

Consideraciones sobre la Naturaleza y Efectos de las Opiniones Consultivas

*José Puente Egido**)

I. Ideas Generales

Es opinión común en la doctrina, la aceptación de la influencia que han tenido las organizaciones internacionales en la institucionalización de la justicia internacional. En efecto, sólo a través de una organización internacional, al menos de un tipo determinado (S. de N., N. U., Comunidades europeas), ha sido posible asegurar una adecuada participación de los Estados medios y pequeños en la designación de los jueces, y afirmar un aceptable grado de permanencia, estabilidad e independencia en la función judicial. Pero esta misma doctrina no ha prestado igual atención a otro fenómeno paralelo, conexo con esa institucionalización. A saber, la modificación estructural y funcional de esa misma justicia internacional. Al igual que las normas generales del Derecho internacional resultan en buena parte insuficientes e inadecuadas en la regulación de supuestos jurídicos nuevos que plantean las organizaciones internacionales en sus múltiples actividades, así también, los principios básicos de una justicia estrictamente interestatal son insuficientes, o sencillamente, algunas veces, inaplicables a una justicia así institucionalizada. La práctica, en esa materia de la S. de N. primero, y, más tarde, de las N. U. pone de manifiesto que forzosamente se producen mutaciones, a veces apenas perceptibles, pero que a la larga modifican sustancialmente las pautas clásicas de la justicia entre Estados.

Quizá sea la denominada competencia consultiva una de las instituciones que mejor muestran tales mutaciones. En ambos tribunales de La Haya,

*) Catedrático de Derecho Internacional, Zaragoza (España), antiguo Asistente en el M.P.I.

Abreviaturas: A.G. = Asamblea General; C. de S. = Consejo de Seguridad; E.E.U.U. = Estados Unidos de Norteamérica; N.U. = Naciones Unidas; o.c. = opinión consultiva; S.d.N. = Société des Nations; S. de N. = Sociedad de Naciones; TIJ = Tribunal Internacional de Justicia; TPJI = Tribunal Permanente de Justicia Internacional.

tanto en el TPJI como en el TIJ, se advierte una constante: En la jurisdicción contenciosa son los Estados, y sólo los Estados, los que tienen un derecho de sustanciación del procedimiento ante el Tribunal. En la consultiva son los organismos internacionales, y sólo éstos, los que tienen la facultad de solicitar un dictamen. Ciertamente que esta línea divisoria se ha desdibujado algún tanto en la práctica de ambos tribunales y de ambas organizaciones. Queda, no obstante, en pie la idea básica de que los Estados están sustancialmente excluidos de la competencia consultiva, mientras que las organizaciones, o determinados órganos dentro de ellas, lo han sido de la competencia contenciosa en cualquier procedimiento que se sustancia ante el Tribunal de La Haya.

Esta apreciación primera comienza ya a complicar el planteamiento básico, un tanto simplista, sobre la idea de que las opiniones consultivas, siendo decisiones judiciales, se diferencian sustancialmente de las sentencias por carecer de fuerza de obligar. Porque resulta que por el hecho de esta separación, y por la misma fuerza de las cosas, el dictamen consultivo en la solución de determinadas diferencias surgidas en o con ocasión de las actividades de tales organizaciones u organismos dentro de ellas, y en tanto que «decisión judicial», viene a jugar el mismo papel que las sentencias¹⁾.

Y es que la creación de un órgano judicial permanente conectado a una organización internacional, cualquiera que sea el grado y forma de esta vinculación, en la que ahora no entramos, plantea toda una serie de cuestiones que constituyen hoy otras tantas líneas de evolución del Derecho internacional. Las que a continuación van a retener nuestra atención son sólo una selección dentro del numeroso elenco de cuestiones posibles²⁾.

¹⁾ Así p. ej., el art. 37 del estatuto de la OIT confería al TPJI y confiere al actual TIJ una competencia general. Tal competencia, puesto que las organizaciones internacionales carecen de *ius standi* ante él, tiene forzosamente que ejercerse por la vía del dictamen. De aquí que no sea enteramente exacto contraponer la o.c. con la sentencia, o afirmar que las o.c. carecen en absoluto de fuerza vinculante. Vid. S. d. N., *Journal Officiel* (J.O.) Conseil (1937), pag. 184.

²⁾ Como veremos en la segunda sección de este artículo, la práctica del dictamen consultivo en el Tribunal de La Haya se debe sustancialmente a la iniciativa de los países anglosajones en la Conferencia de París de 1919. Inglaterra y Norteamérica trasladaron, una vez más, a las instituciones internacionales formas jurídicas propias de su sistema interno. Vid. p. ej. H.A. Dubuque, *The Duty of Judges as Constitutional Advisers*, *American Law Review* vol. 24 (1890), pags. 369 y sigts.; Van Vechten Veeder, *Advisory Opinions of the Judges of England*, *Harvard Law Review* vol. 13 (1899/1900), pags. 358 y sigts.; Hudson, *Advisory Opinions of National and International Courts*, *Harvard Law Review* vol. 37 (1923—24), pags. 970 y sigts.; Frankfurter, *A Note on Advisory Opinions*, *ibid.*, pags. 1002 y sigts.

Problema central en la S. de N. y en las N.U fué y sigue siendo el aseguramiento y fomento de la paz internacional. Los modos pacíficos de solución de conflictos incluyen necesariamente el del arreglo judicial (ej. art. 33 de la Carta de las N.U.). Ahora bien, ¿cómo se relaciona la obligación de arreglo pacífico de las diferencias con el principio básico del consentimiento previo de los Estados en el sometimiento a una organización internacional?. Ni el Pacto de la S. de N. ni la Carta de las N.U. han sido ni pueden ser interpretados, salvo lo que más adelante se dirá, como instrumentos internacionales que establezcan el principio del arbitraje general obligatorio. De hecho, sin embargo, y por la vía del dictamen consultivo, ha habido determinados momentos en que la situación concreta ha estado muy próxima a este principio de jurisdicción obligatoria.

La petición de una o. c. por una organización y particularmente por la Asamblea o el Consejo de las N. U. y S. de N., supone un proceso previo, a veces laborioso, de formación de voluntad orgánica en el seno de tales organismos. Tal proceso de elaboración no es un aspecto irrelevante o relativamente poco importante en el problema general de la administración de justicia internacional. Sobre todo, porque este problema concreto entra en íntima relación con un principio básico de toda administración de justicia, el de la igualdad procesal de las partes³⁾.

Establecido el TIJ como «órgano judicial principal» de las N.U. y gozando el TPJI de una posición equivalente respecto de la S. de N., apareció muy pronto la necesidad de acudir a él por la vía del dictámen para resolver problemas de competencia entre determinados órganos o de competencia general de la organización internacional, o a realizar funciones de interpretación sobre cláusulas convencionales de tratados internacionales en conexión con dicha organización o de los mismos textos constitucionales de una organización internacional. Por la misma fuerza de las cosas, ambos

En los países continentales, en cambio, cuyas constituciones han seguido tradicionalmente el esquema de la división de poderes, la idea misma de colaboración del judicial con el ejecutivo o legislativo resultó un tanto extraña. Ese aspecto de la colaboración del poder judicial en la forma de una opinión consultiva queda bien puesto de manifiesto en la siguiente frase de Blackstone: "The House of Lords have a right to be attended, and constantly are, by the judges of the Court of King's Bench and Common Pleas", Dubuque, *loc. cit.*, pag. 372.

³⁾ Más adelante, en el epígrafe IV examinaremos detenidamente este punto, pero adelantemos que el principio de la igualdad procesal parece exigir: a) o que en la formulación de la voluntad orgánica el órgano que solicita la o.c. decida sin, o inclusive en contra, del voto de las partes directamente interesadas, cualquiera que sea la situación de estos Estados en el órgano peticionario de esa o.c.; b) o que el Tribunal conserve una absoluta independencia para juzgar de las circunstancias en las que se ha formado esa voluntad, lo que lleva, casi necesariamente, a un control de la regularidad de tal decisión.

tribunales de La Haya se han visto, pues, impulsados a jugar un papel de «tribunal constitucional»⁴⁾.

El ejercicio de una tal función en algunas ocasiones sin complicaciones, ha colocado al tribunal, en otras, en situaciones de las que se podía pensar constituían serias amenazas a su función como órgano judicial independiente. Ante la imposibilidad de lograr el necesario acuerdo de los Estados en el ejercicio de una determinada competencia o función en los órganos políticos de las N. U., se ha manifestado en algunas ocasiones la tendencia a acudir al Tribunal como medio de solución del conflicto⁵⁾ y de salir así

⁴⁾ Ni en la S. de N. ni en las N.U. se pensó en crear, según los textos constitucionales una «justicia constitucional»; la opinión consultiva ha venido a remediar, a falta de procedimiento mejor, esa deficiencia. Quizá por esta razón, a cincuenta años vista, pueda decirse que la competencia consultiva no ha estado tan expuesta a aquellos riesgos que, desde la experiencia constitucional norteamericana, anunciaba Frankfurter entre otros, en los siguientes términos:

“Since Reconstruction days, the acutest controversies which have come before our Supreme Court, and increasingly will come, cluster around the Commerce Clause and Due Process. These issues concern, in effect, a delimitation between the powers of the Nation and those of the States and the eternal conflict between the freedom of the individual and his control by society. The stuff of these contests are facts, and judgment upon facts. Every tendency to deal with them abstractedly, to formulate them in terms of sterile legal questions, is bound to result in sterile conclusions unrelated to actualities”, pags. 1002—3.

⁵⁾ En la práctica constitucional norteamericana de determinados Estados, los jueces, en principio, están en la obligación de responder siempre a la petición de dictamen. Vid. Dubuque, *loc. cit.*, pags. 396—97. En sólo una ocasión el Tribunal de La Haya, caso de *La Carelia Oriental*, se ha negado a dar una o.c., aunque por motivaciones distintas a la que ahora comentamos.

En determinados supuestos la presión política puede ser lo suficientemente fuerte como para hacer poner en duda la independencia del tribunal. En este sentido vid. las manifestaciones del relator del subcomité creado por el Consejo de Seguridad (res. 276 [1970]) para el caso de *Namibia*:

“Those apprehensions are fully justified in view of the fear felt in Africa and within the United Nations that this second submission may repeat the experience of the first. However, the International Court of Justice is now sitting in different circumstances . . . In that regard it would be proper to stress that the International Court of Justice, whose prestige was impaired by the partiality of some of its members in 1966, would gain in prestige by adopting a new attitude which would rehabilitate the Court and the United Nations as a whole”, vid. UN SCOR, 1550th Meeting, 29 July 1970, pag. 15.

Simultáneamente a esta acción en el C. de S., había aparecido un artículo de Sir M. Zafrulla Khan, dato que no carece de significado, con el siguiente título, «La contribución del principal órgano judicial de las N.U. al logro de los objetivos de la organización», ONU, *Cronica Mensual*, julio 1970, pags. 143 y sigts. Este trabajo fué citado como un argumento frente a los Estados que en el C. de S. no eran partidarios de solicitar una o.c. ante el temor que el Tribunal reafirmara su postura en el caso del *Sudoeste Africano*, vid. UN SCOR, 1550th Meeting, pag. 5, y particularmente fué citada esta frase de M. Zafrulla Khan “In no case did the Permanent Court have to decline to give an Opinion on the ground that the issue laid before it was not a legal question”, *ibid.*, pag. 6.

del impasse. Se conectó con ello peligrosamente el proceso político de formación de la voluntad orgánica en un órgano decisorio, con el procedimiento y la decisión judicial. Según la práctica del TIJ, no parece existir en él una clara tendencia de abstención, estableciendo una línea divisoria entre «cuestiones políticas» y las que no lo son ^{5a}).

La conexión de la jurisprudencia del TIJ, al igual que la del TPJI con la práctica de los órganos de las N.U. o S. de N. respectivamente plantea también algún otro interrogante. ¿Como conectar esa jurisprudencia «constitucional» con la práctica ordinaria de cada órgano?. ¿Vincula, si es que vincula, sólo al órgano que solicitó la consulta, o por el contrario, vincula a todos los de la organización?. ¿También a los Estados?. Y si a los Estados también, ¿a cuáles?, ¿a sólo los miembros o también a terceros Estados?. Por lo demás, ¿es que el funcionamiento del Tribunal o el modo de designación de los jueces han sido pensados para el ejercicio de dicha competencia «constitucional» y la garantizan suficientemente?

Por la vía del dictámen consultivo en ambos tribunales de La Haya, es evidente que se ha introducido en el proceso internacional judicial un cierto grado de diversificación. No todas las o.c. presentan las mismas características, se basan en análogos supuestos de hecho y producen los mismos efectos. El Derecho internacional en su imperfección técnico-jurídica, está hoy muy lejos de poder introducir tipos diversos de juicios o procedimientos como los conoce el Derecho procesal interno. Pero es innegable que, dentro de esa indiferenciación, se apuntan hoy líneas de una cierta diversificación procesal y esto ha ocurrido de nuevo casi exclusivamente por la vía del dictámen consultivo. La primera categoría a tener en cuenta sería la formada por el grupo de casos en los que ha habido un

^{5a}) En el art. 96 de la Carta y el 65 del Estatuto del Tribunal se hace referencia a la noción «cuestión jurídica» como base de petición de o.c. por la Asamblea o el Consejo (indudablemente también por los demás organismos autorizados) o como materia de dictámen por parte del Tribunal. Esta precisión, inexistente en el Pacto de la S. de N. y en el Estatuto del TPJI, suele ser entendida por la doctrina como una línea delimitadora de la competencia consultiva del TIJ. Cualquiera que sea la relatividad de la distinción entre cuestiones políticas y jurídicas (vid. sobre ello *Rosenne*, *The Law and Practice of the International Court* (Leyden 1965) vol. 2, pags. 702 y sigts.; *Alexy*, *Die Inanspruchnahme des IGH durch die Organe der Vereinten Nationen*, *ZaöRV* vol. 21, pags. 501 y sigts.; *Greig*, *The Advisory Jurisdiction of the International Court and the Settlement of Disputes between States*, *ICLQ* vol. 15, pags. 327 y sigts.; *K.J. Keith*, *The Extent of the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice* (Leyden 1971), pags. 50 y sigts.) pudo haber sido utilizada, y potencialmente sigue siendo en el futuro utilizable, para abstenerse de formular un dictámen. A lo más que ha llegado el TIJ en el caso de *Certaines Dépenses des N.U.* fué que: «Le pouvoir qu'a la Cour de donner un avis consultatif procède de l'article 65 du Statut. Le pouvoir ainsi attribué a un caractère discrétionnaire...» CIJ, *Recueil des Arrêts* 1962, pag. 155.

problema de «interpretación constitucional». Aparentemente simple parece la utilización de la competencia consultiva para la solución de diferencias entre Estados, mediante la interposición de organismos internacionales que solicitan tal opinión, al menos formalmente; y esta sería la segunda categoría. Una tercera, estaría formada por todos aquellos supuestos en los que se ha utilizado el dictámen como vía de solución judicial de diferencias surgidas en el ámbito del llamado Derecho interno de la organización. Finalmente, un último grupo parece puede estar formado por todos aquellos casos en los que la cuestión jurídica está complejamente imbricada en cuestiones políticas y en donde, por consiguiente, el recurso al tribunal puede funcionar como un elemento más de presión sobre la minoría o el Estado discordante o de convicción sobre el grupo de los Estados vacilantes.

Quizá sea esta última categoría la forma más dudosa de utilización de un elemento judicial o parajudicial para la solución aparente o real de conflictos políticos. ¿No se distiende con ello peligrosamente las posibilidades de solución de conflictos por vía judicial con notable perjuicio de la ordenada administración de justicia en el sentido tradicional?. ¿Es que — en términos generales hablando — un tribunal internacional está capacitado para ejercer funciones judiciales en materia constitucional?. Probablemente no ha sido tenido en cuenta de manera suficiente que el establecimiento de una tal justicia en el ámbito internacional presupone un grado de cohesión social y solidaridad que no ha sido alcanzado en las N.U. ni lo fué en la S. de N. ⁶⁾). En ambas aparece demasiado claro, en determinados supuestos, la instrumentalización de la competencia consultiva de los respectivos Tribunales de La Haya por el concierto de las Grandes Potencias o por el grupo dominante dentro de ellas.

En otros dos aspectos importantes de la competencia consultiva hay lugar a la formulación de reservas y, en la medida en que la situación actual es insatisfactoria, a ver en esas deficiencias líneas de evolución futura en una deseable perfección de las actividades judiciales del Tribunal de La Haya. Nos referimos concretamente al control de la regularidad de

⁶⁾ La justicia administrada «en nombre del Rey», del «Presidente de la República» o del «pueblo» en los Estados, no puede ser administrada en la esfera internacional en nombre de las N.U. o comunidad de los pueblos o de los Estados.

No se olvide que como nota diferenciadora entre ambas justicias, internacional e interna, está la distinta situación en que las partes en el procedimiento están colocadas respecto sobre todo de la constitución del órgano judicial. En la justicia interna el órgano es esencialmente independiente de la voluntad de las partes. En el Derecho internacional, la constitución del tribunal, la competencia y el procedimiento en él están dependiendo de los Estados que en esa fase actúan no como partes en la diferencia sino como elemento creador, sin cuyo concurso es imposible la constitución del Tribunal.

la decisión o decisiones por las que se solicita al tribunal la opinión consultiva y a la investigación de los supuestos de hecho relevantes en la diferencia o cuestión jurídica objeto de dictámen, por el propio Tribunal. Parece exigencia lógica de una correcta administración de justicia que el TIJ prolongue su acción de control sobre la regularidad de la resolución, al menos cuando dicha resolución sea puesta en entredicho por alguno de los Estados u organismos más directamente interesados. Se introduciría así un control de la legalidad que ambos tribunales se han abstenido sistemáticamente de realizar. No es más satisfactorio el procedimiento de fijación de hechos. En varias ocasiones el Tribunal ha afirmado su competencia para proceder en esta materia a indagaciones propias; en la realidad se ha conformado con los datos que le han sido aportados. Más, si el dictamen es una decisión judicial y pretende le sea reconocida tal condición, es claro de toda evidencia la necesidad de una adecuada valoración de los hechos relevantes.

Ya se ve que un tratamiento pormenorizado de los temas que aquí quedan insinuados se sale del marco normal de un artículo de revista. El propósito del presente es más concreto, apunta, como el mismo título insinúa, al análisis de la fuerza de obligar de dichas o.c.

II. Orígenes de la competencia consultiva

El art. 14 del Pacto de la Sociedad de Naciones fué la base inicial tanto en lo que respecta a la constitución misma del TPJI como a la determinación de la competencia consultiva de éste⁷⁾. En un primer plano el citado texto apuntaba a la constitución de dicho tribunal y, en cierto sentido, al modo de su establecimiento⁸⁾. Las dos últimas frases regulaban la competencia: «Cette Cour connaîtra de tous différends ... Elle donnera

⁷⁾ La discrepancia textual: «elle donnera aussi ...» “the Court may also give ...”, jugó un cierto papel en la concepción de las relaciones entre el Tribunal y la S. de N. así como en la concepción de las funciones y naturaleza del mismo Tribunal. En un primer momento esta discrepancia no fué advertida (vid. D. H. Miller, *The Drafting of the Covenant* (New York, London 1928) vol. 2, pags. 512 y sigts.).

⁸⁾ La expresión «Le Conseil est chargé ... de soumettre aux Membres» era ambigua y se prestaba, como efectivamente así ocurrió después, a interpretaciones diversas en cuanto al procedimiento a seguir para la adopción del Estatuto del Tribunal. Según que dicho Estatuto se adoptara por una decisión del Consejo y la Asamblea, esto es, en virtud de un «acto legislativo» o en la forma de una convención sometida al procedimiento ordinario de ratificación individual, se creía — y no sin cierto fundamento — que el TPJI sería más o menos «Tribunal de la Sociedad de Naciones» o tribunal de los Estados que ratificaran el Estatuto, fueran o no miembros de la organización.

aussi des avis consultatifs ...». Por lo demás, este artículo se relacionaba con los arts. 12, 13 y 15 del mismo cuerpo legal y, ciertamente, en forma no del todo clara.

¿Es que la obligación estipulada en el art. 12 y contraída por todos los miembros de la Sociedad cuando entre ellos surgiera una diferencia, susceptible de llevar a una ruptura, para ser sometida a un modo de solución arbitral o judicial o al Consejo, podía ser interpretada como imponiendo un arbitraje obligatorio?. En contra de esta interpretación militaba la disposición sobre el mero aplazamiento del recurso a la fuerza, pero a favor la insistencia del art. 13 sobre el recurso al arreglo judicial o arbitral cuando la diferencia fuere susceptible de una tal solución. Si bien de nuevo atenuada por el art. 15, al establecer el recurso al Consejo cuando dicha diferencia no hubiera sido sometida a una solución arbitral o judicial. Bastaba para ello el recurso unilateral de una de las partes.

Si se tomaba como punto de partida el principio del arbitraje obligatorio, la frase del art. 14 «Cette Cour connaîtra de tous différends d'un caractère international que les Parties lui soumettront» era redundante, y la siguiente: «Elle donnera aussi des avis consultatifs ...» no era sino una forma indirecta de competencia obligatoria en todas aquellas diferencias «susceptibles de llevar a una ruptura» que no habiendo sido sometidas a un procedimiento arbitral o judicial hubieran sido llevadas por alguna de las partes a conocimiento del Consejo. El efecto de esta remisión del Consejo al Tribunal para dictamen sería un desistimiento del primero en favor del segundo.

Si, por el contrario, la idea inicial era la de jurisdicción voluntaria, la frase primera del art. 14 significaba que el Tribunal sólo podría declararse competente en las diferencias que las partes le sometieran por mutuo acuerdo. Quedando, en todo caso, libres las partes para someter su diferencia al Consejo, cualquiera que fuere la naturaleza de la diferencia. La remisión que eventualmente éste pudiera hacer del asunto al Tribunal debería ser entendida como elemento importante de un procedimiento de arreglo pacífico, no estrictamente jurídico, sino más bien en la línea de la mediación o conciliación clásica.

En esta indagación sobre los orígenes de la competencia consultiva nos proponemos acudir, en primer lugar a los trabajos preparatorios de la Conferencia de París; después examinaremos los trabajos del Comité consultivo de juristas de La Haya, que elaboró el proyecto de Estatuto del Tribunal, y, finalmente, analizaremos las discusiones en la Asamblea y Consejo de la S. de N. de dicho proyecto.

De los documentos preparatorios publicados por Miller, se deduce claramente que hasta el Proyecto británico⁹⁾, los anteriores del Presidente Wilson habían tendido simplemente a exigir la solución arbitral en la forma tradicional de arbitraje aislado. En el caso de que dicha solución fuera impracticable se preveía un recurso al Consejo "to take the matter under consideration for such mediatory action or recommendation". Las decisiones del Consejo ejecutivo no tendrían fuerza vinculante¹⁰⁾.

En el Proyecto británico se aceptaba la dualidad de ambos recursos, si bien dando al recurso arbitral un cierto carácter interno por relación a la organización, a la vez que el recurso al órgano político podía plantearse indistintamente ante el Consejo o ante la Conferencia (Asamblea). Particularmente importante a nuestro propósito es el texto siguiente:

"Where the Conference or the Council finds that the dispute can with advantage be submitted to a court of international law, or that any particular question involved in the dispute can with advantage be referred to a court of international law, it may submit the dispute or the particular question accordingly, and may formulate the questions for decision, and may give such directions as to procedure as it may think desirable. In such case, the decision of the Court shall have no force or effect unless it is confirmed by the Report of the Conference or Council"¹¹⁾.

Este texto fué sin duda el que influyó definitivamente en la redacción final del art. 14 por cuanto la actividad judicial del tribunal queda así conec-tada con la de mediación o conciliación de los órganos políticos de la organización, que es lo que constituye la esencia del dictámen consultivo¹²⁾.

No carece de relevancia el dato de que esta conexión tenga su origen en una sugerencia británica ya que parece que en ella se recogía la práctica constitucional inglesa de asesoramiento de los jueces al ejecutivo o al Parlamento, según quedó ya indicado, y en particular la de remisión por el Gobierno inglés al Privy Council de cuestiones en las que el primero deseaba obtener el asesoramiento técnico del segundo.

De todos modos, la sugerencia no fué aceptada inmediatamente porque

⁹⁾ Vid. Miller, *op. cit.* vol. 2 Doc. No. 10 I, pags. 110—11.

¹⁰⁾ Vid. Miller, *op. cit.* vol. 2, pags. 100—1: "The Powers signatory to this Covenant undertake and agree that whenever any dispute or difficulty shall arise between or among them with regard to any question of the law of nations . . . if such dispute or difficulty cannot be satisfactorily settled by the ordinary processes of negotiation, to submit the whole subject matter to arbitration . . .".

¹¹⁾ Miller, *op. cit.* vol. 2, pag. 111.

¹²⁾ El Proyecto House de 16 de julio de 1918 fué el que primero recogió la idea de un tribunal nuevo, distinto al de Arbitraje de La Haya (art. 10 del Proyecto, vid. Miller, *op. cit.* vol. 2, pag. 8). En el Plan Cecil de 14 de enero de 1919 se hacía una simple referencia a la "existing Hague Organization, with any additions or modifications made by the League, or by the Peace Treaties".

no aparece ni en la fusión de los proyectos anteriores de Wilson con el británico (Proyecto Cecil-Miller de 27 de enero de 1919) ni tampoco en ninguno de los proyectos sucesivos de Wilson. No surge hasta una fecha bastante avanzada del proceso de elaboración del Pacto. Concretamente en el Proyecto Wilson-Cecil de 18 de marzo de 1919 en donde se dice:

“The Executive Council shall formulate plans for the establishment of a Permanent Court of International Justice and this Court shall, when established, be competent to hear and determine any matter which the parties recognize as suitable for submission to it for arbitration under the foregoing Article, and also any issue referred to it by the Executive Council or Body of Delegates” (Miller, *op. cit.* vol. 2, pag. 585).

Este silencio encuentra la siguiente explicación: La propuesta de creación de una Sociedad de Naciones, el último punto de los catorce de Wilson, era lo suficientemente general para no hacer referencia alguna a la estructura posible de la futura organización¹³⁾. Pero la resistencia norteamericana a la institucionalización de un tribunal arbitral era grande¹⁴⁾. Más, iniciados los trabajos de la Conferencia de París, apareció pronto una cierta discrepancia entre las Grandes Potencias en torno a la función que debería tener en la futura organización el sistema de arreglo judicial¹⁵⁾. Las propuestas de Francia¹⁶⁾ e Italia¹⁷⁾ tendían a reforzar la posición del órgano

¹³⁾ “A general association of nations must be formed under specific covenants for the purpose or affording mutual guarantees of political independence and territorial integrity to great and small states alike”.

¹⁴⁾ En la minuta del Coronel House al Presidente Wilson sobre el Plan Phillimore de 20 de marzo de 1918 se encuentra la observación siguiente: “provides for an International Court to have jurisdiction to determine certain questions which are now determined in many countries in courts of last resort . . .

In the past I have been opposed to a court, but in working the matter out it has seemed to me a necessary part of the machinery. In time the court might well prove the strongest part of it”, Miller, *op. cit.* vol. 1, pag. 13.

¹⁵⁾ En los discursos de inauguración de la Conferencia, el representante de Francia aludió a las instituciones de La Haya, Miller, *op. cit.* vol. 2, pag. 162: «Ayant établi l'obligation de l'arbitrage . . . vous pourrez faire œuvre solide, durable . . .».

¹⁶⁾ «Le Conseil exécutif arrêtera le plan de création d'une Cour permanente de justice internationale: cette cour, dès son apparition, aura compétence pour entendre et juger:

a) Toute question qui lui serait soumise par le Corps des Délégués [Asamblea] ou par le Conseil exécutif.

b) Toute question surgissant de l'interprétation du Pacte établissant la Ligue.

c) Tout différend que, avec l'assentiment de la Cour et du Conseil exécutif, l'une quelconque des parties désirerait lui voir soumettre», Miller, *op. cit.* vol. 2, pag. 526.

El Proyecto elaborado por la comisión interministerial francesa sobre este tema concreto sugería: «Le tribunal international statue sur les contestations qui lui sont soumises, soit par l'organisme international, soit par un Etat ayant un litige avec un autre» Miller, *op. cit.* vol. 2, pag. 405.

¹⁷⁾ Sobre la propuesta italiana Miller, *loc. cit.* vol. 2, pag. 544.

judicial dentro de la organización; pero no encontraron acogida favorable por parte de las Potencias anglosajonas. La propuesta italiana parece que ni siquiera llegó a discutirse, la francesa, falta de apoyo necesario, fué retirada¹⁸⁾.

Ambos intentos no debieron quedar sin efecto por cuanto que, según queda dicho, en el Proyecto de 18 de marzo 1919 se hizo por primera vez la inclusión de ese *passus*, recogido en el texto final del art. 14. Veamos los momentos más salientes en la evolución de su redacción:

En el proyecto que sirvió de base de discusión a la Comisión de la Sociedad de Naciones de la Conferencia de París no se hacía sugerencia alguna sobre la posible remisión por el Consejo o Asamblea de peticiones al Tribunal de Justicia, como tampoco aparece en el texto que figura como anexo a la sesión del 13 de febrero, décima de esa misma Comisión¹⁹⁾.

El texto de 18 de marzo (Proyecto Wilson-Cecil), en lo referente al problema que nos ocupa dice así:

“The Executive Council shall ... this Court shall ... be competent to hear and determine any matter which the parties recognize as suitable for ... arbitration under the foregoing Article, and also any issue referred to it by the Executive Council or Body of Delegates”²⁰⁾.

El del 31 de marzo 1919 (Proyecto Hurst-Miller):

“The Council shall formulate plans for the establishment of a Permanent Court of International Justice. The Court shall be competent to hear and

¹⁸⁾ E igual suerte sufrió la propuesta belga. Aunque complicada, esta apuntaba a un problema muy real que quedó sin solución en el Pacto. A saber, ante el doble recurso a un árbitro o instancia judicial o al Consejo, *quid iuris* cuando las partes además hicieran consistir su diferencia sobre la calificación de diferencia política o jurídica, condicionando con ello el procedimiento a seguir en su solución. El representante de Italia en la Conferencia de París sugirió la remisión del problema al mismo Tribunal para no incurrir en duplicaciones. El de Francia quería más bien atenerse a un criterio material de calificación. Interesante es el argumento contrario a estas posturas utilizado por Lord Robert Cecil, “(he) remarked that the only case in which the Belgian amendment would apply would be that in which one of the parties should consent to go before the Court while the other party refused. This assumption raised an important political question which it would be difficult to settle by means of compulsory arbitration”, Miller, *op. cit.* vol. 2, pag. 349.

¹⁹⁾ Miller, *op. cit.* vol. 2, pags. 234, 330 y 585.

²⁰⁾ *Ibid.*, pag. 585. Esta posibilidad de establecimiento de la justicia obligatoria, comenzó a suscitar muy pronto los recelos de la opinión pública norteamericana. Vid. entre otros ejemplos las noticias y observaciones que el propio Miller nos da, vol. 1, pags. 290 y sigs.: “It seems to me that still more objection will be raised in the Senate to the addition to Article 14. This goes the whole length of permitting the Executive Council or the Body of Delegates to compel arbitration. It is true that the Permanent Court contemplated in the Article is not yet established, but its establishment would

determine any dispute of an international character which the parties thereto submit to it, and also to advise upon any legal questions referred to it by the Council or by the Body of Delegates" ²¹).

El de 1 de abril de 1919, esto es, en la fase final del proceso de elaboración del texto, Gran Bretaña formuló una propuesta de enmienda así concebida:

"The Council shall formulate and shall submit for adoption by the members of the League plans for the establishment of a permanent court of international justice. The court shall be competent to hear and determine any disputes of an international character which the parties thereto submit to it, and also to advise upon any dispute or question referred to it by the Council or by the Body of Delegates" ²²).

El texto inglés de la redacción definitiva del Pacto en su art. 14 contiene la siguiente formulación:

"The Court may also give advisory opinion upon any dispute or question referred to it by the Council or by the Assembly".

Si sometemos ahora a examen comparativo los textos así recogidos, nos encontramos con que los tres últimos se diferencian del primero en que los tres distinguen entre la actividad decisoria normal del previsto Tribunal de justicia y su función asesora. Que el segundo texto simplemente habla de *any legal questions*, mientras que el tercero y la redacción definitiva recogen la distinción que después se hizo clásica entre *any dispute or question (point et différend)*. Que el texto final, respecto de los dos anteriores acentúa el carácter judicial de la función consultiva, *may also give advisory opinions*, frente a la función meramente asesora que atribuían al Tribunal las dos redacciones anteriores, *and also to advise upon*. Pero todos estos textos, y a diferencia de la práctica norteamericana, configuran al dictámen como una opinión del Tribunal y no como acumulación de opiniones personales de los distintos jueces.

Resumiendo las consideraciones precedentes sobre los trabajos preparatorios en la materia que nos ocupa, podemos formular las siguientes conclusiones provisionales:

1. La idea fundamental norteamericana no preveía necesariamente la creación de un órgano judicial como institución de la organización internacional futura. Más bien era contraria a él y acentuó su reserva u oposición

make compulsory arbitration depend solely upon the vote of the Executive Council, a vote from which the parties to the dispute would be presumably excluded".

²¹) Miller, *op. cit.* vol. 2, pag. 662.

²²) *Ibid.*, pag. 670.

en la medida en que otros Estados fueron cada vez más partidarios de otorgarle un papel principal en las tareas de la organización, y sobre todo después que por la vía del dictamen consultivo apareció la posibilidad de que éste formulara decisiones que pudieran vincular a los E.E.U.U., sin el consentimiento de este país.

2. La creación del Tribunal se basó sustancialmente en las opiniones coincidentes en este punto de Inglaterra, Francia e Italia. Sólo Francia se mostró decidida partidaria de un Tribunal con jurisdicción obligatoria. La propuesta italiana parece que no se discutió en la Conferencia de París, como tampoco fué consecuente con ella la actitud de esta país en la Conferencia y en sus primeras actuaciones en la Asamblea y Consejo de la S. de N. Inglaterra adoptó una posición intermedia, favorable a la existencia del Tribunal, pero contraria a la jurisdicción obligatoria²³).

3. Los países neutrales en la Conferencia de París manifestaron preocupación por la independencia del Tribunal y la igualdad de los Estados dentro de él. Lo que les llevó en cierto sentido a formar un frente común respecto de las Grandes Potencias.

4. En el texto final se mantiene la dualidad de procedimientos iniciada ya en los primeros proyectos: solución judicial por el recurso a un Tribunal o solución política por el recurso al Consejo o a la Asamblea²⁴).

Con la adopción del art. 14 se dió la base jurídica necesaria para la constitución del TPJI. Pero la falta de claridad en sus disposiciones, se prestaba a interpretaciones diversas en torno a la naturaleza misma de las funciones de dicho Tribunal. Tres grupos de trabajos son de interés para la comprensión de la situación inicial del Tribunal de La Haya: Los debates

²³) Interesante es a este respecto el comentario oficial británico del texto:

"The Council can keep the matter in its own hands, as it is certain to do with any essentially political question in which a powerful State feels itself closely interested.

It can submit any dispute of a legal nature for the opinion of the Permanent Court, though in this case the finding of the Court will have no force till endorsed by the Council.

While keeping the matter in its own hands, the Council can refer single points for judicial opinion", vid. C. A. K l u y v e r, Documents on the League of Nations (International Intermediary Institute, The Hague) (Leiden 1920), pag. 106. El texto está también publicado en el Times, 29 de abril 1919 y en un White Paper, Miscellaneous, No. 3 1919 (Cmd. 151).

²⁴) En el resumen del Pacto presentado a la delegación alemana el 7 de mayo de 1919, formando parte de las condiciones de paz se lee: "The Council will formulate plans for the establishment of a Permanent Court of International Justice to determine international disputes or to give advisory opinions. Members who do not submit their cases to arbitration must accept the jurisdiction of the Council or the Assembly", K l u y v e r, *op. cit.*, pag. 113.

del Comité consultivo de juristas de La Haya y su proyecto de Estatuto; la modificación que en el proyecto introdujeron el Consejo y la Asamblea de la S. de N., y, finalmente, la elaboración del Reglamento del Tribunal por éste.

A. Comité consultivo de La Haya

La documentación de este Comité ofrece relativamente pocas noticias sobre el punto concreto de los dictámenes consultivos. En el comentario oficial del Comité al Consejo sobre las distintas disposiciones del proyecto de Estatuto, elaborado por de Lapradelle, aparece sin embargo, muy clara la conexión entre la competencia obligatoria y la consultiva.

De este comentario se deduce que la concepción inicial del proyecto, en materia de o.c., estaba determinada por las siguientes características: a) La o.c. carece de fuerza vinculante: «Tandis que la décision de la Cour, dûment saisie par la partie, a caractère obligatoire et force de chose jugée, il n'en est pas de même de la décision qu'elle donne sur renvoi du Conseil ou de l'Assemblée: ici elle ne juge plus, elle consulte»²⁵). b) Distinción entre dos categorías de o.c. *in abstracto*, *avis purement consultatif*, e *in concreto*²⁶). c) Posibilidad de remisión por el Consejo de una diferencia de carácter jurídico indebidamente planteada ante uno u otra por las partes. Puede muy bien ocurrir, anota de Lapradelle, que las partes de común acuerdo (!) y para eludir la regla de la mayoría del Tribunal, planteen ante el Consejo o la Asamblea dicha cuestión: «Sans doute celle-ci [la Cour] ne peut être judiciairement saisie que par les parties, non par le Conseil ni l'Assemblée ... elles n'ont pas à s'étonner que la Cour puisse connaître de l'affaire sur renvoi du Conseil ou de l'Assemblée»²⁷).

El problema de la jurisdicción, obligatoria o voluntaria, fué debatido ampliamente en el seno del Comité. Dentro de éste se manifestaron tres corrientes de pensamiento. La más extrema defendida por Loder y Altamira era partidaria del establecimiento de una jurisdicción general

²⁵) CPJI, Comité Consultatif de Juristes, Procès-Verbaux des Séances du Comité, 16 juin—24 juillet 1920 (La Haya 1920) [cit. Comité Consultatif], pag. 730.

²⁶) En los debates de Lapradelle había explicado la distinción entre *point y différend* en esta forma: «tandis qu'un différend est un conflit actuel, un point est plutôt une question théorique. Cette différence entraîne la nécessité d'une solution différente dans les deux cas», Comité Consultatif, pag. 584.

²⁷) Comité Consultatif, pag. 731. Para una mejor comprensión de esta salvedad debe tenerse en cuenta que en la discusión del art. 27 del proyecto (hoy 34 del Estatuto), el presidente del Comité, Barón Descamps, y en conexión con la cuestión del *ius standi* de los Estados que endosan reclamaciones internacionales por daños inferidos a

obligatoria, sin restricciones²⁸). Por el contrario, los miembros anglosajones de la comisión, Lord Pillimore y Root, juntamente con Adatci y Hagerup se manifestaron partidarios del principio tradicional del consentimiento previo de los Estados²⁹). En una postura intermedia se situaron el presidente, Barón Descamps, de Lapradelle y Ricci-Busatti, manteniendo que la jurisdicción obligatoria necesita, evidentemente, un consentimiento previo de los Estados, pero que tal consentimiento podía estar implícito en la aprobación del Pacto de la S. de N. Sólo así se podía entender que la S. de N. realizaría un progreso en materia de jurisdicción en relación con 1907³⁰).

En el comentario oficial del proyecto de Estatuto presentado por el Comité de La Haya al Consejo, competencia consultiva y jurisdicción obligatoria quedaron ligadas en la siguiente forma:

particulares, planteó el problema para la S. de N. y sus órganos. Vid. Comité Consultatif, pag. 579, pero la sugerencia no encontró eco y no fué regulado en el Estatuto.

El supuesto de de Lapradelle era quizá ya entonces, y desde luego resultó serlo más tarde en la práctica de la S. de N. un planteamiento en falso. Salvo en la diferencia anglo-francesa con ocasión de los Decretos sobre nacionalidad, las partes nunca se pusieron de acuerdo para reclamar ante el órgano político de la organización en vez de hacerlo directamente ante el Tribunal. Bien es verdad que la base del razonamiento de de Lapradelle era la de la jurisdicción obligatoria para las diferencias de naturaleza jurídica; la remisión del Consejo al Tribunal no era sino un modo de rectificar una calificación defectuosamente establecida por las partes de común acuerdo. Pero de nuevo se olvidaba aquí la significación del principio dispositivo de los Estados en el Derecho internacional, así como también que el órgano más adecuado para rectificar esa calificación no era la Asamblea o el Consejo, sino el propio Tribunal.

²⁸) Loder: «un accord entre les parties n'est pas nécessaire. On doit admettre qu'une partie a le droit de citer la partie adverse en justice sans avoir obtenu son consentement préalable», Comité Consultatif, pag. 224.

«... un projet qui fermerait la Cour aux Etats lorsqu'il n'y a pas entre eux un accord préalable ne serait pas accepté par l'Assemblée de la Société des Nations», *ibid.*, pag. 229. Bien es verdad que tal obligación la concebía Loder dentro del marco de la S. de N.; esto es, respecto de los Estados miembros.

²⁹) En la interpretación de Phillimore el sentido a dar al término «partes» del art. 14 del Pacto era de «ambas partes» en el proceso; en el lenguaje jurídico inglés el plural sólo se emplea para significar las dos partes litigantes. Comité Consultatif, pags. 224, 235.

Root manifestó más bien tendencia a involucrar el problema de la competencia obligatoria o no del Tribunal con el de la determinación precisa del Derecho aplicable por éste. *Ibid.*, pags. 230, 286, 308: "Mr. Root thought that the world was prepared to accept the compulsory jurisdiction of a Court which applied the universally recognised rules of International Law. But he did not think that it was disposed to accept the compulsory jurisdiction of a Court which would apply principles, differently understood in different countries", *loc. cit.*, pag. 308.

³⁰) Barón Descamps: «Il est maintenant du devoir du Comité de réaliser ce principe. Il ne faut pas abandonner cette tâche parce que certains articles du Pacte, qui peuvent d'ailleurs être révisés, prêtent à équivoque», *ibid.*, pag. 231.

«une interprétation correcte ouvre la possibilité de traduire un Etat, qu'il le veuille ou non, devant la Cour. L'article 14 exige pour que la Cour soit compétente l'accord entre les parties. Si cet accord existe, la Cour est naturellement autorisée à connaître du litige.

Si l'accord n'existe pas, l'article 12 entre en jeu. En effet, si les parties n'ont pas pu se mettre d'accord pour soumettre leur litige à l'arbitrage, elles sont obligées de le porter devant le Conseil de la Société des Nations; mais si le Conseil reconnaît que la question est de la compétence de la Cour, il s'en dessaisira en faveur de la Cour, en lui demandant un avis consultatif»³¹).

B. Modificación del proyecto por el Consejo y Asamblea

Al pasar a examen del Consejo y Asamblea fué modificado ampliamente por éstos, precisamente en el principio de la jurisdicción obligatoria y en la regulación de la competencia consultiva. La oposición del representante de Inglaterra en el Consejo a la aceptación de la jurisdicción obligatoria, fué tajante³²). Italia, aunque en forma menos directa, fué también contraria a tal principio³³).

Tal y como se desprende del Diario de Sesiones de este órgano, la discusión se centró en el significado a atribuir al Pacto mismo. De la letra estricta de su articulado no se seguía en efecto de manera clara que este texto no pudiera ser interpretado en la forma que lo hizo el Comité de Juristas, en el sentido que los Estados signatarios se comprometían con la ratificación a aceptar el principio del arbitraje obligatorio. Y esta fué la interpretación que le dieron las medias y pequeñas potencias. Pero terminó

³¹) *Ibid.*, pag. 225.

³²) Note on the Permanent Court of International Justice submitted by Mr. Balfour to the Council of the League of Nations, Brussels, October 1920: "Evidently, the framers of the Article [el 14 del Pacto] never intended that one Party to a dispute should compel another Party to go before the Tribunal; and this omission cannot have been a matter of choice, since the subject of compulsory arbitration has been before the legal authorities of the whole world now for many years. It has more than once been brought up for practical decision and has always been rejected", Société des Nations, CPJI, Documents au sujet de Mesures prises par le Conseil de la Société des Nations aux termes de l'Article 14 du Pacte [cit. S. d. N., Documents], pag. 38.

³³) *Ibid.*, pag. 29. Extrait du Procès-Verbal des Délibérations du Conseil du Contentieux Diplomatique du Ministère des Affaires Etrangères Italien: «il propose donc que les articles susdits soient modifiés de telle manière que l'approbation du statut de la Cour de Justice n'implique pas directement (ainsi qu'il ressortirait des dispositions dont il s'agit) l'engagement de soumettre certains différends à sa juridiction. Ce but pourra être atteint également, d'ailleurs, par une convention à part, qui sera valable entre les parties contractantes».

Tittoni, representante de Italia en el Consejo, manifestó en este sentido en la sesión de 30 de julio al 5 de agosto en San Sebastián: «Il est sans précédent qu'un Etat puisse citer un autre Etat devant une Cour de Justice sans l'assentiment de cet Etat, et obtenir la condamnation de cet Etat par défaut», *ibid.*, pag. 20.

prevaleciendo la idea de que el proyecto elaborado en La Haya iba más allá del Pacto y su adopción en la forma propuesta iría en contra del Pacto mismo ³⁴).

Teóricamente, mientras se mantuviera la competencia consultiva del Tribunal, cabía la posibilidad de introducir un tanto subrepticamente por esta vía la jurisdicción obligatoria. Más, en las deliberaciones de la Subcomisión de la Asamblea, la mayoría de los miembros fué contraria al sistema mismo del dictamen ³⁵). En la Asamblea Plenaria, la reacción de las pequeñas potencias en favor de la jurisdicción obligatoria todavía fué más viva, ya que se tenía la impresión que si se desaprovechaba esa conjuntura favorable se perdía con ello una oportunidad de implantar la jurisdicción obligatoria ³⁶). Se llegó a hablar de una imposición de la minoría sobre la mayoría ³⁷) e inclusive a afirmar, no sin cierta razón, que la resistencia de las Grandes Potencias a la jurisdicción obligatoria obedecía

³⁴) Intervención de M. Léon Bourgeois en tanto que presidente del Consejo, *loc. cit.*, pag. 85. Lord Robert Cecil: "The real difference between the Covenant and the Hague Scheme was that while the Covenant conceived the Council as always having a subsidiary jurisdiction the Scheme conferred such jurisdiction on the Court in all questions referred to in its Article 34", *ibid.*, pag. 90.

³⁵) Puesto que se trataba de dictámenes, el término «estatuer» (elle statue decía el proyecto del Comité de la Haya) es inadecuado (representante del Canadá). Fromageot llegó a lamentar la existencia misma de los dictámenes, «il est regrettable que le Pacte ait donné à la Cour le pouvoir d'émettre des avis». Huber, combatiendo la distinción entre *point* y *différend* emitió la opinión, en contra del ejemplo del presidente, que sólo porque la cuestión de las Islas Aaland fué de naturaleza interlocutoria pudo ser sometida y resuelta por una comisión de juristas: «si elles [las cuestiones] avaient eu trait au conflit actuel une procédure identique aurait pu avoir des résultats dangereux». Sir Cecil Hurst apoyó la opinión de Huber: "Was it probably that parties to a dispute would take the trouble to appear before the Court in order to enable it to give an advisory opinion? On the other hand, if they did so, why should not this opinion be binding on them?" En jurisprudencia es peligroso meterse a profeta. Exactamente esto fué lo que hicieron Francia e Inglaterra en su diferencia sobre los Decretos de nacionalidad cuando por razones políticas, de común acuerdo eliminaron el recurso al tribunal por la vía contenciosa y aceptaron el dictamen sobre la cuestión previa de la existencia o no existencia en el caso concreto de la excepción de dominio reservado.

Pero en la subcomisión terminó prevaleciendo el criterio de supresión de eliminación de ese criterio diferenciador de o.c., acertadamente sin duda por lo que después diremos, y en consecuencia se aprobó la enmienda italiana en este sentido.

³⁶) S. d. N., Actes de la première Assemblée, Séances Plénières (1920 I), pag. 445. Loder: «Ils avaient [los juristas del Comité] sous les yeux les articles 12, 13 et 15 du Pacte, dans lesquels il n'était question que d'arbitrage; ils lisaient l'article 14 qui institue la Cour et ils remarquaient que cet article ne parle plus d'arbitrage, mais de justice internationale, et ils en tiraient la conséquence qu'enfin maintenant, le grand pas en avant avait été fait... Nous, les plus jeunes et les plus fougueux d'esprit, nous nous sommes heurtés dans le Conseil aux grands Etats, les plus âgés et peut-être les plus sages...».

³⁷) Lafontaine (Bélgica) «Les peuples avaient un autre espoir, c'est que le recours à la justice internationale serait obligatoire et qu'il le serait pour tous les dif-

al deseo de éstas de mantener el monopolio sobre el sistema de solución pacífica de las diferencias:

C'est par décision du Conseil que le texte comportant juridiction obligatoire a été supprimé et cela éclaircit la situation. Je dois faire les réserves les plus formelles au sujet des motifs sur lesquels le Conseil a appuyé son avis. Il prétend que si une partie pouvait assigner une autre partie unilatéralement devant une Cour de justice, ce serait empiéter sur son domaine, sur sa compétence propre»³⁸).

Con el propósito de reforzar la posición de la Asamblea y del Tribunal, esos mismos Estados eran partidarios de la adopción del Estatuto del Tribunal mediante un voto, unánime en la Asamblea, sin hacerlo pasar «par la porte basse des ratifications et des consentements successifs»³⁹). Pero terminó prevaleciendo de nuevo el criterio de las grandes potencias. La jurisdicción obligatoria fué suprimida y el art. 36 del proyecto que se refería a las o.c., mantenido por el Consejo, fué suprimido el texto definitivo aprobado por la Asamblea⁴⁰).

C. Redacción del Reglamento del Tribunal

Relegada así la cuestión al plano reglamentario, fué en efecto el problema de los dictámenes consultivos regulado por el reglamento del Tribunal, bien que en forma extraordinariamente parca. Aunque las actas de las sesiones

férénds. Une minorité de délégations a paralysé ici encore la volonté de la majorité . . .», *loc. cit.*, pag. 447.

«La Cour suprême était le suprême espoir du monde. Le désir de la plupart d'entre nous était qu'elle sortit définitivement de notre délibération. Ce désir a été déçu. — La plupart d'entre nous sont convaincus que l'Assemblée a le pouvoir d'instituer la haute judicature, mais quelques-uns en ont douté et des formalités multiples vont retarder le moment où la Cour sera une réalité; notre décision ne consacrerá qu'un projet de statut», *loc. cit.*, pag. 446.

Vid. en el mismo sentido Z o l g e r (Estado servo-croata-esloveno), pag. 479; M o t t a (Suiza): «Il est, en effet, dangereux d'admettre que les décisions de l'Assemblée, même lorsqu'elles sont prises à l'unanimité, ne deviennent valables qu'après ratification des Etats», *ibid.*, pag. 491.

³⁸) F e r n a n d e s (Brasil), *ibid.*, pag. 449.

³⁹) Salvo modificaciones de detalle, la Asamblea terminó aprobando el proyecto presentado por el Consejo, vid. *ibid.*, pag. 497.

⁴⁰) *Ibid.*, pags. 474 y 475. La explicación dada por la subcomisión sobre la supresión de dicho artículo está concebida así: «La Sous-Commission a été d'avis que ces avis doivent, dans tous les cas, être donnés avec le même quorum des juges qui est requis pour la décision des litiges et qu'il n'y a pas lieu de maintenir la distinction établie à ce sujet par le projet entre le cas où une question qui est soumise à la Cour est l'objet d'un différend actuellement né, et celui où il n'existe pas de différend, cette distinction paraissant peu nette et pouvant donner lieu à des difficultés pratiques. La Sous-Commission a d'ailleurs estimé que le projet entraînait à cet égard dans des détails qui concernaient plutôt le règlement intérieur de la Cour», *loc. cit.*, pag. 464.

del Tribunal, para la redacción de dicho reglamento no dan suficientes detalles, muy probablemente esta cuestión concreta estuvo muy influenciada por el célebre Memorandum Moore sobre las opiniones consultivas⁴¹). Se suprimió la distinción entre las dos categorías de dictámenes, *point* y *différend* y se estableció el principio general de asimilación, en la medida de lo posible, de las opiniones consultivas a las sentencias⁴²).

Concretando en unas ideas generales los rasgos principales de este laborioso proceso de gestación, podemos apuntar las siguientes:

a) Por primera vez en la historia de la organización internacional aparece un tribunal como «órgano judicial» de esta organización.

b) Por este hecho, el tribunal comienza a jugar un papel principal en los modos pacíficos de solución de diferencias internacionales, competencia central y básica de la organización.

c) Se opera una cierta repartición de competencias no exenta de vacilaciones y lagunas entre la función mediadora o autoritaria de los órganos políticos de la organización y el procedimiento judicial o parajudicial.

d) El dictámen consultivo se sitúa así como un *tertius genus* entre una y otra vía: Puede ser entendido como una solución judicial, próxima a las sentencias, y como consecuencia, la remisión que a él hagan los órganos políticos de la organización (Asamblea o Consejo) puede ser interpretada como un desistimiento en favor de la competencia del tribunal. Pero, por el contrario, la actividad judicial puede ser entendida como una participación del tribunal en actividades de carácter político, esclareciendo o precisando «cuestiones jurídicas» en tanto que elementos parciales de un problema general, que como cuestión política sigue dentro de la esfera de competencia de los órganos políticos.

III. Naturaleza de las Opiniones Consultivas

Plantearse el problema de la naturaleza de las o. c. equivale a cuestionar el carácter, vinculante o no, de tales pronunciamientos. Ahora bien, reducida así la cuestión a su más elemental expresión y que, al menos teóricamente, podría ser contestada con la negativa, sería formular un postulado de escaso valor como descripción de la realidad. Esta es mucho más compleja e intrincada.

Quedó ya apuntado, que por influencia sobre todo del Memorandum

⁴¹) Vid. Memorandum by J. B. Moore, CPJI Séries D No. 2, pags. 383 y sigts.

⁴²) El art. 71 del primer reglamento del TPJI exigía ya que el Tribunal diera sus o. c. en pleno, y aceptaba la posibilidad de opiniones disidentes en ellas. De todos modos, dejaba sin regular el problema de los jueces nacionales. Vid. Série D Addendum au No. 2 (1926), pag. 185.

Moore, desde los primeros momentos de la actuación del TPJI, hubo una clara tendencia de asimilación de los dictámenes a las sentencias. Tal tendencia encontró su punto álgido en el caso de la *Carelia Oriental*. Ahora bien, este mismo supuesto, como más adelante tendremos ocasión de ver, puso de manifiesto las limitaciones y riesgos de la asimilación llevada a sus últimos extremos⁴³).

En efecto, es evidente que la o. c. en si misma considerada, sólo tiene sentido en la zona de tensión que se establece entre dos polos extremos: La identificación completa de dictámenes y sentencias plantea inmediatamente el problema de la duplicación innecesaria⁴⁴). Mas, por el contrario, un distanciamiento excesivo, desdibuja la naturaleza de la o. c. como pronunciamiento judicial y hasta pondría en entredicho la imparcialidad e independencia de la decisión, notas esenciales en los pronunciamientos de todo órgano judicial⁴⁵).

El carácter de las o. c., decíamos más adelante y analizaremos en detalle después, queda complicado por las consecuencias de la conexión del órgano judicial y la organización internacional en cuya estructura él está inserto. La obligación de recurrir a los mecanismos judiciales o de conciliación asumida por los Estados miembros y, correspondiendo a ello, la prohibición total o parcial de acudir a las vías de hecho, de un lado, y de otro el ejercicio de un derecho de autoridad o supremacía por el Consejo de las Grandes Potencias, ha hecho del dictámen un instrumento de pacificación⁴⁶).

⁴³) Por eso sólo en cierto sentido puede considerarse exacta la opinión de Lauterpacht de haber sido abandonada la doctrina jurisprudencial del caso de *Carelia*.

⁴⁴) Argumento que se hizo ya valer en la Asamblea de la S. de N. en 1920, en la discusión del Proyecto del Comité de La Haya, y en contra de la reglamentación de los dictámenes propuesta por él.

⁴⁵) Inicialmente hubo una cierta tendencia al mantenimiento del secreto de las actuaciones del Tribunal. La Convención de 1899 sobre el arreglo pacífico de conflictos internacionales y el texto de 1907 de la Conferencia de La Haya sobre la misma cuestión, establecían (art. 66): «(les débats) ne sont publics qu'en vertu d'une décision du Tribunal, prise avec l'assentiment des Parties». Pero el Comité de La Haya invirtió el juego de la regla (art. 44 del Proyecto). En la discusión de éste en la Asamblea en 1920, Fromageot (Francia) propuso mantener la regla del secreto de las actuaciones del Tribunal (S. d. N., Actes de l'Assemblée, Séances Plénières, 1920, pag. 370), y en la elaboración del Reglamento Anzilotti de nuevo propuso que «le conseil doit pouvoir, dans l'intérêt de la paix du monde, demander à la Cour des avis secrets». Pero la sugerencia fué combatida especialmente por Moore y Lord Finlay. Sér. D, Actes et Documents relatifs à l'organisation de la Cour No. 2 (1922), pag. 160.

De todos modos, el problema de la publicidad de las actuaciones se conecta con el de la publicidad de las peticiones de o. c., lo que dió lugar a una amplia discusión en el seno del TPJI, según Bustamante, de la que no da suficiente razón el Documento más arriba citado. Vid. Bustamante, La Cour permanente de Justice internationale (Paris) No. 246.

⁴⁶) Cuando las medias y pequeñas Potencias acusaron especialmente a Inglaterra de

Es en esa zona de ambivalencia en donde surge el peligro de la politización del dictamen, «instrumentalizando» al Tribunal el grupo de Estados dominantes en el órgano que tiene facultad para solicitar una opinión, en un proceso político más o menos enmascarado. Con ello se hace posible ese deslizamiento, a veces imperceptible, hacia la jurisdicción obligatoria, por una vía indirecta. En efecto, presupuesta la naturaleza judicial de la decisión, el derecho del órgano decisorio para solicitar el dictamen, el deber (en principio) del tribunal de dar cumplimiento a esa solicitud, y la exclusión de los Estados directamente interesados para oponerse eficazmente a la sustanciación del procedimiento, se llega al resultado final de una decisión judicial sin que haya sido prestado libremente el necesario consentimiento por las partes directamente interesadas. La situación se agrava cuando en el momento decisivo del proceso de decisión en la consulta a formular, dentro del órgano político, la influencia de unos pocos Estados es preponderante⁴⁷).

Al igual que había sido observado en el Derecho interno constitucional, oponerse a la implantación del principio de la jurisdicción obligatoria, el representante de África del Sur se defendió remitiendo a la doble posible vía en la solución de las diferencias:

“Lord Robert Cecil (South Africa) thought it necessary that the exact meaning of Articles 12, 13 and 14 of the Covenant should be realised. In his opinion, Article 12 established compulsory jurisdiction in a sense, in so far as it created the obligation to submit disputes to arbitration or to the Council”, S. d. N., Actes, Séances des Commissions (1920), pag. 286.

Es interesante a este respecto tener en cuenta el comentario oficial inglés al Pacto: “in the settlement of disputes under this article, the consent of the parties themselves is not necessary to give validity to the recommendations of the Council. This important provision removes any inconvenience that may arise in this connection from the right (see Article IV) of every Power to sit as member of the Council during the discussion of matters specially affecting it. We may expect that any Power claiming this right in the case of a dispute will be given the option of declaring itself a party to the dispute or not. If it declares itself a party, it will lose its right of veto; if not, it will be taken to disinterest itself in the question, and will not be entitled to sit on the Council”, Kluyver, *op. cit.* (nota 23), pag. 107.

En contra de lo que algunas veces ha sido afirmado, la diferencia entre el Consejo de la S. de N. y el de las N. U. no es tan grande. De alguna manera el de la S. de N. continuó las funciones del «Concierto europeo» como lo prueba bien el hecho de que todas las peticiones de o. c. fueran cursadas por este y ninguna por la Asamblea; situación que, a pesar de la letra de los textos, acepto este segundo órgano.

⁴⁷) El valor sustancial de la decisión del TPJI en el caso de la *Carelia Oriental* apunta a esta realidad y marca la oposición de éste a la introducción subrepticia de la jurisdicción obligatoria. Debe tenerse presente, no obstante, que ese recurso individual de los Estados al Consejo de la S. de N., relativamente frecuente entonces, hoy ha desaparecido en las N. U. Rosenne ve en este hecho “a reflection in political terms of the principle in the Eastern Carelia case, as well as of art. 33 of the Charter”, vid. Rosenne, *On the Non-Use of the Advisory Competence of the ICJ*, BYIL 1963, pag. 4. Probablemente la influencia de otros factores ha sido también decisiva.

el sistema de las o. c. puede constituir en cierto sentido una tentación para los órganos políticos de eludir las propias responsabilidades, cargándolas sobre el Tribunal ⁴⁸⁾). Pero no obstante este riesgo, es indudable que en el origen de esa conexión está ese fenómeno de «judicialización» de determinadas actividades de la organización o de las relaciones de ésta con los Estados miembros o con sus funcionarios. Esa línea de desarrollo se inició en el comienzo mismo de la S. de N. y del TPJI y se ha confirmado en la práctica de las N. U. La posición del Tribunal respecto de la organización y la condición del dictamen, en tanto que decisión autoritaria sobre el sentido a dar a un texto o «cláusula constitucional» conservan escasa semejanza con la idea originaria de la o. c. como instrumento de asesoramiento del Consejo o Asamblea o de solución de diferencias interestatales ⁴⁹⁾).

En este sentido las N.U., y en concreto la conferencia de San Francisco fueron muy poco innovadoras respecto del Estatuto del TPJI y la experiencia recogida en la práctica de la S. de N., si bien, como lo prueban los trabajos preparatorios, el problema de la «justicia constitucional» fué adecuadamente captado:

«Dans le cours de leur fonctionnement, les divers organes de l'Organisation ne peuvent manquer d'avoir à interpréter les parties de la Charte qui s'appliquent à leurs fonctions particulières. Ce processus est inhérent au fonctionnement de tout organisme dont l'activité est régie par un instrument qui en définit les fonctions et les pouvoirs. Il se produira inévitablement dans le fonctionnement d'organes tels que l'Assemblée Générale, le Conseil de Sécurité ou la Cour Internationale de Justice. Il n'est donc pas nécessaire d'incorporer dans la Charte des dispositions ayant pour but soit d'autoriser soit d'approuver l'application normale de ce principe.

Il se peut que des difficultés se présentent au cas où il y aurait une divergence d'opinions entre les divers organes de l'Organisation en ce qui concerne

⁴⁸⁾ También en este aspecto el caso de la *Carelia Oriental* tiene un valor paradigmático, pero ha sido ésta la única vez que el Tribunal de La Haya se ha negado a dar un dictamen.

⁴⁹⁾ La Carta hubo de enfrentarse también con un problema relativamente nuevo en el sentido de que las N. U., a diferencia de la S. de N. se constituían como centro de todo un conjunto de organismos internacionales. En materia de o. c. fué aquí aprovechada la experiencia habida especialmente con la OIT:

«Le Comité a également jugé nécessaire que la Charte stipulât l'origine des demandes d'avis consultatifs adressées à la Cour ... Les membres dudit Comité désirent également qu'à tout le moins un droit restreint de présenter des demandes d'avis soit accordé aux organisations internationales publiques ... il suggère que la Charte donne à l'Assemblée Générale le pouvoir d'autoriser tout organe de l'Organisation et toute organisation technique reliés à celle-ci de demander un avis sur toute question juridique qui se poserait dans le cadre de ses activités», vid. United Nations Conference on International Organization San Francisco (UNCIO) 1945 vol. 13, pags. 342 y sigts.

l'interprétation exacte d'une disposition de la Charte. Il se peut donc que deux organes aient des points de vue différents et qu'ils les expriment ou même qu'ils s'en inspirent dans leurs actes. Sous un régime unitaire de gouvernement national, le soin de déterminer une telle question d'une manière définitive peut être laissé à l'instance judiciaire la plus haute ou à toute autre autorité nationale. Toutefois le caractère de l'Organisation et de son fonctionnement ne semble pas être de nature à favoriser l'incorporation dans la Charte de dispositions semblables. Si deux Etats-membres ne parviennent pas à se mettre d'accord en ce qui concerne l'interprétation exacte de la Charte, ils ont naturellement toute liberté de soumettre leurs différends à la Cour Internationale de Justice, comme s'il s'agissait de tout autre traité. De même, l'Assemblée Générale ou le Conseil de Sécurité auront toujours la faculté, en temps et lieu utiles, de demander à la Cour Internationale de Justice un avis consultatif sur le sens d'une disposition quelconque de la Charte . . . »⁵⁰).

En las consideraciones que siguen vamos a centrar nuestra atención en torno al problema de la naturaleza o carácter de las o. c. en tres temas; a saber, fuerza vinculante o no vinculante de las mismas, alcance o significación real de la distinción entre «punto» y «diferencia» y, finalmente las condiciones de voto como un elemento esencial en la configuración del procedimiento consultivo.

A. Fuerza vinculante de las o. c.

El recurso mismo a la o. c. como petición formulada por un órgano político con funciones o competencias de mediación, tratándose del supuesto de una diferencia entre Estados, es un indicio de la inexistencia de una auténtica vía contenciosa. Ahora bien, el principio dispositivo de los Estados, básico en todo el Derecho procesal internacional, no impide a éstos recurrir al procedimiento de o. c. existan o no otras vías de arreglo judicial. Por consiguiente, si en un principio parecería ser demasiado fácil, en razón de esa observación primera, trazar una línea divisoria entre dictámenes y sentencias por la fuerza de obligar, existente en éstas, inexistente en aquellos, la segunda observación complicaría ya la aparente claridad de esa línea. De otro lado, no deberemos olvidar que, aún aceptando el valor relativo de la diferencia entre opiniones consultivas sobre *point* y *différend*, en la medida en que ésta conserva validez, la fuerza vinculante en una y otras puede ser diferente. Finalmente, tengamos en cuenta que de alguna manera toda sentencia internacional es un «juicio declarativo», en cuanto su cumplimiento depende primordialmente de la buena voluntad de los Estados

⁵⁰) UNCIO vol. 13, pags. 677 y sigts.

contendientes, así como sigue siendo igualmente cierto que la fuerza de cosa juzgada no tiene en el Derecho internacional la misma significación que en el Derecho interno⁵¹).

Sólo, pues, con ciertas precauciones puede aceptarse la idea de que las o. c. sean juicios declarativos; son declarativos por cuanto, al igual que las sentencias declarativas en el Derecho interno, no son ejecutables y p u e d e n tener el efecto de esclarecer la existencia de un derecho. Pero en ningún caso la oposición dictamen-sentencia en Derecho internacional, guarda paridad con la que se da en el Derecho interno entre el juicio declarativo y el ejecutivo. En la práctica de ambos Tribunales de La Haya, y de la S. de N. y N. U. por una interpretación extensiva con base en los trabajos preparatorios, pero sin base legal estricta, se ha establecido la regla de la aceptación o aprobación formal del dictamen; lo que de nuevo plantea la dificultad de discernir si la eventual vinculación o efecto de la decisión judicial, viene de ella misma o del acto de aceptación del órgano político⁵²).

Pero como quiera que ello sea, es perceptible una evolución en este aspecto entre los planteamientos iniciales en el TPJI y el resultado ulterior al que se ha llegado en la jurisprudencia consultiva del TIJ. En efecto, en el Memorandum Moore, tantas veces citado, se formulaba en la conclusión 5ª la siguiente regla:

“That the emission, either on actual disputes or on theoretical questions, of opinions avowedly having no binding force, would tend not only to obscure but also to change the character of the Court”⁵³).

Este principio inspiró toda la jurisprudencia consultiva del TPJI y a él se atuvo formalmente el Tribunal aunque nunca estuvo en su mano controlar el uso que de sus opiniones hizo el Consejo. La doctrina, siguiendo esta línea, aceptó desde el primer momento la «obligación moral» que generaba el dictamen, y en el caso concreto de dictamen *sur différend* se les equiparó a las sentencias⁵⁴). Inclusive se llegó a estimar que la o. c. vinculaba al

⁵¹) E. G. Lissitzyn, *The International Court of Justice*, pag. 84.

⁵²) En la progresiva elaboración por el Tribunal de las normas de procedimiento y, concretamente en la regla recogida en el actual art. 83, el Tribunal se guió por este principio: «En réalité, lorsqu'en fait il se trouve des parties en présence, il n'y a qu'une différence purement nominale entre les affaires contentieuses et les affaires consultatives ... De la sorte, l'opinion selon laquelle les avis consultatifs n'ont pas force obligatoire est plutôt théorique que réelle» CPJI E 4 (1927), pag. 72. Vid también, Négulesco, *L'évolution de la procédure des avis consultatifs de la CPJI*, Rec. d. C. vol. 57, pag. 9; Goodrich, *The Nature of the Advisory Opinions of the Permanent Court of International Justice*, AJIL vol. 32 (1938), pags. 739—40.

⁵³) Série D, Actes et Documents 1922, pags. 397—98.

⁵⁴) A efectos internos la o. c. es asimilable a la sentencia: «il ne faut pas croire qu'ils

Consejo en los aspectos jurídicos de la consulta dirigida por éste al Tribunal⁵⁵⁾).

Pero durante la misma vida de la S. de N. no dejaron de percibirse los efectos secundarios perturbadores de una tal asimilación justificada en principio, y bien justificada, por el propósito de prestigiar las decisiones del Tribunal. Tal ocurrió particularmente en los debates de la Asamblea con ocasión de la discusión de la propuesta suiza sobre las condiciones de voto en la petición de dictamen⁵⁶⁾).

ne servent pas à la formation de la jurisprudence de la Cour. Au contraire, pour la Cour qui les rend, ils ont la même valeur que les arrêts», vid. de Lapradelle et Négulesco, Rapport sur la nature juridique des Avis consultatifs de la CPJI, leur valeur et leur portée positive en droit international, Annuaire de l'Institut de Droit International 1928, pag. 443.

⁵⁵⁾ De Visscher: «Dans les limites de la question qu'il a posée à la Cour sur les aspects juridiques d'un différend, le Conseil est forcément lié par l'avis rendu», Ch. De Visscher, Les avis consultatifs de la Cour permanente de Justice internationale, Rec. d. C. vol. 26 (1929), pag. 27.

En contra de la opinión de este ilustre autor, nos parece evidente que de la práctica seguida por el Consejo de la S. de N. desde los comienzos hasta entonces (1929), no se deducía necesariamente esta regla. Por el contrario, como analizaremos más tarde, más bien ocurrió que en determinados supuestos las decisiones del Tribunal sólo de lejos influenciaron la solución final.

⁵⁶⁾ Volveremos sobre este punto. Se discutía entonces la oportunidad del recurso al Tribunal por vía consultiva en orden a esclarecer la naturaleza misma del dictamen. En estricta lógica era una contradicción evidente: se pedía por dictamen que se determinara la naturaleza del dictamen. Las Grandes Potencias se opusieron, ya que con ello se corría el peligro de dar oportunidad de definir autoritativamente el sentido jurídico a dar al Pacto: «Si la Cour donnait un avis devant être considéré comme obligatoire, cela équivaudrait à l'inscription dans le Pacte d'un article nouveau — et non pas à une simple interprétation — sans que la procédure pour l'adoption des amendements ait été suivie. On serait alors forcé de dire à la Cour qu'il est impossible de suivre son avis jusqu'au jour où tous les Etats l'auraient accepté comme une interprétation obligatoire du Pacte correspondant à un amendement de celui-ci», S. d. N., Actes de la 9me session ordinaire de l'Assemblée, 1er Commission, pag. 43.

Es interesante comprobar cómo a lo largo del debate se dió un fenómeno que después se repitió en los casos concretos de petición de dictamen ante el TPJI y más tarde se ha vuelto a dar en la práctica de las N. U. A saber, los Estados favorables a una decisión del Tribunal suelen utilizar, entre otros argumentos, el del carácter no vinculante de las o. c. Por el contrario, los Estados que se oponen argumentan con la fuerza obligatoria de las mismas.

Ej.: Intervención de M. Scialoja (Italia): «Il pense avec M. Fromageot que la réponse à la demande du Gouvernement suisse présuppose la solution d'une autre question: quel est le caractère d'un avis consultatif? En droit pur, le délégué de l'Italie n'a pas de doute: l'avis consultatif est, comme tel, sans force obligatoire pour l'organe qui le demande ... Mais les choses se compliquent en fait pour plusieurs raisons ... Une sorte de violence est ainsi exercée sur la conscience des votants et la liberté primitive essentielle fait défaut», S. d. N., Actes, loc. cit., pag. 43.

El delegado de Suiza, favorable a la petición afirmaba por el contrario: «il faut retenir juridiquement que l'avis consultatif n'est jamais obligatoire et décisif, qu'il n'est qu'un avis et ne vaut que par l'autorité des motifs invoqués à son appui. Si la Cour a

Por esto se explica perfectamente la inflexión que la jurisprudencia del TIJ presenta en este sentido respecto de la de su antecesor. En el caso de la *Interpretación de los Tratados de Paz*, el Tribunal utilizó la siguiente formulación:

«Le consentement des Etats parties à un différend est le fondement de la juridiction de la Cour en matière contentieuse. Il en est autrement en matière d'avis, alors même que la demande d'avis a trait à une question juridique actuellement pendante entre Etats. La réponse de la Cour n'a qu'un caractère consultatif: comme telle, elle ne saurait avoir d'effet obligatoire... »⁵⁷⁾.

Bien es verdad que este pasaje, frecuentemente citado, pierde parte de su valor si se advierte que el argumento del carácter no vinculante de las o. c. es aquí utilizado para hacer frente a las críticas de los que se oponían a la petición de dictamen sobre la base de la falta de consentimiento de los Estados directamente interesados. El texto continúa:

«Il en résulte qu'aucun Etat, Membre ou non membre des Nations Unies, n'a qualité pour empêcher que soit donné suite à une demande d'avis dont les Nations Unies, pour s'éclairer dans leur action propre, auraient reconnu l'opportunité. L'avis est donné par la Cour non aux Etats, mais à l'organe habilité pour le lui demander... »⁵⁸⁾.

Pero creemos que no sólo de los textos concretos, sino de la práctica en su conjunto, de la que nos ocuparemos en el epígrafe siguiente, se deduce con claridad que las o. c. en la jurisprudencia del TIJ han abandonado la pretensión de ser decisiones vinculantes ya sea a los Estados directamente interesados, ya a los órganos que solicitan el dictamen, ya a unos y otros⁵⁹⁾.

fait de la procédure d'avis une procédure quasi judiciaire, il n'y a aucune raison de la critiquer; elle ne pourrait faire autrement, attendu que lorsque la Cour donne un avis sur une question qui lui est soumise, elle donne cet avis sur une question de droit concret, sur une question pertinente», *ibid.*, pag. 42.

⁵⁷⁾CIJ, Recueil des Arrêts, avis consultatifs et ordonnances, Avis consultatif du 3 mars 1950 (1950), pag. 71.

⁵⁸⁾ CIJ, Recueil des Arrêts (1950), pag. 71. En su Op. Dis. el Juez Zoričić manifestó su distanciamiento de esta argumentación en los siguientes términos: «Il est évident que l'avis consultatif est, par sa nature juridique, différent d'un jugement... Les avis consultatifs, d'autre part, sont émis à la demande d'un organe international autorisé à cette fin, la Cour se prononce sur les questions posées, mais l'avis n'a pas de force obligatoire... Dans la vie réelle, toutefois, les choses se présentent sous un aspect bien différent, de sorte que l'on peut dire qu'en pratique un avis consultatif de la Cour, concernant un litige entre Etats, n'est autre chose qu'un jugement non exécutoire» CIJ, Recueil des Arrêts (1950), pag. 101.

⁵⁹⁾ En su Op. Sep. el Juez Lauterpacht afirmó: "The Opinion of 11 Juli 1950 has been accepted and approved by the General Assembly. Whatever may be its binding force as a part of international law — a question upon which the Court need not express

B. Valor relativo de la distinción entre *point y différend*

El art. 65, del Estatuto del TIJ presenta la peculiaridad de haber introducido por primera vez en la carta fundamental de este tribunal la competencia consultiva que el TPJI, por las razones explicadas, hubo de relegar al Reglamento. El mencionado precepto habla con una intención limitativa de «cualquier cuestión jurídica» como objeto propio de las o. c. y el 68 faculta al Tribunal a aplicar las disposiciones del Estatuto en materia contenciosa «en la medida en que la propia Corte las considere aplicable». Ambas reglas pueden considerarse como la cristalización de las experiencias del TPJI en materia de competencia consultiva, pero curiosamente, al contrario de lo que ocurrió en éste, no ha tenido ocasión de dirimir por vía de dictamen una diferencia entre Estados, de carácter bilateral, planteada como tal, y al igual que el TPJI, o aún más que éste, ha rehusado rechazar la petición de un dictamen como «cuestión política».

Y es que la diferencia entre *point y différend*, aunque no carente de significado no viene dada por la naturaleza misma del conflicto sino, en gran parte por la forma de su presentación. La tesis de la que aquí se parte es la siguiente:

La relatividad de esa distinción se pone especialmente de manifiesto en supuestos que no fueron llevados al Tribunal por no encontrarse el órgano político en disposición de adoptar una resolución solicitando el dictamen. La evolución iniciada en la S. de N. ha continuado en las N. U., aunque con técnica distinta. En efecto, mientras que en las N. U. ha habido tendencia a formular en «abstracto» como «cuestiones» discrepancias que en realidad constituían diferencias, en la S. de N. se acudió más bien al expediente de negar la existencia de la diferencia y, por consiguiente, la falta de pertinencia en la petición del dictamen⁶⁰).

Vamos a considerar tres supuestos concretos de la S. de N. que ponen de manifiesto, a nuestro juicio, de manera particularmente viva este problema.

a view — it is the law recognized by the United Nations. It continues to be so although the Government of South Africa has declined to accept it as binding upon it and although it has acted in disregard of the international obligations as declared by the Court in that Opinion», CIJ, Recueil des Arrêts 1956, pags. 46/47.

Como es fácil advertir, se establece aquí una peligrosa línea de separación entre las obligaciones de los Estados miembros y las de la Organización.

⁶⁰) El procedimiento de alambicar, dándoles un carácter abstracto, las cuestiones a resolver por el Tribunal ha supuesto una técnica particular tanto en la S. de N. como en las N. U. sobre el que volveremos en otra ocasión.

1. Incidente Italo-griego

La ocupación pacífica de Corfú por tropas italianas planteó el problema no sólo de la licitud misma de la ocupación sino de la competencia del Consejo para mantener en su orden del día un asunto que el representante italiano consideraba como definitivamente cancelado⁶¹). Sostenía éste, en efecto, que el Pacto no había introducido ninguna modificación en el derecho de los Estados para acudir a las vías de hecho y utilizar el procedimiento de la ocupación pacífica como un derecho de autotutela. Lord Robert Cecil mantenía la posición contraria y para su esclarecimiento deseaba que el Consejo formulase una consulta al Tribunal en los siguientes términos:

«Existence et nature du droit d'un Etat d'appuyer, par des mesures coercitives et des représailles, une revendication élevée contre un autre Etat; le Pacte a-t-il modifié — et, dans l'affirmative, dans quelle mesure — l'exercice de droit de ce genre entre Etats membres de la Société?»⁶²).

Constituïda una comisión de juristas, ésta presentó al Consejo un elenco de cinco cuestiones que podían ser sometidas al Tribunal, pero de nuevo el representante de Italia se opuso negando la competencia del Tribunal en la materia: «c'est donner à celle-ci une compétence que ne lui confère pas son statut ... Il n'existe pas de cas où l'avis de la Cour ait été demandé sur une question abstraite de droit international et surtout sur une question touchant la compétence du Conseil ou de l'Assemblée ... Envoyer ces questions à la Cour serait déposséder le Conseil de son pouvoir. C'est au pouvoir souverain que détiennent les délégués des Etats de la Société des Nations qu'il appartient d'amender le Pacte ... La question de compétence a un caractère politique extrêmement grave. C'est au Conseil même qu'il appartient de la régler»⁶³).

⁶¹) Salandra: «Et maintenant, Messieurs, que l'incident a été réglé ... où est désormais la question de compétence? ... Tout juriste, même les plus médiocre, sait que la question de compétence ne peut être discutée par aucune autorité ... si ce n'est quand elle se trouve en présence d'un cas précis et quand elle a à appliquer les règles du droit à une controverse existante et déterminé ... le Conseil et l'Assemblée de la Société des Nations sont des organes politiques supérieures dont la tâche principale est d'éviter et d'apaiser les conflits internationaux, et non de les prolonger, quand ils sont apaisés et terminés, sans autre but que d'affirmer sa propre autorité», S. d. N., Journal Officiel (J. O.) (1923), pag. 1315.

⁶²) *Ibid.*, pag. 1321.

⁶³) S. d. N., J. O. (1923), pags. 1331, 1332, y más adelante, insistiendo sobre esta misma idea: «Il s'agit aujourd'hui de savoir jusqu'à quel point le Pacte a diminué la souveraineté des Etats qui y ont adhéré. Il y a là une question non seulement juridique,

Es probable que por primera vez en la historia de la S. de N. se planteara aquí la necesidad de la sustitución de la regla de la unanimidad (entre los miembros permanentes de hecho del Consejo de la que ninguno quería prescindir) por la remisión a un órgano judicial en el que por principio rige la regla de la mayoría. Pero es evidente que la transformación de la cuestión en asunto de naturaleza judicial y en «cuestión judicial», sólo es posible en la medida en que alguno de los Estados directamente interesados y con derecho de veto acepte esa mutación (problema del doble veto), y esto sobre todo si las decisiones del tribunal son consideradas como vinculantes⁶⁴).

Ante la negativa del representante de Italia de dar su consentimiento a que se formulara a Tribunal la petición de dictamen se acudió al recurso de nombrar una comisión de juristas, pero dicha comisión no podía tener en forma alguna algo que se pareciera de lejos a una función judicial. «Il faudrait que le Comité de juristes fût nommé par les gouvernements ... chaque gouvernement nommera son juriste, de sorte que les juristes représenteront les idées des gouvernements»⁶⁵). El asunto quedó así colocado en vía muerta.

2. Reclamación de Suiza por daños de guerra

Después de largas conversaciones diplomáticas y, sin duda presionado por la opinión pública del país, el Consejo Federal sometió a la consideración del Consejo de la S. de N. el asunto de las reclamaciones en concepto

mais aussi politique, et il n'y a ni magistrats de la Cour de La Haye ni commission de juristes, de quelque sorte que vous puissiez l'imaginer, qui soient en mesure de la résoudre», pag. 1340.

⁶⁴) «Je reconnais» — decía Salandra — «que l'avis de la Cour aurait une grande autorité: il aurait même une si grande autorité qu'il nous serait bien difficile d'avoir une opinion différente», S. d. N., J. O. (1923), pag. 1342.

En la respuesta de Lord Robert Cecil: «Je suis entièrement d'accord avec M. Salandra sur ce qu'il vient de dire, mais je dois avouer que je ne comprends pas ce qu'il redoute. Au point de vue purement juridique, je reconnais entièrement que la décision de la Cour permanente présentera une grande importance, et, à moins que nous n'estimions que cette dernière est manifestement dans l'erreur, il est probable qu'aucun d'entre nous ne s'élèverait contre son avis; mais, si des questions politiques sont impliquées, et dans la mesure où elles le sont ... l'avis de la Cour à leur sujet serait sans valeur», *ibid.*, pag. 1342.

⁶⁵) *Ibid.*, pags. 1347—48. Es curioso comparar esta actitud del representante de Italia con la posición pocos meses antes adoptada en el mismo Consejo de la S. de N. con ocasión de la discusión del caso de los optantes húngaros: «M. Salandra fait remarquer que l'article 15 du Pacte résout la question dans le cas de vote au Conseil à l'unanimité: les voix des représentants des parties ne comptent pas dans le calcul de l'unanimité», *ibid.*, pag. 611.

de reparaciones por daños de guerra sufridos por nacionales suizos en los países beligerantes en la Primera Guerra Mundial ⁶⁶).

El asunto en sí, arrojaba interesantes problemas jurídico-internacionales que afectaban al Derecho de los neutrales y al principio de no discriminación de nacionales y extranjeros residentes o domiciliados. Consciente quizá el Consejo Federal de la falta de claridad jurídica del asunto y de las dificultades procesales que presentaba, solicitó del Consejo de la S. de N. recabar del TPJI un dictamen sobre la materia. Algunos Estados contra los que se había ejercido por vía diplomática la reclamación eran a su vez miembros del Consejo ⁶⁷).

De nuevo en este caso se excluía el supuesto de diferencia internacional que pusiera en peligro la paz internacional:

«ce n'est pas la question de la paix qui est en jeu, mais c'est une autre question qui est égale, en valeur et en importance, à la paix elle-même: c'est la question du droit. Il faut que le droit soit défini» ⁶⁸).

Pero la apelación al Consejo encontró inmediatamente la oposición de las Grandes Potencias, y al igual que en el supuesto anterior se volvieron a repetir los mismos argumentos:

«Un avis consultatif de la Cour permanente, étant donné la procédure de la Cour elle-même et l'autorité qui s'attache, à très juste titre, à ses avis, produit en fait, si ce n'est dans la forme, presque tous les effets d'une sentence. Donner suite, par conséquent, à la requête suisse, équivaudrait, de la manière la plus claire possible, à éluder, par l'application du paragraphe 2 de l'article 11, le caractère facultatif de l'article 13 et les réserves faites en ce qui concerne l'acceptation de la clause facultative» ⁶⁹).

El Gobierno Británico estimaba que el art. 11 no debía aplicarse más que «dans des cas graves comportant des aspects politiques ou touchant des questions de politique susceptibles de mettre la paix en danger, et qu'il ne doit pas s'appliquer à propos d'anciennes revendications pécuniaires issues d'événements antérieurs à la constitution de la Société» ⁷⁰).

⁶⁶) Vid. S. d. N., J. O. (1934), pags. 1478 y 1436 y sigts.

⁶⁷) S. d. N., J. O. (1934), pag. 1438: «Le Gouvernement suisse prie le Conseil de bien vouloir demander à la Cour permanente de Justice internationale un avis consultatif, d'appeler la Cour à examiner le droit, à le définir. Peut-être la Cour voudra-t-elle non seulement définir le droit tel qu'il est, mais encore indiquer les grandes directions du droit futur».

⁶⁸) S. d. N., J. O. (1934), pag. 1447.

⁶⁹) *Ibid.*, pag. 1439. Intervención de M. E d e n como representante del Reino Unido.

⁷⁰) *Ibid.*, pag. 1439. Dentro del Consejo sólo el representante de España, M. d e M a d a r i a g a , se atrevió a oponerse al frente cerrado formado por Inglaterra, Francia e Italia contra la petición suiza en una intervención notable que merece ser reproducida *in extenso*:

Quizá en un primer momento el Consejo tuvo la idea de rechazar *a limine* la reclamación suiza, pero terminó nombrando un relator que informó en contra de la petición del dictamen al Tribunal; informe que fue aprobado a pesar de las inexactitudes en él contenidas y la deficiente valoración de la práctica anterior del Consejo que en él se hacía⁷¹). En consecuencia quedó excluido la petición de dictamen al Tribunal y en sustitución se nombró una comisión de mera conciliación que continuara investigando las posibilidades de arreglo entre las partes⁷²), pero ante el fracaso de su intervención, ella misma en su informe final, lamentando la imposibilidad de que las partes llegaran a un acuerdo, terminó recomendando la retirada del asunto del orden del día del Consejo. No carece de interés recoger algunos de los términos en que estaba redactado el informe y que acusan tanto el pesimismo que comenzaba ya a crecer en determinados sectores de la S. de N. como una crítica velada a la actitud de las Grandes Potencias:

«Le Comité des Trois s'est efforcé de trouver une base de conciliation. Il n'en a pas trouvé. Comme il ne s'agit pas d'un différend politique, le Conseil n'a

«M. de Madariaga constate qu'après l'intervention de ses collègues du Royaume-Uni, de la France et de l'Italie, le discours d'un membre du Conseil — surtout s'il émet des idées contraires à celles qui ont été exprimées précédemment — pourrait être interprété plutôt comme un acte de témérité que comme un acte de courage ... Le discours de M. Motta a posé devant le Conseil un dilemme. Existe-t-il ou n'existe-t-il pas de règles de droit international en la matière? M. de Madariaga croit qu'il est important, pour la Société des Nations, que la réponse soit claire et qu'elle ait de l'autorité, et il ne trouve pas d'autorité plus haute pour résoudre ce dilemme que celle de la Cour de La Haye ... Dans ces conditions ... il doit ajouter son faible effort à celui de M. Motta en faveur d'une décision qui soustraie cette question à l'atmosphère purement politique du Conseil pour la transférer dans l'atmosphère judiciaire de La Haye, ce qui permettrait d'apprendre des juges s'il existe une règle de droit ... M. de Madariaga se permet aussi d'attirer l'attention des membres du Conseil sur le fait que, lorsque l'on dit à Genève que la Société des Nations repose sur l'égalité ce n'est certainement pas l'égalité de richesse, ni de l'égalité de forces matérielles, ni de l'égalité de culture que l'on parle, mais de l'égalité devant la justice. Le représentant de la France ne veut pas qu'on parle de différend lorsqu'une question se pose entre deux pays et lorsque sa solution n'influence pas les rapports respectifs de ces pays. Somme toute, l'on se trouve, comme toujours, en présence, d'un côté, de la force, et de l'autre, du droit», S. d. N., J. O. (1934), pags. 1445—46.

⁷¹) El informe negó la aplicación al caso concreto del art. 11,2 del Pacto. Vid. S. d. N., J. O. (1935), pag. 127. Sobre la aprobación del informe y resolución final del Consejo, *ibid.*, pag. 189.

⁷²) Pero el representante de Francia, que fué el que con más viveza se opuso a la petición suiza estableció una reserva: «il est bien entendu que cette désignation ne signifie rien. Elle n'engage à aucun degré l'opinion du rapporteur, complètement impartial, ni, à aucun degré, la décision du Conseil, qui reste absolument libre et qui reprendra la question sous toutes ses faces», S. d. N., J. O. (1934), pag. 1449.

aucun droit de faire des recommandations et, dans le cas concret, se trouve obligé de ne pas continuer ses efforts de conciliation. On peut, certes, regretter que le système international actuel ne prévoie pas un mécanisme approprié pour régler tous les différends entre les nations. S'il est intéressant de trouver une solution pour chaque différend, il ne faut pas moins qu'il y ait, entre les Membres de la Société des Nations, une certitude absolue qu'on n'abuse de rien et que, lorsqu'on a accepté certaines obligations inscrites dans le Pacte on les exécute loyalement. Il faut que les Membres de la Société aient le sentiment de sécurité qu'ils ne courent aucun risque en s'engageant de plus en plus dans une collaboration internationale»⁷³⁾.

3. *Asunto de los barcos finlandeses*

Entre Finlandia e Inglaterra surgió una diferencia con motivo del impago de reclamaciones de súbditos finlandeses contra el Gobierno británico por barcos requisados por éste, tanto por uso como por daños, causados en ellos durante la Primera Guerra Mundial. Después de largas negociaciones diplomáticas, el asunto fué llevado por Finlandia al Consejo de la S. de N.⁷⁴⁾. Planteaba éste interesantes cuestiones jurídico-internacionales: La requisa había sido efectuada por el gobierno zarista ruso, pero los buques habían sido exclusivamente utilizados por Inglaterra. De acuerdo con el Derecho inglés, surgía la cuestión de si podía en este caso hablarse de un contrato tácito. Puesto que Finlandia se independizó en el curso de la Primera Guerra Mundial aparecía igualmente una cuestión de sucesión de Estados ante la posible reconvención de Inglaterra por los daños inferidos por el Gobierno soviético a súbditos británicos.

Desde el punto de vista procesal, Inglaterra oponía además la excepción de no agotamiento de los recursos internos así como el de la incompetencia del Consejo de la S. de N. para conocer de la demanda finlandesa⁷⁵⁾.

Después de dos aplazamientos fué nombrado relator el representante de España, S. de M a d a r i a g a al que se sumaron los representantes de Italia y Noruega. Eliminada la excepción de no agotamiento de los recursos internos por sentencia arbitral a favor de la tesis finlandesa, quedó pendiente la de la competencia del Consejo para intervenir.

El razonamiento del gobierno inglés puede ser concretado así: El gobierno británico no puede ser obligado en contra de su voluntad a someter la cuestión al arbitraje. El sistema de solución de conflictos previsto en el

⁷³⁾ S. d. N., J. O. (1935), pag. 624.

⁷⁴⁾ S. d. N., J. O. (1931), pags. 2071 y sigts.

⁷⁵⁾ S. d. N., J. O. (1931), pag. 2077. Anexos 1322, 1322 a, y 1322 b, en el mismo volumen, pags. 2201 y sigts.

Pacto contempla dos supuestos; si la diferencia internacional es susceptible de llevar a una ruptura se puede acudir al arbitraje o al Consejo, en los demás supuestos los Estados quedan en libertad plena:

«Il ne s'agit pas d'un différend international, au sens ordinaire du terme... le Conseil a toujours été d'opinion que l'article 11 vise les différends véritablement internationaux qui touchent aux intérêts généraux ou à la politique générale d'un pays» ⁷⁶).

El asunto era una mera cuestión de reclamación de cantidades pecuniarias y

«Appliquer l'article 11 à une simple question de paiement d'une somme d'argent ne répond pas véritablement à l'intérêt bien entendu du Conseil, car, après tout, il importe que la position du Conseil soit bien précisée et qu'il ne se trouve pas brusquement en présence d'une interprétation tout à fait forcée et inattendue d'un article» ⁷⁷).

Finalmente, se trataba de una reclamación fundada en sucesos de guerra e Inglaterra al suscribir la cláusula facultativa del art. 36 del Estatuto había excluido las reclamaciones que tuvieran este origen.

En el informe se sugería que el Consejo sometiera a estudio las dos cuestiones más arriba mencionadas.

La práctica seguida por el Consejo hasta entonces inclinaba a la aplicación del art. 11, ya que al menos en tres casos semejantes se había procedido así ⁷⁸), pero la negativa del representante del Reino Unido fué categórica: «Son gouvernement ne saurait non plus se rallier à quoi que ce soit dans le rapport qui semblerait le contraindre à soumettre cette affaire à l'arbitrage» ⁷⁹). El asunto sufrió de nuevo otro aplazamiento hasta 1935 en el que la Comisión volvió a presentar otro informe insistiendo en los mismos principios que el primero ⁸⁰) y solicitando formalmente del Consejo

⁷⁶) S. d. N., J. O. (1931), pags. 2078—79. En la interpretación dada por Sir Cecil al art. 15 del Pacto el supuesto contemplado por este artículo era el de conflicto internacional grave: «j'estime que ce serait forcer considérablement le sens du Pacte que d'interpréter les mots «susceptible d'entraîner une rupture» comme s'appliquant à n'importe quel différend... que l'on jugerait bon de soulever», *loc. cit.*, pag. 2078.

La oposición inglesa era tajante: «Je ne demande pas que le Conseil prenne une décision sur ces faits; au cas où le conflit devrait faire l'objet d'une enquête, je serais obligé d'élever une protestation vigoureuse», *ibid.*, pag. 2079.

⁷⁷) S. d. N., J. O. (1932), pag. 507.

⁷⁸) de Madariaga, *ibid.*, pag. 508: «La Société des Nations se développe et établit graduellement sa jurisprudence. Si le droit théorique d'appliquer le Pacte est admis même par le représentant du Gouvernement de la Grande-Bretagne, il semble que la Société des Nations n'a jamais hésité, dans la pratique, à appliquer cet article 11 dans des cas qui ressemblent de très près à celui dont le Conseil a à s'occuper».

⁷⁹) *Ibid.*, pag. 508.

la aprobación de un proyecto de resolución que contenía una petición de o.c. *sur point*:

«Le Conseil . . . Vu les délibérations du Conseil, les avis et opinions exprimés dans son sein:

Prie la Cour permanente de Justice internationale de vouloir bien émettre un avis consultatif, conformément à l'article 14 du Pacte, sur le point de savoir si, compte tenu des circonstances particulières du cas, la question soulevée par ladite requête du 30 juillet 1931 rentre dans les prévisions de l'article 11, paragraphe 2, du Pacte»⁸¹).

Pero Inglaterra no modificó su actitud y agotadas todas las vías de conciliación y manteniendo los miembros del Consejo el criterio de la unanimidad, se abstuvieron de someter el asunto a votación, siendo retirado del orden del día con el sólo voto en contra del delegado de Finlandia⁸²).

Quizá este último caso, mejor todavía que cualquiera de los otros dos, prueba la tesis que sentábamos al principio y pone en evidencia los fallos del sistema. Razonablemente podían tenerse dudas sobre la existencia o inexistencia de una regla que obligara al gobierno inglés a la reparación de los daños y perjuicios sufridos por los armadores fineses, por consiguiente, nada más indicado que acudir al Tribunal para su esclarecimiento. Ahora bien y, como consecuencia del conocido principio en el Derecho internacional de la relevancia de las situaciones individuales, el reconocimiento y declaración por el Tribunal de la existencia de una tal regla, creaba en Inglaterra inmediatamente el deber de reparar. La diferencia *sur point*, no era una pura y abstracta declaración del derecho existente; incidía inmediatamente en los derechos de los Estados directamente interesados.

En otro sentido, el caso pone en claro el dominio ejercido por las Grandes Potencias sobre los modos de arreglo judicial. Sólo se planteaba así como cuestión al Tribunal aquellas aceptadas, o lo que es peor, aquellas en las que las Grandes Potencias estaban interesadas en enviar.

No era más sólido el argumento del carácter pecuniario del asunto o de la inexistencia de la diferencia como conflicto internacional. Lo primero

⁸⁰) de Madariaga: «Je me suis livré à une nouvelle étude de la question en tenant compte du point de vue des deux parties et tout particulièrement des arguments juridiques et politiques que fait valoir notre collègue du Royaume-Uni, et je me vois forcé de déclarer franchement que je ne les trouve pas suffisamment probants», S. d. N., J. O. (1935), pag. 163.

⁸¹) S. d. N., J. O. (1935), pag. 164.

⁸²) El mismo de Madariaga, probablemente para explicar la contradicción entre su opinión como relator en el asunto y su voto como representante del Gobierno español llegó a admitir que «la question est en quelque sorte ouverte, mais, tant qu'elle n'a pas été résolue, il faut s'en tenir au principe de l'unanimité», S. d. N., J. O. (1935), pag. 175.

porque ese es un criterio muy relativo⁸³); lo segundo porque como hizo notar de Madariaga, sólo las Grandes Potencias estarían entonces en situación de determinar la aplicación del art. 15 del Pacto porque sólo ellas podrían perturbar la paz internacional.

Finalmente, el argumento con base en la reserva formulada por Inglaterra a suscribir la cláusula facultativa no tenía suficientemente en cuenta que la competencia del Consejo o Asamblea en materia de mediación era una competencia universal y no sometida a cortapisas ni limitaciones.

C. Condiciones de voto en la decisión solicitando la o.c.

Hasta el reciente dictamen sobre Namibia, la práctica de las N.U. y la S. de N. habían diferido, en este sentido, en que todas las peticiones de o.c. al TPJI fueron formuladas por el Consejo de la Sociedad, mientras que las cursadas al TIJ lo venían siendo por la Asamblea General. El dato puede ser significativo por más de un concepto, pero en lo que a nuestro propósito respecta, apuntemos ya desde ahora que el modo de votación influye necesariamente en la condición o naturaleza del dictamen.

A lo largo de la práctica de la S. de N. se fué poniendo de manifiesto la significación real que el procedimiento de votación en el Consejo a efectos de solicitud de una o.c. tenía en última instancia en el arreglo final de la diferencia. El Pacto había sido extraordinariamente parco en la regulación del procedimiento del voto en los dos órganos políticos de la Sociedad. La regla general fijada por el art. 5 era la de la unanimidad y admitía como dos únicas excepciones las establecidas por el mismo Pacto y las cuestiones de procedimiento que podían ser resueltas por votación mayoritaria. ¿Dónde encuadrar entonces las decisiones del Consejo y Asamblea solicitando una o.c. del Tribunal?. La asimilación del dictamen a la sentencia inclinaba a ver ya en la petición una cuestión de fondo y no de procedimiento⁸⁴). Si por el contrario, se concebía a la o.c. como una mera consulta del órgano político al Tribunal, opinión que encontraba

⁸³) La cuestión es baladí y de *minimis non curat praetor* venían a querer decir los argumentos ingleses, pero como muy bien objetó el delegado finlandés:

«Que le Conseil veuille bien, cependant, considérer le budget finlandais et songer à la somme que le Gouvernement finlandais réclame ... M. Eden estime-t-il qu'un petit pays de 3 millions et demi d'habitants considère comme une question peu importante la perte de 10 % de son budget annuel et que le Conseil n'est pas compétent pour s'occuper de la question?» S. d. N., J. O. (1935), pag. 178.

⁸⁴) S. d. N., J. O., Suppl. spécial No. 65 (1928), pag. 41. Claro está que aún en este supuesto, la práctica constante de recepción del dictamen por un acto formal del órgano que lo ha solicitado, ha colocado una cierta «condición suspensiva». La estricta corrección

una cierta base en la misma redacción del Pacto, (art. 5,2) se estaría más bien ante un asunto de procedimiento⁸⁵). La disyuntiva entre ambos términos quedó planteada con toda nitidez en la intervención del delegado francés M. Fromageot en la discusión de este asunto en la Asamblea de la Sociedad:

«Aux termes de l'article 5 du Pacte, les décisions doivent être prises à l'unanimité, mais les questions de procédure n'exigent qu'un vote à la majorité. Assurément, une demande d'avis à titre d'éclaircissement et pour l'usage personnel du Conseil ou de l'Assemblée, comme une demande d'enquête ou d'expertise, apparaît bien comme une mesure d'instruction et, par conséquent, de procédure: donc il est tout naturel de voter à la majorité. Mais l'avis consultatif que doit donner publiquement la Cour n'est autre chose qu'une forme de jugement. La résolution qui renvoie à la Cour pour avis ne constitue-t-elle pas alors une véritable décision sur l'affaire même soumise au Conseil ou à l'Assemblée? Une telle décision n'exige-t-elle pas, d'après l'article 5, un vote unanime? Il est difficile de répondre négativement»⁸⁶).

Pero al margen de toda argumentación «legalista», no enteramente convincente en uno u otro sentido, puesto que el Pacto presentaba en este

lógico-jurídica hubiera exigido que en el acto de petición, el órgano político solicitante manifestara su voluntad de quedar obligado por la decisión del Tribunal, pero nunca ha ocurrido así. Como tampoco el Consejo de la S. de N. exigió de los Estados directamente interesados en un asunto que, juntamente con el consentimiento para la formalización de la solicitud de petición, fuera su compromiso de aceptación. En algún caso los delegados de los gobiernos hicieron expresamente la salvedad de que su conformidad en la petición del dictamen no podía ser interpretada como implicando la aceptación de la decisión del Tribunal.

⁸⁵) Olvidándose de las propuestas originarias francesas en la Conferencia de París, durante la elaboración del Pacto, el representante del Gobierno francés ante la Asamblea de la S. de N. en la intervención de la que se hace mérito en la nota siguiente, se pronunció así: «L'article 14 du Pacte a stipulé la faculté pour le Conseil et pour l'Assemblée ... de s'éclairer personnellement. Ces avis, par cela même qu'ils sont consultatifs, ne sauraient, semble-t-il, qu'être donnés à titre privé et confidentiel, sous peine de compromettre ou même de détruire la liberté du Conseil et de l'Assemblée», S. d. N., J. O., Suppl. spécial No. 65 (1928), pags. 40 sgts.

⁸⁶) S. d. N., J. O., Suppl. spécial No. 65 (1928), pag. 41. Con anterioridad a 1928 el problema sobre las condiciones de voto en el Consejo, no sólo había sido objeto de deliberaciones en él, sino de apreciaciones doctrinales: Baker, *The Obligatory Jurisdiction of the Permanent Court*, BYIL vol. 6 (1925), pags. 74 y 75, se inclina por el carácter procesal; Schücking y Wehberg, *Die Satzung des Völkerbundes* (2ª edic.), pag. 337, dejan a la determinación del Consejo, resolver si la cuestión es de fondo o de procedimiento y esta es cuestión que debe ser decidida unánimemente. Hudson, *Les avis consultatifs*, R. d. C. vol. 8, pag. 379, mantuvo sobre ello una reserva cautelosa. McNair, *The Council's request for an advisory opinion from the Permanent Court of International Justice*, BYIL vol. 7 (1926), pags. 12 y 13, distingue según que las o. c. resuelvan o no diferencias entre Estados; si se trata de una diferencia "the Council must be absolutely unanimous in requesting the Court".

como en tantos otros aspectos una notable ambigüedad, interesa mucho más la práctica del Consejo mismo. Indiscutiblemente ésta venía mostrando que no todos los dictámenes tenían la misma significación e importancia, no todos afectaban o interesaban por igual a los miembros del Consejo que intervenían en la decisión y sobre todo a las Potencias que lo dominaban. Finalmente, como ya se hizo notar, no en todos los asuntos la competencia del Consejo se presentaba en las mismas condiciones⁸⁷⁾.

La primera vez que parece haberse planteado el problema de forma relativamente sistemática fué en la Conferencia de 1926 que estudió la propuesta de adhesión de los Estados Unidos de Norteamérica al Estatuto del Tribunal y en particular con ocasión de la quinta reserva formulada por el Senado norteamericano. Tendía ésta a garantizar que en ningún momento el TPJI adoptara una decisión por dictamen en la que Norteamérica manifestara tener interés y sin que hubiera mediado el consentimiento de este país. No siendo él miembro de la S. de N., la enmienda tendía a garantizar, en beneficio de Norteamérica, la situación de preponderancia que las Potencias Aliadas tenían presumiblemente en este sentido en el Consejo de la Sociedad. El resultado final de la Conferencia en esta cuestión fué «qu'on ne peut dire avec certitude si, dans quelques cas ou peut-être dans tous, une décision de la majorité n'est pas suffisante»⁸⁸⁾.

Pero no fué hasta 1928 cuando la Asamblea entró en el examen del problema a propuesta de un proyecto de resolución presentado por la delegación suiza⁸⁹⁾. Fundaba la delegación de este país su propuesta en varios argumentos de carácter positivo y negativo. Podría, en primer lugar,

⁸⁷⁾ Sobre la posible discrepancia textual en la redacción inglesa y francesa del Pacto: "all matters of procedure at meetings . . .", «toutes questions de procédure qui se posent aux réunions de l'Assemblée et du Conseil», vid. Hudson, *La Cour Permanente de Justice Internationale* (Paris 1936), pag. 512.

Los casos más señeros que directa o indirectamente plantearon la cuestión de las condiciones de voto, además de los mencionados anteriormente en la letra B, fueron los siguientes: *Carelia Oriental*, *Minorías alemanas en Polonia*, *Cuestión del Mosul*, *Patriarca Ecuménico de Constantinopla* (aunque el asunto fué retirado más tarde), y dos, el asunto de *Vilna* y de los *Optantes húngaros*, que fueron largamente debatidos pero que no fueron llevados al Tribunal.

⁸⁸⁾ Procès-verbaux de la Conférence des signataires de 1926, pag. 79.

⁸⁹⁾ El proyecto estaba redactado así: «L'Assemblée exprime le voeu que le Conseil examine s'il ne conviendrait pas de soumettre à la Cour permanente de Justice internationale, pour avis consultatif, la question de savoir si le Conseil et l'Assemblée peuvent demander, à la simple majorité, un avis consultatif au sens de l'article 14 du Pacte de la Société des Nations», S. d. N., J. O., Suppl. spéc. No. 65 (1928), pag. 40.

Es interesante hacer observar, perfilando la relatividad de la distinción entre *point* y *différend*, que ni aún aquí, no obstante las apariencias, la propuesta suiza estaba carente de un interés particular muy concreto. Como después lo probó la reclamación de este país ante el Consejo, principalmente en contra de Francia e Italia, no sola-

abandonarse a la práctica ordinaria del Tribunal, siguiendo el ejemplo de determinados sistemas jurídicos internos, la solución de la dificultad, pero el Consejo difícilmente se decidiría a someter al Tribunal una cuestión con en sólo voto de la mayoría ⁹⁰). Tratándose de una cuestión de interpretación del Pacto se la podría remitir a la propia decisión de la Asamblea, pero en este caso, de nuevo se plantearía el problema de la unanimidad y del valor jurídico de una tal decisión. ¿Es que una decisión de la Asamblea, unánime o no, vincularía al Consejo?. ¿La decisión mayoritaria en la Asamblea vincularía de todos modos a la minoría disidente?. El modo más adecuado parecía, pues, en opinión del gobierno suizo, acudir al Tribunal en petición de dictamen para que fuera éste quien fijara las condiciones de voto ⁹¹).

Los delegados de los distintos países representados en la Asamblea adoptaron sustancialmente dos actitudes. Los miembros con asiento permanente en el Consejo: Inglaterra, Francia, Italia y el Japón se manifestaron contrarios a la propuesta suiza; los demás: Noruega, Grecia, Bélgica, Suiza, Albania, Finlandia, Portugal y Suecia, con la sola excepción de Rumanía y quizá Holanda, fueron favorables.

Los argumentos presentados en contra de la proposición pueden ser resumidos así:

a) En principio la petición de o.c. a título de esclarecimiento aparece como una medida de instrucción y por consiguiente de procedimiento, pero puesto que de hecho tal dictamen no es «autre chose qu'une forme de jugement», la decisión del Consejo o de la Asamblea solicitándolo es una verdadera decisión sobre el fondo mismo que según el art. 5 del Pacto exige la unanimidad ⁹²).

mente se trataba de «clarificar» el derecho, sino de preparar el camino hacia esa reclamación que desde hacía tiempo, por el cauce de la negociación diplomática, el gobierno suizo venía planteando. Esto quizá explique también la viveza de la reacción francesa e italiana.

⁹⁰) El TPJI solamente en una ocasión hizo alusión al problema, pero sin pronunciarse sobre él. Tal ocurrió en el caso de la *Carelia Oriental*, vid. B 5, pag. 27.

⁹¹) La tesis suiza partía de la base que el problema mismo de la fijación si un punto de Derecho debía ser o no esclarecido era ya en si una cuestión de procedimiento. La Asamblea o el Consejo son los árbitros sobre la oportunidad de la formulación de una tal petición al Tribunal y esa demanda de interpretación del Pacto constituye «l'objet principal à décider et la décision qui n'intervient pas au cours d'une procédure pendante doit être sans doute prise à l'unanimité» (S. d. N., J. O., Suppl. spéc. No. 65, pag. 42).

Téngase en cuenta además, como una prueba más del sometimiento de hecho en que la Asamblea de la S. de N. estuvo respecto del Consejo, que teniendo ella igual que éste una competencia originaria para acudir al Tribunal, la propuesta suiza era de que ella se dirigiera al Consejo para que éste examinara «sino convendría someter al Tribunal ... etc.».

⁹²) F r o m a g e o t (Francia), S. d. N., J. O., Suppl. spéc. No. 65, pag. 41.

b) En abstracto el dictamen no vincula al órgano que lo solicita, pero en la realidad las cosas suceden de otra manera en razón de la autoridad del órgano al que se pide asesoramiento «il serait donc difficile de se refuser à suivre son avis. Une sorte de violence est ainsi exercée sur la conscience des votants et la liberté primitive essentielle fait défaut». Si el Tribunal diera un dictamen sobre este punto concreto eso equivaldría a una modificación del Pacto sin que se hubiera seguido el procedimiento de reforma constitucional previsto en él, y se encontraría el Consejo en la situación de «dire à la Cour qu'il est impossible de suivre son avis jusqu'au jour où tous les Etats l'auraient accepté comme une interprétation obligatoire du Pacte»⁹³). Desde un punto de vista lógico-jurídico la propuesta parece ser una cuestión de procedimiento, pero puesto que la sugerencia suiza apunta hacia una interpretación definitiva del Pacto «cela devient une question de fond concernant le sens de celui-ci».

c) En una visión más pragmática, el representante del Imperio Británico hizo observar que la práctica del Consejo — siguiendo probablemente el precedente del gobierno inglés respecto de los dictámenes del Privy Council — venía aceptando unánimemente los dictámenes del TPJI y era de temer que la adopción de la regla de la mayoría en la petición de las o.c. llevaría casi inevitablemente al resultado de dividir al Consejo mismo en la adopción de éstos, lo que iría en desprestigio del Tribunal⁹⁴).

En el contexto general de la evolución de la S. de N. la propuesta suiza se alineaba en la tendencia sentida por aquellos años de manera especialmente viva por los pequeños y medios Estados de fijación del contenido de las principales disposiciones del Pacto. Nada más natural que encontrara inmediatamente el apoyo de éstos, que vieron sin duda en ella un modo de escapar a la preponderancia de las Grandes Potencias en la Sociedad de Naciones y particularmente en el Consejo. Pero el frente cerrado de éstas, hizo que Suiza revisara su propuesta inicial que sólo así, en esa forma debilitada, pudo ser aprobada por la Asamblea⁹⁵).

Cuando en 1936 el Consejo de la Sociedad volvió sobre el tema⁹⁶) y se abrió un periodo de información y consulta a los Estados, las contestaciones de éstos reproducen prácticamente los mismos argumentos y posiciones que

⁹³) Scialoja (Italia), *loc. cit.*, pag. 43.

⁹⁴) *Ibid.*, pag. 45. Constantemente, la Gran Bretaña, que repudió por sistema todo intento o asomo de jurisdicción obligatoria, utilizó esta argumentación falaziosa. Cabe preguntar ¿Por qué necesariamente en desprestigio del Tribunal, y no a la inversa en desprestigio del Consejo?.

⁹⁵) *Ibid.*, pag. 57.

⁹⁶) S. d. N., J. O., Conseil, febrero 1936, pag. 117.

se habían manifestado en la Asamblea en 1928⁹⁷). Con la excepción del gobierno inglés, holandés y polaco, partidarios del mantenimiento de la regla de la unanimidad, los demás se mostraron favorables a la decisión mayoritaria; pero tal información no parece que tuviera ulteriores consecuencias.

En las N.U. la cuestión no ha tenido hasta ahora la significación que tuvo en la S. de N. Muy probablemente la distribución inicial de fuerzas, con una Asamblea General dominada entonces por Norteamérica y el veto en el Consejo de Seguridad, se inició una práctica de la que sólo el último dictamen del TIJ constituye excepción. La regla en tales resoluciones no podía ser más que una mayoritaria, bien que mayoría de dos tercios, por ser cuestión importante⁹⁸).

Pero al menos el contraste de las dos prácticas, la de la S. de N. y la de las N.U. permite mostrar cómo las condiciones de voto están íntimamente relacionadas con la naturaleza y efectos del dictamen y viceversa. Puesto que la conciencia de la obligatoriedad de las decisiones del TPJI fué más fuerte en los tiempos de la S. de N. que lo pueda ser hoy la de las del TIJ, es explicable la resistencia entonces de las Grandes Potencias a no dejarse arrebatar el monopolio y control de un modo importante de solución de diferencias internacionales. El dominio durante largos años ejercido por Norteamérica sobre la Asamblea General y la insolidaridad de las Grandes Potencias en el Consejo de Seguridad, ha supuesto indudablemente una línea de «democratización» en el procedimiento para la formulación de peticiones de o.c., pero a la vez esa misma insolidaridad ha contribuido no poco a la pérdida de autoridad de tales decisiones.

IV. Efectos de las opiniones consultivas

De las consideraciones que anteceden, creemos que se deduce con bastante claridad que, no obstante el planteamiento inicial de asimilación, los dictámenes son algo distinto a las sentencias, tanto por su mismo origen y regulación en el Pacto de la S. de N. como por la evolución posterior que la competencia consultiva en ambos Tribunales ha sufrido, como por las distintas funciones que las o.c. han tenido y necesidades a las que siguen respondiendo.

⁹⁷) Vid. S. d. N., J. O., Conseil (1937) Annexe, 1638, págs. 170 y sigs.

⁹⁸) En la votación del Consejo de Seguridad en la petición de dictamen sobre *Namibia* hubo sólo tres abstenciones: Polonia, URSS y el Reino Unido, pero ningún voto en contra. Vid. UN SCOR, 1550th Meeting, 29 July 1970, pag. 16.

Intentar una valoración global del carácter vinculante o no de tales decisiones sería proceder a una apreciación sumaria que desconocería necesariamente esas distintas situaciones, como tampoco tomaría suficientemente en cuenta la conexión eventual con la que esta competencia consultiva del TIJ, y la anterior del TPJI, se encuentra con otros instrumentos internacionales.

En las consideraciones que siguen nos proponemos hacer un estudio un tanto pormenorizado de la actividad consultiva de ambos Tribunales, considerando por separado las decisiones del TPJI y las del TIJ, si bien se presupone que en la de ambos, hay una clara línea de continuidad dentro de algunas características diferenciadoras. Dentro de cada uno de estos dos grandes grupos tratamos de diferenciar distintas clases de decisiones, sobre todo en razón a la naturaleza del asunto o de la posible distinta competencia del Tribunal.

A. Sociedad de Naciones

En contraste con la jurisprudencia posterior en las N.U. es interesante hacer notar que la jurisprudencia consultiva de este periodo estuvo encaminada preferentemente a la solución de diferencias entre Estados. Sólo hay dos grupos de decisiones (cuestiones laborales en el marco de la OIT y cuestiones de minorías, y aquí no siempre), que se apartan de esa línea general⁹⁹). Sobrecargada la Organización con problemas surgidos de la guerra (trazado de fronteras, minorías) un notable número de conflictos derivados de ellos bloqueó la actividad de la S. de N. y del TPJI impidiendo probablemente a éste, en contra de las previsiones, desempeñar una labor verdaderamente constructiva como factor principal en la tarea central de la estructuración de la paz futura¹⁰⁰).

Otra circunstancia que debemos tener en cuenta es la pervivencia en el Consejo de la vieja idea del «concierto europeo» y la función «ordenadora» y decisoria de las Grandes Potencias¹⁰¹), y ello supuso un constante peligro para el TPJI, ya que en ocasiones la remisión al TPJI para dictamen pudo

⁹⁹) Como veremos más adelante, los asuntos de minorías que sobre todo en determinados casos dieron lugar a diferencias muy vivas entre Estados, manifestaban determinados rasgos institucionales en virtud de la competencia originaria del Consejo para intervenir en ellos.

¹⁰⁰) Independientemente de la calidad técnico-jurídica de la jurisprudencia de ambos Tribunales, es indudable que las decisiones del TIJ (Reservas, Reparaciones, Gastos de las N. U. p. ej.) tienen un valor constructivo muy superior al de las sentencias del TPJI.

¹⁰¹) Vid. H. Mosler, *Die Großmachtstellung im Völkerrecht* (Heidelberg 1949) en especial pags. 22 y sigs.

significar un arriesgado «traspaso» de competencias, o lo que era peor, un «enmascaramiento» de la decisión autoritaria de esas Grandes Potencias dando al problema determinados aspectos judiciales.

1. Cuestiones laborales

La competencia del TPJI en materia laboral se había fijado en los Tratados de Paz. Así el art. 423 del Tratado de Versalles disponía que «todas las cuestiones o diferencias referentes a la interpretación de la presente parte del tratado (XIII) y de las convenciones concluidas ulteriormente ... serán sometidas a la apreciación del TPJI»; quedó pues así fijada una competencia judicial que, dados los terminos imprecisos mencionados, tanto podía ser derivada por la vía contenciosa como por la consultiva del Tribunal.

No obstante esta base legal, y a pesar de los esfuerzos del primer Director General de la Organización, M. T h o m a s, ni el Comité de Juristas de La Haya, ni el Consejo o Asamblea de la S. de N. reconocieron a la Organización un *ius standi* ante el Tribunal¹⁰²). Como tampoco lo fué en las sucesivas reformas del Estatuto o del Reglamento del Tribunal. Tal criterio restrictivo, explicable por la natural cautela que se imponía dado el carácter novedoso del asunto, no dejó por eso de poner de manifiesto la desarmonía existente entre el art. 14 del Pacto (de sentido restrictivo) y el mencionado art. 423 del Tratado de Versalles.

En efecto, si el Consejo y Asamblea mantenían una competencia exclusiva sobre el acceso al Tribunal en demanda de petición de dictamen, el planteamiento inicial y el desarrollo ulterior de la OIT probaron que la competencia del TPJI sobre materias laborales era una exigencia estruc-

¹⁰²) Vid. Comité Consultatif vol. 2, pag. 257. El art. 415 del mismo Tratado de Versalles reconocía además que cuando las recomendaciones formuladas a uno o varios gobiernos no fueran aceptadas por éstos podían ellos «soumettre le différend à la Cour Permanente de Justice Internationale de la Société des Nations»; en el mismo sentido el art. 416 permitía una reclamación de Estado a Estado cuando uno de ellos no respetara las convenciones o recomendaciones de la OIT. De aquí concluía el Director de la OIT: «C'est à lui, évidemment, qu'il appartient, dans ce cas, d'introduire la plainte et, si j'ose le dire, d'établir le réquisitoire», *ibid.*, pags. 257 y sigs. Pero la sugerencia no encontró acogida en el Comité, *ibid.*, pag. 248. Como tampoco la que hizo a la Asamblea en 1920 sobre el derecho de intervención de la OIT ante el Tribunal en todas aquellas cuestiones que afectaran a la competencia de la organización, así como también la sugerencia de que se constituyera en el proyectado Tribunal una sala especial para conocer de materias laborales. M. T h o m a s llegó a proponer la participación del Consejo de la OIT en la designación de los jueces de esa Sala. S. d. N., Documents vol. 3, pags. 74 y 75.

tural para el buen funcionamiento de esta organización¹⁰³). ¿Podrían entonces en un hipotético caso oponerse el Consejo o la Asamblea a la petición de dictamen presentada por la OIT sobre materias propias de la competencia de esta organización?. ¿Supuesta la regla de la unanimidad en el Consejo, para el caso concreto de solicitudes de dictamen cursadas por la OIT, las consideraría éste como un asunto de forma o de fondo?. Más aún, el art. 5 del Pacto habla de decisiones de la Asamblea o del Consejo, pero es difícil entender comprendidas en ellas las peticiones dirigidas a estos órganos bien por demanda individual de un Estado, bien en función de una decisión de la OIT. En todo caso, el acuerdo del Consejo o Asamblea (que en la práctica de la S. de N. fué siempre el Consejo y se limitó siempre a ser «correa de transmisión») debería, en este supuesto, ser considerado de forma y no de fondo¹⁰⁴).

Independientemente de esta situación legal poco clara, la práctica de la Sociedad y, en concreto, del Consejo no fué nunca obstáculo a que la OIT beneficiara de la competencia consultiva del Tribunal¹⁰⁵). Los textos de las decisiones del Consejo, dentro de la característica general de la imprecisión terminológica general de las decisiones de los órganos de la S. de N., no permiten deducir consecuencias jurídicas importantes. Parece que en un sólo caso se tuvo en cuenta la disposición de las partes con el fin de cursar

¹⁰³) Vid. la Memoria de la OIT presentada en la consulta a los Estados sobre las condiciones de voto, S. d. N., J. O., Conseil (1937) Annexe 1638. En ella se aceptaba que el Consejo o la Asamblea pudieran añadir a la solicitud de la OIT «telle question qu'il leur plaît . . . puisqu'ils possèdent par eux-mêmes une compétence illimitée pour consulter la Cour. Mais ils ne pourraient en un tel cas arrêter purement et simplement les demandes d'avis dont ils sont saisis, car ce serait faire obstacle à l'exercice de la compétence instituée par l'article 37 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail», *loc. cit.*, pag. 185.

¹⁰⁴) La cuestión pudo en si haber sido objeto de una interpretación «constitucional» por la vía de dictamen, pero no se hizo. Vid. sobre este problema Comité de juristes chargé de l'étude du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, Procès-verbal, C. 166. M. 66. 1929. V., Mémoire du Bureau international du Travail, Annexe 5, pag. 102; S. d. N., Procès-verbal de la Conférence concernant la revision du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, C. 514. M. 173. 1929. V., Annexe 7, pag. 74.

¹⁰⁵) Avis Consultatifs A 1, 2—3, 13 y A/B 50. No siempre recoge el Diario de Sesiones del Consejo los acuerdos realizados en él en torno a estos dictámenes: vid. para la o. c. A 1, petición, S. d. N., J. O. Conseil (1922), pag. 529, falta la aceptación; vid. *Annuaire de la Cour* vol. 1, pag. 188. A 2—3, petición, S. d. N., J. O. Conseil (1922), pag. 528, falta la aceptación en el J. O. según E 1, pag. 187, el delegado francés en la conferencia de la OIT de 22 de octubre 1922 manifestó la conformidad del gobierno francés con el dictamen. A 13, no parece haber mención alguna respecto de este asunto en la documentación del Consejo; vid. E 3, pag. 132. A/B 50, petición, S. d. N., J. O. Conseil (1932) aceptación, *ibid.* 1933, pag. 184.

el asunto al Tribunal para dictamen¹⁰⁶). El carácter del Consejo en estas materias de mero órgano de transmisión aparece bien marcado tanto en la petición como en la aceptación del dictamen¹⁰⁷).

Importante desde el punto de vista interpretativo es la función «constitucional» que estos dictámenes aseguraron desde el primer momento al Tribunal de La Haya. Todos ellos presentan como nota común el carácter de decisión interpretativa y no dirimen diferencias internacionales en el sentido clásico. Sobre todo el 2—3, pero también el 13 y el A/B 50 se ocuparon por primera vez de la fijación del contenido de las competencias transferidas por los Estados a la organización. El No. 1 colocó al TPJI en una cierta situación de «tribunal electoral» puesto que se trataba de controlar la regularidad del nombramiento efectuado por el gobierno holandés del representante obrero en la Conferencia de la OIT y resolver con ello las diferencias de opinión que se habían manifestado en dicha Conferencia, que era el órgano primariamente llamado a resolver esta cuestión. El 2—3 planteó el problema del conflicto entre la organización y un Estado miembro en una cuestión competencial, que probablemente se daba por primera vez en la historia de la organización internacional.

Todas estas opiniones fueron aceptadas y cumplidas por la OIT; la asimilación de la competencia consultiva a la contenciosa a estos efectos fué total. O dicho de otro modo, la ambivalencia terminológica del art. 243 del Tratado de Versalles, que inclinó a la utilización del dictamen, no supuso a efectos internos de la OIT atenuación de los efectos vinculantes. A partir de entonces los dictámenes del Tribunal de La Haya, en ese ámbito del «derecho interno de las organizaciones internacionales», son verdaderas sentencias.

2. Minorías

Las modificaciones que los Tratados de Paz de la Primera Guerra Mundial introdujeron en el mapa político de Europa, exigieron la adopción de medidas en orden a la protección de numerosas minorías así creadas. El sistema de protección de la S. de N. trató de conseguir un justo equilibrio entre varias ideas centrales: Se consideró que las estipulaciones encaminadas a otorgar la protección de minorías imponían a los Estados que las asumían

¹⁰⁶ Avis No. 1. Vid. S. d. N., J. O. Conseil (1922), pag. 529. Observación de Lord Balfour «[il] est d'avis que l'Organisation internationale du Travail et le Gouvernement néerlandais étant d'accord pour que la question soit renvoyée à la Cour permanente, cette procédure ne soulève plus d'objection».

¹⁰⁷ S. d. N., J. O. Conseil (1932), pag. 1169, e *ibid.* 1933, pag. 184.

obligaciones de «interés internacional», colocadas bajo; la garantía de la S. de N. Se trataba, de otro lado, de tutelar las peculiaridades nacionales de tales minorías, sin que ello fuera ocasión para intervenciones de Estados extranjeros, o vía de deslealtades de los súbditos, miembros de tales minorías, respecto de su propio Estado.

Desde un punto de vista material, tales derechos de las minorías fueron fijados en un conjunto de instrumentos internacionales; procesalmente en una competencia general del Consejo de la S. de N. para conocer de tales cuestiones y, eventualmente en un recurso al TPJI por remisión del asunto efectuada por el Consejo ¹⁰⁸⁾.

¹⁰⁸⁾ Los textos internacionales se agrupaban en cuatro categorías:

a) Cinco tratados especiales de minorías: concertados entre las Principales Potencias Aliadas y Asociadas, de una parte, y Grecia, Polonia, Rumanía, Checoslovaquia y Yugoslavia de otra.

b) Regulación especial en los Tratados de Paz: Saint-Germain, Neully, Trianon, Lausanne.

c) Cinco Declaraciones hechas ante el Consejo de la S. de N. en el momento de la admisión como miembro de la organización o ulteriormente: Albania, Estonia, Finlandia, Letonia y Lituania.

d) La competencia del Tribunal quedó ya sugerida en la carta de Clemenceau, Presidente de la Conferencia de la Paz, al representante en ella de Polonia:

«Vous ne manquerez certainement pas de remarquer aussi qu'une garantie a été insérée dans le Traité, par laquelle les contestations s'élevant au sujet des garanties en question doivent être portées devant le Tribunal de la Société des Nations. Par là, les différends qui surgiront échapperont au domaine politique et passeront à la compétence d'une Cour de Justice», S. d. N., Dix ans de coopération internationale (Secrétariat de la S. d. N. 1930), pag. 488.

En el mencionado tratado de minorías, de 28 de junio de 1919 con Polonia se contiene en el art. 12 la siguiente cláusula:

«La Pologne agréee que tout Membre du Conseil de la Société des Nations aura le droit de signaler à l'attention du Conseil toute infraction ou danger d'infraction à l'une quelconque de ces obligations ... Le Gouvernement polonais agréee que tout différend de ce genre sera, si l'autre partie le demande, déféré à la Cour permanente de Justice. La décision de la Cour permanente sera sans appel et aura la même force et valeur qu'une décision rendue en vertu de l'article 13 du Pacte», NRG, 3ème Série vol. 13 (1925), pag. 507.

La misma cláusula fué recogida en el Tratado de Saint-Germain, art. 69; Neully, art. 57; Trianon Secc. VI; Lausanne, art. 44. Los derechos que se habían asegurado las Principales Potencias en los referidos actos internacionales fueron transferidos a la competencia de la S. de N. y el Consejo por resolución de 13 de febrero de 1920 decidió aceptarlas.

Sobre la competencia obligatoria de la Cour en esta materia vid. Nota de Balfour: "There are two cases, however, which form a real or apparent exception to this [al principio de jurisdicción voluntaria]; one concerned with the protection of minorities, and the other concerned with the problem of labour. On both these subjects the Covenant contemplates that when a case has properly been brought before the Permanent Court by any Member of the League, the Court is clothed with full jurisdiction whether the other party likes it or not", S. d. N., Actes, Séances des Commissions I, 1920, pag. 512.

La competencia, pues, del TPJI en esta materia quedó asegurada desde el primer momento por actos de carácter fundacional en la S. de N. y aunque ejercida por la vía consultiva, según lo exigía el art. 12, del tratado de minorías, sus decisiones serían «sans appel» y tendrían la misma «force et valeur qu'une décision rendue en vertu de l'article 13 du Pacte». En la línea de esta competencia los asuntos remitidos por el Consejo al Tribunal para dictamen fueron relativamente numerosos¹⁰⁹⁾ y sobre ellos dicho Consejo adoptó una posición más activa que respecto de los dictámenes en asuntos de la OIT. No parece haber habido en ningún asunto de carácter minoritario discrepancia dentro las Principales Potencias, en lo que pueden reflejar las votaciones tanto en la petición de la o.c. como en la ulterior aceptación. Salvo en los dos primeros casos sobre la minoría alemana en Polonia, las partes en discordia manifestaron una disposición inicial en el sometimiento de la diferencia al Consejo y al Tribunal¹¹⁰⁾. Pero en contra de las previsiones iniciales, la iniciativa no estuvo nunca de parte del Consejo, sino que más bien actuó a instancia de parte.

El carácter interpretativo, común igualmente a todos los dictámenes de esta categoría, no resolvía directamente la cuestión central, objeto de la diferencia, y, por consiguiente, la decisión de Tribunal, fué un elemento más dentro de la función mediadora o decisoria del Consejo; esto aún en

¹⁰⁹⁾ Incluimos en este grupo no sólo las o. c. dadas sobre cuestiones estrictamente de minorías (B 6, 7, A/B 40 y 64), sino también las que el Tribunal formuló sobre los problemas surgidos por el cambio de poblaciones de un país a otro (B 10, 16, 17 y A/B 45), con la reserva de la distinción que hacemos más abajo.

¹¹⁰⁾ Vid. S. d. N., J. O. Conseil (1923), pag. 1333: «Le Conseil prend acte de l'avis consultatif ... Et invite le Gouvernement polonais à lui remettre avant la prochaine session du Conseil des informations indiquant de quelle façon le Gouvernement polonais envisage le règlement de la situation des colons en question».

Pero el Gobierno polaco no manifestó voluntad de aceptar plenamente el dictamen y el Consejo volvió sobre la cuestión para exigir sobre todo, una «juste indemnité pour les dommages subis par eux», ante la imposibilidad de una *restitutio in integrum* y exigir la no ejecución de las sentencias de los tribunales polacos de expulsión de tales colonos si todavía no habían sido realizadas, S. d. N., J. O. Conseil (1924), pags. 359—61. El representante polaco pretendió limitar el alcance de la indemnización a sólo «les dommages matériels directs», pero el delegado inglés exigió «les mêmes indemnités que s'il s'agissait d'expropriation pour cause d'utilité publique».

En el mismo sentido en el dictamen No. 7 «Adquisición de la nacionalidad polaca», el Consejo aceptó la decisión y ofreció los buenos oficios del relator para que las partes directamente interesadas llegaran por negociación entre ellas a la solución de la diferencia. De todos modos, la oferta de mediación y buenos oficios fué diferenciada de la resolución del Consejo en lo que afectaba a la aceptación de la o. c. En expresión de Lord Robert Cecil, tal propuesta «ne constitue qu'une proposition, sauf dans la mesure où nous adoptons l'avis de la Cour», S. d. N., J. O. Conseil (1923), pag. 1334. Las partes llegaron a un acuerdo que comunicaron al Consejo y del cual éste tomó nota, S. d. N., J. O. Conseil (1924), pag. 1309.

el caso más favorable de aceptación de la o.c. por las partes. Pero, como después diremos, la competencia del Consejo en esta materia fué reconocida ¹¹¹).

En dos ocasiones el TPJI hubo de ocuparse del derecho a la instrucción en escuelas propias, en tanto que derecho garantizado a las minorías. En el referente a las escuelas minoritarias alemanas en Polonia, parece que el dictamen fué aceptado y cumplido por las autoridades polacas ¹¹²); el pronunciado con ocasión de las escuelas minoritarias en Albania, no parece igualmente probable que fuera cumplido en toda su integridad ¹¹³).

Dentro de este grupo podemos incluir también cuatro o.c. que sin afectar a problemas minoritarios se relacionan con ellos por referirse a las cuestiones surgidas con ocasión del intercambio de poblaciones. El fundamento de la intervención del Consejo formulando la petición al Tribunal parece haber sido el recurso ante el Consejo de la Comisión Mixta para el intercambio de esas poblaciones. En los dos dictámenes para el intercambio de población greco-turco (B 10 y 16), la competencia del Consejo y del Tribunal no parece haber sido discutida, pero tampoco expresamente aceptada ¹¹⁴). En cambio en el dado sobre la *Cuestión de las «comunidades» greco-búlgaras* (B 17), la petición fué cursada por el presidente de la Comisión Mixta, mas haciendo constar que lo hacía «en nombre de los dos gobiernos» ¹¹⁵), y de nuevo en el formulado sobre «Interpretación del acuerdo greco-búlgaro de 9 de Diciembre 1927» (A/B 45) no aparece claramente el consentimiento de las partes ¹¹⁶).

¹¹¹) Así B 6, pag. 23.

¹¹²) Vid. S. d. N., J. O. Conseil (1931), pags. 1151 y 2263.

¹¹³) La base de la reclamación, ante el Consejo y de la intervención de éste estaba en la Declaración ante el Consejo de la que hicimos referencia más arriba (vid. también, S. d. N., J. O. Conseil, 1935, pag. 106) y fué planteada ante él concretamente por una moción conjunta de México, Inglaterra y Portugal que solicitaron la inscripción en el orden del día. Nombrado relator el representante de España, S. de Madariaga, propuso éste, en atención a la naturaleza eminentemente jurídica del asunto, su remisión al TPJI para dictamen y el Consejo aceptó esta sugerencia «avec l'assentiment du représentant de l'Albanie». Pero formulado el dictamen, y no obstante el consentimiento inicial, el representante de Albania no se manifestó dispuesto a aceptar de plano la o. c., lo que inclinó al Consejo, por sugerencia del relator, a mantener el asunto en el orden del día de este organismo (vid. S. d. N., J. O. Conseil, 1935, pag. 627). Parece que no volvió después a ocuparse de él.

¹¹⁴) Vid. S. d. N., J. O. Conseil (1925), pag. 155.

¹¹⁵) S. d. N., J. O. Conseil (1930), pag. 109.

¹¹⁶) S. d. N., J. O. Conseil (1931), pag. 2059. La petición de o. c. fué propuesta por el relator, delegado del gobierno francés, que había intervenido como amigable compositor de las partes, *ibid.*, pag. 1261.

De todas formas, en todos ellos la aceptación y cumplimiento de las o.c. no parece haber planteado ulteriores dificultades ¹¹⁷⁾.

En una apreciación de conjunto podríamos decir que en todas las o.c. aquí agrupadas, con la sola excepción del caso de los colonos de origen alemán expropiados en Polonia, las decisiones del TPJI han sido respetadas y, en todo caso, han ejercido una influencia decisiva en la solución final de la diferencia ¹¹⁸⁾ y ésto tanto en los casos específicos de minorías en donde la competencia del Consejo y del Tribunal tenía una base legal firme, como en los surgidos con ocasión del cambio de poblaciones, en donde la competencia de ambos órganos era menos clara.

3. Dantzig

Grupo especial forman las o.c. dadas por el TPJI sobre los asuntos referentes a la *Ciudad Libre de Dantzig*. Es sabido que por determinación de las Principales Potencias, el Tratado de Versalles previó la creación de una Ciudad Libre en la antigua ciudad alemana de Dantzig a fin de facilitar a Polonia un acceso directo al mar. Con población mayoritaria alemana y minoritaria polaca, sumó, por si hubiera sido poco, a los problemas resultantes de la singular situación internacional, los que fueron cotidianos en el sistema de minorías. Esa singularidad en la situación de Dantzig, a la que acabamos de hacer referencia, tenía su origen en la situación especial que surgía de su condición de territorio autónomo, sin que por ello se viera atribuir claramente la condición de Estado ¹¹⁹⁾, en la garantía especial que sobre la situación de la Ciudad Libre asumió la Sociedad de

¹¹⁷⁾ En este caso último además la o.c. adquiriría una particular fuerza ya que fué unánime, incluidos los votos de los jueces nacionales.

En otro aspecto esta decisión es importante. A saber: Las partes en el debate ante el Tribunal habían manifestado común acuerdo para que el TPJI entrara a conocer de la segunda cuestión aún en el caso de que la contestación a la primera fuera negativa. A lo que el Tribunal contestó: «Aux termes de l'article 14 du Pacte, le droit de soumettre une question à la Cour à fin d'avis consultatif est exclusivement réservé à l'Assemblée et au Conseil de la Société des Nations. La Cour est donc tenue par les termes des questions telles qu'elles ont été formulées par le Conseil dans l'espèce. Or, la seconde question est ainsi rédigée qu'elle n'est posée à la Cour qu'en cas de réponse affirmative à la première. Ignorer, à la demande des parties, cette condition, serait en fait permettre aux deux Gouvernements intéressés de soumettre une question à la Cour à fin d'avis consultatif», A/B 45, pag. 87.

¹¹⁸⁾ Según la publicación de la S. de N., más arriba citada, *Dix ans de coopération*, op. cit. (*supra* nota 108), pag. 514, el gobierno polaco repartió entre quinientos colonos que demostraron tener nacionalidad polaca una cantidad global en concepto de reparación de 2.700.000 zloty (francos-oro).

¹¹⁹⁾ El problema enfrentado por la o.c. B 18 hacía relación a este tema. Los arts. 102 y 103 del Tratado de Versalles colocaron a la Ciudad Libre bajo la protección de la S. de N. y la convención entre Polonia y Dantzig de 9 de noviembre de 1920, en su art.

Naciones y, finalmente, en la particular relación de Polonia que en un principio se vió confiar la dirección y tutela de los asuntos exteriores de la Ciudad ¹²⁰).

Nada de extraño tuvo que una tal complejidad fuera fuente continua de conflictos que ocuparon una gran parte del tiempo útil del Consejo de la Sociedad, bien a su pesar ^{120a}), tanto más cuanto que a pesar de los esfuerzos realizados, en los últimos años de la organización pudo ser presentado el caso de la *Ciudad Libre de Dantzig* como ejemplo de la quiebra del sistema ginebrino. Las decisiones del Tribunal de La Haya sobre asuntos referentes a Dantzig fueron seis. Pero ellos a su vez, constituyen sólo una parte del conjunto de cuestiones que fueron llevadas al orden del día del Consejo en relación con esta ciudad.

La vía procesal que determinó la participación del TPJI en los asuntos de Dantzig difiere algún tanto de la común del art. 14 del Pacto en el sentido de que los mencionados textos habían previsto como primera instancia en los asuntos litigiosos que surgieran entre Polonia y Dantzig al Alto Comisario de la S. de N. en esta ciudad, y en segunda por apelación de cualquiera de ellos el propio Consejo de la Sociedad. Bien es verdad que de entre los mencionados seis dictámenes sólo cuatro constituyeron diferencias entre la Ciudad Libre de Dantzig y Polonia, mientras que los dos restantes caen bajo otra consideración que más tarde examinaremos, pero no por eso desaparece esa singularidad de la que hacíamos mérito más arriba ¹²¹).

Centrando nuestra atención, en primer lugar, en esos cuatro dictámenes, comencemos por decir que sólo uno por excepción parece haberse solicitado con el consentimiento expreso previo de las partes ¹²²). En el primero de

104 otorgó a Polonia un derecho especial en la dirección de las relaciones exteriores de este territorio autónomo. La capacidad de la Ciudad Libre para intervenir como miembro de pleno derecho en organizaciones internacionales quedaba así afectada y el TPJI, en el marco concreto del dictamen lo resolvió negativamente. Vid. Rec. des Avis B 18, pag. 15.

¹²⁰) Después, la influencia polaca se debilitó notablemente como lo prueban los dos dictámenes últimos del TPJI en esta materia. Vid. como ejemplo las manifestaciones ante el Consejo de la S. de N. del Presidente del Senado de Dantzig en 1935 con ocasión del debate sobre la petición del dictamen A/B 64, S. d. N., J. O. Conseil (1935), pag. 1197.

^{120a}) Vid. intervención M. Briand (Francia) ... «Ses collègues savent que le représentant de la France n'a jamais manqué une occasion d'exprimer son désir que les affaires de Dantzig viennent aussi peu nombreuses que possible devant le Conseil ... etc.» S. d. N., J. O. (1928), pag. 369.

¹²¹) Los comprendidos en este grupo son: B 11, 15, 18, A/B 43, 44 y 65.

¹²²) Tal fué el caso del B 15, sobre la competencia de los tribunales de Dantzig. El relator en el informe al Consejo, sugiriendo que éste formulara al Tribunal una petición de o. c. hizo constar el consentimiento de las partes directamente interesadas así como el del Alto Comisario, vid. S. d. N., J. O. Conseil (1927), pages. 1421—22.

este grupo, el B 11 no hay mención especial al consentimiento de las partes en las deliberaciones del Consejo previas a la petición, sino más bien indicios de la voluntad contraria de una de ellas¹²³), y lo mismo puede afirmarse del A/B 43. En el formulado sobre el trato a nacionales y personas de origen polaco en Dantzig la petición parece aún más peculiar porque fué el Alto Comisario quien a iniciativa propia sugirió al Consejo la petición del dictamen¹²⁴). Que el consentimiento no podía contar en los dictámenes B 18 y A/B 65 es evidente si tenemos en cuenta que en el primero no había propiamente hablando contraposición de intereses¹²⁵) y el segundo fué en esencia un problema de interpretación constitucional internacional-interno sobre el que más tarde volveremos.

Todas estas consideraciones permiten, pues, afirmar que el grado de institucionalización del procedimiento judicial es lo suficientemente intenso como para ver en esta categoría de o.c. un principio de jurisdicción obligatoria que ciertamente, no venía dada con claridad desde los textos inter-

¹²³) En el B 11; no aparece, en efecto, en el J. O. una mención especial al consentimiento de las partes, y ante la insinuación del representante de Polonia de que el Senado de la Ciudad no podría comparecer ante el TPJI (en los últimos casos el TPJI no tuvo inconveniente en aceptar exposiciones escritas y orales del representante del Senado) el Presidente del Consejo afirmó que se trataba «d'un point très difficile sur lequel le Conseil désire obtenir l'avis de la Cour», S. d. N., J. O. Conseil (1925), pag. 472. En la insinuación del representante polaco probablemente se quería significar la falta de capacidad de la Ciudad Libre de Dantzig como consecuencia de la situación especial respecto de Polonia.

¹²⁴) En el A/B 44 la situación fué un tanto diferente por cuanto que el Alto Comisario ni siquiera llegó a actuar como primera instancia y a resolver sobre el fondo, sino que él directamente solicitó del Consejo la petición del dictamen, S. d. N., J. O. Conseil (1931), pag. 1136. Las partes dieron su consentimiento a este procedimiento. «L'examen des nombreuses questions concrètes qui m'ont été soumises pour décision par la requête ci-dessus mentionnée du Gouvernement polonais ne saurait conduire à un résultat utile, tant que n'auront pas été élucidés sans conteste les problèmes juridiques envisagés... en effet, en raison des conséquences considérables qui peuvent résulter de l'une ou de l'autre interprétation de l'article en question, la partie qui verra sa thèse infirmée fera certainement appel au Conseil de ma décision, si celle-ci ne s'appuie pas sur un avis juridique d'une autorité incontestable. C'est pourquoi, en vue de la décision qui m'incombe, je me permets, d'accord avec les parties, de signaler au Conseil le grand intérêt qui s'attache à ce que la Cour permanente de Justice internationale puisse être invitée dès à présent à émettre un avis consultatif sur les points juridiques sur lesquels se manifestent des divergences de vues entre les deux gouvernements», S. d. N., J. O. Conseil (1931), pag. 1136.

¹²⁵) Se trataba únicamente de resolver la posibilidad de que Dantzig pudiera o no pertenecer a la O. I. T. como miembro de pleno derecho. El problema enfrentado por la o. c. B 18 hacía relación a este tema: Los mencionados arts. 102 y 103 del Tratado de Versalles colocaron a la Ciudad Libre bajo la protección de la S. de N. y la Convención de 9 de noviembre de 1920 creó entre Dantzig y Polonia esa relación especial. La capacidad de Dantzig para intervenir como miembro de pleno derecho quedaba esencialmente afectada y el TPJI la confirma.

nacionales pertinentes, pero que por la remisión del Consejo (que si la tenía) al TPJI ¹²⁶⁾ y la ulterior aceptación por el primero de las decisiones del segundo, fué establecida según parece sin oposición apreciable por parte de los Estados directamente interesados.

Y en efecto, el Consejo aceptó invariablemente sin reticencias ni discusión los informes de los distintos relatores, y en la medida que permite apreciarlo la documentación internacional tales decisiones fueron llevadas a la práctica ¹²⁷⁾.

Una mención especial merece la o.c. A/B 65. En efecto, esa situación singular de Dantzig a la que nos venimos refiriendo, dadas las características del caso concreto, hizo de este dictamen una decisión judicial internacional de control de la constitucionalidad interna-internacional. La documentación de la S. de N. pone bien de manifiesto que la petición del dictamen fué un acto de autoridad del Consejo en el que no intervino ni podía intervenir el consentimiento de la única parte interesada directamente, el Senado de la Ciudad Libre de Dantzig. El TPJI basó su competencia para entrar a juzgar de la constitucionalidad de los Decretos-Leyes en la relación especial de la Ciudad con la S. de N. ¹²⁸⁾.

Es este probablemente el supuesto jurisprudencial en toda la actividad consultiva del TPJI y del TIJ en el que el Tribunal más se alejó de la concepción primigenia del dictamen como un elemento de asesoramiento de los órganos principales de la Organización. Baste para ello tener en cuenta a) que el control de la constitucionalidad no se hacía sobre textos constitucionales de naturaleza internacional, sino internos, aunque internacionalmente relevantes; b) que las partes contendientes no eran Estados sino partidos políticos internos; c) que ello hubiera exigido, en aras de la estricta igualdad procesal conceder el *ius standi* a los representantes de las asociaciones políticas peticionarias ante el Consejo de la S. de N.; d) que puesto que la discrepancia en el plano internacional se planteó entre el Consejo de la S. de N. y el Senado de la Ciudad, hubiera sido preferible — desde la estricta exigencia de principios que gobiernan la actividad judicial — que el propio Consejo compareciera como parte en el procedimiento, renunciando a sus funciones de dirección y «autoritarias»,

¹²⁶⁾ El TPJI llegó a calificar (A/B 44, pag. 22) a este mecanismo: Alto Comisario y Consejo, en tanto que instancias primera y de apelación, de jurisdicción arbitral obligatoria.

¹²⁷⁾ Unas exigieron actos positivos de ejecución, otra la referente al posible ingreso en la OIT de Dantzig meramente la abstención y otra, finalmente, la B 11, la del servicio postal polaco en Dantzig, fué simplemente aclaratoria de un punto dentro del problema general, vid. S. d. N., J. O. Conseil (1925), pags. 884, 1371 y sigts.

¹²⁸⁾ Vid. A/B 65, pags. 49—50.

lo que era impensable en el plano de la S. de N. Se estaba entonces y se está aún hoy muy lejos de la aceptación de la *rule of law* en los órganos de decisión política de las organizaciones internacionales dominados por el grupo de Estados preponderantes.

4. Cuestiones fronterizas, fluviales y de tránsito

Puesto que los Tratados de Paz procedieron a una amplia reforma de las fronteras políticas de Europa Central, hubo en esa modificación una fuente de conflictos de carácter territorial. Fué esta una tarea asumida por las Principales Potencias aliadas y asociadas. El Pacto de la S. de N. no atribuyó a esta organización una competencia especial en esta materia, como fué el caso en los asuntos estudiados anteriormente, no obstante, y en virtud de esa responsabilidad originariamente asumida por las Principales Potencias, se estableció una relación de conveniencia entre ellos y las actividades de la organización. Todos los casos, pues, aquí agrupados presentan esa característica común ¹²⁹⁾.

Este dato explica quizá el por qué no siempre fué presupuesto de la petición del dictamen el consentimiento previo de los Estados directamente interesados. En unos consta expresamente dicho consentimiento ¹³⁰⁾; en la o.c. No. 9 sobre el *Monasterio de Saint-Naoum* no es este el caso, y en el del *Mosul* que opuso a Inglaterra y Turquía consta claramente la oposición de este país al procedimiento de consulta al Tribunal ¹³¹⁾.

Las motivaciones que condujeron a recurrir al TPJI fueron también

¹²⁹⁾ En algún caso parece haber existido jurisdicción obligatoria del TPJI por vía contenciosa. Así en el asunto A/B 42 (tráfico ferroviario entre Lituania y Polonia) la competencia contenciosa del TPJI vendría dada por la Convención sobre el territorio de Memel. Vid. manifestaciones en este sentido del delegado de la Gran Bretaña en el Consejo, S. d. N., J. O. Conseil (1931), pag. 214. En el asunto de la Competencia de la Comisión Europea del Danubio, vid. igualmente S. d. N., J. O. Conseil (1927), pag. 151.

¹³⁰⁾ Asunto de *Jaworzina*, B 8, pags. 18 y 19. Vid. también S. d. N., J. O. Conseil (1923), pags. 1333 y 1474. Por acuerdo especial las partes fijaron las modalidades del recurso, S. d. N., J. O. Conseil (1927), pag. 233 Anexe 928; y quizá en el A/B 42, si bien sólo consta expresamente el consentimiento del gobierno lituano, vid. S. d. N., J. O. Conseil (1931), pag. 214.

¹³¹⁾ Vid. S. d. N., J. O. Conseil (1925), pag. 1339, el problema aquí se presentó sustancialmente en cuanto las partes en discordia, diferían en la competencia reconocida al Consejo por el Tratado de Lausanne. «Le Gouvernement turc [decía el delegado de este país ante el Consejo] ne voit dans la présente occasion aucune nécessité de déférer quoi que ce soit à la Cour permanente de Justice de La Haye, d'autant moins que les questions posées ont, par leur essence même, un caractère politique très accentué. L'avis consultatif de la Cour ne saurait donc en aucune façon porter une atteinte quelconque aux droits que le Gouvernement turc détient par les actes de Lausanne, ni modifier le rôle dévolu au Conseil par ces actes», *ibid*, pag. 1381.

diversas. Si tenemos presente que en el asunto de *Saint-Naoum* el Consejo tenía una competencia originaria¹³²⁾, la intervención del TPJI tuvo efectivamente el efecto de clarificar el aspecto jurídico de la controversia, pero además, y quizá primordialmente, resolvió el antagonismo dentro del Consejo entre la tesis inglesa y la francesa¹³³⁾. Fué quizá en el caso de *Jaworzina* en el que con más claridad se trataba de resolver una dificultad real sobre el carácter definitivo de la decisión adoptada por la Conferencia de Embajadores el 28 de julio de 1920 en la delimitación de frontera entre Checoslovaquia y Polonia.

En cambio, aunque con diferentes acentos, ni en el asunto del *Mosul* ni menos aún en el de la competencia de la *Comisión Europea del Danubio*, el dictamen del TPJI podía resolver definitivamente el conflicto entre las partes. En ambos, pero más aún en el segundo, la decisión del Tribunal era ya desde el principio un elemento más, aunque importante, en el procedimiento de arreglo de la diferencia¹³⁴⁾. En ambos la decisión judicial no fué más que un medio de convicción para las partes que acabaron componiendo sobre su diferencia en una decisión final negociada¹³⁵⁾.

¹³²⁾ La tesis búlgara y servia era que las Principales Potencias eran las competentes, mientras que Albania sostenía que era la S. de N., como sucesora del Concerto europeo. De todos modos, la Asamblea de la S. de N. dejó al Consejo la tarea de fijar las fronteras de Albania, vid. B. 9, pag. 10.

¹³³⁾ Vid. S. d. N., J. O. Conseil (1924), pag. 1009. El gobierno británico era de opinión que el derecho reconocido a las Principales Potencias en la delimitación de las fronteras de Albania debía «s'exercer une fois pour toutes», mientras que el francés estimaba que la decisión de la Conferencia de Embajadores no había agotado el derecho de las Principales Potencias.

¹³⁴⁾ Durante los debates el representante de Gran Bretaña tuvo interés en establecer la siguiente salvedad: «Je désire néanmoins qu'il soit porté au procès-verbal qu'à mon avis, cet arrangement du 18 septembre et la décision qui a été prise de soumettre à la Cour permanente de Justice internationale le différend relatif à la juridiction de la Commission européenne du Danube, sous forme de demande d'avis consultatif et non de demande de sentence sur ce différend, doivent être considérés comme étant un cas exceptionnel et non pas comme constituant un précédent permettant d'adopter à l'avenir une procédure analogue. On ne doit pas non plus y voir un renoncement à l'idée que, en vertu des traités et des arrangements en vigueur, toute partie à ce différend aurait eu le droit de soumettre la question à la décision de la Cour permanente de Justice internationale de La Haye si les recommandations de la Commission consultative des communications et du transit concernant le règlement du différend n'étaient pas acceptées. Le renoncement à cette thèse aurait pour effet d'affaiblir le mécanisme institué pour le règlement des différends relatifs à la signification et à l'application des sections des traités de paix concernant les ports et les voies d'eau», S. d. N., J. O. Conseil (1927), pag. 151.

¹³⁵⁾ Vid. S. d. N., J. O. Conseil (1928), pags. 399—400; *ibid.* 1930, pag. 110. En el caso del *Mosul Turquía* estuvo ausente de la sesión del Consejo en la que se adoptó la o. c. formulada por el TPJI; en la votación no se tuvieron en cuenta los votos de las partes directamente interesadas (S. d. N., J. O. Conseil [1926], pag. 192). La cuestión se resolvió posteriormente por acuerdo entre ellas, *ibid.*, pag. 859.

El conflicto polaco-lituano sobre el tráfico ferroviario entre ambos países, presenta alguna particularidad por cuanto este dictamen confirmaba la inexistencia de la obligación de hacer que Polonia pretendía gravaba sobre Lituania sobre la base de los «compromisos internacionales en vigor». El Tribunal estimó que planteada la cuestión así y en atención «a las circunstancias actuales», Lituania no estaba en la obligación de adoptar las medidas necesarias para abrir al tráfico la sección de vía férrea Landwarów-Kaisiadorys. En contra de la práctica normal, el Consejo se limitó a tomar nota¹³⁶⁾ y no a adoptar la opinión emitida por el Tribunal. La eficacia de ésta consistió simplemente en la confirmación de la pasividad del gobierno lituano. Pero debe tenerse en cuenta que una tal decisión adquiriría significación especial en tanto que medida de autotutela adoptada por el gobierno lituano frente a la irregularidad de la ocupación por la fuerza del territorio de Vilna, efectuada, por Polonia, y la incapacidad mostrada por el Consejo en la solución de este conflicto¹³⁷⁾.

5. Otros dictámenes

Nos quedan, finalmente, por examinar tres o.c. de muy diverso contenido y alcance, pero que quizá, como nota negativa común, coincidan todas en mostrar las limitaciones de la competencia consultiva, así como sus riesgos.

Comencemos por el examen del asunto de la *Carelia Oriental*. El recurso de Finlandia al Consejo de la S. de N. se hizo inicialmente sobre la base de los arts. 14 y 18 del Pacto, pero también muy probablemente bajo la influencia del planteamiento de la diferencia anglofrancesa sobre los Decretos de nacionalidad¹³⁸⁾, puesto que el Memorandum presentado al Con-

¹³⁶⁾ Vid. S. d. N., J. O. Conseil (1932), pags. 480 y 481.

¹³⁷⁾ El Tribunal, de todos modos, negó el supuesto de las represalias pacíficas por cuanto llegó a la conclusión de que no se deducía de ningún acto internacional concreto (art. 23 e del Pacto, Resolución del Consejo de 10 de diciembre de 1927, Convención de París de 8 de mayo de 1924) obligación alguna para Lituania, Avis A/B 42, pag. 114. Quizá fuera más justa la o.c. individual de Anzilotti, *ibid.*, pag. 123.

Pero en esta o.c. estaba pesando una petición que el gobierno lituano hacía años había formulado al Consejo para que éste acudiera al TPJI con el fin de que se esclareciera la regularidad o irregularidad de la medida adoptada por el Consejo en el asunto de Vilna. El Consejo se opuso a tal petición. Situación curiosa respecto del principio del respeto a la regla de Derecho; el órgano decisorio se opone al recurso jurídico posible, que controlaría la legalidad de la medida que una de las partes interesadas estima irregular, vid. S. d. N., J. O. Conseil (1923), pags. 585 y sigts.

¹³⁸⁾ La coincidencia o proximidad de fechas puede ser un indicio de ello: Avis 7 de febrero 1923, petición al Consejo del gobierno finlandés, febrero del mismo año. Vid. S. d. N., J. O. Conseil (1923), pag. 222.

sejo en abril de 1923 sugería el carácter internacional de la diferencia por ser asunto de protección de minorías¹³⁹). No obstante las escasas probabilidades de que el gobierno ruso aceptara participar en el procedimiento ante el Consejo, y ulteriormente ante el Tribunal, el informe del relator fué favorable a la petición finlandesa¹⁴⁰); la dificultad de la no participación soviética podría obviarse, en opinión del relator, suprimiendo la fase oral ante el TPJI¹⁴¹).

Pero el Tribunal contestó negativamente a la petición de o.c. especialmente en un texto posteriormente muy citado:

«Il est bien établi en droit international qu'aucun Etat ne saurait être obligé de soumettre ses différends avec les autres Etats soit à la médiation, soit à l'arbitrage, soit enfin à n'importe quel procédé de solution pacifique, sans son consentement»¹⁴²).

Como argumento principal, aunque en segundo término, el Tribunal utilizó también el de la necesidad de un conocimiento adecuado de los hechos:

«Il paraît, en effet, douteux que la Cour puisse obtenir les renseignements matériels nécessaires pour lui permettre de porter un jugement sur la question de fait qui est celle de savoir quel fut l'objet de l'accord des parties. La Cour ne saurait aller jusqu'à dire qu'en règle générale une requête pour avis consultatif ne puisse impliquer une vérification de faits; mais, dans des circonstances ordinaires, il serait certainement utile que les faits sur lesquels l'avis de la Cour est demandé fussent constants: le soin de les déterminer ne devrait pas être laissé à la Cour elle-même»¹⁴³).

Y finalmente, debe retenerse como punto esencial la negativa del Tribunal a que por la vía indirecta se tratara de introducir una demanda unilateral:

«La Cour se rend compte qu'elle n'est pas invitée à trancher un différend, mais à donner un avis consultatif. Cependant, cette circonstance ne modifie pas essentiellement les considérations ci-dessus... Répondre à la question équivaudrait en substance à trancher un différend entre les parties»¹⁴⁴).

¹³⁹) *Ibid.*, pag. 662 y sobre todo pag. 1500.

¹⁴⁰) «Il me semble qu'en principe, cette demande est recevable», vid. *loc. cit.*, pag. 663.

¹⁴¹) *Ibid.*

¹⁴²) B 5, pag. 27.

¹⁴³) *Ibid.*, pag. 28.

El principio así establecido quizá sea más absoluto en su formulación que en su alcance real. La cooperación de las partes en el procedimiento internacional es importante, pero no parece que el principio de contradicción pueda llevar a esas consecuencias. Si el argumento tuviera por sí mismo consistencia propia dependería entonces de la buena o mala voluntad de las partes la actividad del tribunal.

¹⁴⁴) *Ibid.*, pags. 28, 29.

La negativa del TPJI a dar la o.c. solicitada no dejó de producir ciertas sorpresas en los medios de la S. de N. y de haberse impuesto la opinión del relator en este asunto ante el Consejo, *Sandra*, este hubiera adoptado una resolución que «tout en prenant acte de l'opinion exprimée par la Cour», habría contenido una crítica indirecta a la decisión del Tribunal por cuanto se proponía que el Consejo reafirmara su derecho «a acudir a cualquier medida, incluida la petición de una o.c. al Tribunal, en una cuestión en la que se encontrara implicado un Estado no-miembro de la S. de N.»¹⁴⁵).

La significación de esta o.c. hay que apreciarla en una doble vertiente:

a) en primer lugar con ella el Tribunal marcó su independencia en la apreciación de su propia competencia frente al Consejo de la S. de N. Pero desgraciadamente esta actitud de independencia no ha tenido consecuencias ulteriores;

b) con ella el Tribunal fijó una línea clara de demarcación entre la competencia voluntaria y la obligatoria respecto de los Estados no miembros de la organización. Siendo necesario el consentimiento previo de los Estados para fundar la competencia del Tribunal, la vía consultiva no puede ser utilizada como instrumento para eludir esa exigencia insoslayable.

No quedó en cambio fijada con la misma nitidez la cuestión de la necesidad o no necesidad del consentimiento expreso de los Estados directamente interesados en la cuestión sometida a dictámen. Más bien *a contrario* puede inferirse de un texto no muy preciso de esa decisión¹⁴⁶).

En el dictámen A/B 41 sobre el *Régimen Aduanero* entre Alemania y Austria el TPJI tuvo una segunda gran ocasión para abstenerse de dar una o.c. puesto que el asunto, no obstante su planteamiento y redacción no era principalmente jurídica sino altamente política¹⁴⁷). Teniendo en cuenta que el Proyecto de Unión Aduanera fué abandonado por los dos países directamente interesados antes de que recayera dictámen, carece de interés plantearse el problema de la eficacia de la decisión judicial en la solución final del asunto. El caso, sin embargo, presenta interés en contraste con el caso de la *Carelia Oriental*. En éste las Principales Potencias se mani-

¹⁴⁵ S. d. N., J. O. Conseil (1923), pag. 1336.

¹⁴⁶ «Ce consentement peut être donné une fois pour toutes sous la forme d'une obligation librement acceptée; il peut, par contre, être donné dans un cas déterminé, en dehors de toute obligation préexistante. La première hypothèse se vérifie pour les Membres de la Société des Nations: ayant accepté le Pacte, ils se trouvent sous l'obligation qui résulte des dispositions du Pacte concernant le règlement pacifique des différends internationaux», B 5, pag. 27. La práctica de la S. de N. no se orientó en este sentido.

¹⁴⁷ Vid. manifestaciones del representante británico que sugirió el recurso al Tribunal, S. d. N., J. O. Conseil (1931), pag. 1068.

festaron desinteresadas, en el de la Unión Aduanera la oposición de éstas fué muy cerrada de manera que el consentimiento de Austria a la petición del dictamen parece más bien haber sido dado forzosamente y desde ese frente cerrado de las Grandes Potencias parece inimaginable una decisión del Tribunal absteniéndose o mucho más contraria¹⁴⁸⁾.

Finalmente merece una breve mención el dictámen No. 4 sobre los *Decretos de nacionalidad franceses* que enfrentó a Inglaterra y a Francia. Recusando Francia la intervención de un tribunal arbitral, ambos gobiernos se pusieron de acuerdo en llevar al Consejo para que éste solicitara del TPJI una o.c. sobre la cuestión preliminar de si la nacionalidad era cuestión de competencia interna en el sentido del art. 15, 8 del Pacto. Resuelta la cuestión preliminar en favor de la tesis inglesa, lo dos gobiernos solucionaron la diferencia por negociación directa¹⁴⁹⁾.

En contra de la significación que a esta innovación se le atribuyó por aquellos años, el procedimiento no ha tenido continuidad ni es fácil que la tenga¹⁵⁰⁾. En efecto, ¿dónde estaría la utilidad para los Estados en discordia en acudir a la vía consultiva en vez de hacerlo por la contenciosa?. Y es que, según todos los casos expuestos indican, y los que después analizaremos en las N.U., parece ser elemento esencial en la competencia consultiva la presencia en la discordia un cierto elemento institucionalizado, aunque la diferencia en cuanto tal siga siendo primordialmente una diferencia entre Estados.

B. Naciones Unidas

Sobre la experiencia adquirida por el TPJI en los tiempos de la S. de N., el nuevo TIJ se orientó en materia de competencia consultiva, como lo hizo también en otros aspectos, por nuevos derroteros.

Como primera nota diferenciadora cabe destacar la acentuación del elemento institucional, y consiguiente debilitamiento del elemento relacional, en las diferencias o conflictos sometidos a dictámen. Bien es verdad

¹⁴⁸⁾ *Ibid.*, pag. 1071, sobre consentimiento del gobierno austriaco. La decisión es una de las más endebles del TPJI, y aún más la disidente de los jueces que además afirmaron que el proyecto «serait de nature à menacer l'indépendance de l'Autriche dans le domaine économique . . .», A/B 41, pag. 53.

Desde otro punto de vista este caso es interesante para probar el riesgo de la utilización posible de un Tribunal como medio de enmascaramiento de una decisión que es en su sustancia de naturaleza política y en la que el órgano político competente elude la intervención. Vid. J. L. Brierly, *The Basis of Obligation in International Law* (Oxford 1958), pag. 249.

¹⁴⁹⁾ Vid. *Annuaire de la Cour*, vol. 1, pags. 197—8.

¹⁵⁰⁾ De Lapradelle et Négulesco, *Rapport*, *Annuaire de l'Institut de Droit International* 1928, pags. 446 y sigts. El alcance del principio dispositivo de las

que en los distintos aspectos jurisprudenciales que después examinaremos hay enfrentamientos muy tangibles entre Estados (p.ej. admisión de nuevos miembros en las N.U., Reparación de daños sufridos al servicio de las N.U. etc.), pero no es menos patente el aspecto institucional que la diferencia tiene en cuanto ésta ha surgido y está enmarcada en el ámbito de la organización internacional.

Una segunda nota sería la modificación del criterio restrictivo y, diríamos, hasta cicatero que la S. de N. tuvo en la apertura del TPJI a la utilización de la OIT, a pesar de que esta organización consideró a dicho Tribunal como su «juez natural». La documentación internacional reseñada más arriba lo prueba ampliamente. La situación ha cambiado radicalmente en el TIJ y en las N.U.; el círculo de organismos y organizaciones autorizados por la A.G. a solicitar una o.c., sobre la base del art. 96,2 de la Carta, ha sido incrementado notablemente¹⁵¹).

En tercer lugar, si la pervivencia del Concierto europeo hizo que, al parecer, sin oposición alguna (o al menos de ello no ha quedado rastro en la documentación de la S. de N.) el Consejo recabara el monopolio frente a la Asamblea del recurso al TPJI para dictámen, en contra del claro texto del art. 14 del Pacto, en las N.U. — por causas varias — la situación hasta el pasado año ha sido exactamente la inversa. Particularmente fué aquí factor decisivo la guerra fría que impidió al C. de S. recabar para sí ese monopolio, que ha estado hasta ahora en manos de la A.G. De esta manera si la «concepción aristocrática» del dictámen, en parte al menos, ha sido responsable de una visión unilateral de las o.c. como instrumento de solución de diferencias internacionales entre Estados, la «democratización de la vía judicial» operada desde la A.G. de las N.U. ha contribuido eficazmente a hacer de las o.c. un recurso institucionalizado en y para la organización.

partes sobre el procedimiento según ellos llegaría hasta la posibilidad de modificar esas reglas «et même les pouvoirs des organes de la Société des Nations», pag. 448, lo que a todas luces no es exacto.

No creemos tampoco acertada la asimilación que hacen de este caso con el de la *Competencia de la Comisión Europea del Danubio*, loc. cit.

¹⁵¹) Como hemos visto, el Consejo de la S. de N. en la formulación de peticiones de dictámen al TPJI en materia laboral actuó de mera cadena de transmisión, y dichas peticiones fueron hechas siempre a título singular, sin intención alguna de crear precedente; y, por lo demás dicho Consejo se resistió siempre a otorgar, no obstante la insistencia del activo Director de la OIT, Mr. Thomas, una autorización general a esta organización otorgándole el acceso directo al Tribunal. Sobre el sentido de esa autorización general y la discusión inicial a que ello dió lugar en la A.G. de las N.U., vid. *Repertory of Practice of United Nations Organs* vol. 5, pag. 87; e igualmente sobre el carácter revocable o no revocable de tal autorización, pags. 88—89.

Quizá el balance final de esta mutación sea positivo, pero el fenómeno presenta hoy la ambivalencia frecuente en tantos otros fenómenos sociales, ya que esta «democratización» ha presentado, está presentando, aspectos negativos de entidad. El principal, éste: La imposición de la regla de las mayorías (sin que en la práctica de la organización esté hoy todavía claro si es cuestión importante, y entonces mayoría cualificada de dos tercios, o no lo es, y bastaría por consiguiente la mayoría simple) en el proceso previo de formación de la voluntad de los Estados para la composición o transacción, lleva consigo necesariamente hacer violencia a la minoría discordante, contraria a la vía judicial como modo de arreglo.

Consecuencia insoslayable de este hecho es el clima, radicalmente diferente en el que el TIJ viene formulando sus dictámenes, y sobre todo — lo cual hubiera sido impensable en los tiempos de la S. de N. — la discusión y controversia sobre la aceptación misma del correspondiente dictamen. Los Estados suelen reproducir en el debate los mismos argumentos, conteniendo no infrecuentemente acerbas críticas para el TIJ y su actuación, que utilizaron para oponerse a la formulación de la petición de o.c. Bien es verdad, de otro lado, que tampoco el Tribunal ha sabido enfrentar serena y firmemente, desde un talante «verdaderamente judicial» las críticas nacidas de ese clima de apasionamiento político; y el último dictamen sobre *Namibia*, en todos sus condicionamientos y circunstancias, quizá sea un buen ejemplo de esta preocupante línea de evolución, de deterioro del prestigio del Tribunal.

1. La admisión de nuevos miembros en las N.U.

La influencia que la guerra fría tuvo en el procedimiento de admisión de nuevos miembros en las N.U., hizo pensar pronto en el TIJ como modo de solucionar el problema. Ello dió ocasión a la formulación del primer dictamen el 28 de mayo de 1948 al que siguió otro en 1950 sobre la *competencia de la Asamblea General en el procedimiento de ingreso*. La petición de o. c. tuvo su origen en una sugerencia belga¹⁵²⁾, y en la discusión de esta propuesta se inició un estilo totalmente distinto al que había sido usual en el Consejo de la S. de N. Lejos de procurar en el debate previo en el seno de la Asamblea una armonización de opiniones para concluir en un proyecto

¹⁵²⁾ «Etant donné que des divergences de vue se sont manifestées quant à l'interprétation qu'il fallait donner à l'Article 4, la délégation belge propose que la Cour internationale de Justice, dont l'autorité est opposable à tous les Membres de l'Organisation, soit consultée, afin d'élucider le sens de l'Article 4», UN GAOR (II) 1st Committee, pag. 342.

común, se fué pura y simplemente a la votación de una propuesta mayoritaria que por definición, tenía siempre en contra una minoría más o menos significativa ¹⁵³). La resolución final en este caso recogió en su sección B sólo uno de los aspectos del problema general de la admisión, y en este sentido, jurídicamente era imprecisa ¹⁵⁴).

También en contra de la costumbre en la época de la S. de N. se estableció el uso en las N. U. de debatir, tanto en comisión como en sesión plenaria, la aceptación de las o. c. fijada en el orden del día de esos órganos. En el caso concreto no fué aceptada la propuesta del delegado de Australia ¹⁵⁵) de aceptación sin reservas del dictamen formulada por el TIJ y correspondiente recomendación a los Estados para que ajustaran su conducta en el problema de la admisión de nuevos miembros a las líneas fijadas en dicha o. c. ¹⁵⁶), sino que se la hizo objeto de discusión y fué combatida con varios argumentos: incompetencia del Tribunal por ser cuestión política y no jurídica, carácter abstracto de la cuestión sometida a dictámen, y carácter no vinculante de la decisión en virtud de la naturaleza consultiva del mismo ¹⁵⁷). Inclusive fué negada la existencia misma de la o. c. por

¹⁵³) Polonia inició entonces un argumento para oponerse a la intervención del TIJ que después ha sido muy utilizado; a saber, la no necesidad de recurrir al Tribunal porque el sentido del texto disoutido es claro (*loc. cit.*, pag. 346). El representante de la URSS había anunciado, bien que con ocasión de la discusión de otro asunto, la no aceptación de la competencia del TIJ para juzgar de la legalidad de una medida. «Il ne voit pas [decía Vychinsky] de raison de faire intervenir la Cour internationale de Justice, car il s'agit, en l'occurrence, du droit souverain des Etats Membres de juger s'ils doivent ou non participer aux travaux d'organes qu'ils n'approuvent pas». Eso sería, continuaba, colocar al TIJ por encima de las N. U. de las que él sólo es un órgano, UN GAOR (II) 1st Comm., pag. 336.

El delegado de la Argentina no fué partidario de la petición de dictámen porque tratándose de una cuestión de interpretación de la Carta, en su opinión, sólo la Asamblea General tenía competencia para ello.

¹⁵⁴) La formula utilizada (vid. Res. 113 (II) B) sobre el condicionamiento del voto de un Estado miembro incluyendo otras exigencias no previstas en el mencionado artículo 4 de la Carta, se apoyaba sobre todo en la actitud general, repetidamente manifestada por el representante soviético (vid. UN GAOR (II) 1st Comm., pag. 355), pero en realidad esquivaba la cuestión nuclear del problema, a saber, la competencia concurrente o no del Consejo y Asamblea y sobre todo la posibilidad de un control judicial del derecho de libre apreciación de los miembros permanentes del C. de S.

¹⁵⁵) UN GAOR (III, 1st part) Ad hoc Political Committee, pag. 57.

¹⁵⁶) Canadá propuso tenerla simplemente en cuenta, *ibid.*, pag. 75, y los EEUU "to take note", pag. 77.

¹⁵⁷) URSS: «La Cour a déclaré que rien, dans cet avis consultatif, ne se rapportait directement ou indirectement à des cas d'espèce ou à des circonstances particulières. La Commission politique spéciale doit donc considérer l'avis consultatif de la Cour comme une déclaration abstraite», *ibid.*, pag. 69; Polonia, *ibid.*, pag. 83.

Francia: «L'avis émis par la Cour internationale de Justice n'est qu'un avis consultatif; à ce titre, il n'a pas un caractère strictement obligatoire pour les Etats Membres de

V y c h i n s k y razonando sobre las opiniones disidentes de los jueces: «Le projet de résolution (A/AC. 24/6) présenté par l'Australie [decía él] qui propose de recommander au Conseil de Sécurité de se conformer à l'avis consultatif de la Cour de Justice internationale, ne tient pas compte du fait qu'en réalité il n'y a pas avis de la Cour»¹⁵⁸).

La resolución final de la Asamblea formuló, no obstante, una recomendación a los miembros de las N. U. (Consejo y Asamblea) para que conformaran su conducta a los términos de la o. c.¹⁵⁹). Pero dicha resolución no modificó en nada la situación anterior.

Por esta razón, insistiendo en esta línea, y ahora por iniciativa del representante argentino, la A. G. volvió a formular una petición de o. c. sobre su propia competencia en la admisión de nuevos miembros. Es perceptible en el diario de sesiones que no todos los Estados que apoyaron la primera petición estaban también dispuestos a hacerlo por segunda vez. De hecho el recurso al Tribunal era un intento no confesado de modificación de la Carta, atribuyendo la competencia exclusiva en la admisión de nuevos miembros a la A. G. frente al Consejo¹⁶⁰). El recurso al TIJ era tanto más criticable cuanto que ni por el texto de la Carta, ni menos aún por los trabajos preparatorios, cabía la menor duda que las Grandes Poten-

l'Organisation des Nations Unies», UN GAOR (III, 1ère partie) 176 ème séance plénière, pag. 786.

En contra, la posición británica: "The fact that an advisory opinion had been given by the International Court of Justice must, of course, influence the discussion. The Committee had no longer to consider only those views which had been expressed in the past ... and for the moment he would conclude by recalling the statement of the Australian representative that no judgment or opinion of the Hague Court had ever yet been ignored by the nations of the world and by echoing the words of the representative of India that opinions of the Court should be regarded as of equal moral force as decisions. He hoped that the case in question would not prove the first example of an opinion of the Court being ignored", UN GAOR (III, 1st part) Ad hoc Pol. Com., pag. 95.

¹⁵⁸) UN GAOR (III, 1st part) Ad hoc. Pol. Com., pag. 68; UN GAOR (III, 1st part) 176th Plen. Meet., pag. 796.

¹⁵⁹) Vid. Res. 197 (III). Ya durante la discusión de esta cuestión se vió que algunos Estados no aceptaban que la significación normal de la recomendación del C. de S. contenida en el art. 4 de la Carta, en materia de admisión de nuevos miembros, fuera entendida como recomendación en el sentido positivo. Frente a esa idea tomaba ya posición el representante del Uruguay: «La recommandation dont il s'agit au paragraphe 2 de l'Article 4 ne peut être que favorable ... La recommandation du Conseil de sécurité concernant l'admission de nouveaux Membres doit donc être adoptée par un vote affirmatif de sept membres, y compris les voix des cinq membres permanents», UN GAOR (III, 1ère partie) Commission politique spéciale, pags. 63 y 64.

¹⁶⁰) Y por consiguiente, aunque envuelta en ropaje jurídico se trataba de una cuestión política, que constituía una acción más en la larga cadena de acciones y reacciones del clima de la guerra fría.

cias se habían querido asegurar una influencia decisiva en esta materia. La propuesta argentina y el proyecto de resolución de la Asamblea solicitando la o. c. amenazaban al prestigio mismo del TIJ porque ni cabían dudas razonables sobre la significación real de los textos, ni parecía claramente fundada la competencia del Tribunal para intervenir en esta cuestión ¹⁶¹).

La consulta recibió por parte del TIJ una solución en sentido negativo, lo que sin duda hizo que dicha opinión no fuera objeto de una aceptación formal por parte de la A. G.¹⁶²).

Ninguna de las dos opiniones reseñadas contribuyó al parecer, ni directa ni indirectamente, a la solución final del problema de la admisión de nuevos miembros; no por eso carecen de interés, si bien sea de carácter negativo. En efecto, ambas ponen bien de manifiesto las limitaciones de una justicia internacional. Por deseable que hubiera sido una regulación distinta del procedimiento de admisión en las N. U., en ningún caso podría esperarse que el TIJ remediara las deficiencias del texto constitucional, sustituyéndose así a la función «legislativa» de los Estados. En un segundo aspecto, pone también de manifiesto los riesgos de una politización del órgano judicial si se apela a él, instrumentalizándolo, para colocarlo al servicio de la intención política de las mayorías cambiantes de la A. G.

2. Interpretación de los Tratados de Paz

En un plano diferente se sitúan las dos o. c. dadas sobre la interpretación de los Tratados de Paz concluidos con Bulgaria, Hungría y Rumanía de 30 de marzo y 18 de julio de 1950.

La petición de dichas o. c. fué iniciada en la A. G. por una propuesta de Australia y Bolivia sobre la base del art. 55 de la Carta de las N. U. a la que inmediatamente se opusieron los representantes de los países comunistas,

¹⁶¹) Vid. UN GAOR (IV, Comm. 1ère) 27ème séance, pag. 156, intervención del representante de Polonia; *ibid.* 28ème séance, intervención del representante de Francia, pags. 159—61; Australia, pag. 161. No obstante, el proyecto de resolución para la petición de la o. c. fué adoptado por una gran mayoría, UN GAOR (IV), 252ème séance plénière, pag. 352, Res. 296 (IV) J.

¹⁶²) Vid. Res. 495 (V). «L'Assemblée générale [se dijo en el debate] a sollicité un avis de la Cour internationale de Justice, mais la Cour nous a infligé un échec. En effet, elle nous a répondu: «Vous ne pouvez admettre un Etat au sein de l'Organisation des Nations Unies en l'absence d'une recommandation du Conseil de sécurité...». L'Assemblée générale est donc condamné à ne rien faire, à moins que les membres permanents du Conseil de sécurité ne se mettent d'accord pour adopter une solution de compromis», UN GAOR (V) 318ème séance plénière, pag. 628. La resolución se limitó a recordar las resoluciones anteriores en materia de admisión de nuevos miembros.

argumentando que la cuestión era de la competencia interna de los respectivos Estados, y el derecho exclusivo de las partes a interpretar las cláusulas de un tratado fundado en la soberanía de éstos¹⁶³). Pero en los demás miembros de la A. G. la iniciativa encontró una amplia acogida, apoyada sobre todo en la idea que la protección de los derechos del hombre es un asunto que entra dentro de la competencia de las N. U.; y como argumento subsidiario el hecho de que el TIJ parecía ser el órgano adecuado para resolver esa diferencia, ya que ella consistía sustancialmente en la disparidad de criterios al interpretar cláusulas convencionales¹⁶⁴).

Ciertamente que en el estadio actual de la organización internacional y del arbitraje en concreto (otra sería la situación en el arbitraje en Derecho interno) es difícil imaginar la designación sustitutiva de algún miembro de la comisión arbitral por cualquier otro procedimiento que no sea el previsto en el acuerdo o cláusula compromisoria, en defecto de participación de alguno de los Estados en discordia¹⁶⁵), pero sin duda alguna, y es este el aspecto en el que la competencia consultiva más se asemeja al juicio declarativo, no carecía de relevancia jurídica la declaración autorizada del órgano judicial que pusiera en evidencia la mala fé de una de las partes¹⁶⁶).

¹⁶³) La tesis de Polonia era que el derecho a interpretar un tratado corresponde exclusivamente a las partes, UN GAOR (IV) Commission politique spéciale, 8ème séance, pag. 34. En sentido favorable a la petición se pronunciaron entre otros: Suecia, *ibid.*, 9ème séance, pag. 39; Noruega, *ibid.*, pag. 41; India, *ibid.*, 10ème séance, pag. 42; Africa del Sur y China, *ibid.*, pag. 43.

¹⁶⁴) «il est évident qu'il s'agit d'un différend aux termes des traités de paix; en conséquence, les trois Gouvernements sont obligés de nommer des agents chargés de les représenter aux commissions prévues par lesdits traités. Toutefois, étant donné que cette opinion est contestée, la délégation de la Norvège reconnaît que la méthode la plus sage consisterait à demander à la Cour internationale de Justice, en vertu de l'Article 96 de la Charte, un avis consultatif sur la question préliminaire: existe-t-il un différend?» GAOR 1949, Commission Politique Spéciale, 9ème séance, pag. 41. En el mismo sentido Suecia, *loc. cit.*, pag. 39; India, pag. 42; Africa del Sur, pag. 43; China, pag. 43; Australia, pag. 44.

La posición de la delegación francesa fué un tanto reservada. Apoyó la petición de dictámen, pero no sobre la base de la mera interpretación de una cláusula convencional, ya que no reconocía, en contra de algunas manifestaciones anteriores, «que l'Assemblée est compétente pour demander à la Cour internationale de Justice l'interprétation de n'importe quelle disposition de n'importe quel traité», sino sobre la base de la protección internacional a los derechos del hombre. Vid. GAOR, *loc. cit.* 14ème séance, pag. 61.

¹⁶⁵) Y en este sentido se pronunció el TIJ. Avis, Interpretation des traités de paix, 18 juillet 1950, pags. 227 y sigts.

¹⁶⁶) El representante del Reino Unido en el debate de la aceptación de la o.c. declaró: "The Court . . . had merely stated that the three governments were obliged under the treaties to appoint their representatives . . . Their action was all the more reprehensible because failure to fulfil their legal obligation obstructed the implementation of the treaty provisions", GAOR 1950, Ad Hoc Pol. Com. 4th Meeting, pag. 21.

La resolución 385 (V) de la A. G. adoptando la decisión del TIJ recogió ambos argumentos; durante los debates, tanto en comisión como en la sesión plenaria, los delegados de los países comunistas se dejaron llevar a manifestaciones impensables en los tiempos de la S. de N. en crítica de la actuación del TIJ¹⁶⁷).

Pero afirmada esta conducta ilegal, como contraria al principio de la buena fé, la Asamblea hubo de reconocer su impotencia para obtener una solución práctica¹⁶⁸).

3. Cuestión del Africa Suroccidental

Los cuatro dictámenes que el Tribunal de La Haya ha dado sobre esta materia son un buen ejemplo de las posibilidades y a la vez de las deficiencias del procedimiento consultivo¹⁶⁹).

Desde los primeros momentos de las N.U. el mandato de Africa del Sur sobre este territorio se presentó como una fuente de conflictos. En efecto, los informes que el gobierno de este país venía elevando a la Cuarta Comisión de las N.U. sobre su administración, no presuponían, según la interpretación que ese gobierno le daba, aceptación de las N.U. como órgano de control, en tanto que organización internacional, de su gestión como Potencia mandataria¹⁷⁰). Pero ante las crecientes críticas que en las

¹⁶⁷) El representante de la URSS puso en tela de juicio la competencia del TIJ: "had no competence to give an advisory opinion, as requested by the General Assembly in resolution 294 (IV). He noted that Article 96 of the Charter authorized requests for advisory opinions on legal questions only. In fact the matter ... was not a legal question, the advisory opinion was illegal because it deals with a non-existent dispute" GAOR 1950, Ad Hoc Pol. Com. 5th Meeting, pag. 26.

¹⁶⁸) GAOR, 1950, Séances Plénières: «L'Assemblée ne peut certainement faire moins que de prononcer une telle condamnation. Les relations amicales entre les Etats sont fondées sur leur respect des obligations ...», pag. 390.

El caso presentó una notable semejanza con otro planteado por el gobierno del Reino Unido al Privy Council ante la negativa del gobierno de Irlanda del Norte a nombrar representante en la Comisión de Límites entre el Estado Libre de Irlanda e Irlanda del Norte, según el mecanismo previsto en el tratado de 1921. La Comisión debería estar integrada por tres miembros, dos por los respectivos representantes de estos países y el tercero nombrado por el Reino Unido. La opinión del Privy Council entonces, como más tarde del TIJ, fué que no habiendo sido previsto en el tratado de 1921 el mecanismo de sustitución, ante la inactividad de alguna de las partes en el nombramiento de su representante, no existía medio legal alguno, según los términos de ese tratado, para crear la mencionada comisión.

¹⁶⁹) En realidad han sido seis decisiones ya, las adoptadas por el TIJ en la materia; a esos cuatro dictámenes hay que añadir dos sentencias que aquí quedan fuera de nuestra consideración.

¹⁷⁰) Declaración del representante de Africa del Sur: "although those reports would be rendered on the assumption that the United Nations had no supervisory jurisdiction

N.U. encontraba la política de discriminación racial y de anexión del territorio, el gobierno de Africa del Sur aduciendo falta de colaboración en las N.U. se negó a seguir transmitiendo dichos informes. El conflicto quedó así planteado entre este Estado y la mayor parte de los miembros de las N.U., contrarios a tal política.

Los términos jurídicos del conflicto no eran del todo simples. En efecto, en el sistema de mandatos de la S. de N. los «C», al que pertenecía este territorio, fueron administrados como «parte integrante» de la potencia mandataria. En el caso concreto, a esta situación jurídica se añadía la situación fáctica de la contigüidad geográfica. ¿Que significación tenía la resolución de la S. de N. de 18 de abril de 1946?¹⁷¹⁾ Africa del Sur entendía que al desaparecer la S. de N. había desaparecido una de las partes contratantes y se había extinguido por consiguiente el mandato. Si por el contrario, la institución rebasaba los términos de una relación contractual y las N.U. habían recibido en «herencia» esa «misión sagrada», preciso sería esclarecer el contenido y término de esa obligación, así como también la relación que respecto del mandato Africa del Sur tenía con las N.U.

Algunos países se inclinaron inicialmente a resolver de manera directa la cuestión por una resolución de la A.G.¹⁷²⁾, pero terminó prevaleciendo la propuesta de Bélgica de formulación de una consulta sobre el tema al

over South West Africa, they would serve to keep the United Nations informed in the same way as it was kept informed of conditions in the Non-Self-Governing Territories by means of information transmitted under Article 73 e. Those declarations constituted a unilateral undertaking designed to promote understanding, good will and the co-operation to which the Charter so frequently referred”, GAOR, 1949, 4th Comm., pag. 200. “the Government of the Union of South Africa had undertaken to furnish reports on a purely voluntary basis”, *ibid.*, pag. 203.

¹⁷¹⁾ “The Assembly takes note of the expressed intentions of the Members of the League now administering territories under mandate to continue to administer them . . . in accordance with the obligations contained in the respective mandates, until other arrangements have been agreed between the UN and the respective Mandatory Powers”, S. d. N., J. O. 1946 Sup. Spéc. No. 194. En la interpretación de algunos Estados esta resolución manifestaba claramente la intención de continuar el sistema de mandatos en la nueva forma de la tutela.

¹⁷²⁾ Vid. réplica de Francia a la argumentación de Liberia que propugnaba esta solución. En toda sociedad democrática hay reglas que obligan a la mayoría y a la minoría y son la mejor garantía y protección. La Asamblea carece de soberanía; en la Carta la regla del art. 2,7 limita las competencias de la A.G. GAOR, 1949, 4th. Comm., pag. 230. El argumento, cierto en lo sustancial, pasaba por alto como cuestión previa la de si realmente el status del Suroeste Africano caía o no dentro de la reserva del art. 2,7. La delegación filipina no era partidaria de la consulta al TIJ para evitar la posible contradicción entre el pronunciamiento de la A.G. y éste. *Ibid.*, pag. 207.

TIJ. El valor de este primer dictamen fué el de la fijación del status internacional de Africa Suroccidental.

En opinión del TIJ la extinción de la S. de N. no extinguió automáticamente el mandato sobre este territorio: «Le Mandat n'avait de commun que le nom avec les notions, d'ailleurs diverses, de mandat en droit interne. Le but du Mandat régi par des règles internationales dépassait de beaucoup celui de rapports contractuels régis par un droit national»¹⁷³). Dicho mandato contenía obligaciones, que a su vez eran concreción de «la misión sagrada de civilización», cuya ejecución no dependía de la S. de N.

Pieza esencial en el sistema de mandatos era el control internacional que pasó a las N. U. y dentro de ellas, como órgano más próximo al Consejo de la S. de N., que era el que entonces lo ejerció, a la A.G.¹⁷⁴). Ahora bien, puesto que en la referida resolución de 1946 de la Asamblea de la S. de N. no puede verse la imposición a Africa del Sur de obligaciones suplementarias en contra de su voluntad, «Le degré de surveillance à exercer par l'Assemblée générale ne saurait donc dépasser celui qui a été appliqué sous le Régime des Mandats et devrait être conforme, autant que possible, à la procédure suivi en la matière par le Conseil de la Société des Nations»¹⁷⁵). Cualquier modificación de este sistema deberá efectuarse de común acuerdo entre las N. U. y Africa del Sur¹⁷⁶).

El TIJ buscó en esa solución equilibrar principios contrarios:

a) era evidente que no se había producido una «sucesión universal» de la S. de N. en las N. U. Todo lo contrario, por razones sobre todo políticas, las N. U. evitaron toda conexión con el sistema de la S. de N.

b) En respeto a la soberanía de los Estados y, supuesta la inexistencia de una obligación jurídica por parte de Africa del Sur de colocar el territorio administrado como mandato bajo el nuevo sistema de Tutela de las N. U. que aunque análogo no era igual al de los mandatos, cualquier modificación del contenido de la obligación de Africa del Sur en cuanto Potencia mandataria, exigía el consentimiento de ésta¹⁷⁷).

¹⁷³) CIJ Rec. des Arrêts 1950, pag. 132.

¹⁷⁴) *Ibid.*, pag. 137. Afirmación esta del TIJ que no es evidente por si misma. En su op. dis. el Juez Fitzmaurice en el asunto sobre Namibia ha dado una prueba exhaustiva de las discrepancias entre ambos órganos. Vid. CIJ Rec. des Arrêts 1971, pag. 231 y sigts.

¹⁷⁵) CIJ Rec. des Arrêts 1950, pag. 138.

¹⁷⁶) *Ibid.*, pag. 144, dispositivo de la sentencia, letra C.

¹⁷⁷) Probablemente el TIJ se quedó aquí a medio camino. Si con razón los rasgos institucionales del mandato le llevan a la negación de la extinción de este y a la permanencia de la «misión sagrada» que pasa ahora a las N. U., el Tribunal podría haber considerado igualmente si por exigencias internas de la misma institución — y dando

c) El control a ejercer por los órganos de la A. G. tendría como límite el ejercido bajo el sistema de mandatos.

El Tribunal rechazó en cambio la idea de que el art. 80,2 contuviera una obligación de negociar y concluir un acuerdo de tutela: «La Cour ne saurait toutefois déduire de ces considérations générales une obligation juridique, pour les Etats mandataires, de conclure ou de négocier de tels accords»¹⁷⁸).

En 1950 pareció sin duda esta solución lo suficientemente equilibrada y justa; pero implicaba notables riesgos, que sólo la experiencia posterior puso de manifiesto. Si tenemos, de un lado, la fuerte tendencia a la descolonización que se manifestó en los primeros años de las N. U., y de otro, el decidido propósito de Africa del Sur, manifestado desde el principio, de anexionar este territorio, no es de extrañar que de hecho el fallo no condujera a resultados prácticos.

Verdad es que nada hay en el fallo de 1950 que expresamente sugiera la idea de una «cristalización del sistema de mandatos», pero no es menos evidente que en la solución final no se tuvieron suficientemente en cuenta los elementos dinámicos de una sociedad internacional en trance de modificaciones estructurales profundas. La o. c. de 1950 fué así origen de una disfunción entre esas realidades y las soluciones dadas por el TIJ en este asunto.

A la luz de los acontecimientos posteriores aparece mucho más luminosa que la decisión mayoritaria, la opinión disidente del juez Ch. De Visscher que interpretando el art. 80,1 de la Carta en el sentido de excluir «une coexistence prolongée de deux régimes», atribuía al párrafo 2 de ese mismo artículo la imposición a las partes, N. U. y Africa del Sur, de la obligación de negociar y concluir un acuerdo de tutela.

La o. c. de 1950 abría, pues, nuevas cuestiones jurídicas, algunas de las cuales motivaron los dictámenes de 1955 y 1956 sobre el mismo tema. Por lo que a la primera de estas dos se refiere, los términos son conocidos: Puesto que la A. G. había considerado que los informes y peticiones referentes al territorio de Africa Suroccidental eran cuestiones importantes, le venía aplicando la regla de la mayoría de dos tercios. Africa del Sur alegaba que debería seguirse en la votación el sistema de unanimidad absoluta, esto es, incluido el voto de Africa del Sur, puesto que tal fué el procedimiento practicado por el Consejo de la S. de N. Actuar de otra forma

como aceptable la interpretación de la resolución de 1946 de la Asamblea de la S. de N. — no implicaba para Africa del Sur la aceptación de que sus obligaciones quedaran modificadas.

¹⁷⁸) *Ibid.*, pag. 140.

sería aumentar el grado de vigilancia del sistema de la S. de N. y, consiguientemente, sobrepasar los límites fijados por la o. c. de 1950.

El TIJ en decisión poco matizada, aunque sin duda certera en el fondo, llegó a la conclusión de que esta práctica no era contraria a la o. c. de 1950: «Les mots «le degré de surveillance» se rapportent à l'étendue de la surveillance réelle ainsi exercée et non pas à la manière suivant laquelle s'exprime la volonté collective de l'Assemblée générale»¹⁷⁹⁾. El sentido natural y ordinario de estos términos — seguía diciendo el Tribunal — no debe interpretarse como refiriéndose a las cuestiones de procedimiento. El art. F — concluía — que impone la mayoría de dos tercios, «ne peut être considéré comme instituant un degré de surveillance plus grand que celui qu'avait envisagé l'avis antérieur de la Cour»¹⁸⁰⁾. En otro sentido, la A. G. es el órgano competente según la Carta para fijar los métodos de supervisión, el TIJ al reconocerle esta competencia implícitamente aceptó que el ejercicio de esta función se hiciera en conformidad con la Carta. La A. G. no puede ejercer este control por otro sistema su propia constitución le marca¹⁸¹⁾.

En el dictámen de 1956 el TIJ hubo de contestar a la consulta formulada por la A. G. sobre si era contraria a la o. c. de 1950 la práctica del Comité del Suroeste Africano, creado por ella, al conceder éste audiencia a los peticionarios en materias relativas a dicho territorio. El Tribunal partió de la afirmación formulada en 1950 según la cual el control se ejercía principalmente a través de los informes anuales y de las peticiones. Reconoció que efectivamente en los tiempos de la S. de N. la Comisión Permanente de Mandatos nunca concedió audiencia a los peticionarios, pero al mismo tiempo hacía la salvedad de que en ningún caso la o. c. de 1950 podía ser interpretada como una cristalización del sistema de mandatos al nivel que este hubiera alcanzado en 1946. Faltando en el caso concreto la cooperación de la Potencia mandataria y siendo en interés tanto de ésta como del mismo sistema, que la vigilancia de la A. G. se ejerza sobre hechos controlados en

¹⁷⁹⁾ CIJ, Rec. des Arrêts 1955, pag. 72.

¹⁸⁰⁾ *Ibid.*, pag. 73.

¹⁸¹⁾ En su opinión individual el juez *Lauterpacht* llegó al mismo resultado, pero a través de una argumentación notablemente diferente y sin duda, más certera: a) No parece efectivamente claro que en el fallo de 1950 quedaran excluidas las cuestiones de procedimiento de la noción de grado de vigilancia. b) El TIJ parece aceptar que una modificación del procedimiento de voto en la A.G. es imposible y, por lo tanto, la A. G. se conforma en la medida de sus posibilidades a la o.c. de 1950 al aceptar la mayoría de dos tercios, que es la más rigurosa. Pero no hay razón alguna concluyente que demuestre que la A.G. no podía establecer otra regla de votación. c) Las decisiones de la A.G. carecen de la fuerza de obligar que tenían las decisiones del Consejo de la S. de N. Por ello no es descaminado sostener que el grado de vigilancia no ha aumentado.

la medida de lo posible, no era disconforme con la o. c. de 1950 la aceptación de esa práctica ¹⁸²⁾).

En la última decisión sobre este territorio, ahora denominado Namibia, se solicitó del TIJ la determinación de las consecuencias jurídicas nacidas de la presencia de Africa del Sur en él a pesar de la resolución 276 del C. de S. El dictamen se sitúa en una línea diferente a la de los tres anteriores por cuanto, confirmando la resolución del C. de S. y la 2145 (XXI) de la A. G., declara la cesación del mandato y la obligación de Africa del Sur de retirar su administración de dicho territorio. A la vez impone a los Estados miembros de las N. U. la obligación de reconocer la ilegalidad de la presencia de Africa del Sur en Namibia y la abstención de todo acto de reconocimiento de esta presencia; a los no miembros la de prestar ayuda a las N. U. en su acción respecto de Namibia.

Desde distintos aspectos esta decisión resulta criticable; sin entrar en las particularidades del fondo, señalemos en lo que importa a nuestro tema, alguno de los defectos:

a) De nuevo este dictamen pone de manifiesto la relatividad de la distinción entre «punto» y «diferencia» y por consiguiente el peligro de enmascarar en el ropaje de una o. c. lo que en realidad es una diferencia entre Estados. La interposición de una organización internacional puede llevar a la negación de la posición procesal de parte al Estado más directamente interesado ¹⁸³⁾. Sólo mediante un formalismo legalista el Tribunal intentó rechazar la objeción formulada en este sentido por Africa del Sur, pero sin que sus argumentos lleguen a convencer ¹⁸⁴⁾.

b) En el mismo sentido carecen de fuerza de convencimiento los argumentos con los que el Tribunal razona su Ordenanza de 29 de Enero de 1971, negando a Africa del Sur su petición de nombrar un juez *ad hoc* ¹⁸⁵⁾.

c) La ruptura con la jurisprudencia sentada en los tres dictámenes

¹⁸²⁾ De nuevo otra vez en este dictamen la opinión individual de Sir H. Lauterpacht puntualizaba certeramente que la conclusión a que el Tribunal llegaba sólo era justa en atención a las circunstancias del caso. El se distanciaba de la o. c. en la medida en que el carácter abstracto de la pregunta y de la contestación podrían dar la impresión que esa práctica del Comité sería conforme con la decisión de 1950 "even if there is present the necessary co-operation on the part of the Union of South Africa" (CIJ, Rec. des Arrêts 1956, pag. 39).

¹⁸³⁾ Objeción grave ésta, y que de acuerdo con la opinión disidente del juez Gros (CIJ Rec. des Arrêts 1971, pag. 331), nos-otros también creemos que lesiona las exigencias básicas de una buena administración de justicia.

¹⁸⁴⁾ Vid. *loc. cit.*, pags. 22, 23 y sobre todo 24.

¹⁸⁵⁾ Problema relacionado íntimamente con el de la existencia o no de una diferencia entre dos o más Estados. A este propósito merecen ser citadas en extenso las palabras de Gros en su opinión disidente: «dire comme le fait l'avis, qu'il n'y a pas de différend et que l'application des articles 82 et 83 du Règlement ne se pose pas, c'est supposer que

anteriores se pone de manifiesto si tenemos en cuenta que el TIJ adopta en él — claro está que a sólo los efectos de la extinción o caducidad del mandato — la tesis contractualista defendida por Africa del Sur desde el principio para justificar la anexión. En contra de ella el TIJ entonces adoptó la tesis institucionalista para afirmar la continuidad del mandato y de la «sagrada misión» ^{185 a)}.

d) Finalmente, una vez más, este dictamen pone de manifiesto la exigencia de que el TIJ, si quiere realizar una auténtica función judicial, descienda al control de la legalidad de las decisiones de los órganos de las N. U. No basta la mera presunción de la validez o regularidad de estos actos ¹⁸⁶⁾.

El gobierno francés en su exposición escrita y el de Africa del Sur a lo largo de todo el proceso han hecho valer la objeción del exceso de poder en que había incurrido la A. G. en su resolución 2145 (XXI). En una argumentación defectuosa en donde se mezclan nociones del Derecho de contratos, principios generales del Derecho, y se interpretan mal las funciones de un tribunal internacional en materia de resolución de obligaciones convencionales, se pone en evidencia la resistencia del Tribunal a realizar un examen en profundidad de esa legalidad.

En esta conyuntura el TIJ no ha sabido probablemente mantener la adecuada distancia respecto de la acción política que exige toda administración de justicia. El conflicto político sigue estando planteado en el choque de tendencias, la de Africa del Sur, de un lado, en su intención de anexión — contraria sustancialmente a la misión que le fué confiada y la consecuente mala fé con que ha actuado como Potencia mandataria —, y de otro, el propósito del creciente grupo de países del Tercer Mundo, firmemente apoyados por el bloque comunista, para el que la terminación del mandato sólo puede desembocar en la independencia del territorio, a conseguir en el plazo más breve posible ¹⁸⁷⁾. Tomadas las cuatro decisiones en conjunto se advierte en la última, por relación a las demás, un abandono progresivo de la razón del Derecho para sustituirla por motivaciones políticas a cuyo servicio se coloca la argumentación jurídica.

la Cour a pu résoudre, dès le premier jour du procès, la question de fond, c'est-à-dire l'existence de la compétence des Nations Unies pour révoquer le mandat . . . Refuser le juge *ad hoc* demandé par l'Afrique du Sud avant d'avoir élucidé cette question de fond c'était irrémédiablement préjuger celle-ci . . . » *loc. cit.*, pag. 330.

^{185 a)} Vid. Rec. des Arrêts 1971, pags. 42—47.

¹⁸⁶⁾ Avis, *loc. cit.*, pag. 22. Bien es verdad que es ésta una cuestión en la que el Tribunal tiene las manos atadas por los mismos textos constitucionales, según él lo formulara correctamente en su o. c. sobre Algunos Gastos de las N. U. Vid. CIJ Rec. des Arrêts 1962, pag. 168.

¹⁸⁷⁾ En este sentido es oportuna la declaración de Fitzmaurice en su opinión disidente, *loc. cit.*, pag. 298.

4. Dictámenes sobre cuestiones de organización internacional

Hemos reunido en esta última categoría un grupo de seis o. c. dadas hasta ahora por el TIJ sobre problemas de organización internacional. Sin conexión alguna entre sí, en cuanto al contenido, presentan en su conjunto una aportación del más alto interés del Tribunal de La Haya a la teoría de la organización internacional y al mantenimiento de la *rule of law* en las actividades de estos organismos¹⁸⁸). Pasemos a la consideración pormenorizada de cada uno de estos fallos.

En el dictámen de 13 de julio de 1954 le fué consultado al TIJ por la A. G. en virtud de Res. 785 (VIII) el eventual derecho que ésta tendría «por una razón cualquiera» a negarse a ejecutar la sentencia del Tribunal Administrativo de las N. U. que otorgaba indemnización a un funcionario de dicha organización. Este tribunal había sido creado por la A. G. y según el art. 10,2 de su propio Estatuto sus sentencias eran definitivas y sin apelación. Puesto que la A. G., bien que como órgano subsidiario, dentro del ámbito de sus poderes implícitos lo había creado como verdadero tribunal, mientras no modificara sus Estatuto, estaba en la obligación de respetar su naturaleza judicial. La decisión del TIJ fué aceptada por Res. 888 (IX)¹⁸⁹).

En la o. c. de 23 de octubre de 1956 el TIJ hubo de contestar otra consulta formulada por el Consejo ejecutivo de la UNESCO quien de acuerdo con lo establecido en el art. XII del Estatuto del Tribunal Administrativo de la OIT, había decidido recurrir las sentencias dadas por éste en favor de funcionarios de la UNESCO. Las circunstancias de este caso, tanto en los aspectos formales como en los de fondo, eran notablemente distintas a las del caso anterior. En primer lugar, de manera excepcional y en virtud del mencionado art. XII la o. c. del TIJ «tenía fuerza de obligar»; en segundo, la decisión de éste era en cierto sentido una sentencia en apelación que llevaba ínsito un complicado problema de igualdad procesal por cuanto sólo una de las partes podía sustanciar el recurso y comparecer ante el TIJ. Pero en la apreciación que hizo de ellas el TIJ, sobre todo después del remedio ingenioso de la segunda, no consideró que constituían obstáculos a su decisión.

¹⁸⁸) Debemos insistir en el carácter relativo de esta clasificación por cuanto, por otro título, alguno de los dictámenes aquí incluidos pudieran haberlo sido en otro apartado y según otros criterios.

¹⁸⁹) Si bien algunos Estados, aceptando la opinión, criticaron y sugirieron la modificación del Estatuto del Tribunal Administrativo. Vid. GAOR, 5th Comm. 1954, pag. 271.

El mencionado art. XII limita el recurso al TIJ a dos supuestos. A saber, cuando el Consejo Ejecutivo discuta la competencia del Tribunal Administrativo o cuando ésta esté viciada por un defecto esencial en el procedimiento seguido. El TIJ en una argumentación bien trabada llegó a la conclusión de que el Tribunal había actuado dentro del marco de su competencia y, consecuentemente, no podía ser discutida la validez de la sentencia por él dada ¹⁹⁰).

En el dictámen de 8 de junio de 1960 el TIJ hubo de resolver un problema interpretativo de la constitución de un organismo especializado. Siendo la IMCO un organismo especializado de las N. U. y como tal autorizado por la A. G. a solicitar o. c., la Asamblea de esta organización decidió acudir en consulta al TIJ. Se había planteado en el seno de ella la cuestión de la conformidad o disconformidad con la convención que creó dicha organización, de la elección de miembros para formar el Comité de la Seguridad Marítima, órgano de ella. El TIJ llegó a la conclusión de que el art. 28 a) de esa convención tomó como criterio único en determinación de los ocho países que «poseen las flotas mercantes más importantes» el del tonelaje matriculado en ellos, sin que hubiera, por consiguiente, lugar a examinar la tesis del lazo sustancial ¹⁹¹).

En cuanto al efecto de estas decisiones, no parece haber existido dificultad alguna. Los órganos correspondientes han conformado su conducta a las directrices dadas en ellas por el TIJ.

a) Reparación por daños sufridos al servicio de las N. U.

Por res. 258 (III) la A. G. acudió al TIJ en consulta. El problema encerraba todo un cúmulo de interrogantes que constituían, a su vez, puntos centrales de la doctrina moderna de la personalidad jurídico-internacional, de la responsabilidad internacional, de la noción de poderes implícitos así como de la técnica misma en la determinación de las competencias transferidas a la organización internacional. La discusión de la cuestión en la A. G. se inició sobre un informe del Secretario General en el que se insinuaba una primacía del derecho de reclamación de la Organización sobre el del Estado nacional, aunque sin excluirlo. El fundamento de la reclamación, se dijo ya en los debates, en el caso de la organización y faltando la base de la nacionalidad, se debería hacer sobre la función misma ¹⁹²). En los

¹⁹⁰) CIJ Rec. des Arrêts 1956, pags. 95 y sigts.

¹⁹¹) CIJ Rec. des Arrêts 1960, pag. 171. El supuesto presentaba ciertas analogías con el de Admisión en las N. U.

¹⁹²) Vid. GAOR, 1948, 6th Committee, pags. 519 y sigts. El hecho era enteramente nuevo y no fué tratado en la Conferencia de San Francisco. Las reclamaciones por ruptura

debates se discutió ampliamente el sentido y alcance de la reclamación insinuándose que hasta podría haber lugar a formular una reclamación de carácter punitivo¹⁹³). En la misma forma se planteaba también como una novedad en las instituciones internacionales, supuesto el derecho de las N. U. para formular en nombre propio una reclamación internacional, el modo de hacerlo.

Puesto que el dictámen es muy conocido nos abstenemos de entrar en su análisis. Baste decir que la aceptación de la o. c. no planteó muchas dificultades en la A. G. y en consecuencia el Secretario General formuló en nombre de la organización las correspondientes reclamaciones¹⁹⁴).

b) Reservas a la Convención sobre Genocidio

Aunque de alcance menor que el dictamen anterior, éste sobre las reservas no ha dejado de producir su efecto sobre la teoría general del tratado internacional, si bien sus efectos inmediatos quedaron ceñidos a esta convención.

de contrato que el Secretario General había formulado hasta entonces se fundaban en el Derecho privado. Según Sir Fitzmaurice: "although legal capacity under private law had been given to the United Nations at San Francisco, it had not been given capacity under international law ... the representatives at San Francisco had deliberately avoided raising the issue because they did not wish to make the United Nations into a kind of super-State. It was to remain an association of States. Its position as an international entity was controversial", *ibid.*, pag. 522. Sobre la protección funcional, *ibid.*, pag. 259, donde se encuentra una referencia a los poderes implícitos.

¹⁹³) Feller, representante del Secretario General propuso inicialmente la reparación de carácter punitivo, *loc. cit.*, pag. 534, pero este criterio fué combatido especialmente por los representantes de Francia y de Egipto, pags. 528 y 523. Sobre los cuatro criterios a tomar en cuenta en la reclamación vid. Feller, pag. 534. Es interesante hacer observar que en la determinación de la cuantía del daño las valoraciones fueron las usuales en el Derecho norteamericano, lo que en cierto sentido va en contra de la regla de Derecho Internacional Privado de la *lex loci commissi*. Vid. GAOR 1948, 6th Comm., pag. 536.

¹⁹⁴) Los países comunistas habían sido contrarios a la solicitud de dictámen. Vid. Checoslovaquia, GAOR, 1948, 6th Comm., pag. 539. URSS, pag. 544, que admitía sólo la reclamación «après consultation avec l'Etat dont la victime est un ressortissant» y sólo ante los tribunales del Estado responsable. En caso de que este Estado no estimara la reclamación sería la propia organización quien resarciría del daño a la víctima o a sus causahabientes.

Después del dictámen esta oposición siguió siendo viva en estos países: GAOR, 1949, 6th Com., pags. 296—7 K o r e t s k y (URSS) «L'Assemblée n'est pas donc tenue de se conformer à cet avis et, pour le moins, elle est en droit de le discuter ... la Cour, dans cette réponse, a porté atteinte aux fondements mêmes du droit international existant, en vertu duquel la souveraineté des Etats doit être intégralement respectée ... Par conséquent, on est fondé à dire que la Cour est intervenue sans raison valable et illégalement ...».

Los antecedentes son conocidos: En su condición de depositario de esta convención, se le planteó al Secretario General de las N. U. la dificultad de aceptar instrumentos de ratificación de dicha convención que iban provistos de reservas que en principio la invalidaban.

Las tesis entre los distintos países miembros de las N. U. estaban encontradas. Los países comunistas eran contrarios a la extensión de toda función de carácter internacional que limitara la libertad de los Estados¹⁹⁵); los Estados americanos se sentían inclinados a trasladar al sistema de las N. U. el particular de la OEA¹⁹⁶); en ciertos Estados europeos se manifestaba inclinación a flexibilizar el sistema tradicional¹⁹⁷); finalmente, en algunos otros Estados europeos había oposición cerrada a toda modificación de la regla tradicional.

En esta situación, se vió en la A. G. la necesidad de acudir al asesoramiento de un organismo técnico, bien fuera la Comisión de Derecho Internacional, bien el TIJ¹⁹⁸); la tesis que terminó prevaleciendo fué la remisión a ambos¹⁹⁹).

La aceptación de la opinión dió lugar a algunas dificultades en la A. G. El proyecto de resolución recogía las directrices señaladas por los dos organismos consultados, pero la marcada oposición que se había manifestado

¹⁹⁵) Polonia: "He considered that the principle of the unanimous acceptance of reservations constituted a serious violation of the rights of Governments which were in the minority" GAOR, 1950, 6th Com., pag. 48, URSS *ibid.*, pag. 62.

¹⁹⁶) Aunque todos los Estados de este grupo eran partidarios de la remisión de la cuestión al TIJ para consulta. Vid. crítica de Fitzmaurice: "A much graver matter was the desire of the Latin-American countries to see their system adopted for the purpose of United Nations Conventions; and the fact that they could count on a large number of votes in the Committee made the danger even more serious", *ibid.*, pag. 63.

¹⁹⁷) Sobre todo Inglaterra, *ibid.*, pag. 34.

¹⁹⁸) El bloque de países comunistas fué contrario a la remisión al TIJ: «the proposal to refer the question to the International Court of Justice for an advisory opinion ... was also unacceptable ... That was clear from the wording of the question to be submitted for an advisory opinion ... that any opinion given by the International Court of Justice in the matter should be binding upon all signatories ... the question would not be an abstract and juridical one, as the matter was being presented, but a dispute», *ibid.*, pag. 62. Vid también URSS GAOR Séances Plénières, 1950, pag. 426 y Polonia *ibid.*, pag. 427: «c'est un principe de droit international bien établi que le droit d'interpréter un traité ou de solliciter une interprétation est réservé à ceux qui l'ont signé et ratifié».

¹⁹⁹) La propuesta de remisión al TIJ fué defendida con esta argumentación: "When an organ of the U. N. was in doubt concerning the precise juridical position on a given point, it should appeal to the Court as the principal judiciary organ of the United Nations".

Entre otros Estados fueron partidarios de la remisión al TIJ, Inglaterra, USA, Francia, Suecia, Canada, Holanda, China, Australia, Irán, Grecia, México, Chile, Yugoslavia, Venezuela etc.

en el seno de la Sexta Comisión se reanudó en la Sesión plenaria en apoyo de una propuesta de enmienda al proyecto presentado por el delegado de Holanda²⁰⁰). Adoptado finalmente el proyecto por una amplia mayoría por la resolución 598 (VI) tuvo como efecto inmediato recomendar en su parte dispositiva a todos los Estados "that they be guided in regard to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide by advisory opinion of ICJ of 28 May 1951", y al Secretario General le ordenaba conformar su práctica como depositario respecto de ésta Convención a la mencionada o. c.²⁰¹).

c) Algunos Gastos de las N. U.

Las operaciones de pacificación de las N. U. en el Oriente Medio (UNEF) y en el Congo (ONUC) habían supuesto para la Organización una notable carga financiera que la llevó al borde de la bancarrota. Algunos Estados se negaban a contribuir a esos gastos por estimar que no eran gastos de la Organización en el sentido del art. 17 de la Carta²⁰²). Las diferencias de criterio manifestadas en los distintos Estados miembros sobre el modo de subvenir a esos gastos rebasaba con mucho la importancia práctica del caso concreto por cuanto afectaba a la estructura misma de las N. U.²⁰³).

²⁰⁰) M. Roling razonaba así su enmienda: «Sur ce point, la Sixième Commission aurait dû donner une réponse explicite à la demande d'instructions du Secrétaire général. L'amendement présenté par la délégation des Pays-Bas [A/2055] a pour premier objet, précisément, de lui fournir ces directives; ... en fait, cette formule, qui laisse à chaque Etat le soin de tirer les conséquences juridiques de certains événements, n'exprime nullement une règle de droit. Elle ne traduit rien d'autre qu'un état d'anarchie juridique», GAOR, 1952, 6e Sess. Séances plénières, pag. 368. La propuesta fué apoyada por Mme Bastid, delegada de Francia que veía en el proyecto «une assez curieuse réminiscence de la théorie de l'autolimitation», pag. 369; Inglaterra *ibid.*, pag. 370.

²⁰¹) Un efecto mediato de la o. c. hay que verlo en la forma en la que la Convención de Viena sobre Tratados ha regulado el problema de las reservas.

²⁰²) Con ocasión de la discusión en la Quinta Comisión del proyecto de aceptación de la o. c. el representante de USA agrupó en cuatro categorías a los Estados miembros respecto de este asunto: primero, aquellos que habían contribuido en las operaciones de pacificación en el Congo y Oriente Medio y manifestaban seguir contribuyendo; segundo, los que aceptaban tal obligación, pero se veían en la imposibilidad de cumplirla por razones varias; tercero, los que creían sinceramente que no existía esa obligación legal, pero que la aceptaban según los términos de la o. c.; finalmente aquellos otros, pocos en número, que se habían negado antes de la o. c. y habían repetido después su negativa a pagar. Vid. GAOR, 1962, 5th Com., pag. 339.

²⁰³) El mismo delegado manifestó: "... the case of 'Certain Expenses of the United Nations' was the most important question which had ever been before the Court. The case raised questions of a fundamental character, such as the role and the rule of international law, the standing of the International Court of Justice, the relation of the

En la discusión del asunto en la A. G. fueron utilizados diversos argumentos en apoyo de los distintos criterios: Algunos Estados consideraron que las Grandes Potencias tenían un deber especial de contribuir en razón de su responsabilidad colectiva en el mantenimiento de la paz ²⁰⁴); otros que debería atenderse a la capacidad económica de cada Miembro ²⁰⁵); otros el del interés especial de algunos Estados y, finalmente, el criterio de los países comunistas que estimaron que esos gastos debían ser soportados íntegramente por los Estados colonialistas, culpables de la agresión y causantes, por lo tanto, de los gastos ²⁰⁶).

Una vez más la A. G. resolvió acudir al TIJ en petición de dictamen como medio de resolver la discrepancia de pareceres (Res. 1731 (XVI)). Los términos de esta decisión son conocidos:

«lorsque l'Organisation prend des mesures dont on peut dire à juste titre qu'elles sont appropriées à l'accomplissement des buts déclarés des Nations Unies, il est à présumer que cette action ne dépasse pas les pouvoirs de l'Organisation . . . Si l'action a été entreprise par un organe qui n'y était pas habilité, il s'agit d'une irrégularité concernant cette économie interne, mais il n'en ressort pas nécessairement que la dépense encourue n'était pas une dépense de l'Organisation» ²⁰⁷).

En el debate en la Quinta Comisión para la aceptación de esta o. c. volvieron a reproducirse las actitudes anteriores y especialmente la oposición de Francia ²⁰⁸) y sobre todo de los países comunistas ²⁰⁹); pero terminó prevaleciendo la tesis de la aceptación ²¹⁰).

General Assembly to the Court, the ability of the United Nations to keep the peace, and the financial integrity of the Organization" GAOR, 1962, 5th. Com., 961st. Meet., pag. 277.

²⁰⁴) España: GAOR, 1961, 5th Com., pag. 315. En el mismo sentido Argentina y Ecuador, pag. 312.

²⁰⁵) Este criterio combinado por el de la responsabilidad colectiva general: Dinamarca, Italia, *loc. cit.*, pags. 316 y 320.

²⁰⁶) URSS: "The present deficit was partly due to the fact that the United Nations had had to take certain measures following aggressive acts committed by the United Kingdom and France in the Middle East. Those countries, and not the entire membership of the United Nations, should be made to bear the financial consequences" GAOR, 1961, 5th Com., 910th Meet., pag. 361.

Francia discutió la legalidad misma de la creación de las Fuerzas de las N. U., *ibid.*, pag. 317, por este motivo introdujo una enmienda al proyecto de resolución (A/5062). El TIJ, se razonaba, no podía fijar el alcance de las resoluciones adoptadas aprobando los gastos de las N. U. sin establecer previamente las obligaciones que tales resoluciones habían impuesto a los Estados miembros, *loc. cit.*, pag. 1151.

²⁰⁷) CJI Rec. des Arrêts 1962, pag. 168.

²⁰⁸) "His Government" — decía su representante — "had not wished formally to oppose the operations which certain Member States had seen fit to undertake in the

V. - Consideraciones finales

Si tratamos ahora de recapitular, en una visión final de conjunto, las ideas centrales de esta exposición, cabe destacar las siguientes:

Una de las posibles interpretaciones del art. 14 del Pacto fué la concepción del Tribunal de La Haya como un órgano de asesoramiento (inclusive con carácter reservado o secreto) de los órganos políticos de la S. de N. Pero esta función se compadecía mal con la competencia contenciosa indudablemente judicial, que era la principal. Por influencia anglosajona, en la que sin duda fué determinante la práctica judicial interna en materia consultiva de Inglaterra y los Estados Unidos, el TPJI orientó la función consultiva como actividad netamente judicial, asimilándola en la medida de lo posible a la competencia contenciosa.

Tal determinación fué decisiva en la fijación de la naturaleza de los dictámenes como decisiones de carácter judicial. Pero esta asimilación no ha estado exenta de riesgos y tergiversaciones. La primera y principal fué la confusión sobre el carácter vinculante o no de las o. c., que fué constante en la S. de N. y que no ha sido enteramente superada en las N. U.

Consiguientemente, está sin dilucidar la relación en que están el dictamen del Tribunal y el acto de aprobación y la resolución o decisión del órgano solicitante que la contiene. ¿Qué significación jurídica hay que atribuir a la aprobación o simplemente, acto de «tomar nota» de esa o. c. por el órgano que la solicitó?. Si las decisiones del Tribunal fijan con autoridad la existencia y el contenido de la regla internacional — cosa que ningún Estado, salvo los del bloque comunista, se ha atrevido a poner en tela de juicio — parece lógico que el órgano solicitante, sino quiere incurrir en desprecio de esa misma regla, conforme su conducta a la decisión judicial. Por otra parte, parece que la decisión, resolución o recomendación de este órgano no puede ser entendida como un acto en revisión o control del fallo del Tribunal.

En otro orden de ideas, esa asimilación entre dictámenes y sentencias, para acentuar el carácter judicial de los primeros, de un lado, y la persistencia, de otro, de la vieja idea del dictamen como elemento asesor y

Congo, purely as a gesture of international understanding. It had not agreed to those operations and could not therefore be required to contribute to their financing”, GAOR, 1962, 5th Com., 962nd Meet., pags, 284—5.

²⁰⁹⁾ “The URSS would not participate in the financing of those two illegal operations and did not recognize the validity of the advisory opinion of the Court”, *ibid.*, pag. 280. Y más adelante: “He hoped [el delegado soviético] that the United Nations would not accept the advisory opinion of the International Court of Justice . . .”, pag. 340.

²¹⁰⁾ Res. 1854 A (XVII).

orientador de la conducta del órgano de una organización, han llevado a contradicciones y deficiencias que afectan a la esencia misma de la correcta administración de justicia. En el procedimiento consultivo no hay partes procesales, todo lo más «Estados directamente interesados». Con frecuencia el TIJ para obviar esta objeción ha utilizado el argumento de que la o.c. ha sido solicitada por la A.G. y a ella va dirigida. Pero este es un argumento de formalismo legal, falto a veces de conexión con la realidad y de fuerza de convencimiento.

Las exigencias de una correcta administración de justicia imponen aquí profundas revisiones en la estructuración de la competencia consultiva y de las relaciones de ésta con la contenciosa. Dada la importancia creciente de las organizaciones internacionales debería quizá retocarse el art. 34 del Estatuto del TIJ concediendo *ius standi* a éstas. Puesto que en el procedimiento consultivo pueden resultar afectados muy directamente derechos de los Estados, parece existir una razón de conveniencia, sino ya de justicia, para que se conceda a éstos un derecho de sustanciación del procedimiento. Si la vía normal de la acción judicial de las N.U. y organismos especializados va a seguir siendo el dictámen consultivo ante el TIJ, y en ellos se sustancian procedimientos que en realidad son diferencias entre la Organización y un Estado miembro (caso de Namibia) habrá que ir al reconocimiento de parte procesal en él al Estado o Estados directamente interesados. A pesar de esa creciente importancia de las organizaciones internacionales, es indiscutible que amplias zonas de la actividad de éstas están sustraídas al imperio de la *rule of law*. El dictámen consultivo viene siendo un remedio a esta notable deficiencia; pues bien la práctica internacional, analizada en las páginas que anteceden, nos lleva a la convicción de que una buena administración de justicia exige que el juez internacional en estas materias (Caso de *Algunos Gastos de las N.U.* p.ej.) sea también juez de la legalidad o constitucionalidad.

Pero dentro de estos inconvenientes y deficiencias, es indudable que la jurisprudencia consultiva de ambos Tribunales de La Haya presenta aspectos muy positivos. En comparación con la contenciosa es superior a ésta. Ha sido la consultiva y no la contenciosa la que, en esa línea de diversificación del procedimiento judicial o arbitral internacional a que aludíamos en las primeras páginas, ha realizado aportaciones valiosas al desarrollo de temas centrales del Derecho internacional y particularmente de las organizaciones internacionales.

Una última observación de carácter estructural: entre la competencia contenciosa y la consultiva se da una profunda diferencia respecto al grado

en que ambas comprometen la independencia judicial. Es una constante que invariablemente se viene dando desde los primeros tiempos de la S. de N.; salvo algunos casos de excepción, los dictámenes han conllevado siempre un notable trasfondo político. Pues bien, si en la administración de la justicia interna la independencia judicial es siempre una garantía de la buena administración, ante ese incremento de tareas en la justicia internacional, cabe preguntarse si el modo de designación de sus jueces, la composición del TIJ y su relación con las N.U. la garantizan suficientemente.

Summary

Considerations on the Basis and Effects of the Advisory Opinions

International organization has a great impact upon the institutionalization of international justice. On the one hand, the international organizations have given continuity to judicial instances transforming them into "permanent" ones. On the other hand, the connection between judicial instances and international organizations has originated the advisory opinion as a new form of judicial decision.

As an imperfect legal system, international law is not familiar with the categories of judgments usually found in municipal law. In fact, advisory opinions are not declarative judgments at all. However, this does not diminish the value of the advisory opinion as an appropriate mean for the development of the judicial procedure.

The several procedural issues in the advisory jurisdictions of both Hague Courts may be subdivided in the following generic types:

- a) disputes between States with intermission of an international organ applying for that opinion,
- b) disputes arising from an international organization dealing with contents or exercise of a transferred competence. In this case we have a "constitutional interpretation",
- c) disputes arising from the so-called internal law of the international organization,
- d) finally, all the other cases where legal issues are involved in political questions. The judicial settlement is here used as a pressure instrument on the reluctant State or group of States.

This will lead us to another statement: It has been mainly by way of the advisory opinion that the connection between the organization's systems for the maintenance of international peace and security and the pacific settlement of disputes has been created. Indeed, the use of the Court for advisory opinions as an instrument for the settlement of international disputes is not conclusive. It has been done with risks for the basic principles underlying judicial process.

Under the system of the League of Nations we find a tendency towards the introduction of compulsory jurisdiction, supposing the unanimity of the permanent members of the Council.

Careful scrutiny of the advisory opinion of the ICJ may lead to the conclusion that the applications for advisory opinion have depended upon the will of the majority of States in the General Assembly of the United Nations.

The will of States is of great importance and is an essential element in the successful application for advisory opinions. Consequently, control of the regularity of the request seems necessary for due process. Both Hague Courts have been very reluctant in reviewing the legality of the application.

The most important contention relating to the judicial character of advisory opinions seems to be the inferred injury to basic principles of procedural law. *Audiat et altera pars* and the consensual basis of international judicial settlement are general principles of international law. Accordingly, it seems to be a postulate of justice to grant those States whose interests are involved in an advisory proceeding a right to plead their case before the Court. The practice of the ICJ shows that controversial cases are occasionally real disputes between the Organization and a Member-State (*Namibia-case*). Therefore, it is found essential for the proper functioning of the international litigation to allow a *ius standi* to the State or States in dispute with the Organization.

Apart from these inconveniences and gaps, the advisory jurisdiction has, no doubt, a great deal of positive aspects. It has been the advisory and not the contentious jurisdiction that has made the most valuable contribution to the development of the basic principles of international law, in particular to that of international organization. Advisory jurisdiction has, as far as possible, secured the rule of law in international organization.