (C.R. 63/39, pág. 37): “El demandado pretende que la naturaleza jurídica de su derecho es la que se reconoce en derecho internacional como la dimanante de una conquista militar”. Es dudoso que el demandado haya atribuido mucha importancia a este argumento que, de todas maneras, carece de todo fundamento jurídico.

“Es un lugar común decir que el derecho internacional no reconoce ningún título fundado en la conquista militar. Bastará citar un pasaje del tratado de *Oppenheim* (revisado por Lauterpacht, 8ª ed., vol. I, pág. 567):

La conquista sólo es un modo de adquisición si el conquistador, después de haberla asegurado con firmeza, se anexiona oficialmente el territorio.

¹⁴ *South West Africa, Second Phase, Judgment, ICJ Reports, 1966, págs. 413 y 419.*

ESTUDIO DE LA SECRETARIA

La anexión tiene por efecto que el Estado enemigo deje de existir; por consiguiente, pone término a la guerra. Esta manera de concluir la guerra se denomina sumisión y, por ello, la conquista seguida por la sumisión, y no la conquista únicamente, crea un título y constituye un modo de adquisición de territorio. Sin embargo, es muy corriente referirse al título basado en la conquista, y todo el mundo entiende con ello la sumisión después de la conquista. Pero es necesario precisar que, si un beligerante conquista una parte del territorio enemigo y obliga luego en el tratado de paz a que el Estado vencido le ceda el territorio así conquistado, que el modo de adquisición no es la sumisión, sino la cesión.

“Ahora bien, es notorio que Alemania no cedió el Africa Sudoccidental a Sudáfrica y que ésta no conquistó la totalidad del territorio alemán.”

E – ¿Es la política de apartheid aplicada por el mandatario una vulneración de las estipulaciones del mandato?

*Opinión del magistrado Sr. Forster*¹⁵

“No es ninguna maniobra política ni es tener exclusivamente en cuenta un ideal moral humanitario investigar si la política del mandatario vulnera las disposiciones del mandato objeto del litigio, porque la apreciación de todos los medios (comprendidos los medios políticos) empleados en la ejecución del mandato es asunto de la competencia del juez que entiende en la violación de las obligaciones emanadas del mandato. El juez desempeña su misión cuando declara, de modo afirmativo o negativo, si la política de *apartheid* que inspira la legislación y los reglamentos aplicados en el territorio bajo mandato del Africa Sudoccidental conduce al objetivo definido en el párrafo 2 del artículo 2 del mandato. Ocurre inclusive que en la actualidad el juez es el único que puede hacerlo, porque el mandatario se niega con obstinación a aceptar cualquier fiscalización internacional.

“El silencio que la Corte Internacional de Justicia guarda sobre la conducta del mandatario desconcierta cuando se tiene presente que, en un fallo anterior de 1962, la Corte afirmó su competencia para conocer del fondo de la controversia. La Corte se niega ahora a aceptar la demanda de Etiopía y de Liberia, por considerar que los demandantes no tienen ningún interés jurídico en la materia. Reitero aquí mi convicción de que la concepción clásica del interés jurídico individual no es la sola y única concepción aceptable, y de que no es necesariamente aplicable en este proceso, surgido en

¹⁵ *South West Africa, Second Phase, Judgment, ICJ Reports, 1966*, págs. 481 a 483.

FALLO SOBRE EL AFRICA SUDOCCIDENTAL

relación con la interpretación y la ejecución de un mandato internacional cuyas estipulaciones tienden a favorecer, no a los Estados que las han suscrito, sino a pueblos africanos que no tienen acceso a nuestro recinto porque no forman todavía un Estado. Por lo demás el interés jurídico no tiene la apariencia de un dogma nítido. Jurisconsultos eminentes que se han ocupado de la materia han tenido que confesar en ocasiones: "Ahora bien, la noción de interés es en sí imprecisa y multiforme . . ." (Paul Cuhe, ex decano de la Facultad de Derecho de Grenoble, y Jean Vincent, profesor de la Facultad de Derecho y de Ciencias Económicas de Lión, *Précis Dalloz, Procédure civile et commerciale*, 12ª ed., 1960; pág. 19).

"Si la Corte hubiese aceptado llevar un poco más allá el examen a fondo, habría comprobado la multiplicidad de los obstáculos con que se enfrenta el hombre de color y que le impiden el paso en todas las esferas de la actividad social. ¿Hay barreras? Las hay infinitas: para el ingreso en los empleos, para el acceso a la formación profesional, en las condiciones de residencia y de libre circulación. Hasta en el culto religioso se levanta la barrera de color en la iglesia y en el momento de recibir la sagrada comunión.

"A mi juicio, diseminar los obstáculos y multiplicar las barreras no puede contribuir a "acrecentar el bienestar material y moral, así como el progreso social de los habitantes del territorio . . ." Al contrario, ello equivale, manifiestamente, a violar el párrafo 2 del artículo 2 del mandato."

*Opinión del magistrado Sr. Padilla Nervo*¹⁶

"Decir que la política de *apartheid* es el único medio para evitar el caos y que los pueblos del Africa Sudoccidental no pueden constituir una unidad política y regirse como un solo Estado no justifica la política oficial de discriminación fundada en la raza, el color o la calidad de miembro de un grupo tribal.

"En el párrafo 3 del Artículo 22 del Pacto no se presuponía que los pueblos de estos territorios vivirían en el inmovilismo. Debían pasar por etapas transitorias de desarrollo y, por consiguiente, era inconcebible que los mandatos, o un mandato determinado, tuvieran un carácter estático e inmutable; una transformación tenía que producirse por fuerza a medida que los pueblos progresaban o pasaban de un estadio de desarrollo al siguiente. ¿Se hallan los pueblos del Africa Sudoccidental en la misma fase de desarrollo que hace cincuenta años?

"¿Acaso no ha cambiado la situación económica del territorio? Se estipula en el segundo párrafo del artículo 2 del mandato:

¹⁶ *South West Africa, Second Phase, Judgment, ICJ Reports, 1966*, págs. 467 a 470.

ESTUDIO DE LA SECRETARIA

El mandatario, utilizando todos los medios a su alcance, acrecentará el bienestar material y moral, así como el progreso social de los habitantes del territorio sometido al presente mandato.

“Incluso si se considera la situación geográfica teniendo en cuenta el alejamiento respecto de los centros de civilización, y el alejamiento es una idea sumamente relativa, ¿puede decirse que el Africa Sudoccidental está ahora tan alejada de los centros de civilización como hace cincuenta años?

“No puedo aceptar que, en relación con la interpretación y la aplicación de las disposiciones del mandato, la competencia de la Corte sea limitada y restringida por los términos estrictos del segundo párrafo del artículo 7 y que la Corte no sea competente para examinar la cuestión de la existencia y el carácter aplicable de una “norma” o de un “criterio” de comportamiento internacional en materia de no discriminación. A mi juicio, la competencia de la Corte no es limitada ni restringida en la materia.

“La Corte no puede ver con indiferencia el hecho de que el mandato se ejerza en las condiciones y circunstancias que existen en 1966, en una época en que la conciencia moral y jurídica del mundo, así como los actos, las decisiones y las actitudes de la colectividad internacional organizada, han enunciado principios y establecido normas de derecho que en 1920 no existían del mismo modo o no se imponían con tanto vigor. La Corte no puede desconocer que “el principio de no discriminación ha sido reconocido internacionalmente con la mayor solemnidad posible” (Jenks).

“Desde la lejana época de la elaboración de los mandatos, la colectividad internacional ha aprobado importantes instrumentos que la Corte debe tener naturalmente en cuenta, entre ellos la Carta de las Naciones Unidas, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, así como muchas resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad, todos los cuales son instrumentos que en el caso presente tienen importancia para la interpretación y la aplicación de las disposiciones del mandato. Todos estos instrumentos confirman la obligación de estimular el respeto por los derechos del hombre.

“Se ha dicho, en términos bastante moderados, que la política sudafricana de discriminación racial no parecía compatible con las obligaciones que emanan de la Carta.

“La Corte debe tener en cuenta todos estos elementos para determinar si ha habido una violación del derecho internacional o de la obligación impuesta al demandado por el mandato, como lo interpreta la Corte.

“Hay casos en que, por falta de normas consuetudinarias, se

FALLO SOBRE EL AFRICA SUDOCCIDENTAL

permite aplicar normas y criterios que derivan de ciertos principios jurídicos no controvertidos. Los principios formulados en la Carta de las Naciones Unidas tienen indiscutiblemente este carácter.

“Las resoluciones de la Asamblea General se basan en el reconocimiento universal de los principios enunciados en la Carta y en la necesidad, de orden internacional, de velar por que estos principios se lleven debidamente a la práctica, como han de serlo en las acciones de los Estados.

“Como órgano de las Naciones Unidas, la Corte tiene que cumplir las disposiciones de la Carta relativas a los “propósitos y principios”, que se aplican de modo general a las Naciones Unidas en su conjunto y, por ende, a la Corte, porque ésta es uno de los órganos principales de las Naciones Unidas y porque su Estatuto forma parte integrante de la Carta. Rosenne hace observar lo siguiente:

En general, está fuera de duda que las relaciones mutuas entre los órganos principales se deben basar en el principio general según el cual estos órganos deben cooperar para realizar los objetivos de las Naciones Unidas.

Por su parte, el Sr. Azevedo ha dicho: “La Asamblea General conserva un derecho de vigilancia sobre todas las cuestiones relacionadas con las Naciones Unidas.” Se ha reconocido también que:

La Corte debe cooperar para realizar los objetivos de las Naciones Unidas y procurar que se hagan efectivas las decisiones de los demás órganos principales y que no se llegue a resultados que serían ineficaces.

“La cuestión de saber si el demandado ha desempeñado las obligaciones que le incumben en virtud del segundo párrafo del artículo 2 es un hecho sociológico que debe ser evaluado e interpretado según los principios, las normas y los criterios aceptados en el momento actual por la abrumadora mayoría de los Estados Miembros de las Naciones Unidas, como no han dejado de ser enunciados a lo largo de muchos años en las resoluciones y las declaraciones correspondientes de la Asamblea General y de otros órganos de la colectividad internacional, de conformidad con las disposiciones contractuales obligatorias de la Carta.

“Se podría sostener que la decisión definitiva sobre esta cuestión tiene un carácter político y debe ser apreciada por la Asamblea General, que debe estar satisfecha del modo en que el mandatario administra el territorio dotado de un estatuto internacional, porque la Asamblea es actualmente el órgano encargado de la vigilancia. A mi juicio, la Corte debería por lo menos decir si una política de discriminación racial está en armonía con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas y es compatible con los principios de igualdad y de no discriminación por consideraciones

ESTUDIO DE LA SECRETARIA

de raza o de color, que la colectividad internacional enuncia y acepta.

“Los argumentos y los testimonios aducidos por el demandado con objeto de atribuir un carácter político a las múltiples resoluciones sobre el Africa Sudoccidental aprobadas por la Asamblea General a lo largo de los últimos veinte años y la queja según la cual estas resoluciones obedecerían a motivaciones políticas ponen bien de manifiesto que la Corte tiene la obligación de reconocer la importancia y la autoridad de estas resoluciones de la Asamblea General como normas y criterios generalmente aceptados por los Estados Miembros de la organización internacional.

“La Corte debe reconocer también que estas decisiones corresponden a interpretaciones acertadas y razonables de la Carta, de la cual derivan las normas y los criterios jurídicos internacionales que prohíben la discriminación racial y exigen el respeto de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales.

“Muchas actividades de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad, en particular las que se refieren al problema del Africa Sudoccidental, guardan relación, por su naturaleza política, con el mantenimiento de la paz internacional, cuestión que es también de la competencia de la Corte, que tiene por misión la solución pacífica de las controversias internacionales.

“A causa de estas actividades y bajo la influencia de factores políticos, surgen nuevas normas y criterios jurídicos.

“Al examinar la estrecha interdependencia que existe entre los factores políticos y jurídicos en la evolución de cada una de las ramas del derecho internacional, Rosenne ha hecho algunas observaciones que considero oportuno citar:

Esta interdependencia explica el cuidado con que se efectúa la elección de los miembros de la Corte. . . Pero esta interdependencia va más lejos. Explica los conflictos ideológicos que se plantean en la actualidad en torno a la Corte. (Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, vol. I, pág. 4).

La Carta de las Naciones Unidas y el carácter urgente de los problemas internacionales actuales y de las aspiraciones que se manifiestan en el plano internacional han orientado la acción de la sociedad internacional organizada por nuevos caminos. . . La atmósfera intelectual en la que se debe aplicar hoy el derecho internacional se ha modificado, de suerte que el carácter de la Corte, que es el órgano encargado de aplicar el derecho internacional, se modifica igualmente. (*Ibid.*, págs. 5 y 6).

“Rosenne hace observar también que, a causa de las actividades de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad, estas transformaciones afectan directamente a la Corte.

“Sean cuales fueran las conclusiones que se pueda sacar de estas actividades, es evidente que su importancia considerable se

FALLO SOBRE EL AFRICA SUDOCCIDENTAL

debe a que la colectividad internacional actual está decidida, en su casi totalidad, a luchar para poner fin al colonialismo y al racismo.

“A mi juicio, la Corte debería tener en cuenta este acuerdo general.

“La Asamblea General, como órgano principal de las Naciones Unidas, puede discutir “cualesquier asuntos o cuestiones dentro de los límites de esta Carta” (Art. 10) y, en particular, toda cuestión “relativa al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales” (Art. 11), así como “recomendar medidas para el arreglo pacífico de cualesquiera situaciones . . . resultantes de una violación de las disposiciones de esta Carta que enuncian los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas”; en el ejercicio ordinario de estas funciones y poderes, ha aprobado muchas resoluciones relativas a la situación del Africa Sudoccidental, resoluciones que tienen el carácter de normas de conducta, de criterios o de normas generalmente aceptadas que condenan como contrarias a la Carta, al Pacto y al mandato la “discriminación racial” y las violaciones de los “derechos del hombre y de las libertades fundamentales”.

“No se puede invocar legítimamente ningún principio de derecho internacional general que se oponga al objetivo esencial y al fundamento de las obligaciones jurídicas que derivan de la mera existencia del Pacto, del sistema de los mandatos y de la Carta de las Naciones Unidas.

“Las resoluciones de la Asamblea General aprobadas antes de 1960, fecha de la presentación de las demandas, son la expresión virtualmente unánime de la firme oposición de los Estados a la política oficial de *apartheid* practicada en el territorio bajo mandato del Africa Sudoccidental.”

LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y EL SUD-OESTE AFRICANO

LAS REPERCUSIONES DE UNA SENTENCIA†

por

ROSALYN HIGGINS*

El reciente litigio internacional acerca del Sud-Oeste africano, y la sentencia que la Corte Internacional de Justicia dictó finalmente el 18 de julio de 1966, han despertado un gran interés del público por dicho Tribunal y suscitado numerosos comentarios, tanto de juristas como de profanos en cuestiones jurídicas.

No cabe la menor duda que la sentencia ha de tener una gran importancia, tanto en derecho internacional como en el ámbito político internacional. El derecho y la política se encuentran en este caso tan estrechamente entrelazados, que para entender la sentencia – y tratar de calcular sus consecuencias – se requiere previamente hacer un breve resumen de los acontecimientos que condujeron al litigio.

I. ANTECEDENTES

El Sud-Oeste africano, antigua colonia alemana, fue colocado bajo mandato al terminar la primera guerra mundial. El artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones estableció un sistema de Mandatos bajo cuyo régimen los territorios que habían pertenecido al enemigo habrían de ser gobernados por determinados Estados, los cuales tenían que dar cuenta de su gestión a la Sociedad. Los pueblos de los territorios que habían pertenecido al enemigo, si “no estaban todavía en capacidad de regirse por sí mismos en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno”, habían de ser gobernados para su propio “bienestar y desarrollo”, constituyendo tal cometido “una sagrada misión para la civilización” (artículo 22 (1)). El Sud-Oeste africano fue clasificado dentro del Grupo de Mandatos “C”, es decir, que se lo consideró

† Este artículo es una versión puesta al día del que fue publicado por vez primera en *International Affairs*, octubre de 1966.

* Investigador especializado en derecho internacional en el Royal Institute of International Affairs de Londres.

EL CASO DEL SUD-OESTE AFRICANO

apropiado para ser administrado como parte integrante del territorio del país mandatario; y fue asignado a Su Majestad Británica por el conducto de Sudáfrica, país mandatario. A tenor del artículo 2º del mandato, Sudáfrica asumía la obligación de “promover a todo trance el bienestar material y moral y el progreso social de los habitantes del territorio que le era confiado”; y a tenor del artículo 6º, convino en presentar memorias anuales al Consejo de la Sociedad de las Naciones.

Al extinguirse la Sociedad de las Naciones, la Organización de las Naciones Unidas estableció un sistema parecido, en muchos aspectos, al anterior: el sistema de administración fiduciaria. El artículo 77 de la Carta de las Naciones Unidas especificó que el sistema de administración fiduciaria

“se aplicará a las siguientes categorías de territorios que pueden ser colocados bajo tal régimen en virtud de los correspondientes acuerdos:
a) territorios actualmente bajo mandato. . . .”

Sudáfrica fue el único Estado Mandatario que no sometió su territorio al régimen de administración fiduciaria y, a partir de 1949, dejó de remitir a la ONU toda clase de informes o memorias sobre el particular. Negó estar obligada jurídicamente a someterse a la superior vigilancia de la ONU, al mismo tiempo que declaraba que el Mandato – con todas las obligaciones que éste entraña – había caducado al disolverse la Sociedad de las Naciones. Paralelamente a las medidas políticas que la ONU empezó a tomar para salir de aquel atolladero, la Asamblea General consultó a la Corte Internacional de Justicia una serie de cuestiones jurídicas acerca de las cuales dicho Tribunal emitió tres dictámenes consultivos.

En 1950, la Corte dictaminó que el Sud-Oeste africano seguía siendo un territorio bajo mandato, y rechazó el punto de vista de Sudáfrica de que el Mandato había caducado al desaparecer la Sociedad de las Naciones. La Corte destacó que el Mandato era más que un mero convenio entre partes, pues era una “institución internacional, con una finalidad internacional, o sea, una sagrada misión para la civilización”¹, y que seguía todavía en pie. Puso además de relieve que, si el Mandato hubiera caducado, también habrían caducado todos los derechos de Sudáfrica sobre el citado territorio. La Corte dictaminó además que Sudáfrica, en su calidad de mandataria, estaba obligada a acatar una superior vigilancia internacional y a suministrar informes. La Asamblea General estaba jurídicamente facultada para ejercer las funciones de superior vigilancia relacionadas con el Mandato.

Al mismo tiempo, el Tribunal indicó que Sudáfrica *no* estaba obligada a colocar el Sud-Oeste africano bajo el nuevo sistema de

¹ Informes de la CIJ, Estatuto del Sud-Oeste africano, 1950, p. 132.

administración fiduciaria previsto por la Carta; si bien Sudáfrica no podía negar que el Mandato seguía en pie, con las consiguientes obligaciones que implicaba, se le reconoció el derecho de mantener el Sud-Oeste africano en situación de mandato, en lugar de considerarlo como territorio confiado por la ONU en administración.

La Asamblea intentó desempeñar su papel de superior vigilancia de la mejor manera posible, a pesar de que Sudáfrica ya no remitía memorias anuales y se negaba a acatar el dictamen consultivo de la Corte². Sudáfrica sostenía que todas las decisiones que la Asamblea General pretendía hacer recaer sobre peticiones escritas u orales, relativas al Sud-Oeste africano eran inválidas, por cuanto eran adoptadas por una mayoría de dos tercios. Sudáfrica hizo constar que el Consejo de la Sociedad de las Naciones, cuando ejercía la superior vigilancia del Mandato, requería la unanimidad. En un dictamen consultivo emitido en 1955, la Corte confirmó la corrección de la actuación de la Asamblea.³

Al año siguiente, la cuestión del Sud-Oeste africano estaba de nuevo ante la Corte, que había de contestar si el subcomité de la Asamblea para el Sud-Oeste africano (creado en 1953) tenía competencia para oír a los peticionarios. Se trataba de establecer si el conceder audiencia – siendo así que el Consejo de la Sociedad de las Naciones había utilizado únicamente peticiones escritas – constituía un nuevo e injustificado grado de superior vigilancia que las Naciones Unidas se atribuían. Una vez más, la Corte estimó que el procedimiento utilizado por la Asamblea era justificado; si bien era correcto que la Asamblea General de las Naciones Unidas no debía intentar ampliar sus facultades de superior vigilancia más allá de las que habían correspondido a la Sociedad de las Naciones, también lo era que el Consejo de la Sociedad de las Naciones habría podido decidir que recibiría peticiones orales, si así lo hubiese deseado; por consiguiente, esta facultad competía también a la Asamblea.⁴

De 1956 a 1960, la cuestión de los mandatos fue ampliamente tratada en la Asamblea General de las Naciones Unidas; sin embargo, a pesar de una superabundancia de comités destinados al examen de la cuestión, se hicieron pocos progresos. A fines del decenio, al ser ya numerosos los nuevos Estados africanos miembros de la ONU, se abrió paso una nueva idea, y fue la de explorar las posibilidades que se ofrecían por la vía contenciosa en lo tocante al Sud-Oeste africano.

² Los dictámenes consultivos, aunque perentorios, no son estrictamente obligatorios mientras que las sentencias de la Corte sí lo son como se verá más adelante.

³ Informes de la CIJ. Sud-Oeste africano. Procedimiento de voto, 1955.

⁴ Informes de la CIJ. Audiencia de peticiones sobre el Sud-Oeste africano, 1956.

II. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO, 1960-1966

La sentencia de la Corte, dictada en base a un litigio determinado, es obligatoria para las partes; por el contrario, los dictámenes consultivos de la Corte emitidos en respuesta a consultas formuladas por los órganos o organismos de las Naciones Unidas, no lo son.

Esta situación, al mismo tiempo que el hecho de que existen en la Carta procedimientos para hacer cumplir las sentencias del Tribunal (lo cual no sucede si se trata de dictámenes consultivos), hizo que los Estados africanos insistieran en entablar litigio sobre el Sud-Oeste africano.

El artículo 7° del Mandato disponía:

“... si surgiere cualquier controversia entre el Mandatario y otro Miembro de la Sociedad de las Naciones, acerca de la interpretación o de la aplicación de las cláusulas del Mandato, y dicha controversia no pudiese ser resuelta por vía de negociación, habrá de ser sometida a la Corte Permanente de Justicia Internacional”

Etiopía y Liberia, países que fueron miembros de la Sociedad de las Naciones, decidieron entablar el proceso, y alegaron que la Corte Internacional tenía jurisdicción para conocer del asunto, pues el artículo 37 de su Estatuto dispone:

“Cuando un tratado o convención vigente disponga que un asunto sea sometido... a la Corte Permanente de Justicia Internacional, dicho asunto, por lo que respecta a las partes en este Estatuto, será sometido a la Corte Internacional de Justicia”.

Los solicitantes pidieron al Tribunal que confirmara que el Sud-Oeste africano es un territorio bajo mandato y que declarara que el mandato constituye un tratado en el sentido del artículo 37 del estatuto del Tribunal; que Sudáfrica seguía asumiendo las obligaciones dimanantes del mandato y del artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones; y que la ONU tenía la facultad de ejercer las funciones de supervisión que correspondían a la Sociedad de las Naciones en lo relativo al territorio bajo mandato. Además, el Tribunal era invitado a no limitarse a emitir dictámenes consultivos y a fallar que Sudáfrica había violado sus obligaciones dimanantes del mandato, entre otros hechos por haber introducido el *apartheid*, haber establecido bases militares en el Sud-Oeste africano y haberse negado a presentar las Memorias anuales y a dar curso a las peticiones.

Sudáfrica negó que la Corte tuviese jurisdicción para conocer de estas pretensiones. Alegó que el Mandato no era un “tratado en vigor” (en el sentido requerido por el artículo 37 del Estatuto de la Corte), por haberse extinguido dicho mandato al mismo tiempo

que la Sociedad de las Naciones. El Gobierno de la Unión arguyó además que ni Etiopía ni Liberia eran “otro miembro de la Sociedad de las Naciones” (como lo exige el artículo 7° del Mandato); y que no existía ningún “litigio” sobre el cual la jurisdicción pudiese fundarse en virtud de dicho artículo, puesto que ningún interés material de Etiopía ni de Liberia, como tampoco de los ciudadanos de estos países, se hallaba implicado en el caso. Finalmente Sudáfrica negó que la controversia suscitada fuera una de aquellas que “no pueden ser resueltas por vías de negociación” en el sentido del artículo 7° del Mandato.

Una vez formuladas estas objeciones, la Corte Internacional declaró que se necesitaba previamente decidir la cuestión de la competencia, a los fines de determinar si tenía competencia para conocer de la cuestión de fondo planteada por los solicitantes. El 21 de diciembre de 1962, la Corte declaró — por ocho votos contra siete, o sea, con la mayoría más escasa posible —, que tenía jurisdicción para conocer de la cuestión planteada. La Corte declaró que el Mandato era en realidad un convenio internacional que entrañaba el carácter de tratado. El tratado había establecido un “régimen internacional” que no se podía considerar extinguido juntamente con la Sociedad de las Naciones. La Corte declaró que la Cláusula (artículo 7°) del Mandato que preveía el recurso judicial para el caso de que se suscitase una controversia era un elemento esencial del ejercicio de la “sagrada misión civilizadora”, y que había sobrevivido; y que tanto Etiopía como Liberia podían ser calificadas como “otro miembro de la Sociedad de las Naciones”, en el sentido del citado artículo. Además, la Corte desestimó el argumento de Sudáfrica en el sentido de que, no siendo Etiopía ni Liberia titulares de ningún interés especial ni material en el Sud-Oeste africano, no se podía afirmar que existiese “litigio”. El Tribunal estableció que existía, pese a todo, “litigio”, y que el punto muerto al que se había llegado constituía una prueba de que la controversia no podía ser resuelta por vía de negociación.⁵

Habiendo desestimado todas las objeciones de Sudáfrica contra su jurisdicción, la vía quedaba despejada para que la Corte procediera a examinar la cuestión de fondo a que el caso se contraía. Y a este examen se dedicó de 1962 a 1966, en un proceso en que alternaron los procedimientos escrito y oral y que alcanzó un volumen y una complejidad sin precedentes.

La sentencia dictada finalmente por la Corte el 18 de julio de 1966 constituyó una gran sorpresa para el mundo que la esperaba, por cuanto, en realidad, no entraña ninguna respuesta a las cuestiones controvertidas. En lugar de ello, la Corte declaró (habiendo

⁵ Informes de la CIJ, Etiopía contra Sudáfrica; Liberia contra Sudáfrica, objeciones preliminares 1962.

dirimido el voto de calidad del presidente el empate de siete votos contra siete) que había decidido examinar primeramente la cuestión "previa" de si Etiopía y Liberia tenían un "interés legítimo" en el asunto que constituía el fondo de su pretensión. El Tribunal declaró que, a menos que esta cuestión fuese contestada afirmativamente, Etiopía y Liberia carecerían de título bastante para pretender conseguir una sentencia del Tribunal. La Corte procedía después a declarar que aquellas cláusulas del Mandato que invocaban la "gestión" o cumplimiento de las obligaciones inherentes al Mandato *no* daban derecho a *todos* los miembros de la Sociedad de las Naciones de recurrir al Tribunal: que en lo tocante a dichas disposiciones de "gestión", los demandantes tenían que demostrar tener un interés nacional especial, para que les asistiera el derecho de obtener una sentencia del Tribunal, y el Tribunal falló en el sentido de que, ni Etiopía ni Liberia ostentaban los citados intereses "especiales". En consecuencia, el Tribunal se abstuvo de juzgar, en uno u otro sentido, sobre el fondo de la cuestión.

¿Cómo pudo llegarse a este resultado? ¿Es el argumento incontrolable? Y ¿cuáles van a ser probablemente las repercusiones? El resto del presente artículo versa sobre estas tres cuestiones.

III. PROBLEMAS PLANTEADOS POR LA SENTENCIA

La sentencia dictada por la Corte en el mes de julio — y las opiniones separadas y divergentes de la misma y anexas a ella — nos plantean consideraciones jurídicas sumamente interesantes. Tanto a causa de la complejidad profesional de las cuestiones que implica, como a causa del considerable volumen del expediente (asciende a 505 páginas), huelga decir que resultaría inadecuado examinarlo aquí en todos sus detalles.

Sin embargo, mientras para los juristas la sentencia contiene un cúmulo de jurisprudencia que habrá de ser estudiado con más detención, se destacan tres o cuatro cuestiones particulares que, aunque de naturaleza jurídica, suscitan consideraciones políticas de fundamental importancia, por lo cual merecen ser comentadas aquí.

- A. ¿Cómo puede ser que a estas alturas — después de un fallo emitido en 1962 sobre cuestiones preliminares, y tras cuatro años de litigio sobre el fondo de la controversia — pueda decidir la Corte que debe abstenerse de fallar el caso planteado en base a las pretensiones de los solicitantes?**

Hay aquí varios puntos estrechamente relacionados entre sí. El primero consiste en preguntar si, en un proceso sobre el fondo de la controversia, la Corte puede basar su fallo en la posición

jurídica de los solicitantes y no en las razones o sinrazones de sus argumentos. En la fase actual del derecho internacional, la competencia de la Corte Internacional es limitada y un litigante reacio – es decir, la parte que se opone a la pretensión jurídica que el demandante quiere llevar ante el Tribunal para que éste resuelva por sentencia – puede intentar demostrar que la competencia del Tribunal es inadecuada en el caso particular de que se trate. El tribunal oírá entonces los argumentos que ambas partes formulen sobre el particular y fallará este incidente suscitado por las alegaciones previas del demandado. Naturalmente, esto es exactamente lo que sucedió en 1962, cuando la Corte declaró, por ocho votos contra siete, que tenía jurisdicción para conocer y fallar sobre el fondo de la controversia suscitada en torno al caso del Sud-Oeste africano.

Sin embargo, cabe explicar que no es jurídicamente necesario que exista una rígida separación en el tiempo entre el examen de la jurisdicción de la Corte y el examen de los méritos aducidos en los argumentos. El Tribunal puede, tras haber oído una cuestión preliminar, o bien admitir los argumentos del demandado⁶ (en cuyo caso quedará desestimada la pretensión del demandante y estará legitimado para continuar litigando y argumentar sobre el fondo de la controversia), o bien desestimar los argumentos del demandado (en cuyo caso el demandante quedará legitimado para seguir actuando en proceso). Pero la Corte puede seguir una tercera vía, en la cual decide vincular (en virtud del artículo 62 (5) de las normas de procedimiento de la Corte) todas las alegaciones previas, o aquellas alegaciones previas que estime conveniente, al subsiguiente proceso sobre el fondo de la cuestión debatida. La razón de mayor peso para elegir este procedimiento estriba, sencillamente, en que los argumentos que se aducen acerca de una determinada cuestión jurisdiccional previa pueden ser muy semejantes a aquellos que habrían de formularse acerca del fondo del proceso, por lo cual resulta conveniente y económico para la Corte examinarlos juntamente. La Corte ha hecho uso repetidas veces de esta facultad de unir las alegaciones previas al examen de la cuestión de fondo.⁷

⁶ De hecho, cuando se sigue un proceso independiente en base a alegaciones previas que han sido formuladas, el Estado que las formula (y que sería el demandado en cualquier fase subsiguiente del proceso sobre el fondo) figura para el caso como demandante. Sin embargo, para mayor claridad, he utilizado el término de “demandante” y de “demandado” constante y respectivamente al referirme a las mismas partes, es decir, en el contexto del caso relativo al Sud-Oeste africano, los demandantes o solicitantes son Etiopía y Liberia, siendo Sudáfrica designada con el término de demandado.

⁷ Véase, por ejemplo, el *Proceso sobre Tracción de Barcelona* (alegaciones previas) 1964, p. 43; *Proceso sobre derechos de paso* (alegaciones previas) 1957, pp. 150-152.

EL CASO DEL SUD-OESTE AFRICANO

La lógica consecuencia de esto es que, tras prolongado litigio sobre el fondo de la controversia, puede el Tribunal fallar el proceso en contra del demandante, en base a lo que originariamente se suscitó como una alegación previa. La reacción instintiva de muchos profanos en cuestiones jurídicas es considerar que esto constituye un escandaloso derroche de tiempo y recursos, cuando no un ejemplo de trampa inherente a la ley. Cabe sin embargo tener presente que el relacionar una alegación previa al fondo del proceso puede de hecho haber evitado una innecesaria repetición de los alegatos en ambas fases del proceso. Así, en la medida en que la crítica del fallo de julio de 1962 se funda meramente en el hecho de que tras una larga discusión sobre cuestión de fondo, los considerandos del Tribunal parecen estribar en cuestiones preliminares o jurisdiccionales, puede considerarse más bien equivocada.

El punto realmente relevante, en opinión del autor, consiste en haberse apoyado el Tribunal en tales extremos, después de un largo proceso sobre el fondo, siendo así que *no había dado absolutamente ninguna indicación* a las partes al concluir el procedimiento previo, de que se proponía vincular algunos de dichos extremos a la cuestión de fondo. Y esto no sólo carece de precedente alguno, sino que, además, la omisión de notificar que ciertos preliminares quedarán vinculados al subsiguiente proceso sobre la cuestión de fondo priva al demandante de la opción de desistir antes de iniciar la segunda fase del proceso, en caso de que considere que los riesgos son demasiado grandes para continuar el proceso sobre el fondo. En el caso de naciones pobres, que han de cargar con las costas de una prolongada litigación, ésta es una opción que, sin duda alguna, debería ser garantizada. Aún más, la omisión de notificar que ciertas cuestiones previas siguen en pie, para ser examinadas juntamente con la cuestión de fondo, dificulta sumamente a los abogados el enfoque de su informe sobre todos los extremos de trascendencia.

Etiopía y Liberia tenían todos los fundamentos para creer que en 1960 ya habían quedado resueltas todas las cuestiones relativas a su derecho de que se fallase la causa. La Corte ha coordinado ahora los fundamentos en mérito de los cuales se abstuvo de pronunciarse en la cuestión de fondo, como cuestión "que concernía al fondo de este proceso, pero que tenía un carácter preliminar". Dijo además que "a pesar del carácter preliminar de la cuestión, la Corte no podía conocer de la misma hasta que las partes no presentasen sus argumentos sobre las demás cuestiones de fondo implicadas en aquélla"⁸. Sin embargo, sigue en pie la cuestión de por qué las partes no fueron informadas en 1962 de que un "extre-

⁸ Informes de la CIJ, 1966, Sentencia sobre el Sudoeste africano, segunda fase.

mo preliminar” quedaba todavía por contestar, y por qué el Tribunal procedió a asumir, sin argumentación cabal, su propia actividad, suscitando la cuestión en este trance. Nada existe en la sentencia que dé una respuesta satisfactoria a quien escribe estas líneas.

B. ¿Ha revocado realmente la Corte su propia decisión de 1962? Es decir, ¿hasta qué punto es compatible su actual sentencia con su propia sentencia emitida en 1962 en el sentido de que tenía jurisdicción para conocer del fondo de la cuestión?

De hecho, la Corte no se refirió nunca a la línea de argumento trazada en el párrafo anterior, pues indicó que el derecho o la carencia de derecho de Etiopía y de Liberia a obtener de él una solución, a pesar de su “carácter preliminar”, *no* constituía una “cuestión previa”. Ahora, no se trata de saber si esta distinción, extremadamente sutil, es conocida por el derecho (conceptualmente lo es bajo la distinción establecida entre jurisdicción y admisibilidad), sino de dilucidar si era apropiada y válida para ser aplicada a este caso particular. Resulta extremadamente difícil ver que la cuestión de derecho legítimo de Etiopía y de Liberia en el objeto de sus pretensiones (que era la cuestión debatida) no era una cuestión prejudicial, que debía ser resuelta en la primera fase del proceso que culminó en 1962, y que en realidad así se había dispuesto.

Se recordará que, en 1962, Sudáfrica pidió al Tribunal que declarara que Etiopía y Liberia no podían entablar procedimiento al amparo de la correspondiente cláusula del artículo 7° (2) del Mandato. Entre los argumentos aducidos entonces por Sudáfrica, figuraba el de que no existía ninguna “controversia” entre ella y Etiopía y Liberia (conforme lo requiere el artículo 7° (2)), por cuanto estos dos últimos países no ostentaban ningún derecho nacional especial sobre el Mandato relativo al Sud-Oeste africano. La Corte desestimó en aquella ocasión este argumento. Pero ahora, en 1966, la Corte ha intentado explicar esta revocación efectiva diciendo: “Sostener que las partes en un determinado litigio pertenecen a la categoría de Estado especificado en la cláusula – que la controversia tiene el carácter especificado – y que la forma es la especificada – no equivale a reconocer la existencia de un derecho legítimo o de un interés relativo al fondo de la pretensión”⁹. Pero *debe* ser equivalente, por cuanto las categorías de Estados especificadas en la cláusula son presuntivamente aquellas que, *en efecto*, tienen un interés jurídico en el desempeño del Mandato. Aún más, el Tribunal clasificó a los demandantes en 1962 dentro de dicha categoría, no al nivel de una proposición abstracta, sino

⁹ p. 37.

EL CASO DEL SUD-OESTE AFRICANO

en relación con una serie de pretensiones ya existentes y formuladas.

El acuerdo con la sentencia recaída en esta cuestión implica el acatamiento del punto de vista de la Corte de que el derecho individual de acudir al Tribunal no podía evidentemente ser más que un derecho nacional emanado del Mandato, y que únicamente en base a tales derechos podían estimarse intereses legales individuales. Sin embargo, los jueces disidentes, examinando las mismas pruebas, llegaron a una conclusión distinta, estimando que cualquier miembro de la Sociedad de las Naciones tiene un interés jurídico general en el cumplimiento del Mandato, del cual puede emanar un derecho a obtener sentencia del Tribunal al amparo del artículo 7°. Aún más, las premisas en que se basa el parecer del Tribunal no concuerdan con la práctica jurídica común, según la cual la legitimación para iniciar un proceso en un determinado fuero presupone la existencia de un interés jurídico en la cuestión debatida.

Si lo que la Corte está realmente diciendo es que a Etiopía y a Liberia les fue reconocida en 1962 capacidad jurídica para entablar un proceso, pero no para obtener una sentencia en 1966, por carecer de un interés jurídico en la cuestión debatida, entonces se tiene fundamento para preguntar a la Corte: “¿Qué pretensión podían haber presentado Etiopía y Liberia, después de haber sido reconocido en 1962 su legítimo derecho para proceder, a los fines de obtener una sentencia del Tribunal?” La respuesta — que el Tribunal da implícitamente —, en el sentido de que una pretensión basada en un “interés especial” habría obtenido una sentencia, puede difícilmente satisfacer, pues la Corte sabía en 1962 que Etiopía y Liberia no estaban pretendiendo tener un interés “especial” o “nacional” en el Mandato, sino solamente un interés jurídico inherente a todos los países que fueron miembros de la Sociedad de las Naciones. Aún más, en 1962, el Tribunal había oído muchos argumentos en torno a la cuestión de si existía entre los demandantes y el demandado una controversia suficiente para entablar el proceso y, en lo tocante a si Etiopía y Liberia ostentaban un interés particular y especial en el cumplimiento del Mandato, la Corte declaró explícitamente que

“... los miembros de la Sociedad de las Naciones gozaban de la presunción de tener un derecho o interés jurídico en la observancia por parte del Mandatario de sus obligaciones, tanto para con los habitantes del Territorio bajo Mandato como para con la Sociedad de las Naciones y sus Miembros.”¹⁰

Resulta pues decepcionante que el Tribunal afirme ahora que estaba conociendo de un nuevo aspecto que no había sido resuel-

¹⁰ Informes de la CII, 1962, p. 343.

to en 1962. Parece imposible discrepar del parecer expresado por el distinguido miembro norteamericano del Tribunal, el Juez Jessup, en el sentido de que el Tribunal había, en efecto, revocado su sentencia de 1962.¹¹ (Este es un aspecto distinto de la cuestión de la *cosa juzgada*, pero relacionada con ella, a saber, el carácter definitivo de una decisión judicial, y el que una decisión en materia de jurisdicción puede ser considerada de tal índole que impida su revocación ulterior. Los diversos jueces se refirieron hasta cierto punto a esta cuestión, pero la Corte no la consideró directamente trascendente, sencillamente porque declaró que la conclusión de 1962, en el sentido de que el Tribunal tenía jurisdicción, difería de la conclusión de que los demandantes carecían de legitimación en la fase siguiente del proceso.)

Otros dos puntos requieren ser mencionados en este contexto. El primero es que los fundamentos en base a los cuales la Corte dictó su fallo, a saber, una carencia de interés jurídico de los demandantes en la cuestión debatida, no llegaron nunca a figurar entre los alegatos finales del demandado.¹² Sin embargo, la Corte, aunque reconociendo que Sudáfrica, en sus alegaciones finales, “pedía sencillamente que fuesen desestimadas las de los demandantes, conjunta y detalladamente, (es decir, en el fondo de la cuestión debatida), hace constar que las alegaciones finales piden en definitiva al Tribunal que base su fallo en los méritos de hecho y de derecho alegados en sus informes . . .” y que, a lo largo de sus informes, Sudáfrica había negado que los demandantes tuvieran legitimación activa en la cuestión controvertida que constituía el objeto de sus pretensiones. La Corte indicó luego que, dado el fallo de 1962, “está claro que no se puede interpretar como un mero argumento en contra de la posibilidad de aplicar la cláusula jurisdiccional del Mandato”. Así se refiere la Corte a un argumento de derecho formulado por Sudáfrica, supone que se refiere al fondo de la cuestión y no a la jurisdicción (si bien varios de los argumentos de Sudáfrica sobre el fondo eran de hecho una mera repetición de los que previamente había esgrimido en contra de la jurisdicción de la Corte, presuntamente introducidos para el expediente), y se apoya en aquel argumento en lugar de fundarse en el claro e inequívoco, aunque voluminoso, argumento sobre la substancia de la controversia.

Esto nos conduce al segundo punto. La Corte hizo constar también en su sentencia final – y por cierto correctamente – que tiene la facultad de seleccionar, *motu proprio*, los fundamentos de su decisión. Esto equivale a decir que, del artículo 53 de su

¹¹ Informes de la CIJ, p. 330; Sentencia sobre el Sudoeste Africano, segunda fase.

¹² Conforme fue destacado por el Juez Jessup, a la p. 328.

Estatuto, se infiere que no está obligada a fundarse en los argumentos formulados por las partes, sino que puede fundarse en aquellos méritos jurídicos que considera más sólidos y decisivos. Este es un principio jurídico bien establecido; sin embargo, dejando a salvo el debido respeto, su invocación no nos parece absolver realmente todas las cuestiones que hemos suscitado. Al igual de cualquier otro principio jurídico, tanto su naturaleza como su finalidad están sujetas a ciertas limitaciones: cuando ya ha recaído una decisión judicial sobre una cuestión prejudicial, y cuando el Tribunal ha omitido hacer uso de su derecho de declarar que ciertas cuestiones prejudiciales, todavía pendientes, quedarán vinculadas al subsiguiente proceso sobre el fondo, sigue siendo pertinente preguntar si el Tribunal puede realmente, después de cuatro años de litigación, fundarse en el principio del *motu proprio* para descubrir una "cuestión prejudicial involucrada en los méritos del litigio" y todavía pendiente de solución. Es la opinión del autor que el recurso al argumento del *motu proprio*, en las circunstancias particulares de este proceso, va en contra de otro principio de derecho internacional, bien establecido, según el cual "*interest rei publicae res iudicata non rescindi*" (interesa al bien común que la cosa juzgada sea irrevocable). El principio del *motu proprio* no consiste en la facultad de ignorar conceptos jurídicos establecidos, ni en eludir cuestiones controvertidas sobre las cuales se tiene jurisdicción y competencia para dictar sentencia; se trata de un principio en virtud del cual se afirma que el Tribunal tiene un conocimiento del derecho superior al de las partes que a él acuden.

C. ¿Fue absolutamente acertada la afirmación de la Corte en el sentido de que los demandantes tenían que demostrar poseer un interés jurídico "especial" en el Mandato, antes de poder pedir al Tribunal que dictase sentencia declaratoria en la controversia relativa al mismo?

Aparte la cuestión de la compatibilidad de la insistencia de la Corte de que tal interés "especial" sea ostentado con su propia sentencia de 1962, ¿es este pretendido requisito realmente válido en el aspecto jurídico? Este problema es ampliamente debatido en la misma sentencia,¹³ y no se puede aquí más que presentar una versión breve y condensada de los diferentes pareceres.

En esta cuestión, la Corte fundó su juicio en la opinión de

¹³ Y es necesario leer detenidamente ambas sentencias, la de 1962 y la de 1966, para llegar a una cabal comprensión de este extremo, sobre todo a causa de que la resolución se funda en parte en las intenciones de las directrices del Mandato. Véase Informes de la CIJ, Sentencia sobre el Sud-oeste africano, segunda fase, 1966, pp. 20-23, 25-34; véase también pp. 378-388, por el Juez Jessup.

que las disposiciones materiales del Mandato se dividen en dos amplias categorías: aquellas disposiciones que dan a los miembros de la Sociedad de las Naciones, como Estados individuales, ciertos derechos relativos al territorio bajo mandato, y aquellas disposiciones que determinan los derechos y las obligaciones del Mandatario. El Tribunal designó esta última categoría con el nombre de disposiciones “de gestión”, y en ellas se incluye el sistema de responsabilidad internacional del Mandatario por el cumplimiento específico de sus obligaciones. Un ejemplo dado por la Corte de la primera categoría “particular” de disposiciones fue la garantía, estipulada en el artículo 5° del Mandato relativo al Sud-Oeste africano, de que podrían entrar en el territorio de dicho Mandato misioneros que tuvieran la nacionalidad de cualquiera de los países Miembros de la Sociedad de las Naciones. Como ya hemos visto, el artículo 7° del Mandato dispone que “si surgiere cualquier controversia entre el Mandatario y otro Miembro de la Sociedad de las Naciones acerca de la interpretación o aplicación de las disposiciones del Mandato, tal controversia . . . habrá de ser sometida al Tribunal Permanente de Justicia Internacional . . .”

La Corte, basándose en la distinción trazada por él mismo entre las dos categorías de disposiciones del Mandato, declaró en su sentencia de 1966 que el derecho de recurrir a la Corte, previsto por el artículo 7° *era concedido únicamente a los distintos Estados en relación con posibles violaciones de derechos que les habían sido reconocidos respecto del territorio bajo mandato* (como por ejemplo el derecho de entrada de misioneros de su propia nacionalidad). Así, pues, la Corte *rechazó la interpretación de que los distintos Estados pudieran someterle una controversia sobre las disposiciones de “gestión”, es decir, sobre el correcto desempeño del Mandato por el Mandatario.* El Tribunal estimó que incumbía al Consejo de la Sociedad de las Naciones el someter a la Corte las cuestiones relacionadas con tales aspectos del Mandato.

Conviene decir unas cuantas cosas acerca de esto. La primera es que la distinción que la Corte pretende establecer entre disposiciones “particulares” y disposiciones “de gestión” – y especialmente el corolario de que existen diferentes intereses jurídicos en relación con el cumplimiento de estas dos categorías de disposiciones – es un concepto desconocido hasta el presente en el ámbito del derecho internacional. No hay nada en el texto del artículo 7° del Mandato que le pueda servir de fundamento: mientras resulta ambigua la cuestión de si es al Consejo de la Sociedad de las Naciones o a los distintos miembros (o a ambos) a quien compete llevar una controversia ante el Tribunal, nada indica que los distintos Miembros puedan acudir al Tribunal en las controversias suscitadas en torno a las disposiciones sobre “derechos particulares”,

ni que tan sólo competa al Consejo de la Sociedad de las Naciones acudir al Tribunal cuando se trate de disposiciones "de gestión".

Las repercusiones de lo que la Corte ha declarado en este caso son sumamente importantes, no sólo en lo tocante a esta controversia en particular, sino porque implica claramente que sólo las Naciones Unidas pueden acudir a la Corte para que éste dirima los litigios relativos a disposiciones "de gestión". Ahora bien — y éste es un punto cuyas repercusiones esquivo por completo el Tribunal en su sentencia —, las Naciones Unidas (al igual del Consejo de la Sociedad de las Naciones) sólo están legitimadas para pedir un dictamen consultivo. Un dictamen consultivo no es jurídicamente obligatorio, y Sudáfrica ha demostrado ya, en su contestación a los tres anteriores dictámenes consultivos sobre el Sud-Oeste africano, que no se siente obligada a acatar dichas opiniones judiciales. Únicamente los Estados pueden pedir a la Corte que dicte sentencia, y ésta *es* obligatoria. Así, la sentencia del Tribunal tiene como consecuencia el establecer que, a pesar del recurso al procedimiento judicial previsto en el artículo 7° del Mandato, ningún Mandatario que infrinja sus obligaciones emanadas del Mandato tendrá que habérselas con una sentencia obligatoria dictada sobre el particular. Y así se evita al Mandatario la sanción de ser públicamente mirado como no cumplidor de una sentencia obligatoria dictada por el Tribunal Internacional. Y en efecto, la posibilidad de hacer cumplir tal sentencia, en virtud de lo previsto en el artículo 94 de la Carta,¹⁴ queda también eliminada. Así, pues, con su sentencia, la Corte está, en principio, protegiendo a un Mandatario que haya infringido lo dispuesto en el Mandato; y lo protege tanto frente a la plena fuerza jurídica de un fallo judicial obligatorio¹⁵, como frente a la consiguiente acción política (si se llega a considerar necesaria) para que se lleve a efecto la ejecución del fallo. Se hace difícil admitir que esto fuera lo que se propusieron quienes formularon las disposiciones del Mandato, habida cuenta de su intención de promover un sistema efectivo

¹⁴ El artículo 94 dice en su párrafo 2°: "Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo del Tribunal, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo estima necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo".

¹⁵ Hay un aspecto conexo que cabe mencionar aquí: es, quizás, apenas concebible que, a tenor de la distinción que el Tribunal establece de los derechos dimanantes de las disposiciones 'particulares' y 'de gestión', pueda existir todavía un Estado, o Estados, que ostenten (a pesar de que Etiopía y Liberia no pudieron ostentarlo) un interés jurídico suficiente en la 'gestión' del Mandato para obtener un fallo del Tribunal. Vienen a la mente las Principales Potencias Aliadas y Asociadas, pero todo el contenido del fallo de la Corte va en contra del posible éxito de los litigantes. De hecho, el Juez Jessup, en su opinión disidente, excluye tal posibilidad.

de responsabilidad internacional. El fallo dado por la Corte en esta oportunidad aboga en contra de cualquier vigilancia efectiva de las disposiciones "de gestión", que son las que forman el núcleo esencial del Mandato. Este aspecto, cabe destacarlo, es de índole general: no prejuzga en absoluto de si Sudáfrica ha incurrido o no en violación de sus obligaciones emanadas del Mandato relativo al Sud-Oeste africano.

Ya en 1950, en el dictamen consultivo (si bien este punto no se debatía entonces directamente) el miembro británico del Tribunal Internacional, para aquel entonces Sir Arnold McNair, declaró:

"Cualquier Estado que fuese Miembro de la Sociedad de las Naciones al tiempo de su disolución sigue ostentando un interés jurídico en el correcto ejercicio del Mandato..."¹⁶

Y el Juez Read, quien - al igual de Sir Arnold McNair - formaba parte de la mayoría de la Corte en aquella ocasión, y agregó su opinión separada¹⁷, declaró también con firmeza:

"Las primeras y más importantes (de las obligaciones del Mandatario) eran las obligaciones tendientes a asegurar y proteger el bienestar de los habitantes. No habían sido establecidas en beneficio de los Miembros de la Sociedad de las Naciones, si bien todos y cada uno de los miembros tenían un interés de orden jurídico en insistir en que se cumpla con ellas... y el derecho de defender su interés frente a la Unión, invocando la competencia obligatoria de la Corte Permanente (artículo 7° del acuerdo de Mandato)".¹⁸

En 1962, el Tribunal (cuya mayoría, por supuesto, no estaba integrada por aquellos miembros que formaron la mayoría en 1966) declaró:

"El único recurso efectivo para proteger la sagrada misión consistiría, para un miembro o miembros de la Sociedad de las Naciones, ... en llevar el litigio ... al Tribunal para que éste lo fallase".

En efecto

"sin esta garantía adicional, la vigilancia por parte de la Sociedad y de sus miembros no podría hacerse efectiva en los casos extremos".¹⁹

Sólo queda por añadir que una buena parte de la prueba que sirve de fundamento a este parecer fue esgrimida por el Juez Jessup y los demás Jueces disidentes en el fallo de 1966.

¹⁶ Dictamen consultivo sobre el estatuto internacional del Sud-Oeste africano. *Informes de la CIJ, 1950*, a la p. 158.

¹⁷ A tenor del artículo 57 del Estatuto del Tribunal, se concede a cada Juez el derecho de agregar su "opinión separada", si su parecer no coincide en todos los pormenores con el juicio de la mayoría y, ello, tanto si está de acuerdo o no con el fallo. Así, tanto los Jueces que han votado a favor del juicio de la mayoría, como los que han votado en contra, pueden agregar opiniones separadas. Las opiniones separadas de aquellos que no están de acuerdo con el juicio de la mayoría se suelen llamar "opiniones disidentes".

¹⁸ *Ibid.*, pp. 164, 165.

¹⁹ *Informes de la CIJ, 1962*, p. 336.

IV. COMO PUDO LLEGARSE A ESTE RESULTADO: LOS FACTORES EXTRAJURIDICOS

Desde que la Corte dictó su sentencia, se ha despertado gran interés público en la cuestión de la independencia de un órgano jurisdiccional internacional frente a las presiones nacionales. El Tribunal ha demostrado siempre ser un cuerpo dotado de una independencia de juicio de las más rigurosas, y no ha habido ninguna prueba de que los Jueces hayan sufrido presiones por parte de sus respectivos gobiernos. Y todavía cabe menos suponer que hayan claudicado ante cualquiera de dichas presiones. En efecto, ha habido casos en que un Juez ha votado en contra de las aspiraciones de su propio país, cuando éste llevaba un litigio ante el Tribunal y la Sala ha sido siempre escrupulosamente imparcial en sus juicios. Aún más, se puede afirmar sin temor que los Ministerios de Relaciones Exteriores occidentales considerarían indeseables tales presiones, y lo mismo estimarían los propios Jueces, conscientes de que una jurisdicción realmente libre constituye una garantía que merece ser mantenida a toda costa. Lo que los Jueces decidieron – en este y en otros casos –, fue lo que creyeron ser de justicia, y nada más.

Sin embargo, esto no quiere decir que cada uno de los Jueces se halla completamente immune frente a las influencias de su origen y medio ambiente. La formación jurídica de cada cual y la comunidad en la cual uno ha vivido influyen inevitablemente en su actitud filosófica y perspectiva individual. Pero el estudio profundizado del derecho internacional trasciende los límites nacionales, y la mentalidad de cada Juez ha sido expuesta – en la adquisición de sus amplios conocimientos – a muchas más influencias que las puramente nacionales. Quien intente examinar los factores personales en los fallos de la Corte encontrará gran dificultad en delimitar con precisión actitudes “nacionales” o “ideológicas”: y los votos emitidos en este *caso del Sud-Oeste africano* ilustran este principio, pues los Jueces ruso y norteamericano disintieron de la mayoría, mientras que los Jueces polaco y británico votaron con ella. Infinitamente más relevantes resultan las diferencias intelectuales individuales relativas al criterio sobre la finalidad y naturaleza del derecho internacional y del mismo Tribunal. Y en base a esto es como mejor se pueden predecir ciertas diferencias de actitud entre los distintos Jueces.

Es interesante observar una presunción, ampliamente sostenida con aparente imparcialidad por ambientes profanos en cuestiones jurídicas, que ha salido a la luz siguiendo la estela de este proceso, a saber, que si un grupo de juristas son realmente imparciales, y libres de presiones indebidas, deberán necesariamente llegar a las mismas conclusiones en un determinado proceso. Pero

se da el caso de que un proceso jurídico no implica meramente la aplicación de un cierto número de normas a determinados hechos y circunstancias, sino que implica además la interpretación de si la finalidad de ciertas normas se extiende en realidad a determinados hechos y circunstancias. Y es en esta función interpretativa — particularmente importante en el sistema internacional, careciendo como carece de un poder legislativo centralizado —, donde los puntos de vista y las filosofías individuales de los diferentes Jueces adquieren tamaño importancia.

Al discutir — como ya lo llevamos hecho — si de hecho la Corte revocó en 1966 su propia sentencia de 1962, hay que tener presente que los Jueces que integraron la mayoría en 1966, y hablaron así por la Corte como tal, eran aquellos que formaban la minoría en 1962. La delicada proporción de ocho a siete que se había manifestado en torno a las cuestiones jurisdiccionales falladas en 1962, se alteró con el transcurso de los meses a causa de una serie de acontecimientos imprevisibles. El Juez Bawadi, de Egipto, falleció; en las elecciones celebradas para llenar la vacante, resultó elegido el Juez Ammoun del Líbano; sin embargo, como era natural, no pudo ser introducido en el ya iniciado proceso. El Juez Bustamante Rivero no pudo participar por causa de enfermedad. Y se sabe ahora públicamente que el Juez Sir Zafrullah Kahn, del Paquistán, se abstuvo de conocer.²⁰

Además, la sentencia de la Corte empieza diciendo que, el 14 de marzo de 1965, Sudáfrica

“notificó a la Corte su intención de recurrir a éste por causa de la composición del mismo... La Corte oyó a las partes sobre el particular a puerta cerrada...”

Pero la sentencia sigue diciendo que la Corte

“decidió desestimar el recurso”.²¹

Se cree que este recurso fue entablado en relación con el Juez Padilla Nervo.²² En cuanto respecta al Juez Sir Zafrullah Kahn, quedan dos interpretaciones, a saber, si el Juez Sir Zafrullah se retiró por propia iniciativa, o si se retiró a consecuencia de una

²⁰ Principalmente a causa de los propios comentarios de Sir Zafrullah Kahn a varios periódicos, p.e. “*The Observer*”, julio de 1965.

²¹ Edición especial anticipada, p. 6.

²² Véase el comentario de unos de los comentaristas mejor informados acerca de la Corte, el cual hace constar que la identidad del Juez en cuestión no se mencionaba en el fundamento del recurso de Sudáfrica que se publicó, ni en la disposición judicial al respecto (18 de marzo de 1965), pero añade: ‘compárese los Jueces presentes en las vistas públicas del 15 y del 18 de marzo de 1965, y los que estaban ‘presentes’ para la decisión’. Rosenne, *The Law and Practice of de International Court*, Vol. 1°, p. 196.

EL CASO DEL SUD-OESTE AFRICANO

sugerencia del Presidente de la Corte. Estas dos posibilidades caerían dentro del artículo 24 del Estatuto de la Corte:

1. Si, por un motivo especial, uno de los miembros de la Corte estima que no debe participar en el juicio de un asunto determinado, lo pondrá en conocimiento del Presidente.
2. Si el Presidente estima que, por algún motivo especial, alguno de los miembros de la Corte no debe conocer de determinado asunto, así se lo hará saber.
3. Si en alguno de estos casos el miembro de la Corte y el Presidente estuvieren en desacuerdo, la cuestión será resuelta por la Corte.

Es inútil especular sobre lo que ocurrió detrás de las puertas cerradas. Baste con decir que los comentarios hechos a la prensa por el Juez Sir Zafrullah Kahn indican que su abstención de conocer fue resultado de una acción que cae dentro del artículo 24 (2) y (3). En cuanto a los motivos de tal abstención, también se ha de mover uno necesariamente en el terreno de la hipótesis. Sin embargo, se cree que se esgrimieron dos motivos principales: que el Juez en cuestión había sido un destacado miembro de la delegación de su país ante las Naciones Unidas, en una ocasión en que dicha delegación votó en contra de Sudáfrica en la cuestión del Sud-Oeste africano,²³ y que, en una fase del proceso, había sido nombrado por Etiopía y Liberia para su Juez *ad hoc*, si bien no llegó a actuar como tal, puesto que había sido elegido para el mismo Tribunal. (A tenor del artículo 31 del Estatuto, una parte que no tiene como integrante del Tribunal a ningún Juez de su nacionalidad, podrá designar un Juez *ad hoc* para el caso en cuestión. Ni Sudáfrica, ni Etiopía o Liberia, tenían Jueces de sus respectivas nacionalidades formando parte de la Sala. La primera eligió al Juez van Wyk, de Sudáfrica, y las segundas al Juez Mbanefo, de Nigeria).

El Artículo 17 del Estatuto de la Corte establece que los miembros del Tribunal no podrán participar en la decisión de ningún asunto en que hayan intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados de cualquiera de las partes, o como miembros de un tribunal nacional o internacional o de una comisión investigadora, "o en cualquier otra calidad". Resulta dudoso que esta última frase tenga un alcance lo suficientemente amplio como para abarcar la mera designación como Juez *ad hoc*, sin la subsiguiente participación. Pero la expresión más lata del artículo 24 podría parecer que da al Presidente de la Corte autoridad para suscribir tal cuestión como "alguna razón especial" por la cual un Juez no debe conocer de determinado asunto, y otorga a la Corte la facultad de resolver la cuestión. Se presume la imparcialidad

²³ Se cree que este argumento fue también esgrimido por Sudáfrica en lo tocante al Juez Padilla Nervo. Si esto fuera cierto, entonces es probable que el otro motivo (la nominación para magistrado *ad hoc*) fuera determinante en el caso de Sir Zafrullah Kahn.

judicial de un Juez ordinario del Tribunal que resulte tener la nacionalidad de una de las partes, antes de ser habilitado para seguir formando parte de la Sala. Naturalmente, en ningún momento se consideró que el derecho de nombrar un Juez *ad hoc* introduciría un elemento de parcialidad; aún más, fue concedido para estimular a las naciones que no contaban con uno de sus nacionales en la Sala a recurrir a la Corte pese a todo: se consideró como una concesión innecesaria, pero inspiradora de confianza. Si bien la prueba estadística es exigua, es sin embargo cierto, que los Jueces *ad hoc* se han mostrado menos dispuestos a votar en contra de la parte que los había nombrado. Esporádicamente, en muy contados casos, sí que lo han hecho, pero ello ha sucedido con una frecuencia proporcionalmente menor que el que Jueces permanentes de la Sala hayan votado contra sus propios países.²⁴

Se han dado ejemplos, ante la Corte Permanente de Justicia Internacional, de un juez previamente nombrado *ad hoc* que actuó, en tal ocasión como miembro del Tribunal respecto del mismo caso, por haber sido elegido entretanto para formar parte del Tribunal.²⁵ Podría parecer, por consiguiente, que esto no priva automáticamente de la elegibilidad: la autoridad otorgada al Presidente a tenor del artículo 24 (2) podría parecer apoyarse en la evidencia de algún impedimento personal del juez en cuestión.

Fijándose en los factores que rodearon esta decisión, aparece otro aspecto digno de consideración. La Corte ha tenido, en el pasado, el cometido bien comprensible de mantener la autoridad del derecho internacional. Uno de los medios de conseguirlo ha consistido en negarse a ejercer su jurisdicción en aquellos casos en que su fallo iba a resultar "inútil", es decir, sin efecto jurídico alguno. Así, si el argumento se refería a derechos y obligaciones determinadas en un tratado que dejó de existir, como en el caso a que aquí se alude, la Corte puede abstenerse de fallar.²⁶ Pero la cuestión de la posibilidad de que se cumpla la sentencia es de carácter objetivo, y

²⁴ La relevancia de esto depende naturalmente, de los méritos alegados o de la índole de las pretensiones formuladas, de modo que no se pueden sacar conclusiones de carácter general. Pero, para los pormenores, véase Rosenne, op. cit., Vol 2, pp. 939-942.

²⁵ Así, el Juez Charles de Visscher había sido nombrado como juez *ad hoc* por Bélgica en relación con el CASO DE BORCHGRAVE (c. España) y con el CASO DEL AGUA DEL MOSA (c. los Países Bajos). En ambos casos actuó en el Tribunal con su consiguiente capacidad de Juez electo del Tribunal: TPJI Series A/B, N° 70, p. 5; *ibid.*, N° 72, p. 160. El Juez Zafrullah Kahn, quien no era, por supuesto, ciudadano de Etiopía ni de Liberia; en consecuencia, su subsiguiente elección a la Corte no privaba a dichos países de su derecho a contar con un juez *ad hoc*. Y de nuevo, no nombraron un juez de su propia nacionalidad.

²⁶ *Caso del Norte del Camerún*, Informes de la CIJ, 1963.

“un legítimo ejercicio del razonamiento judicial. Sería... impropio del Tribunal tener en cuenta la negación de una de las partes de acatar su fallo, y tomar dicha negación como fundamento de su sentencia”.²⁷

Esto es, sin dudo, correcto. Y cabría añadir que el tener en cuenta las dificultades en que muchas naciones podrían encontrarse para conseguir la efectividad de una sentencia contra un Estado que se negase a cumplirla, no debería en absoluto servir de fundamento, tácito o no, para abstenerse de fallar el fondo de un proceso.

Además, se podría también observar que las motivaciones políticas abrigadas por una de las partes del proceso, o por varias, no constituye en sí un fundamento para que la Corte se abstenga de fallar. En realidad, el mismo Tribunal declaró en una ocasión anterior que, mientras le fuese planteada una cuestión jurídica para resolver, no tomaría en cuenta los motivos que hubiesen incitado al planteamiento de dicha cuestión²⁸. Dichos motivos no transformaban el cometido jurídico del Tribunal en un cometido político. Y lo mismo cabe decir de la cuestión relativa al Sud-Oeste africano. Ciertas personas, para sostener la sentencia, han intentado insinuar algo que la misma Corte no había insinuado, a saber, que se trataba únicamente de una controversia “política” de la cual no debía conocer; sin embargo, el Tribunal no dijo tal cosa; habían sido sometidas a la Corte pretensiones indudablemente jurídicas, y la Corte dijo únicamente que, en lo tocante a las “disposiciones de gestión” del Mandato, no existía ningún recurso judicial para aquellos Estados que careciesen de un “interés especial”. Esta es una cuestión diferente, y ya la hemos discutido antes.

Ahora bien, además de estas consideraciones abstractas, la Corte estaba colocada ante un reciente e incómodo episodio histórico: había emitido un dictamen consultivo en una cuestión sumamente compleja y controvertida, a saber, la cuestión de los gastos realizados por las Naciones Unidas en su tarea de mantener la paz en Gaza y en el Congo; había fallado los puntos jurídicos controvertidos, pero habían seguido en pie las disensiones políticas entre las naciones y, a pesar de la “aceptación” del dictamen por la Asamblea General, muchos Estados seguían ignorándolo. La perspectiva de enredarse en la controversia del Sud-Oeste africano no pudo, en absoluto, resultar halagüeña para la Corte, y aquellos que contribuyeron a crear su desconfianza en el acatamiento de sus fallos y dictámenes por parte de las naciones deberían sentir aprensión en llamar tan rotundamente a capítulo a la Corte en la cuestión del Sud-Oeste africano. Y éste es el caso de la Unión

²⁷ Rosenne, *the Law and Practice of the International Court*, Vol. 1, p. 310, n.l. Llega a lamentar que el fallo del *Caso del Norte del Camerún* no aclare este asunto.

²⁸ *El Caso de Admisión, Informes del TII*, 1949, a la p. 61.

Soviética. En realidad, otros aspectos de la censura en torno a este proceso son igualmente inquietantes. Son muy pocos los gobiernos que aceptan, sin crítica, la jurisdicción de la Corte Internacional. Con todo, los ciudadanos de muchos países que no aceptan la jurisdicción de la Corte, o la aceptan únicamente bajo muy limitadas condiciones, no sienten remordimiento alguno en censurar a la Corte por haberse abstenido de pronunciarse en una cuestión extremadamente explosiva que afecta al interés vital de otros Estados. Tales ciudadanos, en su mayoría, no han figurado, que se sepa, en la vanguardia de ninguna campaña tendente a conseguir que sus respectivos gobiernos reconozcan mayor autoridad al Tribunal. Si las naciones quieren realmente tener un Tribunal Internacional que falle las cuestiones jurídicas que puedan tener grandes repercusiones políticas, deben obrar en consecuencia y aceptar de antemano, y sobre una base lo más amplia posible, el legítimo derecho de la Corte de resolver las controversias.

Incluso aquellas naciones que se han mostrado relativamente bien dispuestas para con la resolución de las controversias por vía judicial, han demostrado muy claramente, con su conducta internacional, que un fallo sobre el fondo del *proceso relativo al Sud-Oeste africano* habría resultado, políticamente, sumamente embarazoso para ellos. Ha habido demasiada propensión a censurar a diestra y siniestra, y demasiado poca inclinación a examinar la parte de culpabilidad que corresponde a cada uno.

V. PERSPECTIVAS FUTURAS

Una interrogante queda sin respuesta: ¿Qué sucederá ahora? Y esta pregunta abarca tanto el futuro del Tribunal como el futuro del Sud-Oeste africano.

(a) El futuro de la Corte

Esta sentencia de la Corte ha suscitado entre los profanos en cuestiones jurídicas mucho más interés que cualquier otro caso llevado ante él anteriormente; y la reacción ante dicha sentencia — si se exceptúa, claro está, a Sudáfrica — ha sido ampliamente hostil. La consternación, manifestada a veces con gran vehemencia, no se ha limitado, ni mucho menos a los africanos. La censura ha sido ampliamente pregonada por los blancos hostiles al *apartheid*, y por aquellos que habían abrigado la esperanza en que la función judicial desempeñara un papel en la superior vigilancia del Mandato. A ellos se unieron en la censura aquellos que denigran la importancia del derecho internacional, y que miran la sentencia del Tribunal como una prueba más de la irrelevancia del derecho internacional en el mundo actual. Así, tanto aquellos cuya reacción consiste en desaliento, como los que reaccionan con cínica

EL CASO DEL SUD-OESTE AFRICANO

satisfacción, se unen en su crítica a la sentencia de la Corte. Esto no significa que toda crítica dirigida contra la sentencia esté bien fundada. No lo está, y en gran parte procede de una apreciación inadecuada de las cuestiones jurídicas envueltas. Pero no es por ello menos cierto que, fuera de las partes directamente implicadas *ha habido* una reacción hostil que no ha sido exclusiva de los africanos. No cabe tampoco hablar de que los internacionalistas se hayan mancomunado para defender la sentencia contra los ataques que le dirigen los profanos. El malestar no se halla confinado en la opinión de los profanos en cuestiones jurídicas, si bien los fundamentos en que se basa sea diferente, según se trate de juristas o de profanos en la materia. Los no juristas tienen a honra proclamar que “derecho internacional” y “jurisprudencia internacional” son conceptos sinónimos y, por consiguiente, encuentran en su desaprobación de la Corte un motivo para proclamar que “ya no creen en el derecho internacional” o que el derecho internacional es ineficiente. Esta reacción, aunque psicológicamente interesante, no es motivo de excesiva preocupación, pues está basada en conceptos erróneos. La discusión que sigue a una decisión judicial, forma solamente una muy pequeña parte del contexto jurídico internacional. Cada día que pasa, el derecho internacional actúa a través de una vasta red de derechos y obligaciones recíprocas, como freno eficiente sobre los excesos en el comportamiento de los Estados, y como guía reguladora de los intercambios internacionales. Estas normas de derecho internacional afloran solamente en muy reducidos aspectos de las decisiones judiciales, por cuanto éstas se basan por lo general en las fuentes de derecho que son la costumbre y los tratados. Todo aquél que concibe el derecho internacional únicamente como sanciones colectivas basadas en una decisión judicial, se halla preso en el laberinto de su propia mitología.

El hecho que esta réplica a la sentencia de la Corte no esté bien fundada no podrá ser gran consuelo para los internacionalistas si se piensa que el derecho internacional se basa esencialmente en el consentimiento, consentimiento que se manifiesta en la atribución de jurisdicción a la Corte, en permitir que una costumbre se desarrolle y por la aceptación de las normas enunciadas en un tratado; y el consentimiento presupone necesariamente una confianza que indudablemente ha sido socavada por la decisión de la Corte.

No estamos sugiriendo aquí que la Corte, al dictar sentencia, debía haberse guiado por las consideraciones de si ésta iba a ser “bien acogida” o “mal acogida”. El Tribunal sólo debe tomar en consideración la norma, tal como ésta existe. Pero, en la opinión del que escribe, existen fundamentos objetivos para temer que la Corte en este caso no ha obrado así y que, tal como el Juez Jes-

sup lo expuso en su opinión disidente, ha dictado una sentencia "completamente desprovista de fundamento jurídico".²⁹

Uno de los aspectos más curiosos de todo el asunto ha sido la dirección en que ha sido canalizada la ira de los críticos occidentales. Se han alzado voces para pedir "la reforma del Tribunal", y una actuación gubernamental tendiente a garantizar que "no se vuelva a dictar una sentencia de esta índole". Algunos comentaristas occidentales han querido ver en tales sugerencias un posible procedimiento para intentar borrar el estigma que las naciones africanas les están echando encima. Pero resulta difícil considerar esto como un paso liberal hacia la independencia judicial. Si existieran motivos para "reformular" la Corte, habrían de estribar en la prueba invocada de una serie de sentencias, no del hecho de una decisión con la cual no se está de acuerdo (no importa con qué buen fundamento). Resulta un contrasentido, de parte de aquellos que declaran que "el derecho internacional debe ser mantenido", sugerir como procedimiento adecuado para alcanzar ese objetivo, el ventilar ruidosamente con la Corte el asunto de la selección de los jueces.

Se han expresado recelos acerca del hecho de que solamente el voto decisivo del Presidente inclinó la balanza; pero resulta virtualmente imposible evitar todas las contingencias en virtud de las cuales la Corte puede llegar al final del proceso con un número par de Jueces; por consiguiente, es necesario que uno de los votos sea decisivo. En realidad, el alboroto en torno a este aspecto particular cae bastante fuera de la cuestión, y más vale atenerse a la opinión del Juez Jessup de que no es "justificable ni correcto el desacreditar los dictámenes o las sentencias del Tribunal poniendo en tela de juicio el margen de la mayoría". Una comunidad internacional que ha demostrado poco interés durante 15 años de actuación de la Corte, y que ahora clama por una rápida reforma procesal, a raíz de una decisión con la cual no está de acuerdo, no ofrece, ciertamente un espectáculo muy loable.

Por definición, los Jueces *ad hoc* actúan en la Corte sólo durante el proceso para el cual han sido designados. Ni el Juez van Wyk (que votó con la mayoría), ni el Juez Sir Louis Mbanefo (que disintió de la mayoría) siguieron formando parte de la planta del Tribunal. De los otros siete Jueces de la mayoría, tres de ellos llegarán muy pronto al término de sus funciones. La pertenencia al Tribunal de los Jueces Sir Percy Spender, Winiarski y Spiropoulos expiró el 5 de febrero de 1967. Lo mismo cabe decir del Juez Koo, que disintió. Durante la vigésima tercera sesión de la Asamblea, se celebraron elecciones para cubrir esas vacantes. Los miembros de la Corte son elegidos por la Asamblea General y por el Consejo

²⁹ Informes de la CIJ, Sentencia sobre el Sudoeste africano, 1966, pag. 323.

de Seguridad (artículo 4º del Estatuto de la Corte). Estos dos órganos (no haciéndose ninguna distinción en el Consejo de Seguridad entre los miembros permanentes y los no permanentes) actúan independientemente el uno del otro para elegir a los miembros.³⁰ Aquellos candidatos que obtienen una mayoría absoluta de votos en la Asamblea General y en el Consejo de Seguridad se consideran elegidos.³¹ Se hizo inevitable que, al celebrarse las elecciones en el otoño de 1966, la manera en la cual la Corte se había pronunciado en su sentencia llevase a la mente de la mayoría de la Asamblea General la determinación de que ningún juez de la Commonwealth debía ser elegido. También la posición de los candidatos de Europa occidental se hizo más difícil. Y éste fue realmente el caso; si bien no es éste el momento ni el lugar de analizar los resultados de las elecciones, se puede hacer constar que, por lo menos un distinguido candidato, que tenía grandes esperanzas de ser elegido, hubo de comprobar que, después de la sentencia sobre el Sud-Oeste africano, tales esperanzas no podían realizarse. Parece como si la sentencia de la Corte hubiese dado margen a pensar en la pauta sentada en el artículo 9 del Estatuto, es decir, que, en el conjunto, las personas elegidas representen los principales sistemas jurídicos del mundo y posean individualmente las condiciones requeridas. A pesar del procedimiento "político" de la votación, se ha mantenido ampliamente hasta el presente la citada pauta.

El equilibrio³² de la Corte no resultó radicalmente alterado por las elecciones de 1966 (los Jueces Bengzon, Lachs, Onyeama y Petrén fueron elegidos para cubrir las vacantes, y el Juez Amoun se sucedió a sí mismo para una segunda magistratura). Sin embargo, el vaticinio no deja lugar a dudas, y si el actual equilibrio y pauta llegan a alterarse profundamente, es posible que las viejas naciones — aquellas naciones que, hasta ahora han hecho mayor uso de la Corte — se sientan cada vez menos propensas a recurrir a la jurisdicción internacional. El ya relativamente escaso número de casos que se someten a la Corte podría muy bien disminuir aún más en lo sucesivo. La Corte tiene ahora ante él únicamente la segunda fase del CASO DE TRACCION DE BARCELONA; si bien es posible que el Japón y Nueva Zelanda recurran al Tribunal en su litigio pesquero, y que Dinamarca, Holanda y Alemania hagan lo mismo en su controversia relativa a la plataforma continental. El gobierno del Reino Unido, en su proposición de someter el

³⁰ Artículos 8 y 10.

³¹ Artículo 10 (1). Se establecen también disposiciones para el caso en que surjan ciertas complicaciones en este procedimiento de voto.

³² Australia, China, Polonia, Líbano, Grecia, Reino Unido, URSS, Japón, Perú, U.S.A., Italia, Paquistán, México, Senegal y Francia en el mes de julio de 1966; con ciudadanos de Filipinas, Suecia y Nigeria substituyendo a los de Australia, Grecia y China en el mes de febrero de 1967.

caso de Gibraltar a la Corte, ha obrado indudablemente por deseo de sostener a la Corte en esta etapa crítica, así como por otras consideraciones. Tal oferta no ha sido aceptada por España.

En cuanto a los países en proceso de desarrollo, se sentirán menos que nunca propensos a recurrir a la Corte, incluso si la composición de éste llega a ser mucho menos europea. Resultará probablemente una oposición general a la Corte Internacional y una aversión a recurrir a los medios jurídicos para dirimir controversias. Los internacionalistas han sido colocados ante el problema de una marcada aversión de las naciones jóvenes a resolver sus litigios recurriendo a la Corte. (Aunque la aceptación ostensiblemente más amplia de la jurisdicción de la Corte por las naciones occidentales es illusoria, en la medida en que no es raro que tal aceptación vaya conjugada con grandes reservas). Muchos de los países en desarrollo han estimado que la composición del Tribunal era esencialmente de tendencia prooccidental y que, en cualquier eventualidad, se aplicaría un derecho formado sin la participación de ellos y que, frecuentemente es contrario a sus intereses. Los internacionalistas occidentales han dedicado energías considerables a proclamar la universalidad del derecho internacional, proponiendo métodos por los cuales las naciones nuevas pueden participar en el desarrollo del mismo, y solicitar las ventajas de la jurisdicción internacional. Si se analiza el problema con sinceridad, es necesario admitir que, *cualquier* decisión en favor de Sudáfrica – incluso una decisión basada en méritos mucho más substantivos del proceso – habría ocasionado una amplia hostilidad hacia el Tribunal por parte de los países afroasiáticos. Pero los juristas habrían podido, en conciencia, señalar que la Corte Internacional es el más alto tribunal de derecho del mundo y que había dictado un fallo obligatorio, que debe ser respetado, en una cuestión jurídica sumamente compleja. Podrían también haber afirmado que un fallo desfavorable sobre el fondo de determinado asunto no niega las ventajas generales de la jurisdicción internacional.

La manera como la Corte dirimió la cuestión, y, en menor medida, los fundamentos en que se apoyó para hacerlo, distan mucho de incitar a abrazar tal argumento con entusiasmo. Aparece así necesario propiciar un sistema en el cual los años de pleito y los gastos no conducen necesariamente a un fallo sobre el fondo del proceso, a pesar de que los demandantes tenían motivos para creer que todas las cuestiones relativas a su derecho de obtener una sentencia habían quedado ya resueltas. Es probable que resulte muy pronunciadamente menguada cualquier argumentación tendente a fomentar el recurso a la Corte. Si un gran número de observadores occidentales consideran la sentencia como un intento de eludir cuestiones incómodas, es todavía mayor el número de africanos que la consideran como una obstrucción de los hombres

EL CASO DEL SUD-OESTE AFRICANO

blancos a que las naciones de color utilicen el procedimiento jurídico. Las perspectivas del recurso a la Corte (y el inadecuado recurso al mismo ha sido durante mucho tiempo un problema) resultan así sumamente oscuras; también ha recibido un rudo golpe la labor tendiente a ampliar aquellas zonas en las cuales las normas de derecho internacional han sido ya aceptadas, al igual que las esperanzas de construir un orden jurídico universal. El sumamente áspero examen de que fueron objeto las necesidades financieras del Tribunal en el Quinto Comité de la Asamblea fue otro resultado indirecto de la sentencia sobre el Sud-Oeste africano. El Comité de Presupuestos había recibido la petición de que aprobase una asignación adicional de \$ 72.500 para el Tribunal, petición que fue rechazada por 40 votos contra 27 y 13 abstenciones. Es deplorable esta dificultad opuesta al eficiente ejercicio de la función judicial, pero los motivos eran suficientemente claros; los africanos llamaron la atención hacia los gastos que habían tenido que soportar durante un prolongado litigio, sólo para oír que el Tribunal no podía pronunciarse sobre el fondo.³³

(b) El futuro del Sud-Oeste africano

(i) *¿Cual es la situación jurídica actual del Mandato del Sud-Oeste Africano?*

Se ha producido cierta confusión en torno a esta cuestión, pues entre las pretensiones formuladas ante la Corte había un grupo de peticiones en el sentido de que la Corte reafirmase, en su sentencia obligatoria, algunos puntos que había afirmado ya en sus dictámenes consultivos de 1950, 1955 y 1956. La finalidad consistía, claro está, en dar la calidad de decisiones jurídicamente obligatorias a elementos que habían sido formulados antes con categoría de dictámenes consultivos. Así, la Corte fue requerida de declarar que el Sud-Oeste africano era un territorio bajo Mandato; que el Mandato seguía todavía en vigor; que Sudáfrica seguía sujeta a las obligaciones emanadas del Mandato y del artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones; que la ONU estaba legítimamente facultada para ejercer la superior vigilancia que antes ejerciera la Sociedad de las Naciones; y que Sudáfrica estaba obligada jurídicamente a presentar la memoria anual a las Naciones Unidas, y a dar curso a las peticiones formuladas por los habitantes del territorio del Sud-Oeste africano.

El Tribunal, al abstenerse de pronunciarse sobre el fondo de este proceso, se abstuvo también de pronunciarse sobre estos puntos, a pesar de que todos ellos forman parte de la jurisprudencia

³³ Y véase el artículo de fondo de "The Times" del 12 de octubre de 1965, que no es poco benévolo para con el punto de vista africano.

de la Corte a través de sus anteriores dictámenes consultivos. En realidad, la existencia ininterrumpida del Mandato había sido supuesta por la Corte – incidentalmente pero sin lugar a dudas – en su sentencia de 1962.

La respuesta correcta a estos puntos parece ser que los fallos afirmativos del Tribunal, emitidos en 1950, en 1955 y en 1956, siguen siendo terminantes, a pesar de que la Corte se abstuvo de pronunciarse sobre estas cuestiones, y sobre las demás pretensiones relativas a la alegada infracción de las disposiciones del Mandato y de una norma de derecho internacional. La Corte consideró su actual sentencia como que “no prejuzga” de nada, ni tampoco de la continuación del Mandato, que es la cuestión fundamental, y acerca de la cual se pronunció afirmativamente en 1950 y de la cual emanan todas las demás.

Lógicamente, parece inevitable que, una vez que la Corte estimó que Etiopía y Liberia no tenían autoridad legítima para obtener de él una sentencia, estaba obligado a no fallar ninguno de los argumentos de fondo suscitados por los demandantes. Pese a ello, se puede estimar con el Juez Jessup que una de las repercusiones desgraciadas de la sentencia es que

“En los tres dictámenes consultivos de 1950, 1955 y 1956, así como en la sentencia del 21 de diciembre de 1962, la Corte no se apartó nunca de su conclusión de que el Mandato sobrevivió a la disuelta Sociedad de las Naciones, y de que el Sud-Oeste africano sigue siendo un territorio bajo Mandato. Por su sentencia de hoy, la Corte estima en efecto que los demandantes no tienen legítimo derecho ni para pedir a la Corte que declare que el territorio se halla todavía bajo Mandato.”³⁴

Algunas publicaciones sudafricanas han intentado sugerir que, de todos modos, la sentencia significa que el Mandato “había caducado realmente”. La Corte, en 1950, y de nuevo en 1962, puso de relieve que los derechos de Sudáfrica sobre el Territorio se basaban en la continuada existencia del Mandato. Por consiguiente, la actitud de Sudáfrica respecto de la continuación del mandato ha sido un tanto ambigua. Sudáfrica intentó negar la competencia de la Corte (en 1962) y su propia obligación jurídica (en 1966), en base, *inter alia*, a que el mandato había dejado de existir. Sin embargo – quizás teniendo presente el fallo de la Corte sobre la relación entre los derechos de Sudáfrica y la continuación del mandato –, se esgrimió también otro argumento alternativo, a saber, que incluso si el mandato existía, no existía ningún órgano con facultad de ejercer una superior vigilancia sobre el mismo. (Véase la cláusula 2a de la contramemoria de Sudáfrica, *Informes de la CIJ* 1966, p. 14). Naturalmente, este argumento fue el que formuló el

³⁴ Edición especial anticipada, p. 344.

EL CASO DEL SUD-OESTE AFRICANO

Juez McNair en 1950, y fue uno de los que apoyaron en 1962 los Jueces Fitzmaurice y Spender en sus opiniones disidentes.

En su primera alocución ante la Asamblea General, el 26 de septiembre de 1966, el Sr. D. P. de Villiers, S.C. declaró únicamente que la supervivencia del Mandato era una cuestión que, en base a la sentencia de 1966 "seguida abierta" (p. 4 del texto oficial publicado por la Misión de Sudáfrica ante la ONU). Sin embargo, en una alocución posterior, el representante de Sudáfrica se opuso a la posibilidad de que la Asamblea intentase revocar el mandato, y declaró que los derechos de Sudáfrica sobre el Sud-Oeste africano no dependían del mandato, sino que emanaban del *derecho de conquista*. Habida cuenta de la finalidad del sistema de mandatos, este argumento es de una validez sumamente dudosa. Si se considera que la jurisprudencia sobre la compatibilidad del *apartheid* con el Mandato, y con el derecho internacional en general sigue sin establecer, las declaraciones de la Corte contenidas en sus primeros dictámenes consultivos, acerca de la continuada existencia del Mandato y acerca de los derechos y deberes que emanan del mismo, conservan su autoridad. Legalmente, el Mandato siguió en pie, al menos hasta que, el 27 de octubre de 1966, una resolución de la Asamblea General lo revocó y tanto Sudáfrica como la Organización de las Naciones Unidas seguían ostentando los respectivos derechos y deberes que de dicho Mandato emanaban.

(ii) *Revocación del Mandato*

Lo que probablemente llegó a polarizar mucho más su atención, fue, una campaña tendente a conseguir la revocación del Mandato. Presentaba el atractivo de ser una de las vías todavía no explotadas en la controversia sobre el Sud-Oeste africano, y los países afro-asiáticos estaban inclinados a deducir que la sentencia del Tribunal indicaba bien a las claras que sólo una acción política podía conseguir algún progreso; pusieron de relieve la larga historia de no cooperación de Sudáfrica con la ONU en lo tocante al Mandato (historia esta que se manifestó con diez años de anticipación sobre la aparición de muchos Estados nuevos africanos y su pertenencia a la ONU), e insistieron en que había llegado el tiempo de que Sudáfrica fuera privada del Mandato.

He aquí, sin lugar a dudas la médula del problema. Si bien el caso del Sud-Oeste africano era desde hacía mucho tiempo un motivo de preocupación para las Naciones Unidas, su mayor fuente de preocupación ha sido toda la cuestión del *apartheid*. El cumplimiento de las disposiciones del Mandato ha sido considerado como algo estrechamente ligado con un problema más amplio. La protección frente a la intervención que la Carta concede a los Estados en cuestiones de mera política interna (si bien se puede encontrar una

limitada excepción en las disposiciones sobre derechos humanos de los artículos 55 y 56) ha hecho sumamente difícil organizar una oposición internacional eficiente al *apartheid* practicado en Sudáfrica. Pero el Mandato sobre el Sud-Oeste africano implica obligaciones internacionales específicas, y se había visto como una posible introducción en la cuestión del *apartheid*. Los impacientes africanos habían recibido durante mucho tiempo la seguridad, de parte de muchos países occidentales, de que éstos también deploraban la existencia del *apartheid*; pero se había explicado correctamente que tal política no hacía a Sudáfrica reo de sanciones colectivas en virtud del derecho internacional. La posibilidad de entablar una litigación sobre el Sud-Oeste africano se presentaba a los ojos de los africanos como una oportunidad de contar con el respaldo – aunque sólo fuera en lo tocante al territorio bajo Mandato – de un mandamiento judicial que ordenaría la cesación de la práctica del *apartheid*; y consideraban que se trataba de una autoridad a la cual las potencias occidentales, con su tradicional respeto por el procedimiento judicial, difícilmente podrían negar su apoyo. Dicho en pocas palabras, los africanos esperaban que una sentencia que les fuera favorable forzaría la mano del Reino Unido y de los Estados Unidos en el Consejo de Seguridad.

Pero hubo desde el principio una confusión de objetivos, pues, mientras por una parte los africanos aspiraban a obtener una decisión judicial sobre el más exacto cumplimiento de las disposiciones del mandato, lo que en *realidad* pretendían era la supresión del Mandato. Esta divergencia entre lo que ellos pensaban que era prudente solicitar del Tribunal – o sea, el exacto cumplimiento del Mandato –, y lo que en el fondo de su corazón esperaban – o sea, la independencia del Sud-Oeste africano –, se hizo inevitable después de ser aprobada por la Asamblea General, en 1960, la resolución 1514 sobre la Concesión de la Independencia a los Pueblos Colonizados. Es decir, que se había alcanzado en 1966 el punto en que la mayor parte de la actividad política africana estaba dirigida hacia la independencia, y no hacia el efectivo y exacto cumplimiento de las disposiciones del Mandato.

Ahora bien, aún cuando la sentencia del Tribunal hubiese sido completamente favorable a las pretensiones formuladas por Etiopía y Liberia, no hubiera proporcionado bases jurídicas para una demanda que implicase la independencia del territorio.

En opinión del autor, un argumento en pro de la revocación del mandato habría resultado, por consiguiente, aplazado, si hubiese recaído sentencia sobre el fondo del proceso; en todo caso estaba expuesto a tardar unos cuantos años en poder ser formulado. Pero la revocación plantea un gran dilema, tanto jurídico como político. Jurídicamente, todo cuanto el Tribunal ha declarado entre 1950 y 1962, en lo tocante a las obligaciones de Sud-

EL CASO DEL SUD-OESTE AFRICANO

áfrica y a la autoridad de la ONU para ejercer una superior vigilancia, se basa en la continuada existencia del Mandato en su actual forma. Si ahora se altera el estatuto del Mandato, se pone en peligro 12 años de sostenida jurisprudencia, ya que no es seguro que los derechos que ahora ostenta la ONU a tenor del Mandato seguirían siendo los mismos. Aún más, en 1950, el Tribunal declaró que la competencia para “modificar el estatuto internacional del Sud-Oeste africano corresponde a la Unión Sudafricana, actuando con el consentimiento de la ONU”.³⁵ Es verdad que esta respuesta fue dada al contestar a una pregunta en el sentido de si Sudáfrica podría alterar unilateralmente el estatuto del Mandato, o de lo contrario, a quién competía tal facultad; pero dista mucho de estar claro que compete a la Asamblea la facultad de revocar unilateralmente el mandato.

Una parte puede invocar una violación material de un tratado como fundamento para denunciar el tratado o suspender su vigencia en su totalidad o en parte. Por “violación material” se entiende violación de una disposición esencial para el cumplimiento de la finalidad del tratado. (Véase el artículo 57 de las capitulaciones recientemente adoptadas por la Comisión de Derecho Internacional en materia de Tratados). Ahora bien, en lo relativo al Mandato, se plantean varias cuestiones: en primer lugar, no existe todavía ningún fallo judicial inequívoco en el sentido de que Sudáfrica esté violando obligaciones fundamentales esenciales para la consecución de los fines del Mandato. Los dictámenes consultivos no versaban con claridad sobre si Sudáfrica estaba violando el Mandato; intentaban, eso sí, dilucidar los derechos y obligaciones que eran objeto de controversia. Aún más, el Tribunal no ha declarado en ningún momento que el Mandato prohíba el *apartheid*, ni mucho menos que Sudáfrica esté por ello violando el Mandato. Esto no equivale a decir que el derecho de invocar una violación material como fundamento para denunciar un tratado dependa de un fallo judicial previo: lo que se hace es señalar la conveniencia de tal autoridad judicial, en un mundo donde las denuncias de los compromisos internacionales son demasiado frecuentes. La segunda duda recae sobre si las Naciones Unidas son realmente una “parte” en el Mandato, en el sentido de que posean tal derecho de denunciar, llegado el caso, el Mandato. Quizás se pueda argüir que el único derecho que tienen es el de ejercer una superior vigilancia. En tercer lugar, no resulta completamente claro que las normas aplicables a los tratados ordinarios lo sean también al Mandato, pues además de ser éste un tratado, es un instrumento *sui generis* que establece una “misión sagrada” y un derecho *in rem*. Ni los tér-

³⁵ Dictamen consultivo sobre el Estatuto del Sud-Oeste africano, Informe de la CIJ, 1950, p. 143.

minos del Mandato ni el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones contemplan la revocación como una sanción aplicable a consecuencia de un incumplimiento del Mandato por parte del Mandatario. La revocación de un Mandato puede exigir consideraciones adicionales que rebasan el alcance de las normas del derecho contractual.

Todos éstos son verdaderos problemas. Sin embargo, al mismo tiempo, la Asamblea se ha dado perfecta cuenta de su impotencia como entidad vigilante suprema, a causa de la no cooperación de Sudáfrica. En el otoño de 1966, se encontró ante la aciaga opción de seguir por una vía bien conocida, pero ineficaz, o intentar lanzarse en una nueva dirección, aunque ésta estuviese obscurecida por ciertos obstáculos jurídicos. En los debates de la Asamblea General, la inmensa mayoría de las naciones no trataron acertadamente – según opina el autor de estas líneas – los problemas jurídicos arriba mencionados. No se hizo un análisis serio de la competencia de la Asamblea, en lo tocante a la alteración del mandato. Sin embargo, para un pequeño grupo de naciones, estas cuestiones – entre otras – planteaban indudablemente graves problemas. No sólo hablan de tenerse en cuenta las complicaciones purídicas, sino que también se sentían temores de índole política, pues resultaba sumamente difícil vislumbrar las ventajas de una actuación que probablemente no conduciría a resultados efectivos. Tampoco se les ocultaba a estas naciones que una resolución de la Asamblea sólo podría ser una revocación inocua, ya que, sin la aquiescencia de Sudáfrica, una administración de las Naciones Unidas para el territorio en cuestión no tendría valor práctico alguno. Además, la revocación del Mandato parecía precisamente ser la clase de política de afrontamiento con Sudáfrica que muchas naciones occidentales habían estado intentando evitar: las reacciones de Sudáfrica eran imprevisibles, la amplitud del compromiso indefinible, y muy fuertes las presiones que empujaban a la agravación de la controversia. Al mismo tiempo, las mismas naciones occidentales que habían proclamado su reprobación por el *apartheid* se encontraban sometidas a una fuerte presión en la Asamblea; y el fallo del Tribunal de 1966 hizo esta presión mucho mayor. La posición del Reino Unido se hizo especialmente difícil, a causa de su fracaso en poner fin a la rebelión de Rodesia, a causa de sus tradicionales intereses en Sudáfrica, y a causa también de su auténtico deseo de ver cumplidas las disposiciones del Mandato.

En una alocución (cautelosamente) elaborada, Lord Caradon, representante británico, declaró ante la Asamblea que, contrariamente a lo que Sudáfrica afirmaba, los dictámenes consultivos de 1950, 1955 y 1956 no habían sufrido ningún menoscabo; el Sudoeste africano seguía siendo un territorio bajo Mandato, y seguían también en pie las obligaciones de Sudáfrica. Lord Caradon hizo

EL CASO DEL SUD-OESTE AFRICANO

constar además lo que los Jueces McNair y Read habían sostenido ya en el dictamen consultivo de 1950, a saber, que los derechos de Sudáfrica en el Sud-Oeste africano eran concomitantes con sus obligaciones, y que la autoridad que le había sido otorgada en el Territorio era con el fin de ponerla en capacidad de cumplir con sus obligaciones dimanantes del Mandato.

En el centro de dichas obligaciones, según el argumento británico, figuraba la responsabilidad internacional, en forma de Memorias a la ONU, y la tramitación de las peticiones. Esto condujo al representante británico a una conclusión que imprimió un giro radical a la política inglesa:

“(El Gobierno sudafricano) no puede negar sus obligaciones fundamentales emanadas del Mandato sin perder todos los derechos adquiridos en relación con la administración del mismo Mandato. Así, pues, ya no tiene el derecho de seguir asumiendo la sagrada misión que al respecto le fue encomendada”.

Así, lo destacado es la caducidad de los derechos de Sudáfrica, más que la formal revocación del Mandato; y la obligación de rendir cuenta (sobre lo cual se *ha* pronunciado la Corte), más que el *apartheid* (sobre el cual no se ha pronunciado). El punto de vista británico – al igual del de los Estados Unidos – era que había de proseguirse un estudio detallado a los niveles jurídico, político y administrativo, a los fines de ver la manera de alcanzar el proclamado objetivo. Lord Caradon consideró que era necesario proceder a una determinación pormenorizada de la función jurídica y práctica de la ONU en la administración del Sud-Oeste africano, antes de que la Asamblea declarase caducados los derechos de Sudáfrica en el Territorio. En el curso de los debates sobre la Resolución de la Asamblea General por la cual se revocaba el mandato, los Estados Unidos intentaron de hecho introducir una enmienda en tal sentido, pero sin éxito. Por este motivo, el Reino Unido se abstuvo en la resolución – a pesar de la muy enérgica alocución de su representante –; no obstante, los Estados Unidos se unieron a aquellas naciones que votaron en favor de la resolución.

Resolución 2145 (XXI) de la Asamblea General

LA ASAMBLEA GENERAL,

Reafirmando el inalienable derecho del pueblo del Sud-Oeste africano a la libertad y a la independencia, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960, y las anteriores resoluciones de la Asamblea relativas al Mandato del Territorio del Sud-Oeste africano,

Recordando el dictamen consultivo de la Corte Internacional de Justicia, de fecha 11 de julio de 1950, aceptado por la Asamblea General en su resolución 449 A (V) de 13 de diciembre de 1950, y los dictámenes consultivos de 7 de junio de 1955 y 1° de junio de 1956, así como el fallo de 21 de diciembre de 1962, que han establecido el hecho de que Sudáfrica continúa teniendo las obligaciones dimanantes del Mandato que le fuera

ROSALYN HIGGINS

confiado el 17 de diciembre de 1920, así como el hecho de que las Naciones Unidas, en su calidad de sucesor de la Sociedad de las Naciones, ostentan la suprema facultad de vigilancia en lo tocante al Sud-Oeste africano,

Gravemente preocupada por la situación en el Territorio objeto del Mandato, situación que se ha deteriorado gravemente a raíz del fallo de la Corte Internacional de Justicia, de 18 de julio de 1966,

Habiendo estudiado los informes de los diversos comités que habían sido creados para ejercer las funciones de superior vigilancia de las Naciones Unidas sobre la administración del Territorio del Sud-Oeste africano bajo Mandato,

Convencida de que la administración del Territorio confiado bajo Mandato a Sudáfrica ha sido desempeñada de manera contraria a lo dispuesto en el Mandato, a la Carta de las Naciones Unidas y a la Declaración Universal de Derechos Humanos,

Reafirmando su resolución 2074 (XX) de fecha 17 de diciembre de 1965, especialmente el párrafo 4° de la misma, que condena la política del apartheid y la discriminación racial practicada por el Gobierno de Sudáfrica en el Sud-Oeste africano, por constituir un crimen contra la humanidad,

Subrayando que el problema del Sud-Oeste africano es una cuestión que cae dentro del alcance de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General,

Considerando que todos los esfuerzos de las Naciones Unidas con miras a inducir al Gobierno de Sudáfrica a cumplir con sus obligaciones relativas a la administración del Territorio bajo Mandato, y con miras también a garantizar el bienestar y la seguridad de los indígenas, han resultado ineficaces,

Consciente de las obligaciones de las Naciones Unidas para con el pueblo del Sud-Oeste africano,

Comprobando con profunda preocupación la situación explosiva existente en la región meridional de África,

Afirmando su derecho de tomar las medidas apropiadas al caso, incluso el derecho de reasumir ella misma la administración del Territorio bajo Mandato.

1° *Reafirma* que las disposiciones de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General son perfectamente aplicables al pueblo del Territorio bajo Mandato del Sud-Oeste africano, y que, por consiguiente, el pueblo del Sud-Oeste africano tiene el inalienable derecho de autodeterminación, libertad e independencia, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas;

2° *Reafirma además* que el Sud-Oeste africano es un territorio con estatuto internacional, y que debe mantener dicho estatuto hasta que consiga su independencia;

3° *Declara* que Sudáfrica ha omitido cumplir con sus obligaciones en lo tocante a la administración del Territorio bajo Mandato, así como en lo tocante a garantizar el bienestar moral y material y la seguridad de los indígenas del Sud-Oeste africano y, de hecho, ha incumplido el Mandato;

4° *Decide* que, por consiguiente, el Mandato conferido a Su Majestad Británica, para ser ejercido en su nombre por el Gobierno de Sudáfrica, ha caducado; que Sudáfrica no tiene ningún otro derecho para administrar el Territorio y que, en adelante, el Sud-Oeste africano queda colocado bajo la directa responsabilidad de las Naciones Unidas.

5° *Resuelve* que en tales circunstancias las Naciones Unidas deben desempeñar las obligaciones relativas al Sud-Oeste africano;

6° *Crea* un Comité *ad hoc* para el Sud-Oeste africano, compuesto por catorce Estados Miembros que serán designados por el Presidente de la Asamblea General, a los fines de recomendar los medios por los cuales el Sud-Oeste africano debería ser administrado, para poner al pueblo del Territorio en capacidad de ejercer el derecho de autodeterminación y conseguir

EL CASO DEL SUD-OESTE AFRICANO

la independencia, y a los fines también de informar a la Asamblea General en una sesión especial, lo antes posible y, en todo caso, no después del mes de abril de 1967;

7° *Exhorta* al Gobierno de Sudáfrica a que inmediatamente se abstenga y desista de cualquier acción, constitucional, administrativa, política o de cualquier otra índole, que de cualquier manera altere o tienda a alterar el presente estatuto internacional del Sud-Oeste africano;

8° *Llama la atención* del Consejo de Seguridad sobre la presente resolución;

9° *Pide* a todos los Estados que extiendan su franca cooperación y presten su asistencia para el cumplimiento de la presente resolución;

10° *Pide* al Secretario General que proporcione toda la asistencia necesaria al cumplimiento de la presente resolución, y que habilite al Comité *ad hoc* para el Sud-Oeste africano para que cumpla con sus obligaciones.

La resolución fue adoptada por 114 votos en favor, contra 2 votos (Sudáfrica y Portugal), habiéndose abstenido Malawi, Francia y el Reino Unido, y habiéndose ausentado Botswana y Lesotho. Para el que escribe estas líneas, el alcance de esta resolución dista mucho de estar claro; por una parte, en ella se reafirma que el Sud-oeste africano debe tener un "estatuto internacional" hasta que llegue a su independencia; por otra parte, decide que el mandato ha terminado. Se intenta compaginar estos conceptos resolviendo que las Naciones Unidas deben desempeñar las obligaciones que antes correspondían a Sudáfrica respecto al territorio, si bien la base jurídica no está especificada, como tampoco lo está el órgano adecuado. Uno puede hacer más que decir que problemas espinosos están siendo tratados de manera pragmática, y que la claridad no es siempre deseable, ni posible, en el enfoque pragmático.

En el mes de noviembre de 1966, el Comité *ad hoc* previsto en la resolución fue constituido y quedó integrado por Canadá, Chile, Checoslovaquia, Etiopía, Finlandia, Italia, el Japón, México, Nigeria, Paquistán, Senegal, la URSS, la República Árabe Unida y los Estados Unidos. El Reino Unido no quiso formar parte. El informe de este Comité caracterizará la nueva etapa del problema del Sud-Oeste africano. La marejada desatada por el fallo de la Corte en el mes de julio de 1966 continuará probablemente durante algún tiempo todavía.

(iii) *La Posibilidad de un Dictámen Consultivo*

Por lo menos en teoría, quedaba todavía abierta a la Asamblea General la posibilidad de solicitar de la Corte un dictamen consultivo sobre los derechos en que se fundaban las pretensiones de Etiopía y Liberia. Es decir que se podía haber pedido a la Corte que confirmara la ininterrumpida existencia del Mandato, la competencia de la ONU para ejercer la superior vigilancia, y las consiguientes obligaciones de Sudáfrica. También se podía haber pedido a la Corte que declarara si el *apartheid* es contrario al artículo 2°

del Mandato, y contrario a una norma general del derecho internacional. Podría parecer que, en un dictamen consultivo, no se podría esperar que la Corte – como fue el caso en el proceso de 1966 – dictase una orden intimando a Sudáfrica a que desistiese de realizar aquellos actos que el Tribunal considerase contrarios al Mandato o al derecho internacional. La jurisdicción consultiva de la Corte no se extiende más allá del dictamen acerca del contenido jurídico³⁶: la autoridad para intimar a un Estado a que realice un acto específico, a consecuencia de su determinación jurídica, tiene aplicación únicamente en los procedimientos contenciosos entre Estados. Pese a ello, la Asamblea podría pedir de la Corte una sentencia judicial acerca de ciertas cuestiones de fondo, respecto de las cuales se abstuvo de contestar a Etiopía y a Liberia. Es cierto que tal dictamen no sería jurídicamente obligatorio; y se podría argüir que con ello no se adelantaría nada. Esto no es completamente exacto, y ello por dos razones. En primer lugar, en los dictámenes consultivos anteriores, sólo se había solicitado el parecer del Tribunal acerca de cuestiones relativas al sistema de la superior vigilancia internacional del Mandato, y había confirmado que el Mandato seguía en pie y que la asamblea tiene el derecho a recibir memorias anuales y a que le sean transmitidas las peticiones. Pero no se ha solicitado hasta la fecha de la Corte que se pronuncie acerca de aspectos jurídicos del Mandato que no estén vinculados con la cuestión de la superior vigilancia de la ONU. Una solicitud de dictamen que sirviera de orientación acerca de la compatibilidad del *apartheid* con el artículo 2 del Mandato sentaría, pues, nuevas bases. En segundo lugar, si bien la Corte ha confirmado que ciertos derechos y obligaciones siguen existiendo al amparo del Mandato, no ha sido todavía invitado a declarar que Sudáfrica está incumpliendo sus obligaciones. (En ciertos pronunciamientos incidentes al respecto, algunos Jueces lo han hecho notar, pero lo que se ha pedido a la Corte misma ha sido que dilucide el derecho, y no que declare que Sudáfrica está violándolo). Así, pues, podría también sentar nuevas bases una solicitud al Tribunal para que declare si, el negarse a presentar las memorias anuales y a tramitar las peticiones, así como el introducir el *apartheid* en el Sud-Oeste africano, constituyen por parte de Sudáfrica violaciones de sus obligaciones jurídicas. Desde el punto de vista de los Estados afroasiáticos, un pronunciamiento claro sobre tales cuestiones podría constituir una ventaja, pues la opinión política occidental podría ser movilizadas más fácilmente si la Corte declarase que Sudáfrica está violando sus

³⁶ El artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas dispone: "La Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar del Tribunal Internacional de Justicia que emita un dictamen consultivo sobre cualquier cuestión jurídica".

EL CASO DEL SUD-OESTE AFRICANO

obligaciones jurídicas internacionales. Las cuestiones jurídicas podrían ser aclaradas, y esto podría trascender hasta el nivel político.

Es, sin embargo, sumamente improbable que los Estados afroasiáticos quisieran utilizar este procedimiento. Sienten amargura y hostilidad para con la Corte y su reacción emocional los inclina a no tener en adelante nada que ver con él. Su recelo frente al procedimiento judicial pesa ahora mucho más que la posibilidad de que un dictamen sobre el fondo del asunto hubiese podido llegar a sostener las pretensiones que Etiopía y Liberia habían formulado. Y ello es así, aun cuando la solicitud de un dictamen pudiera llegar ante un Tribunal cuya composición había cambiado algo, y que, incluso si no había cambiado, no rechazó en absoluto (ni aprobó) sus pretensiones de fondo. Aún más, incluso aquellos africanos que están dispuestos a admitir en privado que ven ciertas ventajas en pedir un dictamen consultivo, estiman que su reputación de "nacionalists" en su propio país no les permite sostenerlo públicamente. Habría que añadir que no son los únicos, ni mucho menos, que reaccionan de esta manera; la reacción de muchos occidentales ante la sorprendente sentencia del Tribunal ha consistido en rechazar cualquier sugerencia de ulterior recurso al Tribunal, y en insistir en que, en lo sucesivo, las cosas han de ser llevadas exclusivamente al terreno político.

Se admite también muy generalmente que, el recurrir al Tribunal en solicitud de un dictamen consultivo, equivaldría a iniciar de nuevo un proceso judicial que duraría años y más años. De hecho, esto sería muy poco probable, pues los antecedentes del Tribunal en lo tocante a la rapidez con que ha llegado a emitir dictámenes consultivos ha sido verdaderamente sorprendente (no cabe duda de que ha tenido presente la relevancia de tales dictámenes en la agenda anual de las Naciones Unidas); y si se solicitase de la Corte que emitiera su dictamen sobre la base de las pruebas de que ya dispone en los procesos contenciosos de 1960 a 1966, es probable que emitiera un dictamen en el curso de los próximos meses. Se presume, sin embargo, que los Estados afroasiáticos han dejado de interesarse por tales argumentos.

Sin embargo, cualquier conversación acerca de un dictamen consultivo resulta un tanto académica después de la resolución aprobada por la Asamblea. La Corte podría muy bien estimar que la resolución era incompatible con una solicitud de dictamen consultivo sobre las cuestiones relativas a la continuación del Mandato y a las obligaciones que del mismo se derivan. Además, cabe pensar que el Tribunal podría enfrentarse con el concepto de "proceso simulado" (como así fue el caso en el *Proceso del Camerún del Norte, Informes de la CIJ, 1963*). Resulta difícil discrepar del parecer de Rosenne, formulado en forma generalizada y en el sentido de que "Una solicitud de dictamen sobre cuestión "simulada" plantearía

ROSALYN HIGGINS

indudablemente en forma crítica la cuestión de la corrección”³⁷. Existen ciertamente amplios fundamentos para pensar que la Corte posee un poder de discreción para abstenerse de emitir un dictamen consultivo.³⁸

Naturalmente, podría solicitarse de la Corte un pronunciamiento sobre si la Asamblea ha obrado dentro del límite de su competencia al adoptar la resolución 2145 (XXI), y cuáles son los efectos jurídicos de dicha resolución. Esta sería una cuestión perfectamente conducente que podría ser planteada al Tribunal; ahora bien, es muy probable que, por consideraciones de índole política, tal cuestión no llegue a plantearse.

³⁷ Rosenne, *The Law Practice of the International Court*, Vol. II, p. 705.

³⁸ Referente a la naturaleza y finalidad de tal poder discrecional, véase Rosenne, *op. cit.*, Vol. II, pp. 708-719; y Shihata, *The Power of the International Court to determine its own Jurisdiction*, pp. 42-47.