

LA ORIENTACIÓN POLÍTICA VS. EL TRADICIONALISMO: ¿UN CISMA IRREPARABLE EN LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL? (El Caso de Namibia ante la Corte Internacional)

LUIS F. GONZÁLEZ-SOUZA

INTRODUCCIÓN

A PARTIR DE LA SEGUNDA GUERRA se hace ostensible la aparición de nuevas escuelas de pensamiento tanto en la teoría como en la práctica de las relaciones internacionales.

Si resultara cierto que la teoría siempre ha de nutrirse de la realidad, el surgimiento de estas escuelas puede explicarse en función de los importantes cambios que desde entonces ha experimentado el sistema internacional, así como de aquellos problemas que, al parecer sin precedentes, ensombrecen al mundo de hoy. Entre los primeros destacan la proliferación de nuevos estados y organismos internacionales, así como el espectacular desarrollo que ha caracterizado a la ciencia y a la tecnología, sobre todo en el campo de las comunicaciones y en el de la industria bélica.

En cuanto a los problemas que parecen haber forzado el crecimiento de las construcciones teóricas, debemos mencionar los índices alarmantes de analfabetismo, pobreza y crecimiento demográfico, el creciente abismo entre los países centrales y los periféricos, el agotamiento de recursos naturales y el lamentable deterioro del medio ambiente, tanto físico como humano. Como corolario: el espectro de una catástrofe nuclear.

Bajo esta perspectiva puede explicarse el surgimiento de las llamadas revoluciones *conductista* y *posconductista* dentro del marco teórico de las relaciones internacionales. La misma perspectiva parece haber inspirado —y comprometido— a las nuevas escuelas de derecho internacional. Entre éstas destacan el enfoque *funcionalista*, la aplicación de *análisis de sistemas* y de *métodos cuantitativos*, el enfoque *constitucional*,¹ y aquella escuela

¹ Se estima oportuno mencionar a los tratadistas más representativos de estas escuelas, así como a sus obras más prominentes. Ellos son, respectivamente: Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law* y W. C. Jenks, *Law in the World Community*; Morton Kaplan y N. Katzenbach, *The Political Foundations of International Laws*, Richard A. Falk, *The Status of Law in Inter-*

que ha cobrado una relevancia especial: el *policy science* o *policy oriented approach* de Myres S. McDougal y colaboradores,² también conocido como la Escuela de Yale o de New Haven, y que hemos decidido traducir como el *enfoque de orientación política*.³

Todas estas nuevas orientaciones del derecho internacional no sólo amenazan seriamente la validez de aquellos conceptos y principios tan arraigados y defendidos por la *escuela tradicional* o *clásica*, sino que, además, buscan reivindicar la importancia misma de este Derecho, cuya cabal apreciación ha sido víctima de la llamada escuela *realista*.⁴ En suma, podría decirse que existe una concientización general sobre la necesidad de reexaminar el lugar y la función del Derecho a la luz del contexto global de la política internacional; el interés por analizar exclusivamente las reglas del Derecho ha cedido ante la preocupación por estudiar los mecanismos institucionales destinados a su aplicación.⁵

En esta forma, mientras que la gran mayoría de tratadistas estadounidenses se han acogido a alguno de los enfoques modernos antes mencio-

notional Society y Stanley Hoffmann, "International Law and the International System"; H. Alker y B. Russett, *World Politics in the General Assembly*; G. Clark y L. Sohn, *World Peace Through World Law*.

² Como ha ido señalado correctamente por la Dra. Rosalyn Higgins, es difícil definir con exactitud a aquellos tratadistas que pudiesen considerarse como partidarios de este enfoque. Sin embargo, ella identifica un "círculo interno" compuesto por el mismo McDougal, Harold Lasswell, Riesman, D. Johnston, W. Burke, F. Feliciano, I. Vlasik y B. Murty; así como un "círculo externo" compuesto por ella misma, O. Schachter, Richard Falk y F. Goldie. Conviene además señalar que, aunque no todo el sistema filosófico-legal de McDougal, el simple concepto de un Derecho de *orientación política* es favorecido por otros distinguidos tratadistas, tales como Philip Jessup, W. Friedmann, Lou Henkin, H. Dillard y, en menor medida, el mismo H. Lauterpacht. Para mayor detalle, ver Rosalyn Higgins, "Policy and Impartiality: The Uneasy Relationship in International Law", XXIII *International Organization* (1969), p. 920; Higgins, "Policy Considerations and the International Judicial Process", *International and Comparative Law Quarterly* (1968), p. 59.

³ En este contexto el término *política* no debe entenderse en su acepción más amplia —la disciplina o ciencia del poder— sino como un método, curso o programa de acción que parece ser el significado más apegado al del vocablo inglés *policy*.

⁴ Esta escuela considera al derecho internacional, no sólo como una restricción insignificante e ineficaz para el desarrollo de la política internacional, sino como un conjunto de reglas cuya fiel observancia resultaría positivamente perjudicial al "interés nacional" de los estados. Entre sus representantes más destacados se encuentran Georg Schwarzenberger (*Power Politics; International Law and Order*), Hans Morgenthau (*In Defense of the National Interest*) y George Kennan (*American Diplomacy, 1900-1950*).

⁵ Ver Richard Falk, *The Status of Law in International Society*, Princeton, N. J.; Princeton University Press, 1970, p. 449.

nados, la *escuela tradicional*, cuyas raíces se encuentran en el *positivismo* de John Austin y Hans Kelsen, continúa prevaleciendo en Europa, con un énfasis particular en Inglaterra.⁶

Por su parte, el *enfoque de orientación política* surgió como un movimiento de oposición, franca y total, a la *escuela tradicional*, cuya característica más notable reside en su tendencia hacia el 'legalismo'. El carácter antitético de este enfrentamiento deriva de la concepción misma de la naturaleza y de la función del derecho internacional, y se agudiza con relación a su aspecto estrictamente judicial. En última instancia, tal antagonismo puede traducirse en una disputa entre aquellos que pugnan por comprobar la importancia del derecho internacional y aquellos otros que se esmeran en proteger su *autonomía*, tanto real como conceptual. Una lucha ésta que, a su vez, puede resumirse en el dilema de concebir y emplear al Derecho como una *política* (en su sentido de método o programa de acción) especial, o bien en buscar la preservación de su *imparcialidad*, la cual ya por tradición se ha considerado como uno de sus valores torales. En otras palabras, el *enfoque de orientación política* y el *tradicional* le atribuyen una importancia prioritaria a la función *política* y a la *imparcialidad* del Derecho, respectivamente.

En consecuencia, mientras que la *escuela tradicional* arguye que la introducción de consideraciones de índole política al proceso legal inevitablemente daría cabida a la arbitrariedad, la *escuela de Yale* parece refutar que, dado que la imparcialidad es un mito, el Derecho ha de servir como un instrumento de política para dar eficacia a *determinados* valores sociales.⁷ Sobra decir que esta última proposición entraña graves implicaciones políticas, las que habrán de delinearse en la parte final de este trabajo.

Partiendo de la hipótesis de que tanto la política (método o programa de acción) como la imparcialidad ofrecen vital importancia para el desarrollo de las relaciones internacionales y el proceso legal en particular, el último propósito de este trabajo es validar la proposición de que la reconciliación de ambos conceptos (valores) —y con ello, en gran medida, la del *enfoque de orientación política* con el *tradicional*— no sólo es posible, sino en definitiva conveniente.

Con este propósito, será necesario definir y calificar, en primer término, los conceptos de *política* e *imparcialidad*. Posteriormente, se intentará justificar las siguientes proposiciones, las cuales, amén de no haber sido antes

⁶ Excepciones notables de esta corriente *tradicional* son Hersch Lauterpacht, Schwarzenberger, Jenks y, especialmente, Rosalyn Higgins. Ver Higgins, *op. cit.*, p. 58.

⁷ Ver McDougal, "Jurisprudence for a Free Society", 1 *Georgia Law Review* (1966), p. 13; Higgins, *op. cit.*, p. 71 y, del mismo autor, "Policy and Impartiality...", pp. 930, 931.

siquiera formuladas, servirán como fundamentación del propósito último antes mencionado. Ellas son: *a)* aunque la realización de la imparcialidad no parece susceptible de ser lograda en forma absoluta, ni de ser concluyentemente comprobada, ella se encuentra lejos de constituir un mito; *b)* en vista de la aparente incompatibilidad entre el logro de la imparcialidad *formal* y el de la *material*, dado el contexto actual de la organización político-jurídica internacional, los estados y los organismos internacionales parecen estar optando por la satisfacción de esta última; *c)* mientras que el *enfoque tradicional* parece estar orientado fundamentalmente hacia la consecución de la imparcialidad *formal*, ésta aparece seriamente obstaculizada por razones tanto lógicas como políticas, y *d)* el *enfoque de orientación-política*, en cambio, se presenta como indispensable para la realización de la imparcialidad *material*, aunque con una salvedad fundamental, que en su oportunidad explicaremos.

De esta manera, un segundo propósito de este trabajo lo constituye la presentación de los lineamientos generales y de los postulados fundamentales de ambos enfoques al estudio y a la práctica del derecho internacional, es decir, del de *orientación política* y del *tradicional*. Con este objeto se han seleccionado las decisiones tomadas por la Corte Internacional de Justicia en 1966 y en 1971 con relación a la disputa de Namibia, pues ellas ofrecen un marco adecuado para ilustrar tales enfoques, así como para validar las proposiciones antes sugeridas. Dicho con brevedad, estas decisiones de la Corte nos permitirán analizar el papel de la *política* y de la *imparcialidad* en el proceso judicial: sus posibilidades e implicaciones.

Efectivamente, puede afirmarse que el caso de Namibia revela claramente la inextricable relación que guardan el Derecho y la Política —una relación que en el ámbito internacional cobra especial relieve debido, entre otras cosas, a la estructura tan descentralizada del sistema.

EL MARCO TEÓRICO

Sin pretensión alguna de ofrecer una descripción exhaustiva del *enfoque de orientación política* ni del *tradicionalista*, en este apartado intentaremos presentar únicamente sus lineamientos generales y aquellos de sus postulados que se estiman de mayor importancia para el propósito de este trabajo. Posteriormente expondremos a crítica nuestra conceptualización del término *imparcialidad*, precedida de alguna definición básica del concepto de *política*.

1. *Orientación Política vs. Tradicionalismo: postulados fundamentales*

En contraste con la concepción *tradicional* del Derecho como una disci-

plina autónoma, así como con su preocupación exclusiva por el concepto de *autoridad*, el de *orientación política* es un enfoque eminentemente interdisciplinario, que además pretende la integración no sólo de los conceptos de *autoridad* y *poder*, sino también del Derecho, la Ciencia Política y del estudio de las Relaciones Internacionales.⁸

Con este propósito, el enfoque de McDougal constituye un sistema filosófico-legal que al concentrarse en el análisis de múltiples alternativas de política legal, se esfuerza por considerar, en forma sistemática y rigurosa, todos los factores extralegales que inciden en el proceso de formulación de decisiones de carácter jurídico. Así, basándose no sólo en lo que se conoce como Sociología del Derecho, sino también en la escuela denominada Realismo Legal y en los avances de las ciencias sociales en general, el *enfoque de orientación política* se esmera en reemplazar el estilo *tradicional* de investigación —asociado con el positivismo— que, poniendo énfasis en el papel de la coercitividad y de la sanción, se preocupa exclusivamente por lo que el Derecho *es*, y no por lo que *debiera ser*. En cambio, el enfoque de McDougal no sólo postula su propio sistema de valores, sino que además invoca el uso del Derecho para su debida instrumentación.

Por otro lado, descartando la validez de la analogía clásica entre el derecho internacional y el municipal, McDougal pone de relieve las características distintivas del sistema internacional: estructuras descentralizadas de orden y poder, basadas en la lógica y en las ventajas de la reciprocidad, en la autolimitación, en el apego a normas y a estructuras de negociación razonable, y cuya realización final deriva del ser *percibidas* por los estados como benéficas y necesarias, debido esto, primordialmente, a su creciente grado de interdependencia. En consecuencia, el *enfoque de orientación política* sustituye la atención en las reglas legales por aquella en políticas, metas y valores del Derecho. Asimismo, al concentrarse en esclarecer quién es el responsable y beneficiario de una política determinada y cuál es su contenido detallado, tal enfoque identifica al que toma las decisiones como el principal actor en los asuntos internacionales,⁹ y le exhorta a hacer

⁸ Las fuentes principales de este apartado son: McDougal "Some Basic Theoretical Concepts about International Law: A Policy-Oriented Framework of Enquiry", IV *Journal of Conflict Resolution* (1960); del mismo autor, "International Law, Power and Policy: A Contemporary Conception", 82 *Recueil des Cours* 137 (1953); Higgins, *op. cit.*; R. Falk, *op. cit.*

⁹ Esta proposición de carácter descriptivo, no impide a McDougal, ni a Lasswell, aseverar que una "autoafirmación racional" requiere que los hombres vayan identificando cada vez su realización personal con el progreso de entidades políticas de mayores proporciones que las de los estados-naciones actuales, una sugerencia, ésta, que tiende a cuestionar la capacidad de los estados para contribuir al proceso global de realización de valores y que, implícitamente, parece defender el crecimiento del 'supranacionalismo'. Ver Falk, *op. cit.*, p. 658.

siempre un balance entre los intereses 'exclusivos' de la comunidad particular que representa y los intereses 'inclusivos' de la comunidad internacional en general. Para tal efecto, el apego a un *criterio de racionalidad* es sugerido a quien toma las decisiones.

En este contexto, mientras que la *escuela tradicional* concibe al derecho internacional como un simple conjunto de *reglas* neutrales y coercitivas, creada exclusivamente mediante el consentimiento tácito o expreso de los estados, el *enfoque de orientación política* considera al derecho internacional como todo el *proceso* por virtud del cual se formulan, se interpretan y se aplican las decisiones de carácter legal, y en el cual la consideración prioritaria no es dada a reglas ni a decisiones del pasado, sino a los cambiantes intereses y expectativas de la comunidad. Así pues, de acuerdo con este último enfoque, una decisión *legal* significa que es 'autorizada' y 'aplicable', es decir que: *a*) tal decisión es tomada por aquellas personas a quienes se les reconoce competencia para hacerlo, en el marco de estructuras previamente establecidas (es aquí, en la determinación de estos requisitos, donde las reglas legales cobran su mayor relevancia), y en un esfuerzo genuino por satisfacer intereses comunes; y que *b*) quien toma la decisión cuenta con el poder necesario para aplicarla. En cambio, una decisión *política* es aquella que se toma con base en el mero poder o en el simple pragmatismo.

Con justificada razón, el *enfoque de orientación política* rechaza la concepción del derecho internacional como un simple conjunto de reglas, por varios motivos. En primer término, tal concepción fomenta una visión rígida y estática del derecho internacional, siendo que el 'comportamiento legal' de los estados es *continuo* —lo cual más bien justifica una visión dinámica— y que, por otra parte, el derecho internacional cuenta con sus propios mecanismos de cambio (revisión de tratados, codificación, gestación de costumbres, etc.). Igualmente, dicha concepción *tradicional* es incapaz de esclarecer los intereses, valores y objetivos que las reglas legales consagran, e impide al mismo tiempo relacionarlos con los intereses más amplios de la comunidad. Por último, visto así el derecho internacional, la determinación de aquellas políticas consagradas por reglas jurídicas, así como la de sus verdaderos beneficiarios, queda obstaculizada en forma considerable.

Por éstas y otras razones, McDougal destaca con énfasis la importancia de considerar al derecho internacional como un instrumento especial de política, así como la necesidad de analizarlo siempre dentro de un marco estrictamente contextual e interdisciplinario. A fin de validar tal concepción, McDougal arguye correctamente que toda *norma* (en vez de *regla*) legal representa una política determinada; es necesario que el Derecho sea fruto de la identificación de intereses, valores y expectativas *contemporá-*

neas, de tal suerte que pueda permanecer en constante y estrecho contacto con la realidad cambiante, y que asimismo pueda contribuir al desarrollo del medio ambiente humano; y, en última instancia, la orientación política es inherente al proceso legal porque éste entraña elecciones inevitables, sin importar cuánto se disfracen éstas a través de tecnicismos legales. Por lo tanto, se estima con acierto que es preferible el esclarecimiento de los fines e intereses sancionados por toda norma legal.

Por lo que se refiere a la función judicial, los puntos de discrepancia entre los dos enfoques serán señalados a lo largo de nuestros análisis de las decisiones de la Corte. Baste decir por ahora que la función de los jueces, según la *escuela tradicional*, se limita a encontrar y a aplicar, imparcialmente, el criterio legal *correcto*. McDougal rechaza tal noción señalando que es imposible encontrar un criterio *correcto*, ni siquiera a través de un análisis de contexto. La razón de ello reside en el carácter *complementario* de toda norma legal, es decir que éstas no son sino pares equivalentes de pretensiones opuestas (*v. gr.*: agresión/legítima defensa; soberanía o jurisdicción interna/jurisdicción extraterritorial, etc.) Dicho en otra forma, McDougal arguye que la doctrina legal contiene conjuntos complementarios de normas, lo cual permite apoyo doctrinal para intereses y decisiones contradictorias; por ejemplo, la legalidad de un acto coercitivo depende, en última instancia, de su interpretación como un acto de agresión o de legítima defensa.

En resumen, a diferencia de la concepción *tradicional* del derecho internacional como un sistema esencialmente restrictivo, según el *enfoque de orientación política*, su función primordial es la de servir como un instrumento de 'ingeniería social' para llevar a la práctica el sistema de valores que este mismo enfoque postula.

2. Definición de Política e Imparcialidad

No obstante la dificultad de encontrar una definición del término *política*, conviene señalar algunos intentos por definirlo en la literatura que se refiere al enfoque de McDougal, quien sostiene que si bien no todas las políticas constituyen una norma legal, toda norma legal refleja una política. Esto, si se toma en cuenta su debido impacto sobre el proceso de crear y compartir los valores de la comunidad.¹⁰

A su vez, Harold Lasswell ha escrito que una *política* es un programa elaborado de objetivos, valores y prácticas,¹¹ mientras que Schachter la

¹⁰ McDougal, "The Teaching of International Law", 2 *Georgia Journal of International & Comparative Law* (Suplemento 2) 1972, p. 112.

¹¹ H. Lasswell y A. Kaplan, *Power and Society*, *op. cit.*, p. 1.

ha definido como un resultado deseable, ya sea que se exprese como un objetivo general o específico, o como un principio de equidad y justicia.¹² En tal virtud, el término que nos ocupa podría ser definido simplemente como un programa de acción coherente para la consecución de resultados previamente concebidos.

En forma semejante, el término 'consideraciones de política' o 'consideraciones políticas' se presenta con cierta ambigüedad en la literatura sobre el tema. En ciertas ocasiones, parece que dicho término se refiere simplemente a toda consideración o factor de orden extralegal. Sin embargo, en otros contextos se podría pensar que, al usar dicho término, se requiere además que tales consideraciones extralegales estén relacionadas con los intereses y expectativas de la comunidad internacional en general.

Por lo que concierne al concepto de imparcialidad, su calificación escrupulosa se estima indispensable debido a que, por una parte, es un concepto al que se le han atribuido significados diversos —cuyo uso indiscriminado conduce por necesidad a falsas interpretaciones— y a que, por otro lado, la esencia de las proposiciones sugeridas en el presente trabajo se nutre de tal conceptualización.

De acuerdo con su acepción más común, imparcialidad significa la carencia de inclinación o prejuicio personales, o bien un principio de equidad y justicia¹³ —cuya realización cabal es por lo general evaluada con base en ciertas directrices de carácter objetivo. En efecto, el concepto de imparcialidad parece entrañar: una *actitud*, un *procedimiento* y un *resultado*. En esta forma, la elaboración de tres conceptos fundamentales del término, así como la distinción entre dos criterios de clasificación, se estiman suficientes para los propósitos de este trabajo.

Atendiendo a su naturaleza misma, podemos distinguir entre lo que denominaremos: a) imparcialidad *subjetiva* (actitud), que significa el desprendimiento por parte de quien crea, interpreta o ejecuta una norma o una decisión, de todo prejuicio, preferencia o inclinación personal; b) imparcialidad *formal* (procedimiento), es decir, el apego estricto y coherente a directrices previamente establecidas —de aquí que se le asocie comúnmente con los conceptos (valores) de objetividad y predecibilidad; y c) imparcialidad *material* (resultado), es decir, un resultado aceptable, logrado a través de una ponderación *razonable de todos*¹⁴ los intereses invo-

¹² Oscar Schachter, "The Place of Policy in International Law", 2 *Georgia Journal of International & Comparative Law* (Suplemento 2) 1972, p. 6.

¹³ *The Oxford English Dictionary*, Volumen V, Oxford; Clarendon Press, 1933, p. 76.

¹⁴ Como será visto en su oportunidad, en este "todos" reside una de nuestras discrepancias fundamentales con el *enfoque de orientación política*, toda vez que

lucrados, sean éstos divergentes o no¹⁵ —luego, su identificación con principios de equidad y justicia.

Ciertamente, como ya lo hemos anticipado, sería estéril cualquier esfuerzo por encontrar medios de comprobación concluyente a cualesquiera de estos tipos de imparcialidad, pues su misma realización en forma plena es obviada por el elemento humano. Sin embargo, si bien es cierto que una comprobación relativa del logro de la imparcialidad *subjetiva* se estima virtualmente imposible, no sucede lo mismo con los otros dos tipos. En efecto, podría pensarse que en lo que respecta a la imparcialidad *formal*, la comprobación de su logro queda a cargo de la lógica, la cual se encargará de determinar en qué medida una decisión es tomada o no, con apego a las directrices previamente establecidas (*v. gr.*: normas legales) para tal efecto. Asimismo, por lo que se refiere a la imparcialidad *material*, la consecución de ésta se sugiere ser comprobada por el índice (cuantitativo y cualitativo) de las repercusiones (sociales y políticas, principalmente) que deriven de la decisión respectiva —lo cual es susceptible de observación, e indicativo de su grado de *legitimación* (aceptación). Entre las variables de mayor importancia para determinar dicho 'índice de repercusiones' pudieran sugerirse la reacción de las partes interesadas y de la opinión pública en general, así como la escalada o la solución del conflicto en cuestión, cuando éste sea el caso.

Además, atendiendo al contexto dentro del cual el logro de la imparcialidad es intentado, podemos distinguir lo que también denominamos imparcialidad *legislativa*, *judicial* y *ejecutiva*, que se refieren respectivamente a los procesos de formulación, interpretación y ejecución de decisiones. Como ha sido sugerido con anterioridad, este trabajo versa fundamentalmente sobre el segundo de estos tipos.

Finalmente, se estima que esta conceptualización del término imparcialidad, lejos de representar un ejercicio puramente semántico, entraña implicaciones considerables tanto de orden político como epistemológico; como se intentará demostrar más adelante.

EL CASO DE NAMIBIA

Antes de iniciar nuestro análisis de lo que en el medio jurídico se conoce mejor como el Caso del África Sudoccidental, creemos conveniente aclarar

éste pugna por la defensa exclusiva de aquellos intereses congruentes con su propio sistema de valores.

¹⁵ Aceptamos de antemano que nuestro apoyo en un criterio de "racionalidad" nos remonta a tradiciones de Derecho Natural, aunque en esta, relativamente nueva, modalidad.

dos puntos preliminares. Por una parte, debemos destacar que existen importantes diferencias e implicaciones entre una *sentencia* y una *opinión consultiva* de la Corte Internacional. Entre otras, una *opinión consultiva* —cuyo requerimiento compete exclusivamente a los órganos y agencias de las Naciones Unidas— aunque goza de autoridad considerable, no es legalmente obligatoria para las partes. En cambio, una *sentencia*, que se dicta únicamente con relación a un litigio en particular, es legalmente obligatoria y, por lo tanto, susceptible de ser ejecutada por el Consejo de Seguridad.¹⁶

Por otra parte, mientras que la Sentencia de 1966 es conocida como un paradigma del *enfoque tradicional*, la opinión de 1971 es mejor conocida como un ejemplo del *método teleológico* de interpretación, y no del *enfoque de orientación política*. Sin embargo esto no afecta el propósito de nuestro análisis, por dos razones. En primer lugar, hemos encontrado que en gran medida dicha opinión no sólo acoge, sino que además instrumenta los postulados fundamentales de este último enfoque. En segundo término, la *teleología* y la *orientación política* se encuentran lejos de ser incompatibles.

En realidad, mientras que *el enfoque de orientación política* es indiscutiblemente reconocido como un sistema filosófico-legal, el *teleológico* no es, en sentido estricto, más que una técnica o método de interpretación jurídica —según la cual, todo instrumento legal debe ser interpretado de manera que la máxima realización posible sea dada a su propósito.¹⁷ Sin embargo, partidarios de dicho método han desarrollado un conjunto de principios peculiares, lo cual le ha valido que en determinados círculos se le otorgue el nivel de sistema filosófico-legal.

De las numerosas afinidades que existen entre estos dos enfoques, conviene destacar las siguientes.¹⁸ Ambos favorecen, aunque en medida diferente, una función eminentemente creativa de los órganos judiciales (*v. gr.*: elegir entre normas legales alternativas) y, en términos generales, ambos se oponen a la *escuela tradicional*. De acuerdo al *método teleológico*, los tratados deben ser interpretados a la luz de directrices y expectativas contemporáneas; en la concepción de McDougal, no sólo los tratados sino toda decisión legal ha de ser no sólo interpretada, sino también for-

¹⁶ Ver artículos 94 y 95 de la Carta de las Naciones Unidas, y Artículos 34 y 65 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

¹⁷ Ver Gerald Fitzmaurice, "The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-1954: Treaty Interpretation and other Treaty Points", 33 *British Yearbook of International Law* (1957), p. 211.

¹⁸ En tanto que estas afinidades se refieren al *método teleológico*, ver John Dugard, "The Opinion on South-West Africa ('Namibia'): The Teleological Triumph", 88 *The South African Journal* (1971), pp. 471 *et seq.*

mulada, bajo tales consideraciones. Mientras que el método *teleológico* se concentra en el *propósito último* de los instrumentos legales, el *enfoque de orientación política* va tan lejos como sea necesario para abarcar también a los *valores e intereses* subyacentes en tal propósito. Finalmente, el *enfoque teleológico* es citado con frecuencia como un sistema orientado hacia *finés y propósitos* y, aunque toda *política* presupone el reconocimiento de éstos, esto nos lleva a una diferencia fundamental entre ambos enfoques: el *sistema teleológico* se esfuerza por apegarse a una determinada *política* sólo en la medida en que ésta encuentra clara expresión en la norma legal respectiva; el *sistema de orientación política*, en cambio, se concentra en todo el proceso de toma de decisiones e implora la constante participación del Derecho en tal proceso.

Dicho esto, nuestro análisis de las decisiones de la Corte Internacional en 1966 (sentencia) y en 1971 (opinión consultiva) será restringido a aquellas cuestiones legales que ofrezcan mayor importancia para los propósitos del presente trabajo.

1. *El Enfoque Tradicional: 1966*

En una coyuntura tal en que no sólo la comunidad internacional sino que el mismo gobierno de Sudáfrica —el cual había destinado una cantidad prodigiosa de recursos a su defensa— estaban esperando una decisión en los méritos del caso, la Corte Internacional resolvió que Etiopía y Liberia (los demandantes) carecían de *interés legal* para obtener una sentencia.

Esta decisión fue tomada contra un historial de dieciséis años de litigio, durante el cual la misma Corte ya había emitido tres opiniones consultivas (1950, 1955 y 1956) y una sentencia preliminar ('interlocutoria'; es decir, sobre el cumplimiento de requisitos formales) en 1962.¹⁹ En estas decisiones, la Corte había declarado, entre otras cosas, que: a) el Mandato por el cual África Sudoccidental —que tomó el nombre de Namibia en 1968—²⁰ fue colocada bajo la jurisdicción de Sudáfrica a fines de la pri-

¹⁹ Tales decisiones son conocidas, respectivamente, como: "International Status of South West Africa", *I. C. J. Reports* (1950), p. 128; "South West Africa —Voting Procedure", *ibid.* (1955), p. 67. "Admissibility of Hearings of Petitions by the Committee on South West Africa", *ibid.* (1956), p. 23; y "South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)", *ibid.* (1962), p. 6.

²⁰ Resolución de la Asamblea General de la ONU, 2372 (XXII). África Sudoccidental era una colonia alemana hasta las postrimerías de la Primera Guerra Mundial. El Pacto de la Sociedad de Naciones establecía un sistema de mandatos (artículo 22) por el cual los territorios coloniales de los ex-enemigos serían gobernados por otros estados, quienes a su vez eran responsables ante la Liga. África Sudocci-

mera guerra, quedaba en vigencia; b) la Corte Internacional de Justicia reemplazaba legalmente a la Corte Permanente (su predecesora) en las funciones judiciales que dicho Mandato le confería; c) el carácter de todo estado como 'miembro de la Liga' no se afectaba por la disolución de ésta; d) una *disputa* existía, a pesar de la ausencia de un *interés especial o material* de los demandantes, y e) *la Corte podía proceder a dictar sentencia sobre los méritos del caso*.

Entre estos méritos destaca el determinar si el gobierno de Sudáfrica había violado sus obligaciones establecidas en el Mandato, al introducir, por ejemplo, la política de *apartheid* en Namibia. Esto, debido a que el verdadero motivo, subyacente en la disputa, era el deseo de un gran número de estados (del África en particular) de obtener una sentencia condenatoria de tal política; una sentencia que, considerando su tradicional respeto por la organización judicial, hubiese obligado moralmente a la Gran Bretaña y a los Estados Unidos a votar por su efectiva instrumentación en el Consejo de Seguridad.²¹ Aunque, técnicamente, una sentencia en tal sentido hubiese sido aplicable al territorio de Namibia en exclusiva, su impacto político, sin lugar a dudas, habría sido suficiente como para afectar toda el África Meridional.

Si bien es cierto que una variedad de factores extralegales incidían con importancia en la problemática estrictamente jurídica de este caso, así como que su apreciación cabal no es permitida por el *enfoque tradicional*, también es cierto que la consideración de todos ellos era requerida a fin de que la decisión tomada al respecto cobrase algún significado. Sin embargo, la Corte parecía estar decidida a sostener la 'autonomía' del derecho internacional a cualquier costo. El camino ya había sido señalado en 1962 por los jueces Fitzmaurice y Spender, entonces miembros de la minoría disidente, cuando enfáticamente expresaron:

No somos inconscientes ni insensibles a las diversas consideraciones de carácter *no-jurídico*, social, humanitario... subyacentes en este caso; pero éstos son asuntos más bien propios de la arena política, y no de la legal. Ellos no pueden desviarnos de nuestro deber de alcanzar una conclusión con base, estrictamente, en lo que creemos sea el criterio legal correcto...²²

Ante este razonamiento, no es de sorprender que dichos jueces, ahora

dental había de ser administrada por el gobierno de Sudáfrica en la calidad de Mandato del Grupo 'C', es decir, como una parte integral de su territorio. Higgins, "The International Court and South Africa —The Implications of the Judgement", 42 *International Affairs* (octubre, 1966), p. 573.

²¹ *Ibid.*, p. 597.

²² Opinión disidente conjunta, "South West Africa Cases", (Sentencia Preliminar) *I. C. J. Reports* (1962), p. 466.

miembros de la apenas triunfante mayoría —había un empate en la votación antes del *voto de calidad* del presidente Spender— estuviesen dispuestos a dar consideración exclusiva a aquellas obligaciones derivadas directamente del *consentimiento* de Sudáfrica —es decir, sólo aquellas que el Mandato establecía—, así como sólo a aquellos factores que gozaran de una ‘expresión legal suficiente’ —en consonancia con el método *analítico* o *positivista* (formal, cerrado) de interpretación. Pues como ya lo hemos anticipado, de acuerdo con la *escuela tradicional* la función exclusiva de los jueces es encontrar y aplicar, imparcialmente, las reglas legales correctas. Así, la mayoría de 1966 declaró que:

[Ésta] es una Corte de Derecho y puede considerar principios morales sólo en la medida en que éstos reciban expresión *suficiente* en forma legal. El Derecho, se dice, existe *para servir una necesidad social*; y, precisamente por esta razón, puede hacer eso sólo a través y *dentro* de los límites de su propia disciplina. De lo contrario, no sería un servicio legal el que se estaría prescindiendo.²³

Esta aseveración no sólo confirma la tesis de que el Derecho debe permanecer claramente separado de cualquier consideración que no sea legal, sino que además es acorde con la concepción *tradicional* de las fuentes del derecho internacional: restringidas a aquello que cuenta con una ‘expresión legal suficiente’. Dicha tesis fue más detallada por la misma mayoría de jueces, cuando expresaron que si bien es cierto que consideraciones de carácter humanitario “pueden constituir la base de inspiración de las reglas de derecho... [ellas] no equivalen, sin embargo, a reglas de derecho en sí”.²⁴

Sobra decir que, en consecuencia, atención prioritaria fue dada al Mandato, pues éste constituía una ‘expresión legal suficiente’ y, al mismo tiempo consagraba, lejos de toda duda, el *consentimiento* del gobierno de Sudáfrica. Sin embargo, tales argumentaciones por ningún motivo quedan exentas de cuestionamientos importantes. Como ha sido correctamente objetado por prestigiados tratadistas, ¿qué constituye una expresión legal *suficiente*? y ¿cuáles son los límites del Derecho, como una disciplina autónoma?²⁵ Nosotros cuestionaríamos, además, si la renuencia de la Corte a dictar una sentencia en los méritos del caso, debe considerarse en realidad como el ‘haber servido a una necesidad social’. Por otra parte, estimamos

²³ South West Africa Cases (Sentencia Final), *I. C. J. Reports* (1966), p. 34.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Ver Higgins, “Policy Considerations and the International Judicial Process”, *International & Comparative Law Quarterly* (1968), p. 61; C. W. Jenks, *Law in the World Community*. Londres, Longmans, 1967, p. 54; y, W. Friedmann, “The Jurisprudential Implications of the S. W. Africa Case”, 6 *Columbia Journal of Transnational Law* (1967), pp. 1-16.

que consideraciones de orden humanitario, así como político, económico, social y cultural, constituyen no sólo la base de inspiración, sino la misma base operativa de toda norma legal. Dicho en otra forma, ¿qué son estas normas, si no la mejor expresión formal posible de todo tipo de intereses, valores y expectativas? Reconociendo entonces las limitaciones humanas de estas 'expresiones legales' en cuanto a extensión y precisión, por decir lo mínimo, otra cuestión emerge: ¿no debiera todo intento de interpretación de dichas normas incluir la consideración de las bases en las que se inspiran, a fin de cobrar sentido alguno?

La respuesta en sentido negativo fue obsequiada por la misma mayoría de jueces, quienes, fieles al principio de *contemporaneidad* (inherente al método *analítico* de interpretación), fueron tan lejos como el considerar la intención de las partes signatarias del Mandato, pero únicamente tal y como ésta fue expresada al momento de su firma (1920). De esta manera, se ignoran no sólo aquellos factores extralegales que incidían con relevancia en la firma del Mandato —así como su natural evolución hasta 1966— sino el propósito mismo de este último. En efecto, la Mayoría opinó que:

La Corte debe ubicarse en aquella época en que el sistema de mandatos estaba siendo instituido... Intenciones que pudieran haberse formulado posteriormente, y con base en el conocimiento de circunstancias... que nunca pudieron haber sido previstas originalmente, no son importantes.²⁶

Con tal razonamiento, en su búsqueda por la 'regla legal correcta', la Corte se encontró con la existencia de normas legales tanto alternativas como incompatibles, y cuya consideración cabal y prioritaria hubiese conducido a conclusiones indeseables, tal como una aparente interferencia en la *jurisdicción interna* de Sudáfrica: después de todo, un estado *soberano*. Asimismo, dicho resultado hubiese estado en franca contradicción con el énfasis *tradicional* en los estados soberanos como los actores principales en las relaciones internacionales, y como los sujetos prominentes del derecho internacional.

Tal dilema, en su carácter estrictamente 'legal', deriva de diversas disposiciones del Mandato mismo. Su artículo 2 provee:

El Mandatario deberá promover, al máximo, el *bienestar material y moral* y el *progreso social* de los habitantes del territorio.*

Si la Corte se hubiese decidido a apreciar la importancia que esta disposición ofrece para cualquier intento por satisfacer el propósito último

²⁶ "South West Africa Cases" (Sentencia final), *I. C. J. Reports* (1966), p. 23.

* Énfasis del autor.

del Mandato, ella hubiera encontrado múltiples bases 'legales' (para no hablar de otro tipo) que le permitiesen concluir que el *apartheid* constituía una política en detrimento del bienestar y del progreso de los habitantes de Namibia. Sin embargo, la Mayoría de 1966 ya había establecido, en su voto disidente de 1962, que:

[En el citado Artículo 2] difícilmente se encuentra un término que no pudiese ser aplicado en formas ampliamente variadas a la misma situación... de acuerdo a visiones subjetivas diferentes... Un elemento muy grande de subjetividad entraría necesariamente en cualquier intento por aplicar estos términos... Ellos entrañan cuestiones de apreciación, más que de determinación objetiva.²⁷

Ante este tipo de razonamientos, no es difícil entender que la escuela de McDougal adscriba un carácter mítico al concepto de imparcialidad. Por ejemplo, Rosalyn Higgins ha observado con acierto que la elección de uno de los varios significados que un mismo término ofrece, es precisamente lo que la función judicial implica; que "la búsqueda de una 'determinación objetiva' es una quimera".²⁸ A su vez, McDougal ha excluido toda posibilidad de lograr una decisión *neutral*, en el sentido de que ésta sea independiente de las consecuencias inmediatas que derivan de la elección respectiva.²⁹

Por otra parte, el mismo Artículo 2 del Mandato dispone que:

El Mandatario tendrá poder pleno de administración sobre el territorio... como una *porción integral* de la Unión de Sudáfrica, y *puede* aplicar [sus] leyes al territorio, *sujeto* a aquellas modificaciones... requeridas por las *circunstancias*.*

Ciertamente, cuando esta provisión es relacionada con la *cláusula de jurisdicción interna* de la Carta de la onu (Artículo 2.7)

Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados...

un argumento por demás persuasivo surge en favor de Sudáfrica. Más aún si es reconocida una tendencia a reevaluar la soberanía que, según destacados escritores,³⁰ caracteriza la presente era, y lo cual parece confirmarse por

* Énfasis agregado.

²⁷ Opinión disidente de los Jueces Spender y Fitzmaurice, "South West Africa Cases" (Sentencia preliminar), *I. C. J. Reports* (1962), pp. 466-7.

²⁸ Higgins, *op. cit.*, p. 71.

²⁹ McDougal, "Jurisprudence for a Free Society", 1 *Georgia Law Review* (1966), p. 13.

³⁰ Ver los interesantes trabajos de G. L. Godwin, "The Erosion of External So-

dos fenómenos: la proliferación de nuevos estados durante las tres últimas décadas y la férrea defensa de intereses vitales ofrecida por 'pequeños' estados (baste citar los ejemplos de Israel y de Vietnam).

Así pues, a la luz de las implicaciones políticas y legales tan importantes que incidían sobre el citado dilema, y en vista de la notable contradicción de principios *tradicionales* que una sentencia en cualquier otro sentido hubiese entrañado, la Corte aparentemente decidió buscar una racionalización legal que le permitiera sostener su respeto *tradicional* a la 'autonomía' e 'imparcialidad' del Derecho. Tal escapatoria fue encontrada en la cláusula jurisdiccional del Mandato, que establece:

...si alguna disputa emergiese entre el Mandatario y cualquier otro miembro de la Liga de Naciones en relación a la interpretación o la aplicación de las provisiones del Mandato, tal disputa... será sometida a la Corte Permanente de Justicia Internacional. (Artículo 7).

En esta ocasión, sin embargo, la magnitud del dilema fue suficiente como para obligar a la Corte a desempeñar una función claramente innovadora, no obstante la inconformidad de esto con el *enfoque tradicional*. En efecto, la Corte decidió analizar primero lo que originalmente denominó una 'cuestión antecedente': si los demandantes tenían o no un interés legal 'especial' en la disputa —un concepto de validez legal dudosa, al aplicarse a este caso.³¹ A continuación, la Corte elaboró una distinción muy fina entre preceptos 'particulares' y 'operativos' del Mandato: una distinción nueva para el derecho internacional,³² pero que permitió a la Corte concluir que el derecho al recurso judicial establecido en el Artículo 7 del Mandato procedía *únicamente* con relación a los preceptos 'particulares' (*v. gr.*: derecho de misioneros extranjeros a entrar al territorio). En consecuencia, los estados no podían ejercer tal derecho con relación a los preceptos 'operativos' (*v. gr.*: las concernientes a la implementación adecuada del Mandato), *a menos que* comprobaran tener un interés 'especial' en el asunto. Como ya lo hemos indicado, la Corte decidió que tanto Etiopía como Liberia carecían de dicho interés.

Aunque la Corte se esmeró por sostener que con esta decisión no estaba revocando su dictamen de 1962, según el cual los demandantes contaban con el derecho a obtener una sentencia sobre los méritos del caso, sus ar-

verignty?", en Barber & Smith (compiladores), *The Nature of Foreign Policy: A Reader*. Great Britain; Open University Press, 1974; y de John H. Herz, "The Territorial State Revisited: Reflections on the Future of the Nation-State" en J. N. Rosenau (compilador), *International Politics and Foreign Policy*. Nueva York; The Free Press, 1969.

³¹ Higgins, "The International Court and South West Africa..." *op. cit.*

³² *Ibid.*, p. 583.

gumentos en tal sentido quedan lejos de ser convincentes. En cambio, prestigiados tratadistas han argüido, persuasivamente, que la decisión de la Corte constituye una revocación efectiva.³³

En tales circunstancias, sólo resta decir que, aparte de la ya citada provisión del Mandato sobre *bienestar y progreso social*, la Corte disponía de varias otras fuentes legales para fundamentar una sentencia en contra de Sudáfrica. Baste citar las numerosas disposiciones de la Carta de la ONU que proscriben la discriminación racial; el número considerable de declaraciones de la Asamblea General en el mismo sentido, las cuales a pesar de no constituir normas legales propiamente, su 'formulación continua' durante cierto periodo —como el Juez Tanaka lo razonó en su opinión disidente³⁴— podría considerarse como la evidencia del nacimiento de una norma legal *consuetudinaria*.

Aun sin considerar el respaldo legal que naturalmente deriva de la Declaración Universal de Derechos Humanos y las decisiones previas de la misma Corte en el asunto de Namibia, un razonamiento basado en estas fuentes cobra mayor fuerza si se comparte el énfasis del Juez Tanaka en la noción de *comunidad internacional*, así como en su concepción del Mandato como una *institucional internacional* (como un 'encargo sagrado a toda la civilización') —a diferencia de la concepción *positivista* del Mandato, como un simple contrato.³⁵

Si tan distinto razonamiento no resultase suficientemente persuasivo para legitimar la concepción del *apartheid* como una *excepción* necesaria y especial al principio de *jurisdicción interna* —así como ha sucedido con el crimen de genocidio y el derecho a la autodeterminación de los pueblos— aún quedaba a la Corte una alternativa intermedia: restringir la prohibición del *apartheid* a aquellos territorios que se encuentran bajo el régimen internacional de administración fiduciaria, o bajo el anterior sistema de mandatos, como es el caso de Namibia. Estos territorios, en efecto, al no gozar del atributo de soberanía, deben estimarse como sujetos a la jurisdicción *internacional*, y no a la *interna*.³⁶ Dicha alternativa cuando me-

³³ Ver, por ejemplo, el razonamiento irrefutable de Higgins, *Ibid.*, pp. 580-1; o de Alexander J. Pollock, "The South Africa Cases and the Jurisprudence of International Law", XXIII *International Organization* 3 (otoño, 1969), pp. 768-9.

³⁴ "South West Africa Cases" (Sentencia final), *I. C. J. Reports* 1966), pp. 291-2. A mayor abundamiento en este punto, véase el que con facilidad pudiera considerarse como el tratado más valioso en la materia: Jorge Castañeda, *Valor Jurídico de las Resoluciones de las Naciones Unidas*. México; El Colegio de México, 1967.

³⁵ "South West Africa Cases" (Sentencia final), *I. C. J. Reports* (1966), pp. 271, 294 y 304-11.

³⁶ Esta alternativa intermedia se debe a la interpretación que Pollock hace del razonamiento del juez Tanaka. Ver Pollock, *op. cit.*, pp. 782-3.

nos implica un balance aceptable de intereses: el interés de los Estados por preservar su jurisdicción interna y el interés de la comunidad internacional por promover el bienestar de los habitantes de territorios no autónomos.

De cualquier manera, la Corte no pudo evitar el hacer una elección, confirmando así un postulado fundamental del *enfoque de orientación política*. Ella eligió la alternativa de no dictar sentencia sobre los méritos del caso —la indiferencia, se dice, constituye la peor de las políticas. Más aún, ni siquiera tal renuncia a sentenciar significó la encarecida salvaguarda de la *neutralidad* del Derecho, ya que nunca careció de repercusiones políticas importantes, *v. gr.*: la intensificación del conflicto racial en el África Meridional, una severa pérdida de confianza en el proceso judicial, la aceleración del programa de *apartheid* y el uso propagandístico que el gobierno de Sudáfrica dio a la decisión de la Corte.³⁷

En resumen, la Corte se negó a estimar no sólo elementales consideraciones de índole política, sino todo factor de carácter extralegal —esto, a la salud de la *autonomía* e *imparcialidad* del Derecho. Una última pregunta, cuya respuesta intentaremos oportunamente, se impone: ¿cuán *imparcial* debe considerarse tan polemizada decisión de la Corte?

2. El Enfoque de Orientación Política: 1971

En marcado contraste con la sentencia de 1966, la opinión consultiva que la Corte emitió, a requerimiento del Consejo de Seguridad en 1971, se fundó en concepciones por demás diferentes del derecho internacional y del proceso judicial en particular.

En 1971, la Corte se encontraba una vez más ante una variedad de implicaciones propiamente legales, así como políticas, de las cuales habrían de derivar, irremediablemente, un sinnúmero de interpretaciones y de decisiones alternativas. Sin embargo, en esta ocasión la Corte no titubeó en tomar decisiones *sustanciales*. En línea semejante, la Corte decidió asumir una actitud tan creativa que en algunos círculos se le ha denunciado como 'revolucionaria'. No obstante, tal actitud goza incluso de la simpatía de tratadistas como Lauterpacht quien, a pesar de no pertenecer a la corriente británica del *tradicionalismo*, nunca ha estado comprometido con la escuela de *orientación política*.³⁸ Este destacado tratadista ha expresado, en forma por demás correcta, que la necesidad de escoger entre intereses lega-

³⁷ Ver Richard Hiscocks, *The Security Council —A Study in Adolescence*. Londres; Longman, 1973; p. 217.

³⁸ Higgins, "Policy Considerations and the International Judicial Process", *op. cit.*, p. 59.

les contradictorios forma parte de la misma esencia de la función judicial, y que esta elección no es entre reclamaciones que gocen de plena justificación y otras que carezcan de toda fundamentación, sino entre reclamaciones que ostentan cierto mérito legal, aunque en grados diferentes.³⁹ En respuesta a una objeción común, Lauterpacht asegura que

[t]al elección no requiere ser necesariamente el resultado de una idiosincracia puramente individual o subjetiva. Ella puede concebirse —si se toma en cuenta la totalidad de relaciones legales y sociales dentro de la comunidad— como la misma elección que el legislador hubiese tomado, si éste hubiese podido prever los cambios que ocurren en el desarrollo de la comunidad. *Libertad judicial no debe ser necesariamente identificada con el reino de la arbitrariedad*. Ella significa *libertad dentro del Derecho*, concebido éste como algo más que la suma total de sus reglas positivas.⁴⁰

Al emitir su opinión consultiva, la Corte tomó en consideración no sólo precedentes y factores extrajurídicos, sino importantes consideraciones de política, tales como: ¿en qué medida hubiera sido afectada la autoridad de las Naciones Unidas si la sentencia se hubiese dictado en otro sentido?, ¿cuáles eran las expectativas de la comunidad internacional con relación tanto al papel que la Corte debiera desempeñar como a la estimación contemporánea del *apartheid*? y, en especial, ¿en qué medida estaba dependiendo la preservación de un mínimo de orden en el África Meridional de la continuación de dicha política discriminatoria? y, a su vez, ¿en qué medida la continuación de dicha política quedaría estimulada o menoscabada por la sentencia de la Corte? En efecto, McDougal ha sostenido de manera enfática que la preservación de un mínimo de orden en el sistema internacional constituye el objetivo de política más importante⁴¹ —una opinión que tiende a cobrar mayor vigencia en el contexto de la presente era nuclear.

Con posterioridad a la sentencia de 1966, la Asamblea General adoptó la Resolución 2145 (XXI)⁴² en la que se declaró, entre otras cosas, que Sudáfrica había faltado a sus obligaciones con respecto a la administración de Namibia y que, en consecuencia, el Mandato se daba por terminado con el resultado de que en el futuro dicho territorio quedaría bajo la responsabilidad directa de las Naciones Unidas.

No obstante que la Asamblea General en repetidas ocasiones había ad-

³⁹ Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*. Londres; Stevens and Sons, 1958, pp. 398-9.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 80. (Énfasis añadido).

⁴¹ McDougal, "The Teaching of International Law". 2 *Georgia Journal of Int'l & Comp. Law* (Suplemento 2) 1972, p. 112.

⁴² Resolución tomada el 27 de octubre de 1966. Al siguiente año la Asamblea General creó el Consejo de Namibia (una especie de gobierno en el exilio) dotado

vertido al Consejo de Seguridad sobre la amenaza que para la paz y seguridad internacional representaba la situación en Namibia, no fue sino hasta 1968 cuando este órgano —a raíz del 'juicio de terroristas' iniciado en Pretoria en contra de treinta y siete habitantes en Namibia— decidió asumir jurisdicción sobre el asunto, así como respaldar la resolución de la Asamblea General antes citada.⁴³ A estas resoluciones del Consejo de Seguridad siguieron otras en las que dicho órgano ordenó al gobierno de Sudáfrica que se retirara de Namibia; fijó un plazo para que así lo hiciera (4 de octubre de 1969) y ordenó a todos los Estados miembros de las Naciones Unidas que se abstuviesen de guardar cualquier relación con el gobierno sudafricano en relación a todos aquellos actos que involucraran a Namibia.⁴⁴

En virtud de la renuencia de Sudáfrica a cumplir con estas resoluciones, el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 276 (1970) —que posteriormente habría de convertirse en el objeto de la opinión consultiva— en la cual se declaró que

... la continua presencia de las autoridades sudafricanas en Namibia es *illegal* y... todas las acciones tomadas... en representación de Namibia... a partir de la terminación del Mandato, *son ilegales*... (Énfasis añadido).

Ya para entonces, la complejidad y controversia acerca de las varias implicaciones legales de estas resoluciones habían quedado de manifiesto. En efecto, Francia y Gran Bretaña se habían abstenido de votar en su adopción, argumentando que la misma resolución inicial de la Asamblea General, según la cual el Mandato se daba por concluido, ya presentaba sospechas sobre su legalidad. En consecuencia, y a fin de esclarecer tales sospechas, el Consejo de Seguridad decidió solicitar la opinión consultiva a la Corte sobre la siguiente cuestión:

¿Cuáles son las consecuencias legales para los Estados derivadas de la continua presencia de Sudáfrica en Namibia, no obstante la Resolución 276 del Consejo de Seguridad...?⁴⁵

Basando su opinión en un razonamiento que no sólo se encontraba claramente impregnado del *método teleológico* de interpretación,⁴⁶ sino en

con la autoridad para administrar dicho territorio hasta la consumación de su independencia (Resolución 2248).

⁴³ Resoluciones 245 y 246 del Consejo de Seguridad. A mayor detalle, ver John Dugard, *op. cit.*, p. 461.

⁴⁴ Resoluciones 264 (1969) y 269 (1969).

⁴⁵ Dicha solicitud quedó formalizada en la Resolución 284 (1970) del Consejo de Seguridad de fecha 29 de junio de 1970.

⁴⁶ La suscripción de la Corte al método *teleológico* (también conocido como

ostensible consonancia con el *enfoque de orientación política*, la Corte concluyó que: a) siendo ilegal la continua presencia de Sudáfrica en Namibia, aquélla tiene la obligación de retirarse de ésta; b) los estados miembros de las Naciones Unidas tienen la obligación de abstenerse de cualquier acción que pudiera interpretarse como una aceptación implícita de la presencia de Sudáfrica en dicho territorio, y c) a los estados que no son miembros de las Naciones Unidas les incumbe ofrecer a esta organización toda su asistencia.⁴⁷

Sin embargo, para llegar a tales conclusiones, la Corte tuvo que vencer una variedad de objeciones legales que oscilaban desde el cuestionamiento mismo de la jurisdicción de la Corte, hasta el de la legalidad y el carácter obligatorio tanto de la Resolución de la Asamblea General que daba por terminado el Mandato, como de la Resolución del Consejo de Seguridad que declaraba la ilegalidad de la presencia de Sudáfrica en Namibia.

Con relación a la principal cuestión legal de carácter *preliminar* —determinar si la abstención de un miembro permanente del Consejo de Seguridad equivale a un veto y, por lo tanto, cualquier resolución así tomada debe estimarse inválida— basta decir que la Corte la resolvió negativamente apoyándose en el principio de la *práctica subsecuente*; no con el propósito de probar la ‘intención original’ de los signatarios de la Carta de las Naciones Unidas —como el *tradicionalismo sostendría*— sino con el objeto de discernir y satisfacer sus ‘expectativas contemporáneas’, lo cual es consonante con el método *teleológico* de interpretación⁴⁸ y con el *enfoque de orientación política*.

Al margen de otras cuestiones preliminares, a primera vista parece que la cuestión legal fundamental era el determinar si la Resolución 276 del Consejo de Seguridad había de considerarse como ‘legalmente obligatoria’ a pesar de que no fue adoptada con base en el Capítulo VII de la Carta, que consagra las medidas y mecanismos de sanción. Sin embargo, pensamos que la solución de dicha cuestión se encuentra supeditada a la previa determinación de si el Consejo de Seguridad gozaba de competencia legal para adoptar tal tipo de resolución, toda vez que para que ésta pueda con-

“sociológico”, “humanitario”) de interpretación no carece de precedentes. En realidad dicho método ha prevalecido en todas las decisiones anteriores de la Corte sobre Namibia, excepto en la de 1966 —aunque en ésta última, la minoría disidente sí le dio acogida.

⁴⁷ “Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970).” Advisory Opinion *I. C. J. Reports* (1971), pp. 56-58.

⁴⁸ Ver la Opinión separada del juez Sir Percy Spender en “Certain Expenses of the United Nations”, *I. C. J. Reports* (1962), pp. 189-192, y Edward Gordon, “The World Court and the Interpretation of Constitutive Treaties”, 59 *American Journal of Int’l Law* 794, pp. 827-832.

siderarse como *obligatoria*, primero requiere el ser *legal*. A su vez, la solución de esta última cuestión depende de que se determine primero si la Asamblea General era competente para revocar el Mandato, ya que las directrices de la Resolución del Consejo de Seguridad en disputa, se apoyaron básicamente en dicha revocación. En este contexto, el obstáculo legal de importancia primaria que enfrentó la Corte, quedaba constituido por la alegada falta de competencia de la Asamblea General para revocar el Mandato.

En conformidad con el primer requisito del método *teleológico*, la Corte procedió antes que nada a determinar el propósito último del Mandato. Así pues, se encontró que el Sistema de Mandatos se estableció con particular inspiración en el principio de la *no anexión* y con el propósito fundamental de salvaguardar el bienestar de los habitantes de cualquier territorio bajo mandato, hasta que éstos lograsen capacidad de autodeterminación. Mientras tanto, tales territorios habían de ser considerados como “en-cargos sagrados de la civilización”.⁴⁹

Además, habiendo considerado que la Liga de Naciones contaba con poderes de supervisión sobre la administración del Mandato, y habiendo confirmado que la Organización de las Naciones Unidas ha de concebirse como el sucesor legal de la Liga, la Corte concluyó que la Asamblea General estaba capacitada para ejercer tales poderes de supervisión. Sobra decir que si el ejercicio de estos poderes no incluyese la capacidad para revocar el Mandato, la realización de sus dos propósitos fundamentales —‘bienestar’ y ‘supervisión’— hubiese quedado en verdadero peligro. Por lo tanto, se antojaba imperativo el sostener que la Asamblea General contaba con el derecho de dar por terminado el Mandato ante la violación sustancial de alguna de sus provisiones.

Aunque la Corte había concluido que la Asamblea General era el órgano competente para decidir sobre la existencia de alguna violación de ese tipo, y de ahí que la cuestión específica sobre la legalidad de la política de *apartheid* nunca surgió abiertamente, la Corte se las ingenió para declarar, en conformidad con una concepción evolucionista del Derecho, que dicha política constituye una violación flagrante de derechos fundamentales consagrados en la Carta de las Naciones Unidas⁵⁰ —ignorando así,

⁴⁹ La concepción de la “comunidad internacional” implícita en dicha definición de los mandatos, goza ya de gran aceptación. Por ejemplo, tal concepción fue fundamental en la decisión de la Corte sobre el “Caso de Reparación por Daños”, *I. C. J. Reports* (1949), p. 174. Los partidarios del método *teleológico* van aún más lejos, pues llegan a considerar a la “comunidad internacional” como un “actor significativo” en el sistema legal internacional. Ver, por ejemplo, la opinión disidente del juez Tanaka en “South West Africa Cases” (Sentencia final), *I. C. J. Reports* (1966), p. 270.

⁵⁰ *I. C. J. Reports* (1971), pp. 28 y 57.

en forma por demás plausible, la aceptación que el *apartheid* hubiese podido ostentar en 1920.

Por lo que se refiere al razonamiento de la Corte en relación a la cuestión de la legalidad de la Resolución 276 del Consejo de Seguridad, las consideraciones de política cobraron primacía. El verdadero problema era el determinar si el Consejo de Seguridad goza de competencia para hacer una declaración sobre *legalidad* —una función judicial por eminencia— pues el aspecto más relevante de la resolución del Consejo era precisamente su dictamen de que “la continua presencia de autoridades sudafricanas en Namibia *es ilegal*”. La Corte pareció responder en sentido afirmativo a esta cuestión al declarar que

Sudáfrica, siendo responsable por haber creado y mantenido una situación que la Corte ha encontrado *que fue válidamente declarada como ilegal*, tiene la obligación de poner un fin a ella.⁵¹

Concediendo que la simple fundamentación, conveniencia e implicaciones político-jurídicas de esta aparente concesión de competencia judicial al Consejo de Seguridad ameritan ser tratados en otro trabajo, basta decir que la magnitud e importancia adscrita por la Corte a las consideraciones de política que ya hemos mencionado, fueron suficientes para imponerse a la posibilidad de que dicha concesión de competencia judicial fuese interpretada como una concesión expresa y deliberada.

En apoyo de esta interpretación destacan los siguientes hechos. Por una parte, el razonamiento de la Corte con relación a esta cuestión fue marcadamente breve y un tanto oscuro. Por otra parte, tal razonamiento descansó explícitamente sobre aquellas consideraciones de política enunciadas en la propia resolución del Consejo de Seguridad: la “grave consecuencia” derivada de la continua presencia de Sudáfrica en Namibia, y la “actitud desafiante” de Sudáfrica, que constituye una “usurpación agresiva” de la autoridad de las Naciones Unidas. Estas consideraciones en particular llevaron a la Corte a concluir que: a) cuando el Consejo de Seguridad adoptó las varias resoluciones concernientes a Namibia, estaba actuando en ejercicio de lo que él estimó ser su responsabilidad primaria, es decir, la preservación de la paz y seguridad internacional; y b) el Artículo 24 de la Carta confiere al Consejo de Seguridad la autoridad necesaria para tomar medidas tales como las que fueron tomadas en el caso de Namibia.⁵²

⁵¹ *Ibid.*, p. 54. (Énfasis añadido).

⁵² La Corte además apoyó tales conclusiones citando el precedente sentado por la declaración del Secretario General de la ONU de fecha 10 de enero de 1947, en el sentido de que ‘los poderes del Consejo bajo el Artículo 24 no están restringidos a las concesiones específicas de autoridad contenidas en los Capítulos VI, VII, VIII y XII [de la Carta]...’

En relación a la cuestión final de determinar si la Resolución 276 del Consejo había de considerarse como “legalmente obligatoria”, la Corte tuvo que vencer el argumento tradicional: únicamente aquellas medidas decretadas por el Consejo con base en el Capítulo vn de la Carta —las que requieren previa conclusión de que existe una amenaza, real o potencial, a la paz y seguridad internacional— son legalmente obligatorias. La Corte superó tal obstáculo poniendo énfasis una vez más en la necesidad de proteger la autoridad de las Naciones Unidas. Así, sostuvo que

[s]ería una interpretación insostenible el mantener que, una vez que dicha declaración [de ilegalidad] ha sido hecha por el Consejo de Seguridad con base en el Artículo 24... en representación de todos los Estados Miembros, éstos quedarían libres de actuar sin consideración de dicha ilegalidad...⁵³

Esta conclusión es luego fortalecida con la adherencia de la Corte al método de interpretación que toma en cuenta el contexto global —pieza angular en el sistema filosófico-legal de McDougal. Así pues, la Corte sostuvo que el Artículo 25 (que es el que reviste a las decisiones del Consejo con naturaleza *obligatoria*) debe ser interpretado tomando en consideración no sólo los términos de la resolución del Consejo, así como las discusiones previas a ésta y las disposiciones de la Carta invocadas para tal efecto, sino “todas las circunstancias” que pudiesen ayudar a determinar las consecuencias legales de tal resolución.⁵⁴

En esta forma, la Corte concluyó que la Resolución 276 del Consejo de Seguridad, habiendo sido adoptada en conformidad con los propósitos y principios de la Carta y con sus artículos 24 y 25, *es obligatoria* para todos los Estados Miembros, pues “concluir en algún otro sentido, equivaldría a privar a este órgano principal de sus funciones y poderes esenciales...” —consideraciones éstas, en plena armonía con la escuela de *orientación política* y con el método *teleológico* de interpretación jurídica.

Desafortunadamente, dados los límites del presente trabajo, tendremos que evitar el análisis del interesante, aunque un tanto exagerado, argumento del Juez Gros en el sentido de que dicha interpretación de los Artículos 24 y 25 de la Carta convertiría al Consejo de Seguridad en un “gobierno mundial”.⁵⁵ Sin embargo, una cuestión queda para consideración posterior: ¿en qué medida las consideraciones de política implicadas en la sentencia de la Corte afectaron su *imparcialidad*?

⁵³ *I. C. J. Reports* (1971), p. 52.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 53. El Artículo 25 de la Carta establece que “Los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta”.

⁵⁵ Opinión disidente del juez Gros, *I. C. J. Reports* (1971), pp. 340-1.

3. Evaluación de la imparcialidad

En relación con lo que hemos denominado imparcialidad *subjetiva*, conviene decir que mucho se ha especulado acerca de la medida en que la decisión de la Corte de 1966 y, aunque en menor grado, la de 1971, pudieron haber sido determinadas ya fuese por predisposiciones personales de los jueces o por presiones políticas ejercidas sobre ellos.

Por lo que respecta a la decisión de 1966, se ha alegado que el sospechoso retiro del Juez Khan de Paquistán fue decisivo en el resultado de dicha decisión y que, de cualquier forma, un número importante de países en desarrollo han considerado que la Corte se caracterizaba por una clara disposición "pro Occidente".⁵⁶ A raíz de la decisión de 1966, ha habido un número considerable de peticiones en favor del fortalecimiento de la debida independencia de los jueces en cuanto a presiones nacionales, así como de demandas para reformar la organización judicial a fin de asegurar el que una decisión similar a la de 1966 nunca volviese a ocurrir.⁵⁷

Por su parte, si bien es cierto que la decisión de 1971, fue denunciada por el Primer Ministro de Sudáfrica, B. J. Vorster, como "clara y demostrablemente, el resultado de maniobras políticas", arguyendo que la Corte había sido "empacada" a fin de garantizar un veredicto en contra de su país,⁵⁸ también es cierto que dicha acusación ha sido en definitiva descontada y tachada de ser tan "desafortunada" como "carente de todo fundamento".⁵⁹

En consonancia con la declaración de Vorster, el representante de Sudáfrica ante la Corte solicitó la recusación de los Jueces Khan (Paquistán), Padilla Nervo (México) y Morozov (Unión Soviética), argumentando que dichos jueces ya habían expresado su reprobación de la política de *apartheid* mientras representaban a sus respectivos países ante algún otro órgano de las Naciones Unidas. Sin embargo, de fuentes autorizadas se sabe que es difícil señalar a algún juez que haya sido electo u omitido en razón de su disposición personal contra Sudáfrica.⁶⁰

Por otra parte, también ha sido sostenido con autoridad que la Corte se ha caracterizado por ser "un cuerpo independiente" del más alto prestigio, sin evidencia en contrario,⁶¹ y que las razones que explican conclusiones tan divergentes de los jueces han de encontrarse en confrontaciones

⁵⁶ Para una explicación simple y razonable de estos dos hechos, ver Higgins, "The International Court and South West Africa", *op. cit.*, pp. 586-7, 593.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 591.

⁵⁸ *Rand Daily Mail*, 22 de junio de 1971.

⁵⁹ Dugard, *op. cit.*, p. 470.

⁶⁰ Ver *Ibid.*, p. 469.

⁶¹ Higgins, *op. cit.*, p. 585.

de tipo filosófico-legal, más que políticas.⁶² A manera de ilustración, podría mencionarse que en 1966 los jueces de Polonia y de la Gran Bretaña votaron con la Mayoría, en tanto que los jueces de la Unión Soviética y de los Estados Unidos concurrieron con la Minoría. En forma semejante, en 1971 estos últimos formaron parte de la Mayoría, mientras que los jueces de Francia y de la Gran Bretaña disintieron. También es revelador el hecho de que tanto la Unión Soviética como la Gran Bretaña se abstuvieron de votar cuando el Consejo de Seguridad solicitó la opinión consultiva de la Corte que antes hemos analizado.

De cualquier manera, podría afirmarse que cualquier esfuerzo por evaluar la imparcialidad *subjetiva* difícilmente habrá de trascender el reino de la vana especulación y que, por otra parte, los Estados parecen percibir en su propio interés la preservación de un órgano judicial más bien independiente, aunque no demasiado, como veremos adelante. Mientras tanto, conviene recordar que han habido varias ocasiones en que los jueces de la Corte han votado en contra de los intereses de sus países respectivos.⁶³

En lo que concierne al concepto de imparcialidad *formal*, resulta paradójico que mientras que uno de los objetivos torales de la escuela *tradicionalista* consiste en preservar este tipo de imparcialidad en el Derecho, uno de sus productos más concretos, la sentencia de 1966, ha sido acremente criticada. Por decir lo menos, tal sentencia ha sido denunciada por el juez Jessup como una decisión “completamente infundada en el Derecho”. Jessup indica que “*con base en una teoría que ni siquiera fue propuesta por la parte demandada [Sudáfrica]*” —énfasis suyo— la Corte “dio al traste” con un expediente de dieciséis años de litigio.⁶⁴ Dicho con brevedad, tal sentencia “simplemente rebasó el entendimiento” del Juez Forster.⁶⁵

Por su parte, la decisión de 1971 tampoco puede jactarse de ser un modelo de imparcialidad *formal*. En efecto, ella ha sido incluso tildada de “revolucionaria”.⁶⁶ Sin embargo, esto queda lejos de causar sorpresa, por dos razones. En primer término, el razonamiento de la Corte descansó sig-

⁶² Existe amplia coincidencia de opinión entre distinguidos tratadistas con relación a este punto. Ver, por ejemplo, Higgins, *op. cit.*, p. 586; Dugard, *op. cit.*, p. 470; Friedmann “The Jurisprudential Implications of the S. W. Africa Case”, 6 *Columbia J. of Transn'l Law* (1967), p. 1. En el caso que nos atañe, la fuente de las divergencias reside en la confrontación filosófico-legal entre los partidarios de la *teleología* y los del *tradicionalismo*. Como ilustración destaca el hecho de que en ambas corrientes se han encontrado defensores que representan a Estados con intereses políticos por demás incompatibles.

⁶³ Higgins, *op. cit.*, p. 585.

⁶⁴ Ver su opinión disidente en *I. C. J. Reports* (1966), pp. 327-8, 342.

⁶⁵ Opinión disidente del juez Forster, *I. C. J. Reports* (1966), p. 478.

⁶⁶ Ver Dugard, *op. cit.*, p. 476.

nificativamente sobre consideraciones de política —en detrimento de “pureza legal”, pero en favor de la imparcialidad *material*— a las que difícilmente puede darse una “expresión legal suficiente”. Por otra parte, la “innovación judicial”, como hemos visto, es un postulado inherente tanto al enfoque de *orientación política* como al *teleológico*.

Por último, en lo que se refiere al concepto de imparcialidad *material*, hemos visto que a pesar de que en 1966 la Corte contaba con la posibilidad de lograr un balance entre los diversos intereses involucrados, ella decidió ignorarla. Ya para 1971, tal balance se había inclinado de manera ostensible en favor de los intereses y expectativas de la comunidad internacional; en consecuencia, la Corte les dio satisfacción cabal en su opinión consultiva. Esto no implica de manera alguna que una sentencia similar en 1966 hubiese carecido de una respuesta decididamente favorable.

En efecto, es por demás sabido que la reacción de la opinión pública mundial a la sentencia de 1966 fue poco más que hostil. Tal decisión ha sido considerada como un golpe devastador a la confianza depositada no sólo en la Corte, sino también, aunque sin sobrada justificación, en el derecho internacional en general, así como en la esperanza de edificar un orden legal de carácter universal.⁶⁷ Más aún, la decisión de la Corte en el sentido de no dictar una sentencia sobre los méritos del caso, pudo haber sido interpretada como una aprobación de la política de *apartheid*, pues tal decisión protegió a Sudáfrica de una sentencia que a la larga pudo haber sido ejecutada por el Consejo de Seguridad. También se ha señalado que si bien es cierto que un número considerable de observadores occidentales consideran dicha sentencia como un intento claro de evadir problemas sumamente delicados, un número aún mayor de observadores africanos la califican como una flagrante “denegación de justicia” por motivos raciales.⁶⁸ En suma, la sentencia de 1966 ha sido considerada como un severo retroceso en los esfuerzos de la comunidad africana por alcanzar su liberación del yugo colonial y de la dominación racial.⁶⁹

⁶⁷ Ver Friedmann, *op. cit.*, p. 16. Higgins, *op. cit.*, p. 570. Esta última consideración pudiera implicar que el mínimo de orden que prevalece actualmente en el sistema internacional debe ser atribuido, en última instancia, al derecho internacional. Sin embargo, nosotros sugerimos que independientemente de lo deplorable que resulta la simple concepción del “equilibrio de terror” entre las grandes potencias, éste tiene una incidencia considerable en la preservación de tal mínimo de orden. Por otra parte sostenemos que este último, así como la misma existencia y crecimiento del derecho internacional, dependen en última instancia de la voluntad política de los Estados, la cual suele favorecer la preservación de ambos en virtud de su percepción como un importante beneficio en su interés propio.

⁶⁸ Higgins, *op. cit.*, p. 593.

⁶⁹ Ver Berhamjkum Andemicael, “Trends in OAU Quest for African Liberation with the Help of the United Nations”, en Avi Shlaim (comp.), *International Or-*

No es de sorprender entonces que con posterioridad a la sentencia, la aceleración del conflicto y de la consiguiente represión en el África Meridional, no se hicieron esperar.⁷⁰

En marcado contraste es suficiente señalar que la opinión consultiva de 1971 recibió una calurosa acogida por parte de la opinión pública mundial.⁷¹ Por decir lo menos, ella ha sido considerada como un importante apoyo a la lucha de los países africanos por su autodeterminación, así como un estímulo al Consejo de Seguridad para que continuase colaborando en la solución del problema de Namibia.⁷²

IV. Una apreciación final

A fin de poder concluir que la realización de la imparcialidad es no sólo posible y susceptible de ser evaluada —aunque nunca en términos absolutos, ni concluyentes— sino además deseable, se estima necesario regresar al análisis de algunos de los postulados del *enfoque de orientación política*.

Como ya ha sido observado, una de las tesis centrales de esta escuela consiste en descartar el logro de imparcialidad como un mito; como consecuencia, el uso del Derecho como un instrumento *sui generis* de política es invocado.

Dicha tesis parece irrefutable en la medida en que la imparcialidad se concibe como un concepto indivisible; más aún cuando se hace referencia a la imparcialidad *subjetiva*. En efecto, una tratadista de la más alta distinción, Rosalyn Higgins, ha argumentado con razón que, así como no existe manera de evitar que cualquier decisión entrañe sendas elecciones de carácter más bien personal, tampoco es posible superar el elemento humano.⁷³ Sin embargo, nosotros sostenemos que el problema fundamental no reside en tales consideraciones, sino más bien en: ¿cómo hacer dichas elecciones?, ¿cómo lidiar con el elemento humano?, es decir, tomando en consideración *qué*, y *por qué*; y con *qué* tipo de *actitud*.

Si bien es cierto que el lograr eximir a los jueces de todas sus predisposiciones personales y prejuicios es una ilusión, también se ha afirmado en forma por demás autorizada que la Corte Internacional se ha caracterizado por ser un órgano más bien imparcial. Dicho en otra forma, parece ser posible que la Corte quede integrada, en un momento dado, por personas

ganization in World Politics (Yearbook, 1975). Londres; Croom Helm, 1976, pp. 172, 174.

⁷⁰ Ver Richard Hiscocks, *op. cit.*, p. 217.

⁷¹ Dugard, *op. cit.*, p. 460.

⁷² Andemicael, *op. cit.*, p. 185.

⁷³ Higgins, "Policy and Impartiality..." *op. cit.*, pp. 923, 930-1.

conscientes de la problemática transnacional, y cada vez más lacerante, de nuestra era. Una conciencia tal, pudiese sugerir que las elecciones requeridas en el proceso de toma de decisiones habrán de hacerse en función de dicha problemática, aunque siempre, en la medida en que la realidad política así lo permita —como parece haber sido ilustrado por la decisión de la Corte en 1971. El hecho de que la existencia de un tribunal “orientado hacia la universalidad de pensamiento” parezca no haber sido aún percibido por los estados como un beneficio en su propio interés, es otra cuestión diferente, y cuyo análisis preferimos posponer.

En lo que concierne a la imparcialidad *formal*, el escepticismo de McDougal cobra cierto fundamento en el hecho de que, como él mismo lo destaca,⁷⁴ el derecho internacional está más bien compuesto de conjuntos de normas *complementarias* (v. gr.: soberanía vs. jurisdicción extraterritorial), las cuales ciertamente permiten opciones de decisión y de acción alternativas, y asimismo, obligan al que toma una decisión a *elegir* —tal y como quedó de manifiesto en ambas decisiones de la Corte sobre Namibia.

Ante tal contexto, la solución más simple a este impedimento parece residir en la eliminación de normas “complementarias”. Sin embargo, estimamos que, por una parte, incluso normas “no complementarias” son susceptibles de ser interpretadas en formas muy variadas y, por otro lado, es permisible afirmar que la existencia de normas “complementarias” es deliberadamente sancionada por los estados, toda vez que la ambigüedad inherente a ellas les proporciona a éstos un radio mayor de acción dentro de un marco jurídico. Así pues, la posibilidad de lograr un grado significativo de imparcialidad *formal* parece ser poco menos que remota, y en consecuencia, la cuestión inicial de *cómo* hacer las elecciones, necesariamente entrañadas en toda decisión, permanece como importante.

Esto nos conduce al análisis de la posibilidad de lograr imparcialidad *material*; una posibilidad que parece haber sido confirmada por la decisión de la Corte en 1971 en la medida en que ésta pueda concebirse como un resultado aceptable, al cual se llegó a través de un balance razonable de *todos* los intereses involucrados en el problema de Namibia. Como evidencia de la realización de este tipo de imparcialidad, en este caso, puede citarse la reacción favorable de la opinión pública mundial, así como la acción posterior del Consejo de Seguridad, orientada hacia la abolición del *apartheid* en el sur del África. Aunque es difícil determinar cuál de estas variables operó como “independiente”, puede afirmarse que ambas incidieron en forma recíproca.

⁷⁴ McDougal, “Some Basic Theoretical Concepts about International Law: A Policy-Oriented Framework of Enquiry”, IV *Journal of Conflict Resolution* (1960), pp. 337-354.

Hasta aquí podríamos concluir que la imparcialidad, sobre todo la *material*, es no sólo posible, sino susceptible de ser evaluada, si bien siempre en términos relativos. En tal virtud, sólo nos resta por considerar la siguiente cuestión, no menos fundamental: ¿cuán *deseable* es el logro de imparcialidad?

Por hablar del mínimo, existen tres características del presente sistema internacional que parecen reclamar una respuesta en sentido afirmativo: la ausencia de estructuras centralizadas para la interpretación y aplicación efectiva del derecho internacional (para no mencionar el manejo mismo del poder), una creciente y exhaustiva interdependencia de los Estados, y el incisivo espectro de una conflagración nuclear.

Ante este contexto, resulta incuestionable la cada vez más imperativa necesidad de los estados de interaccionar con otros, y de hacerlo dentro de un marco de patrones tanto confiables como predecibles, que les permitan satisfacer sus expectativas de carácter legal, al igual que mantener un mínimo de orden.

En efecto, se sugiere que una de las funciones tradicionales del derecho internacional ha sido su contribución a la preservación de cierto orden. Función ésta que cumple al a) dotar de legitimidad, confiabilidad y predecibilidad (“seguridad jurídica”) al desarrollo de las relaciones internacionales, y b) estimular la solución de conflictos en la mesa de negociaciones en lugar del campo de batalla.

En realidad, dicha predecibilidad constituye quizás la ventaja más importante que deriva del logro de la imparcialidad *formal*, particularmente en cuanto se refiere al proceso judicial. Cuando los estados saben de antemano que la Corte Internacional, por ejemplo, se concretará a considerar y a aplicar exclusivamente aquellas directrices que constituyen una “expresión legal suficiente”, la decisión de la Corte deberá ser altamente predecible, y esto a su vez, deberá estimular el recurso al proceso judicial por parte de los estados. Sin embargo, como ya lo hemos anticipado, el logro mismo de imparcialidad *formal* se encuentra seriamente obstaculizado por el carácter “complementario” de las normas de derecho internacional.

Por otra parte, los estados también parecen apreciar con singular recelo el valor de su soberanía, seguridad y “desarrollo” —comúnmente considerados como sus “intereses vitales”— y cuya salvaguarda parece estar más relacionada con la preservación de un mínimo de orden que con el goce de predecibilidad en sus interacciones. Así parece haber sido ilustrado en numerosas ocasiones: los conflictos del Medio Oriente y de Vietnam, las crisis del Canal de Suez, de Cuba y la de energéticos, etc. Sin embargo, la necesaria negociación o arreglo de estos intereses vitales, frecuentemente se traduce en un “equilibrio de intereses” que queda lejos de descansar so-

bre bases igualitarias, o que al menos así es percibido por los estados en desventaja. La esencia de la imparcialidad *material* estriba precisamente en la realización de un equilibrio “justo” y “razonable” de intereses, aunque con toda seguridad, la definición de ambos conceptos aún queda a cargo, en forma considerable, de los estados más poderosos.

En consecuencia, podemos concluir que existe una dicotomía entre la satisfacción de los intereses vitales de los estados y el goce de predecibilidad en sus relaciones, y que ambas prioridades se encuentran vinculadas, aunque en grados diferentes, a un tercer interés, no menos importante: la preservación de un mínimo de orden. Tal dicotomía puede traducirse en la incompatibilidad que existe entre el logro de la imparcialidad *material* y el de la *formal*; incompatibilidad que queda aún más acentuada por las siguientes consideraciones: *a*) las normas legales (directrices “objetivas”) a las que una decisión debe apegarse a fin de ser considerada como “*formalmente* imparcial”, no son siempre “neutrales”, es decir, que tales normas no expresan necesariamente un equilibrio justo y razonable de intereses (*v.gr.*: los estados de reciente creación, en particular, no ocultan su escepticismo hacia la equidad de un orden jurídico internacional en cuyo establecimiento no participaron); *b*) tampoco las normas de Derecho necesariamente reflejan, ni en forma clara ni exhaustiva, aquellos intereses que consagran (en gran medida, debido a las limitaciones humanas para dar “expresión legal” a dichos intereses); y *c*) tampoco necesariamente evolucionan al parejo de la naturaleza cambiante de tales intereses, ni con paralelo al surgimiento natural de nuevos intereses (los métodos ya citados de reforma del derecho internacional, son más bien lentos).

Sobra decir que el subsanar los impedimentos implicados en estas tres consideraciones constituye sendo requisito para el logro de la imparcialidad *material*. De otra manera, sería difícil concebir un resultado aceptable y sobre todo logrado a través de un equilibrio razonable de todos los intereses involucrados, sean éstos divergentes o no.

Para ser exactos, la incompatibilidad entre la realización de imparcialidad *formal* y *material* no es del todo insuperable. A la larga los estados pudieran llegar a percibir importantes beneficios al dotar de imparcialidad material a aquellas normas del derecho internacional que así lo reclaman —ejemplo notable; aquellas que inciden sobre el actual orden económico internacional— así como beneficios derivados de la adopción de métodos más dinámicos y flexibles para la transformación del derecho internacional —como podría lograrse al conceder al *consenso* plena legitimidad como fuente legal.

No obstante la viabilidad de dichas proposiciones, el problema de las

“limitaciones humanas” para dar plena y clara expresión a intereses y necesidades contemporáneas nunca perderá vigencia, aunque puede ser mitigado en forma significativa —como lo veremos adelante— por la adopción del *enfoque de orientación política*, acompañado de una salvedad fundamental.

En resumen, tanto los estados como la Corte Internacional, y aun el mundo académico, parecen enfrentarse al dilema de optar por una mayor predecibilidad de las decisiones que inciden sobre la problemática internacional o bien, por la satisfacción de intereses percibidos como vitales por los estados. En otras palabras, deberán optar por la realización de la imparcialidad *formal* o de la *material*. Se dice una mayor predecibilidad porque decisiones encaminadas al logro de imparcialidad *material* no carecen necesariamente de toda predecibilidad; ello depende del grado en que los intereses a equilibrarse gocen de expresión “objetiva”. Sin lugar a dudas, dicho grado de predecibilidad habrá de aumentar en forma considerable al reconocerse, por ejemplo, que determinado tipo de resoluciones tomadas por los órganos políticos de las Naciones Unidas deben considerarse como una expresión legítima de intereses y necesidades contemporáneas —tal y como fue reconocido por la Corte al formular su decisión sobre Namibia en 1971.

A la luz de este dilema, parece ser que los estados están optando cada vez más por tener en cuenta los intereses vitales de un número creciente de estados, y en consecuencia, por la realización de la imparcialidad *material*. En efecto, una tendencia aparente hacia el logro de este tipo de imparcialidad puede ilustrarse por hechos reveladores: el proceso de descolonización posterior a la segunda guerra (próximo a culminar en el África Meridional); la política de *détente*, recientemente confirmada por los Acuerdos de Helsinki; y el inminente establecimiento de un nuevo orden económico internacional. Todos éstos, constituyen eventos que pueden traducirse, respectivamente, en resultados aceptables y logrados a través de un equilibrio razonable de intereses soberanos, de intereses de seguridad e ideológicos, y de intereses económicos.

No carecería de lógica afirmar que esta tendencia hacia el logro de imparcialidad *material* emana de la creciente valoración atribuida por estados poderosos a la preservación de un mínimo de orden en esta era nuclear, así como de su percepción de los estrechos vínculos que existen entre este último y la satisfacción de la imparcialidad *material*. Esta afirmación cobra mayor fuerza si aceptamos que los estados no-nucleares no se sienten tan responsables de una catástrofe letal como deben sentirse los miembros del club privilegiado. En consecuencia, pudiera afirmarse que los primeros no dudarían tanto en recurrir al uso de la fuerza armada para

proteger lo que ellos perciben como intereses vitales, relegando a un segundo término las probabilidades de intervención extranjera y el consiguiente riesgo de escalamiento.

Si en tal virtud podemos concluir que la satisfacción de la imparcialidad *material* es por demás deseable, sólo nos resta por considerar ¿qué enfoque del derecho internacional, y del proceso judicial en particular, resulta más apropiado para tal efecto?

El simple hecho de que el enfoque *tradicional* parece ser el paradigma de la imparcialidad *formal* resulta suficiente para descartarlo como idóneo, ya que según hemos visto, ambos tipos de imparcialidad son incompatibles. Más aún, el logro de imparcialidad *material* queda obstaculizado por varios postulados de la escuela *tradicional*, tales como aquellos que proclaman que el Derecho debe permanecer separado de cualquier consideración que no sea legal; que Derecho es solamente aquello que constituye una "expresión legal suficiente"; que la función del juez es encontrar y aplicar las reglas legales correctas, y que éstas deben ser interpretadas según los cánones del *positivismo*.

En primer término, un requisito indispensable para el logro de imparcialidad *material* consiste en discernir y evaluar todo tipo de intereses involucrados en una decisión. Dado que estos intereses no son de manera alguna exclusivamente "legales", una concepción autónoma del Derecho impide discernirlos, y un método *analítico* de interpretación es el menos indicado para evaluarlos en forma cabal y sistemática. En segundo lugar, se requiere la formulación de una ponderación de intereses y escoger entre decisiones alternativas, lo cual es por demás disonante con la concepción *tradicional* de las funciones judiciales. Por último, el propósito final de tal ponderación es lograr un resultado tanto aceptable como razonable; la *escuela tradicional* otorga consideración exclusiva a las reglas del Derecho, muchas de las cuales se encuentran lejos de poder considerarse como aceptables o razonables (baste citar aquellas que se refieren al presente orden económico internacional).

En marcado contraste, varios de los postulados del enfoque de *orientación política* se antojan indispensables para la realización de la imparcialidad *material*: el Derecho debe concebirse interdisciplinariamente; él no está constituido exclusivamente por reglas legales, sino por todo el proceso de toma de decisiones, que incluye la consideración de todo tipo de intereses y expectativas, sobre todo aquellos de la comunidad internacional; la función del juez, como la de cualquier otra persona que toma decisiones, es elegir entre opciones legales alternativas, de acuerdo a tendencias anteriores, pero sobre todo, a expectativas contemporáneas y a objetivos prioritarios de la comunidad, y siempre con referencia a un criterio de racio-

nalidad, y el Derecho debe interpretarse tomando en cuenta el contexto global, con la finalidad de dar la mayor eficacia posible a los valores de la comunidad.

Sin embargo, el enfoque de McDougal presupone sendo compromiso con su sistema propio de valores: libertad, seguridad y abundancia, descansando en el valor toral que constituye la preservación de la dignidad humana —un sistema de valores que ha sido identificado con la ideología occidental de democracia liberal.⁷⁵ Dicho en forma diferente, McDougal pone un énfasis fundamental y genuino en la satisfacción de los intereses y expectativas de la comunidad internacional, *pero* considera que tales intereses y expectativas *yacen* en el sistema particular de valores que, en forma abierta, es postulado por su enfoque del derecho internacional.

Sobra decir que es precisamente en este postulado donde descansa nuestra salvedad fundamental al *enfoque de orientación política*, pues la aceptación del mismo equivaldría a negar todo el concepto de *imparcialidad material*. En efecto, consideramos que cualquier decisión que pretenda ser aceptable al igual que razonable, debe implicar, en principio, una consideración cabal de *todos* los intereses y valores involucrados, incluso cuando éstos no sean consistentes con aquellos defendidos por quien toma la decisión.

En forma semejante, Richard Falk ha centrado su respetada crítica al enfoque de McDougal, precisamente en este mismo postulado. Falk arguye que lo que McDougal invoca, en última instancia, es el uso del derecho internacional como una “estrategia para lograr los objetivos de los estados que defienden un orden público democrático, y para frustrar los designios de sus adversarios totalitarios”, transformando así en ocasiones al derecho internacional en una “ideología de guerra fría”.⁷⁶

En defensa de McDougal, Rosalyn Higgins ha refutado la crítica de Falk, en forma no menos respetable. Ella arguye que Falk se encuentra concentrado en encontrar reglas “neutrales” para un sistema que proporcionen una “alternativa científica al conocimiento humano”, siendo que, en realidad, no existe manera alguna de evitar, en última instancia, la

⁷⁵ Richard Falk, *The Status of Law in International Society*, *op. cit.*, p. 44. Cf. McDougal y Lasswell, “The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order”, en McDougal *et al.* *Studies in World Public Order*. New Haven; Yale University Press, 1960, pp. 3-41.

⁷⁶ *Ibid.*, pp. 44, 49. En realidad, Falk simpatiza básicamente con el enfoque de McDougal. Sin embargo, él desapruaba, al igual que nosotros, el elemento tan grande de subjetividad y de partidismo inherente a tal enfoque. En tal virtud, Falk invoca el uso del método de *análisis de sistemas* como un medio de mitigar tal elemento, y que a su vez le permite formular su ‘postura intermedia’. Ver *Ibid.*, pp. 41-59.

elección ni la interpretación de carácter personal.⁷⁷ En relación al "universalismo imparcial" invocado por Falk, Higgins observa que:

...[Tal postulado] es en realidad un sistema destinado a ayudar al mundo en desarrollo. Pero éstos *son* valores, y mientras que ellos pueden ser defendidos, no pueden ser escondidos bajo el disfraz de la "objetividad". Falk se rehúsa a reconocer que lo que existe esencialmente entre él y McDougal, es un desacuerdo sobre valores.⁷⁸

Sin pretender menoscabar la validez del razonamiento anterior, nosotros sostenemos que la cuestión fundamental es determinar si, desde un punto de vista estricto de idoneidad política, es conveniente estimular el uso del derecho internacional para la instauración de los valores "occidentales" *únicamente*.

A no ser que la defensa de estos valores goce en forma ostensible de un consenso *determinante** en la comunidad internacional, una respuesta en sentido afirmativo entrañaría repercusiones de magnitud considerable. Por decir lo menos, ello equivaldría a renunciar a algunos de los beneficios derivados del logro de la imparcialidad *material*: fortalecer la voluntad política de los estados para a) preservar un mínimo de orden, y b) preparar el terreno para el establecimiento de lo que ha sido tan acertadamente distinguida como "paz *positiva*".⁷⁹

Igualmente, cabe destacar una característica del actual sistema internacional que, además de otras ya mencionadas, parece desalentar de manera significativa el uso del derecho internacional para la instrumentación de valores patentemente controvertidos. Como el mismo McDougal lo ha advertido al rebatir la frecuente objeción en el sentido de que no existen intereses de la comunidad internacional como tal:

...uno puede observar que la Unión Soviética, los Estados Unidos, la China Comunista y otros tantos son *escorpiones* en una misma botella; que ellos tienen interdependencias e interdeterminaciones, sea que lo sepan o no, no sólo con respecto a asuntos de seguridad, sino con respecto a bienestar, salud,

* No hablamos de un consenso *mayoritario* porque es evidente que el sistema internacional aún se encuentra lejos de fincarse sobre estructuras realmente democráticas.

⁷⁷ Higgins, *op. cit.*, p. 931.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 928.

⁷⁹ Johan Galtung, figura prominente del Movimiento de Investigación para la Paz, ha distinguido entre paz 'negativa' y 'positiva'. Mientras que él define el primer tipo como la simple ausencia de violencia 'personal' o 'directa', la paz 'positiva' es identificada con: (a) la ausencia de violencia 'estructural' o 'indirecta', es decir, la dominación de un grupo sobre otro con las subsecuentes prácticas de explotación; (b) la realización de la 'justicia social', es decir, la distribución igualitaria de poder y de recursos, y (c) el logro de un desarrollo 'vertical', concebido en términos más amplios que aquellos estrictamente económicos. Ver en particular

instrucción y muchos otros valores... La verdadera sanción a largo plazo de cualquier ley reside en esta *percepción* del interés común.⁸⁰

Compartimos la opinión de McDougal en el sentido de que existen ciertos intereses comunes de los estados en relación a los valores que él señala, así como su énfasis en que la deficiencia en la percepción de dichos intereses constituye la sanción última de cualquier sistema normativo. Sin embargo, parece que él subestimase la importancia cabal de intereses y valores ideológicos. Y a este respecto, no podemos ignorar las firmes discrepancias —para no hablar de una verdadera lucha por ejercer contención y supremacía— que en materia de ideología, existen entre bloques de naciones que cuentan con grados de poder (sea militar, económico o diplomático) bien equiparables. El mismo McDougal ha identificado a tal conflicto de ideologías como el mayor obstáculo para el establecimiento de un orden público de carácter universal.⁸¹

Así pues, si conjugamos esta variable con la opinión de que algunos estados importantes suelen comportarse como “escorpiones”, tendríamos que concluir que el uso “arbitrariamente partidista” (es decir, carente de un consenso determinante) del derecho internacional arrastraría consecuencias poco más que indeseables. En primer término, menoscabaría en forma considerable no sólo la eficacia de la citada sanción de percepción, sino la misma capacidad del Derecho para fungir como un instrumento de ingeniería social: una función tan acertadamente invocada por McDougal y cuyas ventajas ya han sido destacadas por Karl Popper, aunque en contexto y modalidad diferentes.⁸² Por otra parte, obstaculizaría la preservación de un mínimo de orden en la medida en que éste se atribuya a la misma existencia del derecho internacional.

Ante tal contexto, nosotros pugnariamos por el mismo uso del derecho internacional como un instrumento de ingeniería social, pero con propósitos diferentes: a) para instrumentar sólo aquellos valores que, aunque todavía escasos y difíciles de determinar —el sistema internacional aún permanece lejos de constituir un *Gesellschaft*— aseguren gozar de un consenso decisivo (*v.gr.*: la preservación de un mínimo de orden, el derecho a la autodeterminación, la condenación del genocidio y de la dis-

sus artículos sobre “Peace Thinking” y “Violence, Peace and Peace Research” en J. Galtung, *Peace: Research, Education, Action* (Essays in Peace Research) Vol. 1 (Copenhague; Christian Ejlert, 1975).

⁸⁰ McDougal, “The Teaching of International Law”, *op. cit.*, pp. 115-6.

⁸¹ Ver McDougal, “The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order”, *op. cit.*, pp. 3-41.

⁸² Ver Karl R. Popper, *The Poverty of Historicism*. Londres; Routledge & Kegan Paul, 1974, pp. 64-71.

criminación racial, etc.), y b) para dotar con legitimidad y confiabilidad aquellos patrones y estructuras de autorrestricción y de acomodamiento —así como estimular su crecimiento— por virtud de los cuales los estados se muestran deseosos de negociar, debido en forma notable a su valoración de las ventajas inherentes a la reciprocidad.

Si así entendiéramos pues el concepto y la función de la política (“policy”) en el proceso legal internacional, ésta se estimaría casi indispensable para el logro de la imparcialidad *material*. Asimismo, la posibilidad de conciliar aquellas funciones torales del derecho internacional consistentes en permitir cierta predecibilidad de las relaciones internacionales, y en operar como un instrumento de ingeniería social —invocados respectivamente por la escuela tradicional y por la de *orientación política*— no sólo quedaría de manifiesto, sino que se sugiere por demás provechosa.

Una cuestión final, aunque fuera de los límites de este trabajo, se refiere al contexto dentro del cual la realización de la imparcialidad *material* habría de perseguirse: dentro del proceso de formulación de decisiones (a cargo de los estados, generalmente) o del proceso de interpretación y de aplicación de decisiones (a cargo, en principio, de los organismos internacionales). Baste decir por ahora que, dada la creciente percepción de la necesidad de lograr imparcialidad *material* en las relaciones internacionales, así como de la lenta substitución del poder militar por el diplomático (es decir, de la fuerza por la legitimidad), tendemos a pensar que su realización habrá de perseguirse en ambos procesos.

Mientras tanto, consideramos que la función desempeñada por la Corte Internacional en 1971 debe ser apreciada en tanto que ella hubo de iniciar, o bien de iluminar, el sendero hacia la realización de la imparcialidad *material* en Namibia. Habiendo incidido así, en forma nada despreciable, sobre la creación del reciente acuerdo que, de llevarse a cabo, y al proclamar el establecimiento de un gobierno multirracial y de carácter provisional hasta fines de 1978, habrá de significar el *réquiem* para la explotación racial y para el yugo colonial en Namibia.⁸³

⁸³ Cualquier vinculación discernible entre el concepto de *imparcialidad material* aquí propuesto, y los conceptos de *violencia estructural* y *paz positiva* de Galtung es por demás deliberada y aspira a las ventajas del trabajo acumulativo. Ver *supra*, nota 79.