

LAS NACIONES UNIDAS Y EL DERECHO INTERNACIONAL: EL CRITERIO DETERMINANTE

GEORG SCHWARZENBERGER *

PARA QUE LA EVALUACIÓN de un sistema legal sea algo más que un ejercicio puramente subjetivo, cualquier criterio que se adopte debe justificarse sobre bases razonablemente verificables, tanto en sí mismo como en relación con otros criterios.

El fundamento de cualquier criterio de evaluación se relaciona con dos factores: el campo potencial de su utilidad y lo estrecho de su conexión con el objeto del análisis. Mientras más universal sea la posible aplicación del criterio, menos se podrá sospechar que ha sido inventado para justificar un razonamiento *ad hoc*. Igualmente, mientras mayor sea la conexión que existe entre el criterio y el derecho mismo, menos susceptible será a la objeción de que está inspirado en consideraciones extralegales.

En los estudios interdisciplinarios, una evaluación sociológica del derecho, con criterios elaborados en función de tal empresa, resultan sumamente apropiados. Para estos fines, es probable que los criterios adecuados se encuentren en la distinción entre las leyes de la sociedad y las de la comunidad, y entre tres tipos importantes de leyes: de poder, de reciprocidad y de coordinación. Estos criterios tienen validez universal, pero pertenecen al dominio de la ciencia social, en contraste con la ciencia normativa.

Por ello, ¿será posible encontrar un criterio que sea igualmente universal, pero que esté más íntimamente relacionado con el fenómeno del derecho mismo? Para encontrar tal criterio es necesario recordar una definición descriptiva del derecho que en sí misma llena el requisito de la universalidad: la definición del derecho como un conjunto de normas racionales de conducta que, de ser necesario, pueden ser determinadas en forma autorizada sobre la base del consentimiento o de la coerción, e impuestas por la aplicación de sanciones externas.

Sería difícil refutar que la importancia social de un sistema normativo cualquiera que comprenda la definición anterior aumenta o disminuye en relación con su eficacia en el cumplimiento de sus propias

* Director del London Institute of World Affairs, es también profesor de Derecho Internacional en la Universidad de Londres y miembro de la Barra de Abogados, del Consejo Ejecutivo de la Asociación de Derecho Internacional y del Instituto de Estudios Legales Avanzados de la Universidad de Londres. Es coeditor de *The Library of World Affairs*, *The Yearbook of World Affairs* y de *Current Legal Problems*, y autor de varios libros y artículos sobre política y relaciones internacionales. (Traducción de Eduardo L. Suárez.)

funciones, cualesquiera que ellas sean en un ambiente social dado. Se sigue de aquí que, para que el sistema legal no sea algo puramente nominal, se debe satisfacer una condición previa: debe existir un estado de relativa ausencia de desorden físico; o sea, la prevalencia de un estado de paz. En otras palabras, el grado en que un sistema legal puede sostener un orden *de facto* subyacente, y desempeñar sus funciones de conservación y restauración de la paz, es el primer criterio, y el determinante, de su pretensión de ser algo más que un conjunto de postulados éticos. Con este criterio, sencillo pero exigente, nos proponemos evaluar en este trabajo la importancia social del derecho internacional.

I. LAS FUNCIONES DE PRESERVACIÓN DE LA PAZ DEL DERECHO INTERNACIONAL CLÁSICO

En la sociedad internacional no organizada, o sólo organizada parcialmente, de la época anterior a la primera Guerra Mundial, las pretensiones del derecho internacional de cumplir funciones de preservación de la paz eran modestas. La práctica de los Estados se negaba a aceptar distinción alguna entre la guerra agresiva y la defensiva, como no fuese para fines de propaganda y autojustificación ante la opinión pública interna y externa. Hasta las Conferencias de Paz de la Haya, de 1899 y 1907, ni siquiera se aceptaba como obligación legal la costumbre, más frecuentemente advertida por su incumplimiento que por su acatamiento, de hacer preceder toda guerra por una declaración formal de guerra.

En la tradición casuista de los moralistas de la Iglesia, los autores naturalistas sostuvieron que la distinción entre la guerra justa y la injusta era una proposición legal. Sin embargo, eran suficientemente flexibles para conceder a sus gobernantes que la guerra en legítima defensa putativa era legal. Grocio fue más allá al considerar que "por el consentimiento de las naciones, se ha introducido la norma de que todas las guerras conducidas por ambas partes por la autoridad del poder soberano son guerras justas". Fue así como la doctrina del derecho internacional adaptaba sus postulados a los requerimientos de una práctica invariable de los Estados, y aceptaba como legal el recurso ilimitado de la guerra como la *ultima ratio regum*.

La doctrina y la práctica del derecho internacional sostenían con igual firmeza la legalidad de las medidas cercanas a la guerra, o sea de los actos de represalia que, siendo ilegales en sí mismos, adquirirían su legalidad de la ilegalidad misma del acto anterior al que responden. Aun cuando el acto ilegal previo no implicara el empleo de la fuerza armada, se consideraban permitidas las represalias militares. La única limitación consistía en que tales represalias no deberían ser desproporcionadas; una ecuación que resultaba difícil de probar con alguna certeza razonable, cuando la reacción no era idéntica al ataque.

No resulta así sorprendente que todavía en la edición de 1924 del *Treatise on International Law*, de Hall-Higgins, se lea en el índice

analítico: "Paz; véase Terminación de la Guerra". No es necesario comentar que, antes del Convenio de la Liga de las Naciones, esta divertida definición era absolutamente correcta. Cualquier autor de derecho internacional que se tomara el trabajo de definir la paz en la sociedad internacional de 1914, sólo lo habría podido hacer en términos negativos y subjetivos. Habría tenido que describir la paz como un estado legal de relaciones que las partes directamente implicadas y los terceros no consideraban como de guerra. En otras palabras, el derecho internacional clásico aceptaba abiertamente la supremacía de un sistema de política del poder en el que la guerra no es más que el punto culminante de una creciente presión política, económica y militar.

Al dotar de legalidad el recurso de la guerra por cualquier razón, el derecho internacional renunciaba a toda pretensión de controlar el ejercicio del derecho de recurrir a la guerra (*jus ad bellum*), entre los sujetos del derecho internacional. Aun así, ejercía una influencia moderadora en dos sentidos. En primer lugar, a menos que sus propios intereses directos facultaran a los terceros a intervenir en una rebelión, reconociendo a los rebeldes como insurgentes o beligerantes, el derecho internacional relegaba la guerra no internacional a la esfera de la jurisdicción exclusivamente interna del Estado soberano en que ocurría el levantamiento. Además, el derecho internacional intentaba moderar el empleo de la fuerza, permitiendo la creación de leyes de la guerra (*jus in bello*), y desalentando así todo empleo innecesario de fuerza contra las personas y la propiedad.

Mediante sus labores de codificación, las Conferencias de La Haya de 1899 y 1907 fortalecieron el cuerpo de leyes y costumbres de la guerra existente, y ayudaron a articular mejor las útiles distinciones entre combatientes y no combatientes, y entre los miembros de las fuerzas armadas y los civiles. En un sentido puramente formal, las Conferencias de La Haya pudieron incluso limitar el *jus ad bellum* existente. En las relaciones entre las partes de la Convención III de La Haya, de 1907, la iniciación legal de las hostilidades dependería en el futuro de una previa declaración de guerra, o de la presentación de un ultimátum con una declaración condicional de guerra.

Aunque sobre una base optativa, las Conferencias de La Haya también presentaron a la opinión pública la visión de un tipo de paz menos negativo, en el que los Estados que así lo desearan podrían arreglar pacíficamente las disputas internacionales, por medio de las gestiones de buenos oficios, la mediación y el arbitraje. En todo lo demás las cosas permanecieron igual: las funciones de conservación de la paz del derecho internacional sólo se podrían descubrir con un microscopio.

II. LAS FUNCIONES DE PRESERVACIÓN DE LA PAZ DEL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

Tres aspectos de los intentos hechos durante el período que media entre la primera y la segunda Guerras Mundiales para fortalecer las

funciones de preservación de la paz del derecho internacional, retienen aún algo más que un interés histórico.

En primer lugar, propaganda bélica de los aliados; las enormes pérdidas de vidas que experimentaron todos los beligerantes en la primera Guerra Mundial; la efectividad de la denuncia de las guerras imperialistas hecha por los comunistas; y una espontánea corriente pacifista contra las guerras "por accidente", o como un instrumento de una política calculada, condujeron a la transformación, en la opinión pública, de la guerra ofensiva en un agravio y un crimen internacional. El artículo 227 del Tratado de Paz de Versalles, de 1919, condena al ex Emperador Guillermo II por una "suprema ofensa contra la moralidad internacional y la santidad de los tratados". Pero nadie estaba seguro de si el juicio que se contemplaba serviría para hacer un ejemplo del enemigo derrotado o, por el contrario, anunciaría una nueva era. En realidad el problema se resolvió piadosamente por la negativa del gobierno de Holanda a conceder la extradición de Guillermo II.

En segundo lugar, en el sistema complementario del Convenio de la Liga de las Naciones y el Pacto Kellogg, por primera vez se hicieron intentos para introducir en el derecho internacional la distinción entre guerras legales e ilegales por medio de tratados.

En tercer lugar fue muy significativa la forma en que la práctica de los Estados reaccionó después de 1919 ante el reto del control internacional al derecho de recurrir a la fuerza armada. No llevó mucho tiempo a los miembros de la Liga el convertir en sanciones optativas las sanciones diplomáticas y económicas que el Convenio de la Liga prescribía como automáticas, y poco después un creciente número de Estados "desposeídos" estaban incumpliendo, con mayor desenfado cada vez, los compromisos derivados del Pacto Kellogg. El sistema colectivo de la Liga de las Naciones y el del Pacto Kellogg degeneraron rápidamente en un sistema de "políticas del poder" disfrazadas y, durante el Período de Apaciguamiento, aun el disfraz quedó al descubierto.

Este proceso tuvo un impacto profundo sobre el derecho internacional. Hacer de este derecho el fundamento de la legalidad del recurso a la fuerza armada habría sido por lo menos una demostración inequívoca. Pero formular el criterio en forma tan restringida que permitiera el argumento de que seguía siendo legal el uso de la fuerza armada, sin declaración formal de guerra, invitaba a cínicas manipulaciones.

En cualquier caso, al tratar de obtener la condena del empleo de la fuerza en las relaciones internacionales sin realizar adelantos correspondientes en los campos del cambio pacífico y de la seguridad colectiva, se estaba invitando al fracaso y se dejaba atrás a un seguro perdedor: el derecho internacional.

Es posible que los redactores de la Carta de las Naciones Unidas hayan sufrido la ilusión de que, con unas Naciones Unidas que incluían a todas las grandes potencias del mundo, estaban creando un orden mundial incomparablemente más fuerte que el de la Liga de las Na-

ciones. En realidad construyeron su nueva estructura sobre los mismos cimientos confederados que llevaron al fracaso a la Liga de las Naciones y a todas las confederaciones internacionales que la precedieron.

Aparentemente, la solución al problema del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales adoptada en la Carta de las Naciones Unidas es directa e impresionante. Se pueden hacer varias interpretaciones sobre las interrelaciones que existen entre los artículos 2 (4), 51, 106 y 107 de la Carta, que son los pertinentes a este respecto. Sin embargo, es probable que las verdaderas intenciones de los miembros fundadores de las Naciones Unidas, en la Conferencia de San Francisco de 1945, hayan sido las de formular los efectos legales de estas disposiciones en la norma siguiente: La amenaza o el uso de la fuerza armada son ilegales, y bajo la Carta de las Naciones Unidas constituyen un acto de agresión, excepto cuando se realicen en legítima defensa o para la defensa colectiva contra un ataque armado, o se justifiquen por las circunstancias aún más excepcionales de los artículos 106 o 107.

En un mundo que, para propósitos de guerra y paz, se ha vuelto crecientemente una sola área de actividad, todo conflicto armado internacional pone en peligro la paz y la seguridad internacionales, y por lo tanto hace funcionar las obligaciones de las partes de tal conflicto, contenidas en el capítulo sexto de la Carta, de buscar una solución pacífica del conflicto; las facultades del Consejo de Seguridad para intervenir en los términos del capítulo sexto, y de asumir el control de la situación de acuerdo con el capítulo séptimo de la Carta; así como las facultades subsidiarias de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En la práctica, este sistema aparentemente perfecto sufre grandes incertidumbres, y en varias situaciones es ineficaz. Tres de estas incertidumbres son particularmente importantes:

Primeramente, la línea divisoria entre la legítima defensa y la agresión siempre es tenue. En muchas situaciones resultaría difícil para el Consejo de Seguridad, si no imposible, establecer la verdad en una secuencia creciente de eventos: *a)* en el caso de la acción de las fuerzas armadas de una de las partes cruzando una frontera mal definida y en disputa; *b)* en el caso de un acto de legítima defensa contra infiltradores alegando que actúan a nombre de la otra parte o con su connivencia; *c)* en el caso de un acto de legítima defensa en previsión de un ataque inminente, especialmente de carácter nuclear.

En segundo término, un Estado puede apoyar al gobierno de otro Estado que reconoce, pero que puede no estar reconocido por otros gobiernos, en una guerra interna contra un gobierno que no reconoce, pero que puede estar reconocido por otras potencias. Los países divididos ofrecen ejemplos de esta situación, pero no son los únicos.

Finalmente, aun sin participar en una guerra del tipo descrito en el punto anterior, un Estado puede emplear la fuerza armada en el territorio de otro Estado soberano sólo para afirmar su posición de hegemonía, en una forma que parece haber cambiado poco desde la época

de las relaciones interestatales bilaterales que describe Tucídides en su *Guerra del Peloponeso*.

Aun en el caso de que se pueda determinar una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, o un quebrantamiento de las mismas, sin ninguna de las complicaciones antes señaladas, el Consejo de Seguridad puede quedar paralizado por la incapacidad de sus miembros para alcanzar el mínimo de votos que se requiere para tomar una decisión mayoritaria sobre un curso de acción particular. Más a menudo, esta ineficacia es el resultado del ejercicio del poder de veto por cualquiera de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad.

En estas circunstancias, sería un ejercicio en gran parte teórico el tratar de determinar la medida en que el derecho internacional se ha fortalecido después de 1945 con la calificación de los crímenes de guerra como crímenes contra la paz. Aun en el caso de que se considerara la Resolución sobre los Principios de Nuremberg, adoptada unánimemente en 1946 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, como declaratoria del derecho internacional en la época posterior a 1945, o por lo menos como obligatoria para los miembros de las Naciones Unidas por preclusión, la posición de esa regla no es más firme que la de los principios básicos incorporados en el artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, que se supone gobiernan la coexistencia activa y pacífica, o aquellos que constituyen la quintaesencia de *Panch Shila*.

Todas estas normas forman parte del *jus cogens* de las Naciones Unidas. Pero la importancia de la distinción existente entre *jus cogens* y *jus dispositivum*, en cualquier sistema legal que postula normas que no pueden ser modificadas unilateralmente por las partes, depende de una condición: la fuerza y eficacia del orden legal subyacente.

La experiencia obtenida en la práctica de las Naciones Unidas ha enseñado la lección de que, en las situaciones antes descritas, no se puede predecir si funcionará el orden internacional de las Naciones Unidas y, en su caso, con qué grado de eficacia. Mientras esta situación no cambie fundamentalmente, parecería apropiado subrayar este hecho calificando a un orden consensual tan precario como un cuasi-orden internacional.

El fortalecimiento de estos débiles fundamentos del derecho internacional es una tarea constructiva de la mayor urgencia. Si esto no se hace a tiempo, podrá suceder que la preocupación con visiones tan hermosas como remotas, como la de un derecho mundial basado en la dignidad humana, sólo habrá servido para desviar la atención de la necesidad de un esfuerzo coordinado para complementar en el reino del derecho el orden *de facto* en que descansa realmente todo el derecho internacional contemporáneo: el equilibrio del poder mundial termónuclear, inevitablemente inestable. En este sentido, la reducción a la insignificancia de las normas aplicables del *jus in bello* —y lo que es más importante, el último símbolo de *status* de las superpotencias, que están poniendo en órbita proyectiles nucleares de varias cabezas— pone

de manifiesto el verdadero carácter del "orden" mundial de mediados del siglo veinte.

III. EXPLICACIONES Y REMEDIOS

Abundan las explicaciones tranquilizantes acerca de la peculiaridad del cuasi-orden que sostiene a la sociedad mundial contemporánea. Se nos dice que si examinamos la cuestión en la perspectiva histórica adecuada encontraremos que la situación de la sociedad internacional contemporánea guarda analogías importantes con las comunidades primitivas.

Es difícil concebir una comparación menos válida. Lo menos que nos enseñan los estudios antropológicos de campo es que las comunidades primitivas han alcanzado un alto grado de integración objetiva y subjetiva. Lo que las distingue de las comunidades más desarrolladas es su carencia de una división de funciones entre la religión, las costumbres, la medicina, el derecho y la política, y el hecho de recurrir principalmente a la costumbre y a las técnicas no racionales de organización social. Por ello es evidente que resulta fantástico comparar las comunidades primitivas con la coexistencia en una sociedad mundial subdesarrollada, integrada por comunidades de tecnología muy avanzada que se protegen con arsenales llenos hasta el exceso de armas para la exterminación masiva.

Aún más extraño que este argumento pseudo-histórico, es el que podemos calificar de su antítesis no-histórica: la supuesta "juventud" del derecho internacional. Quizá los exponentes de esta posición ignoran las raíces del derecho internacional contemporáneo que se localizan a principios de la Edad Media. Pero ellos mismos reconocen que los pretendidos padres del derecho internacional —autores italianos, españoles, holandeses o ingleses— iluminaron a Europa hace más de tres siglos. Por lo tanto, esperar que tras de más de trescientos años —en realidad casi un milenio— la sociedad internacional contemporánea se transformará en forma gradual y casi automática en una comunidad mundial, revela una notable fe en el principio del cambio gradual.

Mencionaremos por último una más de estas apologías: el razonamiento de la "prudencia". Se dice que no se debe esperar demasiado del derecho internacional, o mejor dicho de los guardianes de la soberanía nacional y hegemónica, que no están preparados para hacer más que concesiones baladíes al imperio del derecho en los asuntos mundiales. Este razonamiento es en realidad una expresión fatalista. Implica que la humanidad debe resignarse a un tipo de derecho internacional que carece de un orden internacional suficientemente fuerte para cumplir adecuadamente sus funciones de preservación de la paz.

Es posible que las grandes potencias rechacen de plano los consejos objetivos, pero inaceptables desde su punto de vista. Sin embargo, no debe olvidarse en qué medida estos "grandes" son ellos mismos juguetes de las circunstancias. Cualquiera que sea su reacción, el estudioso

de los asuntos mundiales debe diagnosticar correctamente las deficiencias del estado actual de las cosas y proponer los remedios adecuados.

Hasta cierto punto, el derecho puede afectar y cambiar su ambiente social. Sin embargo, en general es el medio ambiente el que condiciona al derecho y no a la inversa. Es por esto que tanto las leyes sociales como las leyes comunales tienden a reflejar el carácter básico de sus ambientes sociales, y no a transformar uno de estos tipos de relaciones en el otro. El derecho internacional clásico fue un caso típico de un derecho social extremo. Sirvió al imperio de la fuerza y, por lo demás, se ocupó fundamentalmente de cuestiones sin importancia desde el punto de vista de la política del poder, o bien de relaciones entre entidades que se encontraban en estado de equilibrio, o sea de relativa igualdad.

El derecho internacional de entreguerras, y el de la era posterior a 1945, es más sofisticado. Es un derecho típicamente de dos niveles, ligado a los sistemas internacionales de la política disfrazada del poder. El problema decisivo que espera una solución es el de la transformación de la sociedad mundial, bajo la Carta de las Naciones Unidas, en una comunidad internacional sujeta al imperio efectivo del derecho.

Existe una solución constructiva para este problema fundamental de nuestro tiempo, al igual que para cualquier otro problema social. Pero cuanto mayor y más complicado sea el problema, más caro será el precio. Una meta de tal importancia no se puede alcanzar sin grandes sacrificios del orgullo y de las formas de vida establecidas.

Así como hay muchas explicaciones cómodas y falsas de esta posición, también hay muchos remedios falsos de similar valor. Tenemos la tesis unilateral o de buena fe, y sus variantes, que aconsejan una declaración más renunciando a las intenciones agresivas, o un intento más de lograr el desarme o el arbitraje universal. Tenemos también la tesis de mala fe de que hay que avanzar inmisericordemente en una de las áreas claves, como la de la energía nuclear, hacia el gobierno mundial. Tenemos la tesis funcional por la que la tendencia anterior se generaliza hasta que, algún día, el mundo descubra con sorpresa que, como los gnomos de los cuentos de hadas, unos burócratas internacionales diligentes y benévolos han vuelto inevitable la integración política de la humanidad. Tenemos la tesis regional, que si alguna vez funcionó en el campo de la conservación de la paz, tiene cuando mucho un lugar subsidiario en un mundo que rápidamente se vuelve más pequeño. Por último, tenemos la tesis reformista de las Naciones Unidas, que sufre todas las deficiencias comunes a las reformas dentro del marco de una confederación.

Escapa a los límites de este ensayo el señalar las falacias inherentes a todas estas tesis. Pero en cambio podemos indicar por lo menos el lugar donde es más probable que se obtengan indicios prometedores: el de la historia legal. De poco sirve insistir en las trilladas comparaciones entre el derecho internacional y el derecho primitivo. Por el contrario, si nos concentramos en otra cuestión —la relación entre el derecho y el orden— la historia legal nos puede abrir horizontes

enteramente nuevos. Debemos recordar que fue James Leslie Brierly quien reiteradamente llamó nuestra atención sobre esta conexión.¹

Excluyendo el caso bastante excepcional del antiguo derecho de Islandia, que explicó Bryce en toda su singularidad, siempre aparece el orden precediendo al derecho. Es posible que en un principio el derecho no haya sido justo, pero para ser efectivo debía ser fuerte. Para crear un derecho fuerte se requiere una autoridad central dotada de un poder aplastante. Sin eso no puede haber paz, y sin paz no puede haber justicia. Tal orden es el único antídoto efectivo contra la guerra, que es algo enteramente equivalente a la anarquía y a la destrucción del control estatal.

A nivel internacional, adoptar una actitud puramente pasiva equivaldría casi seguramente a una de dos cosas: permitir que el actual período de entreguerras se salga de su curso hasta que otra guerra mundial selle el destino de la civilización humana, o dejar que sea el centro de poder sobreviviente más fuerte el que se encargue de forjar un Estado mundial a su propia imagen.

Esta pesadilla nos proporciona la clave de una alternativa más racional y digna. Es una que ya contempló Pascal en sus *Pensamientos* (1670). Hay un mensaje positivo y constructivo implícito en su resignada reflexión sobre un mundo en el que "incapaces de fortalecer la justicia, han justificado el poder; así que lo justo y lo fuerte debieran unirse, y habría paz, que es el bien supremo".

¹ Consúltese también la obra del autor *International Law and Order*, Stevens, Londres, 1971, de próxima aparición.