

LA CREACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL POR LAS NACIONES UNIDAS

JORGE CASTAÑEDA *

I. LOS NUEVOS ASPECTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LA POSGUERRA

DESDE la segunda Guerra Mundial han surgido, tanto en el orden político como en el económico, numerosos fenómenos y corrientes que han tenido un fuerte impacto sobre el contenido y el alcance del derecho internacional contemporáneo.

Uno de los cambios esenciales que ha contribuido a moldear el nuevo derecho internacional radica en la universalización de su ámbito de aplicación. En los últimos años ha cambiado toda la geografía del derecho de gentes. Por primera vez en la historia, este ordenamiento tiene un carácter auténticamente universal. Como sostiene el jurista holandés B. V. A. Röling,¹ la esfera de aplicación del derecho internacional se ha ampliado a lo largo de tres etapas sucesivas: en la primera, este cuerpo de normas era creado por las naciones cristianas y sólo se aplicaba entre ellas; en la segunda, que duró hasta épocas muy recientes, su esfera de acción se extendía a las llamadas “naciones civilizadas”; recuérdese a este propósito que el artículo 38 del Estatuto de la actual Corte Internacional de Justicia, el cual enumera las fuentes del derecho internacional, aún se refiere, como una reminiscencia de ese período, a “los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Sólo hasta nuestra época, hasta el advenimiento de la Carta de las Naciones Unidas, en el que el único criterio de ingreso a la organización mundial es el de ser Estado “amante de la paz”, el derecho internacional ha llegado a tener un carácter verdaderamente universal. Debido sobre todo a la manera liberal en que las Naciones Unidas han interpretado

* Miembro del Servicio Exterior Mexicano desde 1950, ha desempeñado importantes cargos en la Secretaría de Relaciones Exteriores de la cual es actualmente Director en Jefe. Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México, de la Escuela Libre de Derecho, de El Colegio de México, donde dirige un seminario de investigación sobre la Política Exterior de México, y de la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Ha dictado conferencias también en las universidades de Columbia, Yale, Howard, Princeton, El Cairo, Niza y Valladolid. Como embajador de México ha representado a este país ante otros gobiernos y en la Organización de las Naciones Unidas y ha participado en numerosas conferencias internacionales. Es miembro de la Comisión de Derecho Internacional de la organización mundial, del *Institut de Droit International*, de la *International Law Association* y del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Es autor de importantes libros y artículos sobre cuestiones internacionales en español, inglés y francés.

¹ *International Law in an Expanded World*. Djambatan-Amsterdam, 1960.

en la práctica este requisito y a los ingresos "en bloque" de Estados a la Organización, este tercer período, el de los Estados "amantes de la paz", representa en verdad el período de la universalidad del derecho internacional.

Esta nueva y ampliada sociedad internacional, como es natural, ha perdido en homogeneidad y cohesión. Ya no está formada exclusivamente, o aun en su mayoría, por Estados antiguos, relativamente industrializados y prósperos, ideológicamente afines y herederos de la tradición jurídica y cultural de Occidente. El derecho internacional, creado por ese conjunto de "naciones civilizadas" para su propio uso y a su imagen y semejanza, por así decirlo, ya no refleja del todo las necesidades de la nueva comunidad internacional. El orden jurídico internacional creado por aquella sociedad meramente conciliaba la libertad de cada miembro con la libertad de los demás, del mismo modo que el típico Estado liberal de esa época, que ya prácticamente no conoce la nuestra, se contentaba con ser un guardián del orden entre los ciudadanos.

En cambio, ese mismo derecho internacional reconocía y consagraba en favor de las "naciones civilizadas" una ley de dominación (*a ruler's law*, la llama Röling) que regulaba las relaciones entre tales "naciones civilizadas" y casi todo el mundo extraeuropeo. Lo que podría llamarse derecho colonial, institucionalizado en la Conferencia de Berlín sobre el Congo, de 1885, constituía una parte esencial e integrante del derecho internacional tradicional. Del mismo modo, una importante regla en materia de responsabilidad del Estado, según la cual el extranjero puede en ciertos casos reclamar legalmente mayores derechos que los nacionales, no es en la práctica sino una expresión de ese *ruler's law* que regía las relaciones entre las "naciones civilizadas" y las "no civilizadas" o las "menos civilizadas". Otra característica de ese derecho internacional clásico, contra la cual se rebelan ahora los nuevos Estados, es el tratado desigual, el tratado leonino, por el que *sheiks*, jefes tribales o caudillos militares establecían protectorados sobre sus pueblos u otorgaban concesiones casi perpetuas a precio vil para explotar sus recursos naturales. Las reglas tradicionales sobre los daños causados a extranjeros fueron un verdadero azote para los países latinoamericanos y contribuyeron a frenar su desarrollo.

La nueva comunidad internacional, formada en su mayoría por países escasamente desarrollados, entre los cuales hay buen número de antiguos colonias, tiene distintas necesidades y aspiraciones, y requiere en consecuencia adecuar a ellas su derecho. La mayoría de sus miembros exige la revisión de aquellos sectores del derecho internacional tradicional que reflejan esa situación de desigualdad y de dominio.

Pero no basta con revisar y modificar esos aspectos. Es preciso completar el derecho internacional tradicional con nuevos capítulos. Así como el Estado moderno, alejándose de un concepto puramente formal de la igualdad entre los ciudadanos, se vio precisado a crear toda una legislación social, una legislación protectora, fundada en el reconocimiento de que ciertos grupos sociales están en situación de desventaja

frente a otros grupos económicamente más poderosos, la sociedad internacional tendrá que crear instituciones y normas que ofrezcan a los Estados poco desarrollados no sólo protección, sino medios para acelerar su evolución.

El vertiginoso avance de la técnica abre perspectivas ilimitadas para contribuir al desarrollo de las naciones pobres y atrasadas. Pero hasta hoy la técnica ha servido más para incrementar la distancia que separa a las prósperas de las indigentes y no para reducirla. Así como los gobiernos actuales, cual más cual menos, han tenido que abandonar un anacrónico *laissez faire* para participar activamente en la vida económica de sus países, promoviendo la ocupación plena e impulsando el desarrollo económico, la sociedad internacional contemporánea ya no podrá mirar con indiferencia y pasividad el retraso creciente de algunos de sus miembros.

Si algún aforismo se ha repetido hasta la saciedad en la posguerra es el de que la prosperidad es indivisible. La miseria y el subdesarrollo en una región afectan a toda la comunidad internacional. No obstante, los conceptos de la prosperidad solidaria y de la responsabilidad mutua aún no se traducen en normas internacionales que les den realidad jurídica. Diríase que el principio de la cooperación económica internacional, a pesar de representar una de las necesidades más imperiosas de esta época, todavía no se desprende del todo del reino de la moral en el que surgió para entrar de lleno al ámbito del derecho.

Como pensaría quizá el jurista de genio que fue Maurice Hauriou, autor de una de las más hermosas y sugestivas teorías del derecho público, la teoría de la institución —que por cierto todavía está en busca de un buen intérprete que la traslade al derecho internacional—, la cooperación económica internacional está en vías de convertirse en una “institución”, pero todavía no llega verdaderamente a serlo. El proceso de despersonalización y de objetivación de esa *idée d'oeuvre* (como la llamaba Hauriou), que es la primera etapa en la génesis de una institución, ya está avanzando. La idea del esfuerzo cooperativo, de la responsabilidad mutua, de que existe una obligación de dar y un derecho a recibir, flota ya con peso propio en el ambiente internacional, pero aún no reúne, en la medida necesaria, lo que Hauriou llamaba una “comunidad de voluntades” que la convierta en un sistema orgánico de normas, cumplidas mediante los órganos y los procedimientos que se creen para ello, esto es, en una “institución”. Lo que llegará acaso a ser el capítulo más importante del derecho internacional del siglo xx está aún por escribirse.

En resumen, el derecho internacional del próximo futuro no podrá contentarse sólo con afirmar la libertad política y la integridad territorial de unos Estados frente a otros y con proveer métodos para el arreglo pacífico de las controversias, sino que deberá procurar el surgimiento de condiciones que impidan esas controversias. Estas condiciones consisten fundamentalmente, primero, en la liquidación de las normas internacionales que reflejan y convalidan situaciones de desigualdad, heredadas

de la época en que el derecho internacional fue creado por una oligarquía internacional, llamada "las naciones civilizadas", para su uso y beneficio; y segundo, en la creación de normas internacionales que ofrezcan protección a los Estados débiles frente a los más fuertes y que estimulen, regulen y garanticen la cooperación económica internacional.

Estos objetivos están aún alejados. Entretanto, el acceso a la vida independiente de unos ochenta Estados, desde la segunda Guerra Mundial, ha creado un nuevo problema: el de saber en qué medida y condiciones estos Estados nuevos, que no contribuyeron a la creación del derecho internacional que encontraron al nacer y cuyas disposiciones no traducen con frecuencia sus aspiraciones e intereses, están obligados por el cuerpo de sus disposiciones. Entre los nuevos Estados se advierte en general una aquiescencia menor en aceptar numerosas reglas del derecho de gentes tradicional que entre los países más antiguos y desarrollados. A veces, los nuevos Estados expresan de manera indirecta su recelo, pero en ocasiones se rebelan directamente contra la aplicación de reglas que tuvieron su origen y razón de ser en condiciones ya periclitadas. El examen detenido de este fascinante problema nos alejaría demasiado del tema central del presente artículo. Basta con señalarlo y observar que ha sido objeto de especial estudio durante los últimos años.²

II. LAS FORMAS DE CREACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL POR LAS NACIONES UNIDAS

Como es natural, el foro internacional que en mayor grado ha resentido tanto los cambios acaecidos en la posguerra, como los nuevos problemas que se advierten en el derecho internacional contemporáneo, es el de las Naciones Unidas. De ahí que resulte lógico el examen de la manera en que dichas tendencias novedosas se han visto reflejadas en la creación de normas jurídicas internacionales por ese Organismo.

Las Naciones Unidas crean derecho internacional en dos formas distintas: la primera consiste en la apertura de cauces jurídicos a la acción política de sus propios órganos; y la segunda, en promover directamente la labor de codificación y desarrollo progresivo del derecho de gentes, mediante las conferencias y las convenciones de codificación.

La primera se refiere, sobre todo, a materias que pertenecen en mayor grado al "derecho político" y se expresa casi siempre en las resoluciones de sus órganos.³ Un ejemplo típico de ella lo constituye la "Declaración sobre la concesión de independencia a los países y a los pueblos colonia-

² El autor ha tratado ese tema en dos artículos: uno intitulado "The Underdeveloped Nations and the Development of International Law". *International Organization*, vol. XV, núm. I, 1961; y el otro "Un Nuevo Derecho para una Época Nueva". *Revista de la Universidad de México*, diciembre de 1960.

³ El título de la obra más conocida, por cierto excelente, que estudia el tema describe claramente esa actividad de las Naciones Unidas: Rosalyn Higgins, *The development of International Law through the Political Organs of the United Nations*. Oxford University Press, 1963.

les" (Resolución 1514 [XV]). La segunda forma de creación culmina, normalmente, en tratados multilaterales, como en las convenciones sobre el Derecho del Mar de 1958. Sólo este segundo método es objeto del presente estudio.

El órgano de las Naciones Unidas que realiza la labor principal en el terreno de la codificación es la Comisión de Derecho Internacional. Este órgano está compuesto por 25 expertos elegidos por la Asamblea General a título individual, los cuales representan, en términos generales, tanto las diversas escuelas y tendencias jurídicas como las regiones geográficas, aunque no a sus respectivos gobiernos. Su función principal consiste en elaborar proyectos de convención que después son discutidos y adoptados en grandes conferencias de plenipotenciarios. Pero la Comisión no es el único órgano que tiene esa misión. A veces, por razones diversas, se ha encargado la formación sistemática de órdenes normativos generales a órganos creados *ex profeso*. Así, la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos elaboró, y la Asamblea General aprobó, un "Tratado sobre principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la luna y otros cuerpos celestes" (Res. 1962 [XVIII]). De igual modo, otro órgano compuesto también de Estados y no de expertos individuales, creado *ad hoc* por la Asamblea, está formulando el régimen jurídico de los fondos oceánicos más allá de los límites de la jurisdicción nacional. Por último, otra Comisión de Estados viene redactando, en términos jurídicos, los principios esenciales que contiene la Carta de las Naciones Unidas acerca de la coexistencia pacífica de los Estados.⁴

Tratándose del espacio exterior, la necesidad de propiciar un acuerdo entre las dos potencias espaciales, lo cual era requisito indispensable para establecer ese régimen jurídico, así como la estrecha relación de ese tema con el desarme, justificaban hasta cierto punto que se encargara esa tarea a un órgano de Estados y no a la Comisión de Derecho Internacional. En lo que toca al régimen de los fondos oceánicos, las razones por las que no se encomendó esa obra a la Comisión de Derecho Internacional son menos evidentes. Esta Comisión había logrado redactar, con gran éxito, los proyectos de convención que hoy constituyen, en su conjunto, un código orgánico y casi completo del derecho del mar. Por lo que hace a los principios de la coexistencia pacífica, si bien en la Asamblea se discutió en un principio, de 1961 a 1963, si tal empresa podía encargarse a la Comisión de Derecho Internacional, una mayoría de miembros favoreció crear, debido al carácter acentuadamente político de la obra, una comisión especial de Estados. Pero fuera de los casos indicados, la tarea de preparar la codificación del derecho inter-

⁴ Con el fin de eludir los términos "coexistencia pacífica", la Asamblea General llamó a este órgano el "Comité Especial de los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados".

nacional se ha encomendado casi del todo a la Comisión de Derecho Internacional.⁵

III. LA OBRA DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. GENERALIDADES

Han transcurrido 22 años desde que la Comisión se echó a cuestras la difícil tarea de codificar y desarrollar progresivamente el derecho internacional. Se dispone ya de una perspectiva histórica suficiente para evaluar con rigor lo que se ha logrado en este dominio, así como para precisar lo que aún falta recorrer para alcanzar el objetivo lejano de codificar todo ese ordenamiento.

Los primeros debates, tanto en la Asamblea General como en la propia Comisión, acerca de las condiciones poco favorables que imperaban en la posguerra para impulsar la codificación, así como la aceptación tan limitada de los primeros trabajos de la Comisión por la Asamblea, por no decir su rechazo, no permitían presagios halagüeños sobre el futuro proceso de codificación del derecho internacional.

Como en otros aspectos de la actividad de las Naciones Unidas, empero, la situación ha cambiado mucho en estos últimos veinte años. A pesar de la concepción acentuadamente política de la Carta, dentro de la cual se reservó tan escaso sitio a los principios de la justicia y del derecho en la solución pacífica de las controversias, y en general, en la vida de la Organización, la actividad de ésta ha ejercido con el tiempo una gran influencia en el desarrollo del derecho internacional. Casi todos los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional se han convertido en convenciones internacionales que han logrado amplia aceptación en la comunidad internacional. La Comisión ha ganado, con ello, un gran prestigio. Para entender ese resultado se hace necesario, pues, analizar la medida del éxito obtenido, estudiar sus causas, así como las razones por las que algunos proyectos de la Comisión de Derecho Internacional, por fortuna reducidos en número, no fueron aceptados. Este análisis permitirá a la vez inferir conclusiones que sirvan de orientación en el trabajo futuro de codificación.

IV. LAS MATERIAS CUYA CODIFICACIÓN CONCLUYÓ O ESTÁ EN VÍAS DE TERMINAR

Con base en los resultados ya logrados y en el avance de los trabajos, puede vaticinarse que en breve plazo se habrá concluido la codifica-

⁵ El artículo 15 del Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional distingue entre "codificación", cuando hace falta formular con mayor precisión y sistematizar las reglas de derecho internacional en terrenos en que existe ya una práctica estatal considerable, precedentes y opiniones doctrinales, y "desarrollo progresivo del derecho internacional", cuando precisa redactar convenciones sobre temas aún no regidos por el derecho internacional o respecto de los cuales el derecho no está aún suficientemente desarrollado en la práctica de los Estados. Esta distinción teórica ha perdido mucho de su interés. El mismo trabajo de la Comisión de Derecho Internacional ha comprobado que no es de fácil aplicación. Como lo explicó la propia

ción de varios capítulos del derecho internacional. En efecto, hasta el presente se han terminado, o están considerablemente avanzados, los siguientes trabajos:

1) Todo ese gran capítulo del derecho internacional referente a las relaciones e inmunidades, esto es, casi todo el derecho diplomático. Hasta ahora han entrado en vigor una convención firmada en 1961 sobre las relaciones e inmunidades diplomáticas y otra en 1963 sobre las relaciones consulares. En 1969, la Asamblea General de las Naciones Unidas, que hizo las veces de conferencia de plenipotenciarios a este fin, adoptó y abrió a la firma una convención sobre las misiones especiales, esto es, sobre la llamada diplomacia *ad hoc* que ha adquirido tanta importancia en las últimas décadas. Con base en cinco informes sucesivos del relator especial, señor Abdulah El-Erian, la Comisión de Derecho Internacional deberá terminar, para 1971, uno o más proyectos de convención sobre los diversos aspectos del tema genérico llamado "relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales". Los proyectos versan sobre la situación, inmunidades y privilegios de las misiones permanentes ante los organismos internacionales, de los representantes y de los demás miembros de las misiones, así como de las misiones permanentes de observadores y de los delegados ante los órganos de las organizaciones internacionales y ante las conferencias internacionales.

2) Prácticamente todo el derecho del mar. Con base en los proyectos de la Comisión, se abrieron a la firma en Ginebra en 1958, cuatro convenciones que versan respectivamente sobre el mar territorial, la alta mar, la conservación de los recursos vivos del mar y las pesquerías y, por último, la plataforma continental. Estas cuatro convenciones constituyen, en su conjunto, un código casi completo del derecho del mar. Como es sabido, quedó pendiente, tanto en aquella conferencia como en la de 1960, la cuestión de la anchura del mar territorial, sobre la cual no se llegó a un acuerdo. Sin embargo, no es seguro que ello haya significado necesariamente un mal. Las opiniones de los Estados estaban entonces sumamente divididas y cualquier regla que se hubiera podido adoptar, ya sea estableciendo una anchura de seis millas de mar territorial más otras seis de zona exclusiva de pesca, o bien, un mar territorial de doce millas, hubiera sido el resultado de mayorías sumamente pequeñas. Durante los años transcurridos desde entonces, la regla de las doce millas ha ganado un número considerable de adeptos y se ha consolidado hasta el grado de que se la suele considerar como la regla vigente en la actualidad. Seguramente pronto se celebrará una nueva conferencia sobre el derecho del mar que convalide esta situación y que acaso procure, al propio tiempo, fijar el límite exterior de la plataforma continental con una mayor precisión. Como se señaló antes, la cuestión del régimen

Comisión en su introducción general a los proyectos de convención sobre el derecho del mar, los dos procesos tienden a complementarse en la práctica y suele resultar difícil distinguir entre las dos nociones. En el presente artículo se emplea generalmente la palabra "codificación" como término genérico que designa una u otra actividades, o ambas a la vez.

jurídico de los fondos oceánicos, más allá del límite de la jurisdicción nacional, está siendo estudiado por otro órgano de las Naciones Unidas.

3) Todo el derecho de los tratados. Con base en otro espléndido proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, elaborado después de 18 años de esfuerzos, una conferencia internacional reunida en Viena aprobó, en mayo de 1969, una convención sobre el Derecho de los Tratados. Sólo falta codificar el aspecto del Derecho de los Tratados que se relaciona con las organizaciones internacionales. La Comisión de Derecho Internacional empieza ya a acometer este tópico.

4) Una convención abierta a la firma en 1961 para reducir los casos de apatridia, que todavía no entra en vigor.

5) La Comisión ha avanzado en el estudio de la responsabilidad de los Estados. De 1955 a 1962, la Comisión examinó varios proyectos sucesivos del entonces relator especial, señor F. García Amador, de Cuba, que estudiaban especialmente la cuestión de los daños causados a extranjeros y la responsabilidad internacional que podía originarse de estos daños. Después de reexaminar el estado de los trabajos en 1962, al dejar de pertenecer a la Comisión el señor García Amador, aquélla nombró relator especial al señor Roberto Ago, de Italia.

El nuevo relator especial ha abordado el tema en una forma completamente distinta. Con aprobación de la Comisión, el relator especial ha centrado su estudio en la determinación de los principios que rigen la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos internacionales, manteniendo una rigurosa distinción entre esa labor y la de definir las normas que imponen a los Estados las obligaciones cuya violación puede entrañar responsabilidad, en particular las obligaciones de los Estados en relación con los extranjeros establecidos en su territorio. En una primera fase, el relator se propone determinar las circunstancias que permiten comprobar la existencia de un hecho ilícito internacional imputable a un Estado y que da origen, en cuanto tal, a responsabilidad internacional. En una segunda etapa, se examinarán las consecuencias que el derecho internacional atribuye al hecho ilícito internacional, a fin de definir el contenido, las formas y los grados de responsabilidad. El segundo informe del relator especial (AC/CN.4/230 de abril de 1970) contiene ya los primeros proyectos de artículos para la codificación de esta materia.

6) La Comisión ha avanzado igualmente en el estudio de la sucesión de Estados. La Comisión dividió este tema en dos. El primer aspecto se refiere a la sucesión de Estados en materia de tratados, y el segundo, a la sucesión en lo que respecta a materias distintas de los tratados. La Comisión nombró relator especial para el primer tópico a Sir Humphrey Waldock, de la Gran Bretaña, y para el segundo al señor Mohammed Bedjaoui, de Argelia. La Comisión probablemente terminará el estudio de estos dos temas en los próximos tres o cuatro años.

7) La Comisión ha iniciado también el examen de la cláusula de la nación más favorecida, a la luz de ciertos desarrollos recientes. Fue nombrado relator especial el señor E. Ustor, de Hungría.

Los trabajos terminados por la Comisión, o en vías de concluirse, comprenden una parte muy considerable de la lista de los 14 temas seleccionados en 1949 por la Comisión como susceptibles de codificación. Cuando se creó la Comisión de Derecho Internacional, en ese año, el Secretario General encomendó al jurista inglés, H. Lauterpacht, que procediera a un estudio sistemático de todo el campo del derecho internacional, a fin de sugerir las materias que se prestaran a la codificación. El memorándum que elaboró (A/CN.4/1/Rev.1) consideró 25 materias, de las cuales la Comisión seleccionó una lista provisional de 14 temas. Son los siguientes: régimen de la alta mar; régimen del mar territorial; nacionalidad, incluida la apatridia; derecho de los tratados; relaciones e inmunidades diplomáticas; relaciones e inmunidades consulares; procedimiento arbitral; sucesión de Estados y gobiernos; responsabilidad de los Estados; reconocimiento de Estados y de gobiernos; inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes; jurisdicción con respecto a delitos cometidos fuera del territorio nacional; trato a los extranjeros; derecho de asilo.

La Comisión de Derecho Internacional ha sometido proyectos definitivos o informes sobre las primeras siete materias enumeradas. Además, como se indicó, tanto la responsabilidad de los Estados como la sucesión de Estados son actualmente objeto de estudio por parte de la Comisión. Las cinco materias restantes no han sido objeto de ningún proyecto definitivo ni de informes, ni se examinan tampoco en la actualidad.

Además, la Comisión debatió en 1967 si debía iniciar activamente el estudio del derecho de asilo y del régimen de las aguas históricas, incluidas las bahías históricas, que la Asamblea General le había remitido como temas adicionales en 1959. Sin embargo, la Comisión no les quiso otorgar un carácter prioritario porque la mayoría de sus miembros dudaron que hubiera llegado el momento de examinar activamente uno u otro de esos temas, tanto por las implicaciones políticas que tenían como porque iniciar su examen, en esos momentos, podría retrasar la terminación de los trabajos pendientes sobre los temas ya comenzados.

En lo que toca al trato a los extranjeros, no se ha examinado directamente hasta ahora como tópico específico. Constituía la parte central del tema de la responsabilidad del Estado, tal como primero lo concibió y trató la Comisión, conforme a los proyectos del relator especial, García Amador. Pero como se indicó líneas arriba, al aplicar una metodología más rigurosa para el estudio de la responsabilidad del Estado, la Comisión dejó fuera del alcance de este tema la cuestión de las reglas que rigen el trato de los extranjeros. En realidad, cuando en repetidas ocasiones la Asamblea pidió a la Comisión que acelerara sus trabajos sobre la responsabilidad del Estado, probablemente pensaba, ante todo, en la necesidad de codificar las normas relativas a las inversiones extranjeras, a las nacionalizaciones y su indemnización, a la soberanía permanente sobre los recursos naturales y otros temas conexos. No es difícil, en consecuencia, que cuando la Asamblea General examine de cerca el

contenido de los informes de la Comisión acerca de la responsabilidad del Estado, llegue a la conclusión de que es indispensable que la propia Comisión estudie con carácter prioritario, como tema autónomo y distinto de la responsabilidad, la cuestión de las reglas que rigen el trato a los extranjeros.

Sin embargo, no es probable que la Comisión inicie el estudio de un nuevo tema en los próximos tres o cuatro años, ya que deberá destinar todo su tiempo disponible a terminar los que tiene pendientes.

Como puede apreciarse, el estudio de las materias más extensas e importantes ha sido ya concluido. Los proyectos de la Comisión se convirtieron, con relativamente pocos cambios, en sendas convenciones que han tenido una gran aceptación.

V. RAZONES DEL ÉXITO DE LOS TRABAJOS DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

¿Cuáles son las razones que están en la base de ese éxito?

En primer lugar, destaca la evidente calidad de los proyectos de la Comisión de Derecho Internacional, explicada, a su vez, por el alto nivel de competencia de la mayoría de sus miembros. En segundo término, debe hacerse referencia al sistema de consultas a los gobiernos previsto en el Estatuto de la Comisión. Durante su proceso de elaboración, los proyectos son sometidos a la consideración de los gobiernos, al menos en dos o tres ocasiones sucesivas. Esto, desde luego, aparte del debate anual en la Comisión Jurídica de la Asamblea General, el cual también da oportunidad a los Estados para expresar su opinión sobre los proyectos. Como consecuencia de ello, cuando la Comisión formula su versión final existe ya cierta seguridad de que el texto habrá de ser aceptado, en una medida considerable, por la mayoría de los Estados. A esto debe añadirse la búsqueda incesante de la unanimidad: es un hecho que casi todos los proyectos de la Comisión han sido aprobados por la casi totalidad de sus miembros.

En tercer lugar, debe mencionarse la excelente organización de las grandes conferencias de codificación, en la que la Secretaría General de las Naciones Unidas ha ocupado un lugar de honor. El papel de ésta comienza desde antes, a través de sus informes, estudios e investigaciones, generalmente de alta calidad, en los que recoge y sistematiza el material de base, todo lo cual ha facilitado la tarea de los relatores especiales. En seguida, el desarrollo de la conferencia misma, la continuidad de una secretaría experimentada y la aplicación de un mismo reglamento, ya bien probado, en todas las conferencias. Una de las disposiciones de este reglamento que ha contribuido a asegurar la aceptación generalizada de las convenciones de codificación es la que exige los dos tercios de los votos presentes para la adopción, en la conferencia plenaria, de los diversos artículos de la convención y de ésta en su conjunto.

Aparte de las razones técnicas enumeradas, se han mencionado algunos otros factores a los cuales se debe el indudable éxito alcanzado en

el proceso de codificación del derecho internacional. Algunos atribuyen los resultados a la naturaleza misma de las materias codificadas. En efecto, la mayor parte de los temas seleccionados y hasta ahora codificados no pertenecen a lo que podría llamarse "derecho político", aun aceptándose que, en ocasiones, han estado en juego intereses estatales importantes, aunque no vitales. Los temas de raigambre política más evidente son precisamente aquellos respecto de los cuales aún no se inicia el proceso; esto es, la sucesión y la responsabilidad de los Estados. Todavía está por verse si se obtendrán los mismos resultados positivos con estos temas que con los precedentes, por más que también quede por demostrar, por otro lado, que los temas que conllevan una carga política mayor sean por ello inapropiados para la codificación, como frecuentemente se ha sostenido.

VI. LA CUESTIÓN DE LOS REQUISITOS QUE DEBE REUNIR UN TEMA PARA SER SUSCEPTIBLE DE CODIFICACIÓN

Aún menos podría aceptarse, como criterio para la codificación de un tema, que éste reúna determinadas condiciones que tradicionalmente se consideraban como esenciales para estimar que estaba maduro para su codificación. Generalmente se exige, a ese propósito, que exista una amplia práctica estatal más o menos generalizada y uniforme, preferentemente algunos tratados que se relacionen con la materia y cierta uniformidad en la doctrina. Pues bien, los propios trabajos de la Comisión de Derecho Internacional han contribuido a desacreditar esta idea. En lo que hace al menos a dos cuestiones importantes ocurrió exactamente lo contrario. Tratándose de la plataforma continental y del régimen de las pesquerías y conservación de los recursos vivos del mar, no estaban reunidas las condiciones mencionadas. Aún más, ni siquiera fueron concebidos inicialmente como materias que se prestaran a una codificación autónoma. En la lista de los veinticinco temas codificables que fueron propuestos a la Comisión 1949, en el estudio ya indicado, no figuraba ni uno ni otro, a pesar de que fueron codificados admirablemente, habiéndose adoptado a la postre sendas convenciones.

Conviene observar más de cerca el ejemplo de la plataforma continental con el fin de evaluar la importancia real que tienen tales requisitos.

En primer término, en lo que hace a la plataforma continental, no podía hablarse con seriedad de una verdadera costumbre, ni siquiera de una simple práctica generalizada. Si bien puede decirse que se inició una práctica con la proclama del Presidente Truman en 1945, es menester reconocer que cuando se elaboró la convención de Ginebra sobre la plataforma continental, en 1958, habían transcurrido apenas trece años. Además, esa breve práctica, en el mejor de los casos, tenía un carácter regional y no universal, ya que, aparte de dos o tres protectorados en el Golfo Pérsico que la habían adoptado, sólo tenía curso en el Continente Americano. Además de su ámbito geográfico limitado, la mencio-

nada práctica tampoco podía ser considerada como generalizada y sobre todo uniforme, ya que, en lo que toca a la cuestión esencial, esto es, al régimen de las aguas que cubren la plataforma, los Estados latinoamericanos estaban profundamente divididos. Algunos reclamaban soberanía sobre dichas aguas, mientras que otros les reconocían carácter de mar libre. No se trataba, pues, de una práctica uniforme. En lo que hace a tratados en vigor, sólo se conocía como antecedente el del Golfo de Paria, de 1942, entre Venezuela y el Reino Unido. Por último, la doctrina estaba también radicalmente dividida, ya que autores de prestigio como Georges Scelle, Shigeru Oda, Joseph Kunz, y Higgins y Colombos, estaban incluso en contra del concepto mismo de una área submarina que gozara de un régimen jurídico excepcional y distinto en favor del Estado ribereño.

A pesar de todo ello, la Comisión de Derecho Internacional, tomando en consideración sólo un factor; a saber, las necesidades de la comunidad internacional, elaboró sin base alguna en una práctica estatal generalizada, en tratados y en una doctrina uniforme, un proyecto de convención que a la postre llegó a entrar en vigor entre un número de Estado prácticamente igual al de la Convención sobre la Alta Mar que, como es sabido, no ofrecía dificultad alguna por ser puramente declarativa del derecho internacional. En realidad, fue la voluntad de los Estados, expresada sobre todo a través de los debates en la Asamblea General, lo que le dio cuerpo a esta materia. Incluso, la propia Comisión de Derecho Internacional, en un principio, no quiso recomendar a la Asamblea General que incorporara los artículos que había elaborado en una convención. Fue la Asamblea la que decidió que hubiera una convención basada en dichos artículos, con los resultados favorables ya indicados.

Estos resultados, hasta cierto punto paradójico, deberían servir de guía para el futuro. Puede afirmarse que las Naciones Unidas han obtenido resultados óptimos cuando han adoptado, como criterio decisivo de codificación, las necesidades presentes y no los usos pretéritos de la sociedad internacional. Esta experiencia confirma, por lo demás, que en nuestra época el derecho internacional ha dejado de ser una mera repetición de precedentes, una recitación ritual de lo que hacían los Estados en el pasado.

VII. LOS FRACASOS DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

Para completar el cuadro, se hace necesario agregar algunas consideraciones sobre los desaciertos de la Comisión, así como reflexionar sobre sus posibles causas. Lo primero que debe subrayarse es que el rechazo por la Asamblea General de un proyecto de la Comisión no significa necesariamente un fracaso, aunque debe reconocerse que en esa hipótesis la Comisión no logra su principal objetivo.

Un primer caso sería el informe presentado por la Comisión a la Asamblea, en 1951, sobre las reservas a las convenciones multilaterales.

La Comisión hizo suya la tesis tradicional y recomendó que se adoptara la práctica seguida por la Sociedad de Naciones, en el sentido de que la objeción a una reserva interpuesta a un tratado multilateral tiene el efecto de impedir que el Estado reservista llegue a ser parte en la convención. Este método ya no resulta adecuado a las necesidades de una sociedad más numerosa y heterogénea, la cual exige procedimientos más flexibles que toleren en mayor grado las reservas, como la llamada práctica panamericana, según la cual, *grosso modo*, el resultado de una objeción a una reserva consiste tan sólo en impedir que se establezca un vínculo jurídico entre el Estado reservista y el objetante. Las resoluciones adoptadas por la Asamblea, en 1952 y en 1959, significaron un rechazo de la tesis recomendada por la Comisión de Derecho Internacional. Los artículos acerca de la cuestión de las reservas de su proyecto de convención sobre el derecho de los tratados, aprobados por la Conferencia de Viena de 1968 y 1969, son más matizados y responden mejor a las necesidades de la sociedad internacional contemporánea.

Un segundo caso fue el proyecto sobre procedimiento arbitral. Se ha explicado este rechazo por la Asamblea en función de la razón opuesta, es decir, debido a que la Comisión fue más allá de las reglas consuetudinarias que imperaban en materia de arbitraje. Tal explicación es cierta pero resulta un tanto limitada. Para estar en condiciones de apreciar lo ocurrido habría que tomar en consideración el hecho, acaso más significativo, de que la Comisión —o por mejor decirlo, una mayoría de sus miembros, ya que las opiniones estaban sumamente divididas— no interpretó correctamente las necesidades de la actual sociedad internacional.

La Comisión formuló un rígido proyecto de procedimiento arbitral que permitía un margen muy estrecho de actuación a los Estados, con el fin sin duda laudable de impedir que las partes, una vez comenzado el procedimiento, pudieran frustrar el compromiso inicialmente asumido de arbitrar la controversia. Debido al automatismo en la secuela de actos que conducían inexorablemente a la decisión final, el procedimiento tenía más de judicial que de arbitral.

Toda esta concepción descansaba en la creencia, un tanto ingenua que privaba a principios de siglo, de la eficacia casi mágica del arbitraje obligatorio como solución a todos los males internacionales. Pero la sociedad internacional de la posguerra, integrada por Estados de regímenes y niveles tan diversos, en la que los fundamentos mismos en que se apoyan las relaciones internacionales son cuestionados, ciertamente no ofrece condiciones propicias para que prospere el arbitraje obligatorio. En una época que pone el acento en la coexistencia pacífica entre Estados muy diversos entre sí, el método más eficaz para la solución de diferencias, como la historia reciente lo demuestra, es la negociación directa.

El tercer caso es más difícil de interpretar. Poco después de la Guerra, la Comisión empezó el proceso de codificación, por iniciativa apremiante de la Asamblea, de algunos aspectos del derecho penal interna-

cional. La Asamblea examinó un laborioso proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad internacionales, formulado por la Comisión de Derecho Internacional, y encomendó a un Comité Especial que redactara un estatuto para una Corte Internacional que juzgara esos delitos. Después de algunos años y muchos esfuerzos, quizá debido al contenido de los proyectos o a otras razones difíciles de estimar, lo cierto es que, a pesar de que se reconoció la alta calidad de los proyectos, la mayoría de los Estados miembros decidió archivar indefinidamente todos los aspectos de este proceso de codificación. La situación no ha cambiado desde hace cerca de quince años.

Un caso que guarda cierta similitud es el del proyecto de Declaración de Derechos y Deberes de los Estados, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional, en su primera sesión, en 1949, a petición de la Asamblea. Por su resolución 375 (IV) del 6 de diciembre de 1949, la Asamblea General recomendó el proyecto de Declaración a la atención constante de los Estados Miembros y de los jurisperitos, pidiendo a los primeros que transmitiesen sus comentarios sobre el proyecto.⁶ En vista del escaso número de observaciones recibidas, la Asamblea decidió, en su resolución 596 (VI) del 7 de diciembre de 1951, aplazar el examen del proyecto de declaración hasta que un número suficiente de Estados hubiesen transmitido sus comentarios. Hasta fines de 1952 solamente habían respondido dieciocho Estados. Desde entonces la Asamblea no ha tomado ninguna otra decisión.

El Gobierno de México había propuesto a la Conferencia de San Francisco que enunciara esos derechos y deberes en un apéndice de la Carta de las Naciones Unidas. Los países latinoamericanos han estimado siempre que una de las grandes lagunas de la Carta es precisamente la ausencia de un capítulo que formule los derechos y deberes de los Estados, como el que contiene la Carta de la Organización de Estados Americanos. La de las Naciones Unidas, en cambio, se refiere, sobre todo en su artículo 2, a los principios que rigen la actividad de la Organización misma. No están enunciados ahí sino sólo algunos principios aislados que regulan las relaciones entre los Estados, como son el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales, la solución pacífica de las controversias y la prohibición de recurrir a la ame-

⁶ La Declaración de Derechos y Deberes de los Estados comprendía 14 artículos. El primero consagraba el derecho a la independencia; el 2, la jurisdicción del Estado sobre el territorio, personas y cosas que en él se encuentren; el 3, la no intervención; el 4, el deber de abstenerse de fomentar luchas civiles en otros Estados; el 5, la igualdad de los Estados; el 6, el respeto a los derechos humanos; el 7, el deber de velar que las condiciones que prevalezcan en el territorio de cada Estado no amenacen la paz internacional; el 8, el deber de buscar una solución pacífica a las controversias; el 9, la prohibición de recurrir a la guerra o usar la fuerza; el 10, el deber de abstenerse de ayudar al país que recurra a la guerra o a la fuerza contra el cual las Naciones Unidas ejerzan una acción coercitiva; el 11, el no reconocimiento de los frutos de la conquista, esto es, la llamada Doctrina Stimson; el 12, el derecho de legítima defensa; el 13, el deber de cumplir de buena fe las obligaciones internacionales, y el 14, el principio de la subordinación de la soberanía estatal a la supremacía del derecho internacional.

naza y al uso de la fuerza. A su vez, el artículo 1 hace alusión al principio de la igualdad soberana y al de la libre determinación de los pueblos. Pero puede considerarse, en términos generales, que la formulación en la Carta de aquellos principios que rigen las relaciones entre los Estados es incompleta. Por otra parte, no parece suficiente la mera enunciación de principios. Sería más adecuada y satisfactoria la formulación cabal de verdaderas normas jurídicas, de las cuales fluyeran los derechos y deberes subjetivos de los Estados.

La posible Declaración que hubiera podido adoptar la Asamblea habría quizá cumplido la función de ese capítulo ausente en la Carta. Pero en 1951 las grandes potencias no estaban preparadas para aceptar una declaración que hubiera definido con demasiada precisión sus derechos y sus deberes, ya que, como es sabido, la falta de precisión y de definición tiende a favorecer siempre al más fuerte. Las pequeñas y las medianas potencias eran las que tenían mayor interés en promover la Declaración, pero en esa época los deseos de las grandes hacían ley, sobre todo cuando Estados Unidos y la Unión Soviética realizaban el milagro de ponerse de acuerdo sobre algún problema. Al término de un debate bastante áspero, únicamente Bolivia, Chile, México y Yugoslavia sostuvieron la necesidad de que el asunto no se archivara y de que la Asamblea examinara los términos de la Declaración.

Por fortuna, el signo de los tiempos parece haber cambiado. Bajo el impulso de numerosos Estados, medianos y pequeños, las Naciones Unidas han desplegado un serio esfuerzo en el transcurso de los últimos cinco o seis años, encaminado a formular, en términos jurídicos, los principios jurídico-políticos esenciales de la Carta que se refieren a la coexistencia pacífica. Finalmente, después de varios años de negociación, estos esfuerzos se han visto coronados por el éxito. En mayo de 1970, el Comité Especial de los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, logró adoptar por unanimidad, en calidad de proyecto, una importante Declaración que será sometida a la consideración del XXV período de sesiones de la Asamblea General, en el otoño de 1970. El proyecto contiene una formulación jurídica, que puede constituir una guía útil y significativa para los Estados debido a su carácter relativamente preciso, de los siguientes principios: 1) la abstención por parte de los Estados, en sus relaciones internacionales, de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier otro Estado; 2) el arreglo de las controversias internacionales de los Estados por medios pacíficos; 3) la obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados; 4) la obligación de los Estados de cooperar entre sí; 5) la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos; 6) la igualdad soberana de los Estados; 7) el cumplimiento de buena fe por parte de los Estados de las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta.

Una vez que la Asamblea General haya aprobado y adoptado la referida declaración, probablemente durante la conmemoración del Vigésimo-

quinto Aniversario de las Naciones Unidas, acaso valdría la pena examinar una vez más la cuestión de una declaración de derechos y deberes de los Estados. A la luz de los siete principios enunciados, se podría examinar la posibilidad de completar o elaborar de nuevo un proyecto relativo a ese importante tópico.

En el caso de que se presente tal hipótesis, no parecería haber ningún inconveniente, serio y decisivo, para que le fuera confiada esa tarea a la Comisión de Derecho Internacional. Nada en la experiencia de sus trabajos prueba que la Comisión sea un órgano inapropiado para emprender la codificación de principios de marcado contenido político. La formulación más precisa de los grandes principios de la Carta se encuentra también dentro del campo de acción de la codificación del Derecho Internacional, y es, sin duda, su tarea más importante. No hay razón por la que la Comisión debiera permanecer al margen de esa codificación.

VIII. LAS MATERIAS QUE AÚN FALTA CODIFICAR

Conviene hacer ahora un rápido balance de lo que aún queda por codificar de las materias escogidas en 1949, o agregadas después por la Asamblea General. Aparte de la sucesión y de la responsabilidad de los Estados (y por supuesto de las otras materias cuya codificación está avanzada), han quedado pendientes el derecho de asilo y las aguas históricas, temas a los cuales la Comisión se negó a dar carácter prioritario en función de las razones antes expuestas. Además, entre las catorce materias seleccionadas en 1949, la Comisión tampoco quiso otorgarle carácter prioritario a las siguientes: reconocimiento de Estados y gobiernos; inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus propiedades; y la jurisdicción con respecto a los delitos cometidos fuera del territorio nacional. Las opiniones se encontraban sumamente divididas en cuanto a si era oportuno, o aun deseable, abordar esos temas.

En la actualidad, la Comisión está examinando, en grado diverso de adelanto, las siguientes cuatro cuestiones: relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales; la sucesión de Estados en sus dos aspectos; esto es, la sucesión en materia de tratados y la sucesión en materias distintas de los tratados; la responsabilidad de los Estados; y la cláusula de la nación más favorecida.

IX. LA CUESTIÓN DE UN PLAN GENERAL DE CODIFICACIÓN

En su obra, *Law in a Changing World*, W. Friedman ha sostenido con razón que el impacto del derecho internacional sobre las relaciones internacionales es muy limitado, no sólo debido a sus lagunas y a otras causas obvias, sino también porque hasta ahora no representa sino una colección de fragmentos esparcidos, esto es, no agrupados y articulados dentro de un todo orgánico. Esta apreciación sigue teniendo plena validez. Es conveniente que antes de terminar el mandato de los actuales

miembros de la Comisión, es decir, en 1971, sea reexaminada, con una perspectiva más lejana, la cuestión de los temas apropiados para trabajos futuros de codificación. Se podría regresar, de ese modo, a la concepción original que sin duda animaba a todos los miembros de la Comisión en 1949, cuando ésta empezó sus trabajos, pero que por razones prácticas no pudo cristalizar. Se estimó entonces que la selección de materias para la codificación debía efectuarse dentro del marco de un plan general de codificación a largo plazo, que abarcara todo el derecho internacional. El objetivo que debía alcanzarse era la codificación del derecho internacional en su conjunto, aunque la selección de las materias con las que empezara el proceso obedeciera a razones de oportunidad.

Una vez que esté más avanzada la codificación de las materias escogidas en 1949, o por lo menos de aquellas que la Comisión ha llegado a considerar con el tiempo como apropiadas para la codificación, será indispensable hacer un inventario general de la situación existente. Es de suma utilidad llevar a cabo un vasto trabajo de investigación previa, con base en el cual pueda elaborarse un plan general de codificación que tome en cuenta lo ya realizado y lo que falta todavía por conseguir. El autor de este artículo propuso a la Comisión de Derecho Internacional que se lleve a cabo esta tarea: A diferencia de lo ocurrido en 1949, cuando se la encomendó a un destacado jurista, en esta ocasión se decidió que el encargo fuera cumplido por la propia Secretaría de las Naciones Unidas.

Una vez que quede realizado el anterior propósito, se podrá acudir a esa especie de plan maestro para proceder con mayor solidez y sistema en la selección de futuros temas, y en el cual podrían insertarse, uno a uno, conforme se fueran codificando. Parece deseable que a los veinticinco años de haberse iniciado la codificación del derecho internacional por las Naciones Unidas; es decir, después de haber transcurrido prácticamente una generación, se tenga una idea clara y precisa de las materias que comprende el *corpus juris gentium* de nuestra época.