

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA
EN EL CASO DEL SUROESTE AFRICANO
Y LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

Por el Dr. ADOLFO MIAJA DE LA MUELA

Miembro del Instituto Hispano-luso-americano
de Derecho Internacional
Catedrático de Derecho Internacional
de la Universidad de Valencia
Asociado del Institut de Droit International

I

Por su sentencia de 18 de julio de 1966, el Tribunal Internacional de Justicia ha rechazado las reclamaciones de Etiopía y Liberia contra la Unión Surafricana por supuestas violaciones de los derechos humanos en el territorio del Africa Suroccidental, que primero fue alemana y, más tarde, mandato de la Sociedad de las Naciones.

Las reclamaciones de Etiopía y Liberia, presentadas separadamente por cada uno de estos Estados pero acumuladas por el Tribunal para su tramitación conjunta, habían motivado ya una decisión anterior de éste, su sentencia de 21 de diciembre de 1962, en la que, rechazando las excepciones que inmediatamente serán mencionadas del Estado demandado, el Tribunal declaró su competencia para entender en el fondo de las reclamaciones de los Estados actores. Se interrumpió así el litigio principal, para discutir en incidente de previo pronunciamiento las excepciones articuladas por la Unión Surafricana, que eran las que siguen:

1.^a En razón de la disolución de la Sociedad de las Naciones, el mandato para el Oeste africano no es ya un *tratado o convenio en vigor* que, conferirá una competencia al Tribunal Permanente de Justicia Internacional que, en virtud del artículo 37 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, haya sido transferida a éste.

2.^a Los Gobiernos de Liberia y Etiopía no son *otro miembro de la Sociedad de las Naciones*, en el sentido del art. 7.º de dicho instrumento de mandato.

3.^a El conflicto o desacuerdo entre los Estados demandados y el Gobierno de la Unión no es, habida cuenta de su naturaleza y tenor, una *diferencia* de las previstas en el aludido párrafo 7.º, muy particularmente porque *ningún interés concreto*

de los Gobiernos de Etiopía y de Liberia, o de sus nacionales, está en juego o es afectado en el caso.

4.^a El referido conflicto o desacuerdo no constituye, en relación a su grado de desarrollo, una diferencia que no sea susceptible de ser arreglada por negociaciones¹.

Dada la amplitud de la práctica del Tribunal en cuanto a modificación de las conclusiones de las partes, estas excepciones llegan al final de la fase preliminar del litigio con una pequeña variante de redacción la primera, y todas ellas son analizadas en el cuerpo de la sentencia de 1962, que ofrece la curiosa particularidad en su parte definitiva de no indicar el resultado de la votación entre los Jueces sobre cada una de las excepciones, sino de limitarse a concluir que *el Tribunal, por ocho votos contra siete, dice que es competente para resolver sobre el fondo de la diferencia*².

A través de las opiniones individuales y disidentes que acompañan al fallo, se puede individualizar claramente quienes fueron los Jueces integrantes de la mayoría que impuso su criterio y los que quedaron en minoría. En la mayoría estuvieron los señores Alfaro, Badawi, Moreno Quintana, Wellington Koo, Koretsky, Bustamante Rivero, Jessup y el Juez *ad hoc* designado por los demandantes Sir Louis Mbanefo.

La minoría estuvo integrada por los Jueces Winiarski, Basdevant, Spiropoulos, Spender, Fitzmaurice, Morelli y Van Wyk, el último designado *ad hoc* por la Unión Surafricana.

Entre la fecha de ambas sentencias en el litigio contra ésta tuvo lugar la renovación de varios puestos en el Tribunal: los Jueces Córdoba —ausente en el fallo de 1962—, Moreno Quintana, Alfaro y Basdevant fueron sustituidos por Padilla, Zafrullah, Forster y Gross, Sir Gerald Fitzmaurice fue reelegido, y un jurista libanés ocupó en 1965 la vacante producida por fallecimiento del señor Badawi, en momento en que ya estaba en tramitación la segunda fase del litigio del Suroeste africano, en cuya sentencia final no tomó parte.

Ausentes también en el momento de dictar esta estancia los Jueces Bustamante y Zafrullah, el Tribunal quedaba constituido por doce magistrados titulares más los mismos designados por cada una de las partes en la fase anterior. Solamente había tres Jueces que no habían tomado parte en ésta: los señores Padilla Nervo, Forster y Gros. Si dos de ellos se unían a la antigua minoría —de la que estaban presentes en 1966 los Jueces Winiarski, Spiropoulos, Spender, Fitzmaurice, Morelli y Van Wyk— ocho votos integraban una mayoría. Pero al mismo resultado podía llegarse, y se llegó, con que uno sólo de los nue-

¹ *International Court of Justice. Judgment of 21 december 1962. Pág. 326.*

² *Ibid. Pág. 348.*

vos Jueces, el señor Gros, se agregase a los disidentes de 1962: producido el empate a siete votos, reglamentariamente hubo de ser dirimido por el voto de calidad del Presidente del Tribunal, a la sazón el australiano Sir Percy Spender, que en el fallo anterior había figurado en el grupo minoritario.

Este recuento de los votos emitidos en ambas ocasiones permite explicar de qué manera el azar de la ausencia de dos o tres Jueces, y hasta el hecho más aleatorio aún de quien entre los presentes asuma la presidencia del Tribunal Internacional de Justicia, sea decisivo para la orientación que preside cada una de sus sentencias. Si bien la constante práctica del Tribunal había sido siempre muy respetuosa tanto con su propio jurisprudencia anterior como con la emanada del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, desde hace algunos años existían indicios, cuyo exponente era el aumento de votos para criterios minoritarios entre los Jueces en casos anteriores, de que tal continuidad jurisprudencial podía quebrar al compás de las renovaciones periódicas de los miembros del Tribunal³.

Esta posibilidad parece haberse realizado con la sentencia de 18 de julio de 1966, que toma como base de su decisión para declarar no haber lugar a las pretensiones de Etiopía y Liberia la falta de interés jurídico de estos Estados para exigir el cumplimiento de las obligaciones que a la Unión Surafricana imponía el ejercicio de su mandato sobre el territorio del Suroeste africano.

Como es sabido, el fallo de 1966 ha sido duramente criticado por amplios sectores de la opinión pública mundial, y ha dado lugar a una reacción contra su contenido por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas en su vigesimoprimer reunión ordinaria.

Sin entrar en las vidriosas cuestiones a que nos llevaría un análisis de tales reacciones, la sentencia de 1966 presenta numerosos puntos dignos de amplia consideración para el jurista: valor de cosa juzgada de las decisiones recaídas en la fase preliminar de un litigio para la decisión de la fase de fondo, valor jurisprudencial de los fallos anteriores del propio Tribunal, grado de vinculación de éste por los dictámenes que previamente ha emitido en vía consultiva, posibilidad de basar su sentencia en una alegación no formulada por la parte a quien favorece, etc.

Entre éstas y otras cuestiones que la sentencia de 1966 plantea al estudioso del Derecho internacional, vamos a centrar este trabajo en una que nos parece del máximo interés, a saber, las fuentes jurídicas susceptibles de tomarse en consideración para

³ MIAJA DE LA MUELA: *Mutación de Jueces y continuidad jurisprudencial en el Tribunal Internacional de Justicia*. «Revista Española de Derecho Internacional». Madrid, 1962. Págs. 11 a 34.

la función jurisdiccional del Tribunal, tal como aparecen en el criterio de la mayoría autora de la sentencia y en las opiniones de algunos de los Jueces disidentes.

I I

Ante todo, es necesario recordar que la jurisprudencia internacional siempre ha adoptado una base más conservadora y cautelosa que la doctrina contemporánea respecto a las fuentes jurídicas aplicables. Es inevitable, a este respecto, el recuerdo de la concepción estrictamente voluntarista del Derecho internacional en la que se inspiró el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, al dictar en 1927 la sentencia del *Lotus*:

"El Derecho internacional rige las relaciones entre Estados independientes. Las reglas de Derecho que vinculan a los Estados proceden, pues, de la voluntad de éstos, manifestada en convenios o en usos que se aceptan generalmente como consagradores de principios de Derecho, y establecidos con el fin de regular la coexistencia de estas comunidades independientes, o con el objeto de la prosecución de fines comunes. Las limitaciones de la independencia de los Estados, por tanto, no se presumen"⁴.

Supone el criterio que preside esta declaración la reducción de la tercera fuente declarada aplicable por el art. 38 del Estatuto de aquel Tribunal, los *principios generales del Derecho reconocidos por las Naciones civilizadas*, al papel mínimo de admitir su función de inspiradores de las reglas jurídicas que los Estados establecen, mediante su voluntad expresa o tácita, en los tratados y en las costumbres internacionales. Así, los principios jurídicos no tienen eficacia suficiente para poder ser aplicados por el Tribunal, a falta de tratados o costumbres que demuestren su pleno reconocimiento por la voluntad de los Estados.

No sólo la sentencia del *Lotus*, dictada por escasa mayoría, fue objeto de varios votos disidentes, uno del Juez español don Rafael Altamira⁵ y de amplias críticas por parte de la doctrina, sino que tanto el Tribunal Permanente como el actual Tribunal Internacional de Justicia se han separado varias veces de criterio tan estrictamente voluntarista, al tener en cuenta todas las fuentes enumeradas en el art. 38 de los Estatutos de ambos Tribunales, llegando a tomar en consideración principios calificados como de moral o de humanidad, tales como los que presiden el Convenio para la prevención y represión del genocidio⁶.

⁴ *Cour Permanente de Justice Internationale*. Serie A. N.º 9. Pág. 18.

⁵ BASDEVANT: *Sur quelques opinions du Juge Altamira*. (Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Barcia Trelles. Santiago, 1958. Págs. 257 a 262).

⁶ PASTOR RODRUEJO: *La Jurisprudencia del Tribunal Internacional de La Haya*. Madrid, 1962. Págs. 19 y 20.

En otro orden, el Tribunal Internacional de Justicia, precisamente en la sentencia en que rechazó las excepciones opuestas por la Unión Sudafricana a las pretensiones de los Gobiernos de Etiopía y Liberia, realizó una evidente —y, acaso, menos ortodoxa— ampliación del círculo de fuentes jurídicas por él aplicables, al hacer entrar en el concepto de "Tratado internacional" el Acuerdo de Mandato sobre el África Suroccidental, elaborado por el Consejo de la extinguida Sociedad de las Naciones⁷.

Sin insistir en estos precedentes, baste su recuerdo para subrayar la vuelta a una actitud estrictamente voluntarista que supone la sentencia de 18 de julio de 1966. Para razonar la falta de interés jurídico de los Estados demandantes, el Tribunal dice:

"Por otra parte, puede decirse que un derecho o interés jurídico no se refiere necesariamente a un objeto concreto o tangible, y puede ser violado aun en ausencia de todo perjuicio material. A este respecto, se citan las disposiciones de ciertos tratados y otros instrumentos internacionales de carácter humanitario, así como los términos de diversas decisiones arbitrales y judiciales, para mostrar, por ejemplo, que los Estados pueden pedir que un principio general sea observado, aunque la infracción alegada a este principio no toque a su propio interés concreto, para mostrar así que los Estados pueden tener un interés jurídico en reclamar el respeto de un principio de Derecho internacional, aunque no hayan sufrido en el caso en cuestión ningún perjuicio material o no soliciten más que una reparación simbólica. Sin tratar de discutir hasta qué punto y en qué circunstancias particulares esto puede ser verdad, bastará señalar que, si el Tribunal juzga en el caso que los demandantes no han podido tener derechos o intereses jurídicos más que respecto a las disposiciones del Mandato relativas a sus intereses particulares, no es de ninguna manera por el único motivo de que su objeto sea concreto o tangible. Del mismo modo, si el Tribunal estima que los demandantes no tienen individualmente como Estados derechos o intereses jurídicos relativos a la gestión, no es porque tales derechos o intereses jurídicos no tengan un objeto concreto o tangible. El Tribunal juzga simplemente que estos derechos o intereses jurídicos no pueden existir más que si han sido claramente conferidos a los que los reivindican por un texto, un instrumento, o una regla de Derecho, y en el caso no se ha conferido jamás a los miembros de la Sociedad de las Naciones a título individual, ni por uno de los instrumentos pertinentes, ni en el cuadro general del sistema del mandato, ni de otra manera"⁸.

Después de un análisis de la situación de los Estados demandantes durante la existencia de la Sociedad de las Naciones en cuanto miembros de la misma, y como antiguos miembros después de la disolución de aquélla, llega la sentencia al pasaje que parece constituir la *ratio decidendi* esencial de la misma,

⁷ MIAJA DE LA MUELA: *Una extensión jurisprudencial del concepto de Tratado internacional*. «Revista Española de Derecho Internacional», Madrid, 1963. Págs. 115 a 132.

⁸ *International Court of Justice, South West Africa Cases, Judgment of 18 July 1966*. Págs. 32 y 33.

y que, en el sumario que encabeza a su texto, se expresa lapidariamente, diciendo: *Political, moral and humanitarian considerations not in themselves generative of legal right and obligations.*

En el texto de la sentencia, se desarrolla esta tesis en la forma que vamos a traducir:

A lo largo de este litigio ha sido sugerido que consideraciones humanitarias son suficientes para hacer nacer derechos y obligaciones jurídicas, y que el Tribunal puede y debe obrar en consecuencia. El Tribunal no lo piensa así. Es un Tribunal de Derecho, y no puede tener en cuenta los principios morales sino en cuanto se les ha dado una forma jurídica suficiente. El Derecho, se dice, responde a una necesidad social, pero, precisamente por esta razón, no puede responder a ella más que en el marco de la disciplina que constituye y dentro de sus límites. De otra manera, no sería un servicio jurídico el que fuere aportado.

Las consideraciones humanitarias pueden inspirar reglas de Derecho: así, el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas constituye la base moral y política de las disposiciones jurídicas que son enunciadas a continuación. No obstante, tales consideraciones no son, en sí mismas, reglas de Derecho; todos los Estados se interesan en estas cuestiones por lo que tienen un interés. Pero no porque este interés exista, tal interés posee un carácter específicamente jurídico".

Con estas premisas doctrinales, el Tribunal entra en la valoración de lo que para la situación de los Estados demandantes en el ejercicio de sus pretensiones pueda significar la misión sagrada de civilización, que, según el art. 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, habían de cumplir los Estados mandatarios en los territorios cuya administración les había sido confiada.

El Tribunal continúa diciendo:

"Se sostiene que un derecho e interés jurídico respecto a la gestión del mandato derivaría de la simple existencia de la "misión sagrada" o de este principio. La misión sagrada, se dice, es una "misión sagrada de civilización". En consecuencia, todas las Naciones civilizadas tendrían un interés en su cumplimiento. Un interés, ciertamente, pero, para que este interés pueda revestir un carácter jurídico, sería preciso que la "misión sagrada" fuese en sí misma, o pudiese llegar a ser algo más que un ideal moral o humanitario. Para engendrar derechos y obligaciones jurídicas, aquella misión debe tener una expresión y una forma jurídicas. Una de estas formas pudiese ser el régimen de Administración Fiduciaria de las Naciones Unidas; otra pudiese ser la que prevé para los territorios no autónomos el Capítulo XI de la Carta, que se refiere expresamente a una "misión sagrada". En cada caso, los derechos y las obligaciones jurídicas son aquéllos, y sólo aquéllos, que prevén los textos pertinentes, cualesquiera que éstos sean"¹⁹.

¹⁹ *Ibid.* Pág. 34.

²⁰ *Ibid.* Pág. 34.

Sentadas estas afirmaciones, el Tribunal las aplica al caso especial de la administración ejercida por la Unión Surafricana en el vecino territorio del Suroeste:

"En el presente caso, el principio de la misión sagrada de civilización tiene por única expresión jurídica el sistema de los mandatos. Representa así un ideal moral que ha dado lugar a un régimen jurídico bajo la forma del sistema de los mandatos. Pero es preciso no confundir el ideal moral con las reglas jurídicas destinadas a ponerlo en práctica. Los derechos y las obligaciones jurídicas que permiten realizar la misión respecto a un mandato determinado eran aquéllas, y únicamente aquéllas, que derivaban de los actos pertinentes que crearon el sistema y el mandato mismo en el marco de la Sociedad de las Naciones"²¹.

Con esta base, dice después la sentencia:

"En resumen, el principio de la misión sagrada de civilización no contiene ningún elemento jurídico residual que pueda, en el caso de un mandato particular, dar por sí mismo nacimiento a derechos y obligaciones jurídicas fuera del sistema de los mandatos, y además, tampoco existen derechos y obligaciones en el interior de este sistema más que en la medida en que son previstos por disposiciones expresas. No se les podría introducir de nuevo con referencia a su idea básica, pues nos veríamos conducidos a un proceso sin fin. En consecuencia, aunque los miembros de la Sociedad de las Naciones tengan, como se ha recordado sin cesar, un interés en que fueren respetadas las obligaciones previstas por los mandatos, no podían, dada la naturaleza de este sistema, hacer valer este interés más que mediante los órganos competentes de la Sociedad de las Naciones, y no individualmente"²².

No hay necesidad de continuar el extracto de la sentencia de 18 de julio de 1966, puesto que los párrafos traducidos son suficientes para explicar la motivación jurídica que condujo a la declaración de falta de interés jurídico de los Estados demandantes para llevar sus pretensiones al Tribunal. El condicionamiento de estos intereses jurídicos a que hayan sido establecidos por un texto expreso supone el retorno a una concepción jurídica, seguramente, más voluntarista que la que tuvo por exponente hace cerca de cuarenta años la sentencia del *Lotus*, habida cuenta de dos consideraciones:

1.^a En aquel caso, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional tuvo que resolver una diferencia entre Francia y Turquía centrada en cuestión tan caracterizadamente referente a las relaciones bilaterales entre dos Estados como la de la jurisdicción penal competente para entender de un supuesto de abordaje en que las naves abordante y abordada eran de diferente nacionalidad, hipótesis en la que es explicable que se busquen las reglas de Derecho aplicables entre las aceptadas por ambas partes en litigio. En el caso del Suroeste africano, las

²¹ *Ibid.* Págs. 34-35.

²² *Ibid.* Pág. 35.

pretensiones de los Estados demandantes se referían al funcionamiento de una institución internacional, en el que pueden desempeñar un papel más amplio normas de Derecho internacional de naturaleza más objetiva.

2.^a En el asunto del *Lotus*, aun descartada por el Tribunal Permanente la aplicación de principios generales no confirmados por la voluntad de los Estados en forma contractual o consuetudinaria, y a falta de convenio entre Turquía y Francia que preveyese una solución para la cuestión litigiosa, la tarea del Tribunal se centró en la investigación, que dio un resultado negativo, acerca de la existencia de una costumbre internacional en la materia. En el caso del Suroeste africano, la postura del Tribunal Internacional de Justicia se revela como más radicalmente voluntarista al no admitir en las materias jurídicas propias del litigio otros derechos y obligaciones que los que resulten de un texto expreso.

I I I

Con estos antecedentes, no puede extrañar que la reacción contra el criterio mayoritario del Tribunal expresada en las opiniones dadas a conocer por los Jueces disidentes del fallo contengan consideraciones de carácter general, a través de las que se dibuja una concepción de las fuentes del Derecho internacional más amplia —y creemos también que más actual— que la que ha servido de base a la sentencia.

Las fuentes jurídicas no tenidas en cuenta por ésta han sido fundamentalmente tres: los principios generales del Derecho, las Resoluciones de las Organizaciones internacionales y, especialmente, las de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y, finalmente, los llamados *standards* jurídicos. Fruto natural de las diferentes mentalidades y formaciones jurídicas de cada uno de los magistrados disidentes es que cada uno de ellos haya cargado el acento en alguno de estos aspectos, todos ellos suficientes por sí mismos para llegar a unos resultados contrarios de los que han prevalecido en la sentencia.

a) *Los principios generales del Derecho.* La función de esta fuente jurídica reconocida por el art. 38 del Estatuto del Tribunal, ha sido ampliamente explicada, con referencia al caso del Suroeste africano, en el voto particular del Juez japonés señor Tanaka.

Ante la tesis de los Estados demandantes de que el principio de no discriminación racial constituye norma obligatoria de Derecho internacional, comprendida en el art. 38 del Tribunal como principio general de Derecho reconocido por las naciones civilizadas, el Juez Tanaka dice:

"Esta disposición está redactada de manera muy amplia y muy vaga: su sentido no está claro. Se presta a múltiples interpretaciones, que van de la más estricta a la más liberal.

Es preciso, pues, para responder a la cuestión, determinar la noción de "principios generales del Derecho". Limitarla a principios de Derecho privado, o a principios de procedimiento, parecería, desde el punto de vista de la interpretación literal, insostenible. En la medida en que estos "principios generales del Derecho" no están precisados, ha lugar a creer que el término "Derecho" cubre todas las ramas jurídicas, a saber, el Derecho interno, el Derecho público, el Derecho constitucional y administrativo, el Derecho privado, el Derecho mercantil, el referente al fondo del procedimiento, etc. Esto no quiere decir que el Derecho internacional tome en préstamo estas ramas del Derecho mecánicamente, y, por emplear la expresión de Lord McNair, "importando instituciones de orden privado en bloque, totalmente construidas y completamente equipadas con un conjunto de reglas". Lo que el Derecho internacional puede extraer con provecho de estas fuentes son "principios" básicos, "principios" directores. Estos principios no deben proceder solamente de las disposiciones legislativas y de las instituciones de Derecho interno: deben proceder también de los conceptos fundamentales que están a la base de cada una de las ramas en que están reconocidos por las naciones civilizadas... Se puede, además, concebir que comprenden no solamente los principios jurídicos, sino también los conceptos jurídicos fundamentales de los que las normas están constituidas: persona, derecho, deber, propiedad, acto, contrato, sucesión etc."²⁵

Con esta base, el Juez Tanaka se pregunta si la norma de prohibición de la discriminación y separación racial, que se encuentra en gran número de legislaciones internas, es constitutiva de un principio general de Derechos reconocido por las naciones civilizadas, y su respuesta afirmativa se matiza, a través de fino análisis jurídico, en las reflexiones que siguen:

"En su origen, los principios generales del Derecho son considerados como principios de Derecho privado, fijados gracias al método de Derecho comparado, y aplicables por analogía a las cuestiones de Derecho internacional. Estos principios, que son por su naturaleza comunes a todas las naciones, revisten el carácter de *ius gentium*. Perteneciendo inicialmente al Derecho privado, y dotados de este carácter de *ius gentium*, pueden ser incorporados al Derecho internacional, para ser aplicados por analogía a las cuestiones internacionales, como sabemos pueden ser aplicadas a la interpretación de tratados ciertas reglas del Derecho de los contratos. En el caso de la protección del hombre en el plano internacional, por el contrario, no se trata de saber si se puede o no aplicar por analogía un principio o una norma de Derecho privado a una cuestión de carácter internacional, sino de saber si se puede reconocer el valor jurídico de un hecho jurídico idéntico en el ámbito internacional.

Brevemente, los derechos del hombre que se trata de proteger son siempre los mismos: no son producto de un sistema jurídico particular en la jerarquía del orden jurídico: son los mismos derechos del hombre, que en todas partes es necesario reconocer, respetar y proteger. La uniformidad de

²⁵ *International Court of Justice, Judgment of 18 July 1966. Págs. 294 y 295.*

las leyes internas en materia de derechos del hombre no se explica, como en el Derecho de los contratos y de las transacciones de orden mercantil o marítimo, por consideraciones de oportunidad por parte de los órganos legislativos, o por el poder que tiene toda colectividad de crear una costumbre. Esta uniformidad preexiste a pesar de la forma más o menos vaga de los principios en cuestión. Ello corresponde a la naturaleza del *jus naturale* del Derecho romano.

Los derechos internos unificados, que tienen el carácter de *jus gentium*, y el Derecho relativo a los derechos del hombre, que tiene el carácter de *jus naturale*, en el sentido del Derecho romano, forman parte del Derecho de la comunidad mundial, que se puede llamar Derecho mundial, *Common Law* de la humanidad (Jenks), Derecho transnacional (Jessup), etc., y pertenecen al mismo tiempo al Derecho internacional por medio del art. 38, párrafo 1 c) del Estatuto. Pero existe, sin embargo, una diferencia entre los dos casos. En el primero, los principios generales del Derecho se presentan como elementos comunes a los diferentes Derechos internos; en el segundo, no existe más que un único y mismo Derecho, válido para todos los tipos de sociedades humanas, resulten sus relaciones de una jerarquía o de una coordinación¹⁴.

Tanta fuerza vinculante asigna el señor Tanaka a los derechos del hombre en el orden jurídico internacional que llega a sostener que:

“Si podemos introducir en el Derecho internacional un *jus cogens* (cuestión recientemente estudiada en la Comisión de Derecho Internacional), especie de Derecho imperativo, en oposición al *jus dispositivum*, susceptible de modificación por vía de acuerdo entre los Estados, no hay duda de que se puede considerar el Derecho relativo a la protección de los derechos del hombre como perteneciente al *jus cogens*¹⁵.”

Llegado a la conclusión de que la noción de los derechos del hombre y su protección son parte integrante de los principios generales del Derecho mencionados por el art. 38 del Estatuto del Tribunal, el Juez japonés no retrocede ante la crítica de que tal interpretación suponga incidir en el error —*piège* en el texto francés— del Derecho natural, puesto que:

“Ciertos elementos pertenecientes al Derecho natural son inherentes al art. 38, párrafo 1 c) del Estatuto. Esta disposición amplía el concepto de fuente del Derecho internacional, y va más allá de los límites del positivismo jurídico, según el cual, no pudiendo estar ligados los Estados más que por su voluntad, el Derecho internacional no puede ser otra cosa que el producto del consentimiento de los Estados y de las restricciones que éstos se imponen a sí mismos. Es muy claro que el art. 38, párrafo 1 c), se inspira en una manera de ver diferente, pues no exige que el consentimiento de los Estados sea indispensable para el reconocimiento de los principios generales del Derecho. Los Estados que no reconocen un principio, o que llegan hasta discutir su validez, están, sin embargo, sujetos a su vigencia. Gracias a esta

¹⁴ *Ibid.* Págs. 295-296.

¹⁵ *Ibid.* Pág. 296.

fuerse, el Derecho internacional puede ver su validez fundada, fuera de la voluntad de los Estados, en el Derecho natural, y reviste en parte el aspecto supranacional y suprapositivo del Derecho natural"²⁶.

Estas notas son suficientes para mostrar el significado de antítesis a la concepción voluntarista en que se ha inspirado la mayoría del Tribunal que dictó la sentencia de 1966 que reviste la opinión del Juez Tanaka.

b) *Las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y los dictámenes del Tribunal Internacional de Justicia.* La sentencia dictada por éste en 1966, al eludir la entrada en el fondo de la reclamación de Etiopía y Liberia, se abstuvo de precisar qué valor vinculatorio podían revestir para él las Resoluciones emanadas de la Asamblea General de las Naciones Unidas, tan copiosas de contenido en materia de derechos humanos, prohibición de discriminaciones, etc. Es natural que varios de los Jueces discrepantes supliesen la emisión en sus respectivos votos particulares.

El Juez norteamericano Jessup trata incidentalmente la cuestión, con el especialismo ángulo visual, al que más tarde aludiremos más ampliamente, de que la conducta de la Unión Sudafricana en el territorio sujeto a su jurisdicción no puede ser valorada conforme a normas, sino a *standards* de interpretación jurídica, pero no sin antes afirmar rotundamente, con referencia a las Resoluciones de la Asamblea General, de la Organización Internacional de Trabajo y de otras Organizaciones, que:

"Estos organismos internacionales, careciendo verdaderamente de un carácter legislativo, no pueden, sus Resoluciones, por sí solas, crear el Derecho"²⁷.

En cambio, el Juez Wellington Koo analiza en su opinión disidente varias Resoluciones de contenido relacionado con el fondo de la reclamación, para concluir que:

"Las Resoluciones de la Asamblea General de la O. N. U., aun presentándose bajo la forma de recomendaciones, constituyen directivas generales que las autoridades administradoras, cada una por su parte, se considera que observan y ponen en práctica. La cuestión de saber si se debe considerar que estas Resoluciones enuncian obligaciones jurídicas u. obligaciones cuasi jurídicas presenta poca importancia práctica dado el poder y la autoridad de que la Asamblea General está investida, en virtud de la Carta en general y del régimen de Administración fiduciaria en particular, para ejercer funciones de vigilancia sobre la administración de estos territorios cuya administración no se encuentra colocada bajo la vigilancia del Consejo de Seguridad. De todas maneras, se cuenta con que estas Resoluciones sean seguidas y aplicadas por las autoridades administradoras interesadas. Si éstas no cum-

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.* Pág. 432.

gaban haber sido violadas, y, en otras ocasiones, algunos *standards* de conducta, concepto mucho más familiar a los juristas del mundo anglosajón que a los continentales europeos formados en el Derecho romano, aunque estos últimos utilicen muchas veces ciertos parámetros de conducta, tales como la buena fe, la diligencia debida, etc., que tienen claro paralelismo con alguno de los *standards* aludidos.

Según el Juez Jessup, a cuyo voto particular forzosamente hemos de acudir como máximo representante del *Common Law* entre los disidentes, puesto que sus colegas inglés y australiano formaron parte de la mayoría que impuso su criterio en la sentencia, los demandantes invocaban unas veces la existencia de una norma de Derecho que prohibía la discriminación, y, por otra parte, han invocado un *standard* de interpretación, al que no atribuían el valor normativo de la regla jurídica. Para el Juez norteamericano, la regla invocada no existe, puesto que —como acabamos de ver— las Resoluciones de la Asamblea General, por repetidas que sean, en su opinión, no crean una regla de Derecho. Pero, continúa el Juez Jessup:

“En cambio, si el Tribunal hubiere examinado la existencia de un *standard*, o de un criterio internacional a los fines de interpretación del mandato, hubiese procedido de manera que no podría haber dado lugar a la crítica. En mi opinión, tal *standard* existe, y el Tribunal hubiera podido y debido utilizarlo para cumplir lo que no podía considerarse más que la función puramente judicial, consistente en apreciar, según un *standard* objetivo, si la práctica del *apartheid* en el territorio bajo mandato del Suroeste africano constituía o no una violación de la obligación impuesta al mandatario de acrecentar por todos los medios en su poder el bienestar material y moral, así como el progreso social de los habitantes del territorio”²⁴.

Sin espacio suficiente para recoger la magnífica lección de Derecho que sobre los *standards* contienen las páginas siguientes del eminente Juez norteamericano, llenas de datos jurisprudenciales y doctrinales, el *standard* fundamental que utiliza para la valoración de los actos incriminados al demandado es el del carácter *razonable* de tales actos, según las concepciones y la actual comunidad internacional, expresadas en las múltiples condenas que la Asamblea de las Naciones Unidas ha pronunciado contra el colonialismo, las segregaciones raciales y las discriminaciones de toda clase, y es, precisamente a la luz de los cambios experimentados por el mundo actual, reflejados en aquellas Resoluciones, como pueden ser fijados los *standards* pertinentes para valorar la conducta del Estado demandado.

²⁴ *Ibid.* Pág. 433.

I. V

Si del estudio de cualquier sentencia de cierta importancia es lógico esperar enseñanzas útiles para casos futuros, la que se obtiene del fallo del Tribunal Internacional de Justicia de 18 de julio de 1966 no puede ser más decepcionante: que el Tribunal no se encuentra ligado al *stare decisis* de sus resoluciones anteriores, sean éstas sentencias o dictámenes²⁵. Es cierto que tal resultado no puede sorprender, habida cuenta de que la jurisprudencia no tiene en el artículo 38 del Estatuto del Tribunal la consideración de fuente del Derecho, sino de medio auxiliar para la determinación de las reglas jurídicas aplicables, y de que, según el artículo 59 del mismo Estatuto, las sentencias dictadas por el Tribunal solamente son obligatorias para las partes en litigio y en el caso que ha sido decidido. Pero no es menos cierto que, hasta ahora, la jurisprudencia de los dos Tribunales de La Haya se había presentado siempre en una línea de clara continuidad.

Por esta razón, el criterio claramente conservador y voluntarista que ha presidido la sentencia del Suroeste africano no es seguro que prevalezca en ulteriores decisiones del Tribunal Internacional de Justicia.

Otro factor contribuye a la misma inseguridad acerca de la futura jurisprudencia de La Haya. En la vigesimoprimer a Asamblea de las Naciones Unidas, reunida dos meses después de la sentencia que ha sido comentada, han tenido lugar las elecciones trienales para la renovación de cinco de los Jueces del Tribunal: de los que formaron parte de la mayoría en la sentencia de 1966, ha correspondido cesar a tres, los señores Winiarski, Spiropoulos y el Presidente Spender, y tan sólo ha abandonado su puesto uno de los que fueron disidentes: el Juez Wellington Koo. No sabemos cuáles serán los criterios que inspiren a sus sucesores: los señores Ammoun —Juez un año antes, pero no que formaba parte del Tribunal al ser dictada la última sentencia—, Bengzon, Lachs, Onyeama y Petrén, de nacionalidades libanesa, filipina, polaca, nigeriana y sueca, respectivamente, pero no podría constituir motivo de sorpresa si en el Tribunal, así renovado, se aglutina una nueva mayoría dispuesta a rectificar la concepción jurídica que presidió la sentencia de 1966.

Sin exclusión de otras posibles, tres vías han ofrecido ya los Jueces que en esta última sentencia expresaron su disiden-

²⁵ Nisor: *La question de Sud-Ouest Africain devant la Cour Internationale de Justice*. «Revue Belge de Droit International». 1967. Págs. 35 y 36.

cia: el iusnaturalismo de Tanaka, la formación de un nuevo Derecho internacional mediante las Resoluciones de las Organizaciones internacionales, especialmente por las de la Asamblea de las Naciones Unidas, y los *standards* jurídicos tan inteligentemente manejados por el Juez Jessup. Lejos de excluirse recíprocamente, es posible que las tres rutas puedan converger en algún momento, abriendo así unas posibilidades que, si dan fundadamente lugar a temores, permiten también el cauce a esperanzas de que la jurisdicción internacional recupere una confianza que en muchos medios le es negada y cumpla mejor su excelsa función de dar a cada Estado lo suyo.