

LOS MODOS DE CREACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE ESTADOS

UNA ENCUESTA SOBRE EL DESARROLLO
PROGRESIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL
DE LA ERA PRESENTE

*A Jorge Carpizo,
preclaro constitucionalista,
con aprecio.*

SUMARIO: I. *Observaciones preliminares.* II. *Características del derecho internacional de nuestro tiempo.* III. *Las fuentes clásicas y los procesos modernos de formación de reglas jurídicas internacionales.* IV. *Las vinculaciones entre la política internacional y el derecho internacional.* V. *La diplomacia parlamentaria en el proceso de formación de normas jurídicas internacionales.* VI. *La función cuasi legislativa de la Asamblea General y de otros órganos de las Naciones Unidas.* VII. *Las resoluciones de las conferencias ad hoc como procesos para la creación de normas de derecho internacional.* VIII. *La función codificadora de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU.* IX. *Algunas conclusiones.* X. *Bibliografía general.*

I. OBSERVACIONES PRELIMINARES

Esta breve disertación se dirige con atrevimiento a un tema arduo como es la manifestación o exteriorización de las normas jurídicas internacionales en nuestro tiempo, que abarca muchísimas cosas, y que afecta a todos los campos de nuestra disciplina. En primer término está conectado con la abstrusa cuestión de las fuentes del derecho internacional, cuya teoría está llena aún de confusión y de atraso deliberado. El tópico guarda conexión con el papel de las organizaciones internacionales en la actual comunidad de Estados. Está muy vinculado asimismo con el problema de las relaciones entre la política internacional y el derecho internacional. Está entrelazado con la llamada diplomacia parlamentaria, esa novel institución, aún no comprendida del todo; afecta a la función de los países medianos y pequeños en la formación del orden jurídico internacional; tiene que ver bastante con el problema de la

igualdad de los Estados. El tema se liga también con el tratamiento de las nuevas ramas del derecho internacional que han aparecido, y con el régimen de los nuevos sujetos de este orden jurídico.

Pero sobre todo, esta materia de la formación y concretación de las reglas del orden jurídico internacional guarda intensos nexos con las relaciones entre la sociedad de Estados, tal como ella existe actualmente, con sus realidades, aspiraciones y funciones, con el derecho que emerge de ella misma, esto es, entre los intereses y valores que la caracterizan y el sistema legal que debe ordenarlos y coordinarlos satisfactoriamente.

Es pertinente señalar, además, que el derecho internacional se forma de manera *sui generis*, a veces de un modo misterioso e impalpable, sutil en ocasiones, espontáneamente otras veces con aspectos psicológicos dignos de estudiarse, y de una manera diferente al derecho legislado del Estado. De ahí que el tema, no obstante sus visibles complicaciones, resulte doblemente atractivo e interesante.

Por supuesto en este conciso ensayo sólo puede pretenderse un tratamiento somero de los ingentes problemas implícitos. Empero, el renacimiento del derecho internacional es visible en nuestra época, y mal haríamos en no contribuir, así sea en parva medida, a la divulgación de las cuestiones fundamentales de este singular orden jurídico.

II. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE NUESTRO TIEMPO¹

Llamamos derecho internacional moderno al que rige a la sociedad de Estados desde 1945, o sea, desde el final de la Segunda Guerra Mun-

¹ Las concepciones sobre el derecho internacional, a través de las épocas, han sido muchas y muy variadas, algunas de ellas desconcertantes. Sin embargo, actualmente hay visiones bastante certeras sobre este orden jurídico, que se complementan unas a otras. Puede recurrirse con provecho a los siguientes autores, por ejemplo: Fitzmaurice, Gerald, "The Future of Public International Law and of the International Legal System in the Circumstances of Today" (Special Report), en Institut de Droit International, *Livre du Centenaire, 1873-1973, Evolution et Perspectives du Droit International*, pp. 196-328; Coplin, William D., *The Functions of International Law*, Chicago, 1966; Roling, B. V. A., *International Law in an Expanded World*, Amsterdam, 1960; Friedmann, W., *The Changing Structure of International Law*, Nueva York, 1964; Lissitzyn, O., *International Law Today and Tomorrow*, Dobbs Ferry, 1965; Visscher, Ch. de, *Theory and Reality in Public International Law*, Princeton, 1968; Padelford, N. J. y Lincoln, G. A., *The Dynamics of International Politics*, 3a. ed., Nueva York, 1976.

En los últimos tiempos ha aparecido un libro asaz inquietante, el de la distinguida y prolífica autora Ingrid Detter de Lupis, denominado *The Concept of International Law*, publicado en Estocolmo a fines de 1987, y que a no dudarlo produci-

dial. El sistema jurídico internacional, que se conocía como “derecho internacional clásico”, que regía u operaba hasta antes de la Guerra Mundial de 1914-1918, y que podríamos denominar “el antiguo derecho internacional”, era un derecho de corte europeo, válido para normar las relaciones de las grandes potencias de entonces. Lo habían formado esas potencias sin la intervención de los demás países. América, Asia y África, poco o nada habían contribuido a su integración. No quiere decir que ese orden fuera malo. Fue más o menos bueno para las circunstancias de la época; permitía una coexistencia relativamente pacífica y regulaba el reparto de las adquisiciones coloniales. Este orden contenía sólo un corto número de normas, y correspondía a una comunidad restringida de Estados. Debe reconocerse, empero, que sirve de base a lo que vino después.

La Guerra Mundial de 1914-1918 constituyó la demostración de que ese sistema jurídico era visiblemente deficiente. También fue una llamada de atención de que era menester un aparato legal internacional mejor constituido y más apto para resolver los conflictos entre los sujetos del orden internacional. Sin embargo, esta tremenda contienda bélica no enseñó nada. Después de ella no se hizo siquiera un esfuerzo para crear normas nuevas de aceptación general.

Desgraciadamente no se dieron en la posguerra las condiciones necesarias para el progreso del derecho internacional. De 1920 a 1939 no se registra mucho avance. Antes bien, se continuaron muchas de las prácticas indeseables anteriores; se legalizaron situaciones coloniales a través del reprobable método de los mandatos.² En descargo, digamos que pudo crearse, por lo menos, la primera organización internacional general, la Sociedad de Naciones, un ensayo atrevido para la época, que

rá profundas y contrarias reacciones. El punto de vista de la autora, extremadamente novedoso, pero que constituye un apartamiento peligroso, consiste en establecer una distinción entre los creadores, los actores y los sujetos del derecho internacional, lo cual, insiste, clarifica las cualidades de las diferentes normas. Una clasificación de las reglas de acuerdo con su función en la sociedad internacional, conjugada con una teoría de la relevancia internacional de las normas explicaría el actual contenido de los preceptos internacionales como parte del sistema. Una escala de “presunciones graduadas” determina los diferentes requerimientos del consentimiento del Estado. Una teoría de “interactivismo” explica la formación de nuevas normas en la sociedad universal por el mecanismo de actos legales que se intersectan (*intersecting*). Esta sorprendente tesis de una autora hasta ahora conocida por su sobriedad y realismo provoca alguna consternación, pero aún es temprano para desecharla del todo. Habrá que esperar.

² El sistema de mandatos, aunque tal vez bien intencionado, no funcionó correctamente. Puede verse al respecto la excelente apreciación de Greig, D. W., *International Law*, 2a. ed., Londres, 1976, pp. 105-109.

prometía mucho, pero desdichadamente su legitimidad y su autoridad fueron puestas en entredicho, cuando no rebatidas o denunciadas. Los casos de Italia, Alemania y Japón fueron evidentes pruebas de su deficiencia. Tal vez la creación del Tribunal Permanente de Justicia Internacional fue también un relativo éxito³ (hoy Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas), pero la verdad es que esa etapa constituyó una transición dolorosa, que paradójicamente hizo avanzar el derecho de gentes, a través del sufrimiento y de la inseguridad del mundo.

El derecho internacional resurgió vigoroso de las cenizas de la Segunda Guerra en 1945, y se moderniza considerablemente en nuestra época, y es que apareció una sociedad internacional más amplia, más politizada, más vinculada, con más impulso de participación y con procesos más ágiles y seguramente más aceptables para la creación de reglas de derecho internacional.

La red de normas, instituciones y deberes internacionales se ha ampliado a áreas enteramente nuevas. Existe un mayor número de contactos e intercambios entre los Estados. A diferencia de lo ocurrido con la Sociedad de Naciones, ningún Estado ha repudiado del todo la autoridad de las Naciones Unidas. Ha habido por otra parte una considerable acumulación de normas internacionales, en relativamente corto tiempo, fenómeno que provoca una mayor conciencia hacia una obligación a la sociedad internacional como un todo. Aunque varios de los principios y fundamentos de este orden moderno siguen siendo los mismos de las épocas anteriores, han empezado a surgir muchos nuevos principios, y además han variado los procedimientos mediante los cuales esos principios pueden formularse y resolver los conflictos que surjan entre los Estados y también se han creado numerosas normas e instituciones nuevas.

Este orden jurídico actual, que hemos llamado "moderno", tiende ya a la universalización, pero es sin duda un derecho que contiene aún bastantes elementos de transición y una buena dosis de incertidumbre.

Comparado con aquellos que le precedieron, el actual orden jurídico muestra positivos adelantos, sin duda. Muchas de sus nuevas instituciones son aceptadas generalmente por los Estados. Las lagunas que exhibe, sin dejar de existir, son cada vez menos. Los métodos de arreglo

³ Para obtener una noción cabal del Tribunal de La Haya, las obras más aconsejables son: Hudson, Manley O., *The Permanent Court of International Justice*, 2a. ed., Nueva York, 1943; Fachiri, Alexander P., *The Permanent Court of International Justice*, 2a. ed., Londres, 1932.

de conflictos resultan más abundantes, más accesibles y más confiables. Se han logrado obtener ya conceptos depurados sobre la limitación a la guerra,⁴ y el concepto de agresión ha adelantado bastante.⁵ Algunas normas aplicadas a los intercambios mercantiles internacionales se han

⁴ La guerra, ese fenómeno que podría decirse es consustancial al linaje humano, que implica graves cuestiones políticas, económicas, psicológicas, éticas, desafia por supuesto un encuadramiento en marcos legales. No deja de ser difícil entender el papel que desempeña el derecho internacional respecto de la guerra. Los Estados mismos invocan, para emplear la fuerza, razones que pretenden establecer la legalidad de su acción. Empero, la amenaza que la guerra significa para la existencia misma de los Estados y aun la de la comunidad universal ha sido instrumento para impulsar la búsqueda de controles legales. Los intentos para limitar el uso de la fuerza a través de instituciones jurídicas ha ido en aumento y con éxito gradualmente más perceptible. El Pacto Briand-Kellogg, o de París, de agosto 27 de 1928, ha sido el primer esfuerzo, al que han seguido otros, cada vez con mejor fortuna.

El rechazo al uso de la fuerza, que está consignado en la Carta de las Naciones Unidas, es un avance significativo, porque de ahí se han derivado fórmulas, aparatos, etcétera, para circunscribir la guerra. Aunque no puede sostenerse aún que la guerra irá desapareciendo de las relaciones internacionales, la verdad es que ya existen más y más limitaciones jurídicas que establecen restricciones, responsabilidades y sanciones eventuales a la influencia de los factores políticos que intervienen. Para apreciar la situación jurídica actual resulta conveniente ocurrir a Wright, Quincy, *The Role of International Law in the Elimination of War*, Manchester, 1961, *passim*. También auxilia Kotsch, Lothar, *The Concept of War in Contemporary History and International Law*, Génova, 1956.

⁵ La Carta de las Naciones Unidas contiene, desde luego, el concepto (artículo 2, 4) de que el empleo de la fuerza es inconsistente con una coexistencia pacífica, y por ello se establece ahí que los miembros de la Organización "se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas", y por tanto ahí está implícita la noción de la agresión. Empero, y no obstante que el Consejo de Seguridad tiene la facultad (artículo 39) de determinar un acto de agresión, la cuestión de lo que constituye agresión no estaba clara para muchos y por ello se hicieron intentos, en el seno de la Organización, para definirla y contornearla. Así, la Asamblea General encargó, en 1947, a la Comisión de Derecho Internacional, que formulara un código sobre los principios del Tribunal de Nuremberg, y de ahí surgió un proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, que ofrecía defectos, dado que hablaba de agresión "directa" e "indirecta", y mostraba diversas oscuridades, por lo que, en 1951, al recibir ese proyecto, la Asamblea decidió emprender esfuerzos en otra dirección, y encomendó a un Comité Especial en 1953, y a un segundo, en 1956, hasta que no resultó un proyecto sobre la definición de esta figura, que fue adoptado por la Asamblea General, sin voto, resultando la Resolución 3314 (XXIX) de diciembre 14 de 1974, que expresa: "La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado en contra de la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o de cualquier otra manera inconsistente con la Carta de las Naciones Unidas...". La Comisión de Derecho Internacional, que tiene a su cargo preparar un proyecto de Código de Crímenes contra la Humanidad, ha considerado, en un texto, la definición de este crimen de agresión cometida por individuos, y continuará, en la sesión de 1989, configurando la redacción definitiva. Para un tratamiento de esta materia,

contorneado razonablemente.⁶ Muchas reglas sobre el ámbito espacial del Estado han sido precisadas. Existen ya normas sobre el espacio superdistante. El derecho a la libre determinación de los pueblos se ha esclarecido. Los derechos humanos y el derecho humanitario han encontrado un lugar escogido, así como el derecho de los refugiados. Empieza a abrirse paso un nuevo orden económico internacional,⁷ por más que enfrenta todavía no pocos obstáculos.⁸

III. LAS FUENTES CLÁSICAS Y LOS PROCESOS MODERNOS DE FORMACIÓN DE REGLAS JURÍDICAS INTERNACIONALES

En donde se percibe más la diferencia entre el nuevo orden jurídico y los sistemas que le antecedieron es en las técnicas de elaboración de las normas, o sea, en lo que se ha dado en denominar "las fuentes del derecho internacional", entendiendo por fuentes los procesos que sirven para abastecer de normas al derecho internacional. Sin embargo, pese a los progresos que hemos reseñado en forma breve, la teoría de las fuentes no ha avanzado a la par de ellos. Existen ciertas nociones

debe irse a Stone, Julius, *Aggression and World Order; a Critique of United Nations Theories of Aggression*, Londres, 1958; Roling, B. V. A., "The Question of Defining Aggression", *Symbolae Verzijl*, La Haya, 1958, pp. 314-336; Rifaat, Ahmed M., *International Aggression*, Atlantic Highlands, 1979.

⁶ La labor del GATT ha sido apreciable por más que sus esfuerzos no han sido captados del todo por los países en desarrollo. Las obras más adecuadas son Dam, Kenneth W., *The GATT. Law and International Economic Organization*, Chicago, 1970; Jackson, J. H., *World Trade and The Law of GATT*, Indianapolis, 1969; Hudec, E. R., *The GATT System and World Trade Diplomacy*, Nueva York, 1975.

⁷ Puede consultarse al efecto Sepúlveda, César, *Derecho internacional*, 15a. ed. (reimpr.), 1988, cap. 22 "Los derechos humanos y el orden internacional", pp. 503-542, y la bibliografía ahí mencionada; *id.*, "La internacionalización de los derechos del hombre: expansión y movimiento", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXI, núm. 61, enero-abril de 1988, pp. 295-316.

⁸ La literatura internacional sobre el tema no es aún abundante, pues parece ser un tópico de poco interés para los escritores de los países desarrollados. Pueden mencionarse, empero: Bedjaoui, Mohammed, *Pour un nouvel ordre économique international*, París, UNESCO, 1974, una obra sugerente de grandes alcances, provocativa y lúcida y muy original; Hossain, Kamal (ed.), *Legal Aspects of the New International Economic Order*, Londres, 1980; Olson, Robert K., *United States Foreign Policy and the New International Economic Order*, Boulder, 1981; aunque un tanto fuera de época, el pequeño libro de Schwarzenberger, Georg, *Economic World Order*, Manchester, 1970, contiene disquisiciones interesantes y merece revisarse. El pequeño libro de Lewis, W. Arthur, *The Evolution of the International Economic Order*, Princeton, 1978, contiene algunas ideas novedosas e interesantes. Una faceta importante de los aspectos jurídicos del nuevo orden económico internacional lo constituye la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, de 12 de diciembre de

fosilizadas sobre ellas.⁹ Remito a mi libro de *Derecho internacional* para una crítica sobre la “teoría tradicional” de las fuentes de nuestra disciplina.¹⁰

Casi todos los tratadistas están de acuerdo en que existe una descripción más o menos aceptable de modos de creación de reglas de derecho internacional, contenida o comprendida en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas (misma disposición que aparecía en el Estatuto del predecesor Tribunal Permanente de Justicia Internacional y de La Haya, desde 1921). Como este artículo ha recibido una larga serie de comentarios más o menos uniformes, podría ser aceptado con algunas reservas como “la doctrina oficial” de las fuentes, como quiere llamarla Alf Ross, y a la vez sería factible utilizarlo como punto de partida para agregar a este precepto lo que consideramos como los modernos procesos de elaboración o de creación del derecho internacional, a fin de completar su esencia. La disposición indicada señala:

1974, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (resolución 3281 [XXIX]) y conviene referirse a obras sobre este interesante documento; entre otros, el libro publicado por el Fondo de Cultura Económica, *Derecho económico internacional*, y editado por el Centro de Estudios Económicos y Sociales del Tercer Mundo, en 1976, recoge el pensamiento de unos 18 especialistas; la obra *Justice économique internationale*, edición de Gallimard, París, 1976, comprende también artículos de 10 expertos y, más recientemente, el libro de Stemberg, Harold, *Die Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten*, Dunker & Humblot, Berlín, 1983.

⁹ El profesor Fitzmaurice, desde hace treinta años, ya había señalado con claridad las dificultades para enunciar las fuentes del derecho de gentes, por ejemplo, para establecer la distinción entre lo que son fuentes formales y fuentes reales. Las fuentes formales, a su vez, no pueden declararse exhaustivamente. Los tratados, pero no lo son de derecho internacional. Puede ser evidencia de derecho internacional al declarar o codificar el derecho existente, o bien, fuente material cuando conducen a la formación o al surgimiento de una regla consuetudinaria general. Nosotros podríamos agregar que el problema es que, al negarle valor a una fuente, o al no reconocer su existencia, la norma que de ella emana se consideraría sin validez. En realidad todas las fuentes están interconectadas, interpenetradas entre sí, y es factible reconocer a varias de ellas simultáneamente presentes en una norma, o en un conjunto de ellas. *Vid.* Fitzmaurice, Gerald, “Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law”, en *Symbolae Verzijl*, La Haya, 1958, pp. 153-176; Virally, Michel, “The Sources of International Law”, en Sørensen, Max (ed.), *A Manual of Public International Law*, Nueva York, 1968, pp. 116-174; Elias, T. Olawale, “Modern Sources of International Law”, en Friedmann, Wolfgang; Henkin, Louis y Lissitzyn, Oliver, *Transnational Law in a Changing Society*, Nueva York, 1972, pp. 34-69.

¹⁰ Sepúlveda, César, *op. cit.*, nota 7, pp. 89-108.

Artículo 38

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
 - a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
 - c) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como: auxiliar para la determinación de las reglas de derecho...

Por no ser oportuno no se ha de emprender aquí una crítica de este precepto, ni tampoco se va a reiterar su evidente anacronismo. Basta con abstraer de ahí las partes pertinentes a nuestra disquisición. De este texto, los tratadistas deducen las fuentes del derecho internacional, o sea, los tratados, la costumbre, los principios generales del derecho, y como medios auxiliares, las sentencias de los tribunales internacionales y las doctrinas de los publicistas de mayor valía.

La costumbre, en un tiempo, fue la reina de las fuentes y abasteció una parte de las reglas del orden jurídico internacional. Pero ahora ha ofrecido y ofrece serios defectos para producir normas. La costumbre, para que fuera uniforme, y por lo tanto aceptable, tendría que practicarse al mismo tiempo por todos los países, y el sistema internacional actual no lo permite. Es de advertirse que los Estados no pueden participar todos al mismo tiempo, o con idéntico interés, en la integración de una práctica consuetudinaria.

Tal vez en la época en que la familia europea de naciones construía todo el derecho internacional —por las peculiares circunstancias de la sociedad internacional de entonces— podrían encontrarse los rasgos de uniformidad en la práctica. Mas actualmente, en que tiene lugar una confrontación entre grupos de Estados sobre muchas de las instituciones legales, no puede afirmarse que la costumbre sea la reina de las fuentes, sino por el contrario, que ella se encuentra necesariamente relegada. Es verdad que en algunos instrumentos internacionales colectivos se le ha codificado. También es cierto que a través de ciertos actos masivos, como por ejemplo, en el caso de la plataforma continental, o bien, a través de pronunciamientos de la Asamblea General, se ha creado lo que algunos denominan “costumbre instantánea” o “costumbre espontánea”, pero ella, además de ser un caso de excepción, encuentra muy serias

objecciones de quienes restan valor a los actos de los organismos internacionales. También puede resultar derecho consuetudinario a través de la aplicación de las convenciones multilaterales, *v. gr.*, como en la del derecho de los tratados, pero ello en parva medida, esto es, la costumbre juega algún papel en la interpretación y, en su caso, en las adiciones posibles a los tratados colectivos.¹¹

Y si pasamos a los tratados como fuente, sólo los grandes tratados normativos, que han recibido el consenso o el asentimiento de una gran mayoría o de casi todos los Estados que componen la comunidad universal, pueden calificarse como fuente *directa* de reglas internacionales. Los tratados constitucionales de los organismos internacionales son fuente *indirecta*, cuando se acepta que los actos que de ellos emanan tienen valor jurídico.¹²

Los principios generales de derecho, por su naturaleza y porque no existen muchos que sean comunes a los sistemas jurídicos nacionales, no pueden integrar las lagunas de nuestro orden jurídico sino sólo en contadas ocasiones. En lo que hace a los principios del propio derecho internacional, ellos se han incorporado ya en reglas y no es posible extraer más principios generales a través de la inducción.¹³

La jurisprudencia internacional es muy escasa y más que establecer reglas señala interpretaciones, valiosas sí, pero limitadas como fuente. Los Estados, por otra parte, muestran una marcada renuencia a so-

¹¹ Empero, continúa habiendo fieles partidarios de la costumbre como fuente preponderante de las normas internacionales. Así, Thirlway, H. W. A., *International Customary Law and Codification*, Leyden, 1972, *passim*; D'Amato, A. A., *The Concept of Custom International Law*, Nueva York, Ithaca, 1971. En los últimos tiempos una autora imaginativa, Ingrid Detter, desecha la noción de "derecho consuetudinario" como una ficción nebulosa. Señala (p. 134) que constituye una ficción inaceptable que oscurece, más bien que clarifica, y que sólo conduce a incertidumbre en el derecho y reduce la claridad del orden legal internacional. Véase su reciente libro *The Concept of International Law*, Estocolmo, 1987.

¹² Véase en la nota 9 la afirmación de Fitzmaurice. Consúltese, para un punto de vista conciliatorio, el libro de Villiger, Mark E., *Customary International Law and Treaties*, Dordrecht, 1985, esp. las conclusiones, pp. 289-300. Entre paréntesis, constituye un estudio formidable en torno a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969.

¹³ Un problema adicional consiste en la dificultad de la identificación de los principios, para poder determinar cuales tienen la calidad de tales. Véase al respecto Cheng, Bin, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, 1953; Agarwala, B. C., "General Principles of Law Recognized by Civilized Nations", *World Peace Through Law Center Conference Reports*, 1965, p. 547; Friedmann, Wolfgang, "The Use of General Principles in the Development of International Law", *American Journal of International Law*, 1963, pp. 279-299.

meter asuntos de importancia a la decisión judicial, y de ahí otra limitación al proceso judicial como fuente.

La doctrina padece también de cortedades, y además ha oscilado entre las posturas positivo-voluntaristas y las del derecho natural. Tiene por supuesto alguna función estimable, en su papel especulativo, mas no puede construir por sí misma sino un número muy restringido de normas. Como hemos señalado en otras partes, cuando la doctrina internacionalista se aplica a considerar los factores sociológicos junto con el análisis de la normatividad de los sistemas legales es cuando resulta más valiosa. Tal vez más adelante en esta disertación, al hablar de la enseñanza del derecho internacional, podríamos volver a esto.

Estamos, pues, frente a una penuria de las fuentes tradicionales, sobre las que no existe acuerdo general en cuanto a su auténtico valor, y en ocasiones sólo representan criterios particulares, lo que las ha hecho poco confiables. El artículo 38 confiere a la noción de fuente una connotación que ya no corresponde a los tiempos modernos y que además es incompleta, ya que no toma en cuenta la complejidad actual de los elementos del derecho internacional en una sociedad en constante evolución.

En efecto, no puede admitirse por más tiempo que las fuentes "tradicionales" constituyan un todo hermético; así lo hizo ver con propiedad Ross desde 1947.¹⁴ Ellas se enunciaron desde 1920, en una época de balbuceo del derecho internacional moderno, y mucho ha evolucionado el mundo desde entonces. Las fuentes no dejan de constituir práctica de los Estados, como quiera que se les vea, y son hechura del legislador, como precisa Bos.¹⁵ Si los Estados son los legisladores, ellos mismos pueden, en la práctica internacional, desarrollar nuevas formas de expresión del consentimiento o de señalar la aquiescencia. Aceptar ese criterio hierático del hermetismo de las fuentes "clásicas" equivaldría a negar el progreso del derecho internacional.

La teoría tradicional de las fuentes se bate en retirada, pues las fuentes que enumera no cubren al ámbito de los nuevos fenómenos y menos tipos de instrumentos que de una manera u otra vienen a constituir derecho internacional obligatorio.

El derecho internacional, por lo que estamos viendo aquí, es un proceso dinámico y continuado que opera bien rechazando, bien modifi-

¹⁴ Ross, Alf, *A Textbook of International Law*, 1947, p. 80.

¹⁵ Bos, Maarten, "The Hierarchy Among the Recognized Manifestations ("Sources") of International Law", *Estudios de derecho internacional* (homenaje al profesor Miaja de la Muela), Madrid, 1979, t. I, pp. 363-374.

cando normas antiguas, y también creando normas enteramente nuevas o sustituyendo a las que precedieron.

Ya ahora tiene que recordarse que hay una diversificación y una multiplicidad de procesos de elaboración del derecho internacional y de las instituciones formativas de ese derecho. Por otra parte, es visible un desarrollo formidable de la comunidad internacional y ella requiere avances institucionales y legislativos concomitantes, sin los cuales no puede atenderse a los cambios que están teniendo lugar. Se necesitan, pues, imaginación, nuevas actitudes mentales, una nueva vitalidad de los procesos y cierta valentía.

Existe por fortuna ya en marcha un movimiento, cada vez más intenso, entre los autores progresistas del derecho internacional para asignarle valor a nuevos métodos de elaboración de normas obligatorias, y para insistir en que resulta mandatorio robustecer la doctrina de las fuentes antiguas, despejándola de los excesos en los que han caído los tratadistas, y correlacionar unas con las otras, a fin de que sirvan mejor a nuestro derecho.

Entre los procesos idóneos que para ello se ofrecen están la función cuasi legislativa de la Asamblea General y de otros órganos de las Naciones Unidas, cuando esto último procede; las conferencias internacionales colectivas, que adoptan resoluciones por consenso; la función codificadora de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Examinaremos cada uno de estos métodos, más abajo.

Se hace necesario, empero, despejar a esta altura un par de importantes cuestiones que guardan mucha relación con todo lo que se va a detallar respecto a esos nuevos procesos para la generación de reglas válidas y obligatorias del derecho internacional. Ellas son la conexidad entre la política y el derecho internacionales, y la llamada diplomacia parlamentaria, sobre las que expresaré breves menciones.

IV. LAS VINCULACIONES ENTRE LA POLÍTICA INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL

Preocupados como estaban los juristas internacionales por preservar la pureza del derecho internacional, abjuraban de la política internacional también, pues la consideraban inestable, o como una influencia peligrosa, disociante y malévola, capaz de contaminar al derecho de

gentes de inseguridad y penetrarlo de anarquía; por ello se buscaba instintivamente una especie de asepsia para el fenómeno jurídico.¹⁶

Mas, como hemos visto en la explicación anterior, el derecho internacional no ha venido evolucionando al mismo ritmo de la realidad social que le sirve de infraestructura, ni en la misma proporción. En la sociedad internacional las mutaciones han sido considerablemente más profundas, más arrítmicas y más perturbadoras que en las sociedades internas de los Estados.

Por alguna causa dejó de observarse durante largo tiempo en la doctrina internacionalista que muchas de las normas jurídicas internacionales son creaturas autónomas que brotan de los mismos sujetos que resultan obligados por ellas y que era menester analizar con provecho el factor sociopolítico que la sustenta.

La política internacional, actualmente y aunque no se quiera, es el más relevante de los factores sociales de la infraestructura; por lo mismo, es capaz de integrar a las antiguas fuentes y de surtir de reglas obligatorias al sistema jurídico internacional. Existen todavía, sin embargo, autoridades que siguen rechazando la función de la política y sus relaciones con el derecho.

Es palmario, sin embargo, que el derecho internacional es una parte integrante de la política internacional; también es evidente que existe una relación entre ese derecho y la política. Como lo expresa Henkin,¹⁷ los análisis jurídicos y políticos de los asuntos internacionales son complementarios, mutuamente dependientes y se apoyan entre sí. Expresado de otro modo, hay influencia del derecho internacional en la diplomacia y de la diplomacia en el derecho internacional.

No es dable ahora profundizar en este atractivo asunto. Baste con indicar, siguiendo a Werner Levi,¹⁸ que el derecho es un instrumento de la política, la cual le precede en el tiempo. La política se propone efectuar un orden social determinado, pero este orden sólo puede man-

¹⁶ Sin embargo, ya desde hace casi un siglo, connotados juristas habían instituido la inevitable relación entre el derecho internacional y la política internacional. Así, Westlake, John: "Es cierto que la política no es derecho, pero no puede obtenerse una adecuada noción de derecho sin entender la sociedad para la cual existe y en la que se produce, y por consiguiente, para el estudioso del derecho internacional es necesario apreciar la posición actual de las grandes potencias europeas." *Chapter on the Principles of International Law*, Cambridge, 1894, p. 92.

¹⁷ Véase Henkin, Louis, *How Nations Behave, Law and Foreign Policy*, Nueva York, 1979, pp. 88-98.

¹⁸ Levi, Werner, *Law and Politics in International Society*, Beverly Hills, 1976, pp. 31-33.

tenerse a través del derecho que, podría agregarse, le comunica certeza y precisión, predictibilidad. La política decide quién será el legislador y cuál debe ser la formulación del derecho. El derecho formaliza esas decisiones y las hace obligatorias. Esta distribución de funciones, insiste Levi, hace al derecho dependiente de la política. La creación del derecho es pues un acto político, y el derecho internacional no escapa a este sino.

Pero una vez creado, el derecho ejerce acción recíproca hacia la política y, en no pocas ocasiones, limita y condiciona el comportamiento político. La efectividad del derecho internacional depende en mucho del poder político. Si la validez del derecho internacional dependiera de su apartamiento de la política, no habría nunca derecho. A lo que debe aspirar el jurista frente a estas condiciones es a que se incremente el alcance del derecho internacional, a que la producción de normas sea un proceso fluido y a que se restrinja razonablemente el poder político, pues cuando éste desborda la norma legal, así sea ligeramente, afecta la naturaleza y el funcionamiento del sistema legal. Pero no se debe divorciar nunca el fenómeno jurídico del fenómeno político.

Y como el sistema está determinado por el sistema político de la sociedad en que se produce, existe cierta dependencia de aquél a éste. Por eso resulta tan importante, en conclusión, que se emplee la política sabiamente, evitando su degradación, para hacer generar reglas jurídicas sanas. La política es un agente eficiente, directo unas veces, coadyuvante en otras, para hacer surgir normas jurídicas internacionales. Es pues una fuente material de este derecho.

Por fortuna, ya son numerosos los autores que admiten esto,¹⁹ y que mantienen que la fortaleza del derecho internacional constituye uno de los objetivos más destacados de una comunidad internacional en continuo desarrollo, y que la genuina política de esa comunidad tiene una influencia significativa en la vitalidad del derecho de gentes.²⁰

V. LA DIPLOMACIA PARLAMENTARIA EN EL PROCESO DE FORMACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS INTERNACIONALES

Una de las manifestaciones más tangibles del entrelazamiento de la política internacional con el derecho internacional es el ejercicio de

¹⁹ Por ejemplo Hoffmann, Stanley F., en *American Society of International Law Proceedings*, 1963, pp. 26 y ss.; Henkin, citado en nota 17, pp. 337-339; Morgenthau, H., *Politics Among Nations*, 4a. ed., Chicago, 1967; Visscher, Ch. de, *op. cit.*, nota 1; Claude, Jr., Innis L., *Power and International Relations*, Nueva York, 1962.

²⁰ Cfr. Sepúlveda, César, *op. cit.*, nota 7, pp. 545-546.

la llamada diplomacia parlamentaria. El neologismo "diplomacia parlamentaria" fue acuñado por el distinguido profesor estadounidense Phillip Jessup, de la Universidad de Columbia, en 1956,²¹ para distinguir un fenómeno nuevo e interesante de las relaciones internacionales, o sea, un proceso de características políticas susceptibles de desembocar en normas de derecho.

La diplomacia parlamentaria comprende, en concepto de Jessup, cuatro factores. El primero de ellos es la existencia de una organización internacional permanente, las Naciones Unidas, con una amplia competencia, por no decir general. Otra es la considerable publicidad de los debates que tienen lugar en sus foros y que repercuten en las masas. Un elemento más es la presencia de un procedimiento lo suficiente complejo como para permitir maniobras tácticas y agrupamientos políticos. El último es la expedición de pronunciamientos, que se adoptan en forma de resoluciones formales por un voto mayoritario, o por consenso²² y que se hacen públicas inmediatamente.

Hay pues semejanza con una cámara legislativa y a su vez las actuaciones de los Estados miembros se hacen bajo el signo del proceso diplomático, una diplomacia desde luego diferente de la clásica, mucho más técnica. Se está en presencia de una combinación *sui generis* de parlamentarismo y de diplomacia.

Algunas técnicas del parlamentarismo están presentes ahí, por ejemplo, el orden en el desarrollo de los debates, la reglamentación en cuanto a la participación de los creadores, los asuntos que pueden ser objeto de discusión, el o los resultados de la votación, la seriación de las resoluciones, la forma, nombre y alcance de ellas, etcétera. La característica está en que en la conducción de estas actividades se aplican muchos de los métodos de la diplomacia, esto es, participan delegados

²¹ Jessup, Philip C., "Parliamentary Diplomacy", *Recueil des Cours de la Academia de L'Haye*, núm. 89, 1956, p. 85; véase, asimismo, Hambro, Edward, "Some Notes on Parliamentary Diplomacy", *Transnational Law in a Changing Society* (Essays in Honor of Philip C. Jessup), Nueva York, pp. 286 y ss., así como mi modesto ensayo "La diplomacia parlamentaria en la formación del nuevo orden jurídico internacional", *Estudios de derecho internacional*, cit., nota 15, pp. 454-472.

²² En torno al consenso y sus diferentes formas puede ocurrirse a D'Amato, A. A., "On Consensus", *The Canadian Yearbook of International Law*, VIII, 1970 p. 104; Jenks, C. W. "Unanimity, The Veto, Weighted Voting, Special and Simple Majorities and Consensus as Modes of Decision in International Organizations", *Cambridge Essays in International Law in Honour of Lord Mc. Nair*, Londres, 1965, p. 48. También consúltese Zemanek, Karl, "Majority Rule and Consensus Technique in Law-Making Diplomacy", en MacDonald R. St. J. y Johnston, D. M. (eds.), *The Structure and Process of International Law*, La Haya, 1983, pp. 857-880.

nombrados por los Estados, acreditados por cierto tipo de documentos diplomáticos, como credenciales o plenos poderes, un cierto ceremonial, etcétera.

Un elemento básico son los funcionarios internacionales, o sea, los de las organizaciones donde se da la diplomacia parlamentaria, los cuales imparten eficiencia, método, continuidad, resoluciones bien identificables, registro y archivo de ellas, publicidad de las mismas.²³ Agreguemos, como nota de distinción, que la diplomacia parlamentaria tiene funciones ambivalentes, ya que al mismo tiempo es un órgano de la organización en donde se desenvuelve, pues pone en marcha las decisiones, y es un órgano de representación del Estado, dedicado a promover el interés nacional de éste.

VI. LA FUNCIÓN CUASILEGISLATIVA DE LA ASAMBLEA GENERAL Y DE OTROS ÓRGANOS DE LAS NACIONES UNIDAS

La diplomacia parlamentaria es capaz de producir reglas de comportamiento político, es una herramienta versátil para las naciones débiles, que pueden contrarrestar a través de este proceso los intentos hegemónicos de los Estados mayores. A la vez, la diplomacia parlamentaria ha logrado introducir una dosis de moral en las relaciones internacionales universales, pues la política internacional se ha hecho más visible, más clara y más sujeta a reglas de conducta y se ha creado un cierto espíritu comunitario.

Pero también, como parece obvio, la diplomacia parlamentaria, en el campo del derecho, puede funcionar de manera que constituya un agente de creación de normas jurídicas internacionales. No es que estemos en presencia de un proceso legislativo o estatutario, sino que frente a un vacío legal y ante la insuficiencia de las demás fuentes, como hemos observado antes, la acción de la diplomacia parlamentaria resulta muy importante para refinar conceptos jurídicos; para dilucidar

²³ La calidad de los funcionarios es de lo más elevada, como lo demanda el artículo 101 de la Carta de las Naciones Unidas, que requiere para su enrolamiento, como consideración primordial, "el más alto grado de eficacia, competencia e integridad". Véase, sin embargo, Luard, Evan, *The United Nations, How it Works and What it Does*, Nueva York, 1979, pp. 101-112; Meron, Theodor, *The United Nations Secretariat*, Lexington, 1977, esp. pp. 103-129; Langrod, G., *The International Civil Service*, Leyden, 1963; Bailey, S., *The Secretariat of the U. N.*, Londres, 1964; Schachter, Oscar, "Some Reflections on International Officialdom" en Fawcett, J. E. S. y Higgins, Rosalyn (eds.), *International Organization; Law in Movement*, Londres, 1974, pp. 53-63; Ruzie, David, *Les fonctionnaires internationaux*, París, 1970.

y redefinir la costumbre internacional, introduciendo con precisión el elemento de la *opinio iuris*; para clarificar problemas legales; para estimular la reglamentación de nuevas funciones internacionales; para interpretar y aplicar la Carta de las Naciones Unidas; para revelar o para producir nuevos principios; para rematar, como último eslabón, la labor de codificación de la Comisión de Derecho Internacional; en fin, para elaborar el trabajo preparatorio de la auténtica legislación internacional.

Señala agudamente Virally,²⁴ que la insuficiencia del derecho existente podría llegar a ser uno de los principales cuellos de botella que impiden el progreso de las relaciones internacionales y, que por otra parte, podría amenazar los valores del derecho tradicional. Por ello es tan importante la acción de la organización mundial que se puede sintetizar en torno a estas cuatro ideas:

ella ha dado —dice este autor— a la sociedad internacional mundial un marco jurídico global, que podría decirse constitucional y que salvaguarda su unidad; ella ha instituido un mecanismo de consolidación del derecho internacional existente, que ha demostrado su eficacia; ha establecido ella las condiciones que permitan a los medios tradicionales de creación del derecho funcionar de manera más eficaz, y los ha completado con medios nuevos; y por último la organización ha proveído en ciertos campos los instrumentos de un control regular del respeto al derecho, que facilita asimismo la unificación al móvil de su aplicación.

Es evidente que las Naciones Unidas son un cuerpo político, pero, como afirma Henkin,²⁵ su principal razón de ser es hacer cumplir el derecho frente a la fuerza. Sus otros propósitos han sido el desarrollo y aplicación del derecho internacional, usualmente a través de tratados internacionales. Por ello, y un sabio discernimiento de las relaciones que se producen entre las categorías de la política internacional y las del derecho internacional, han permitido a las Naciones Unidas un saludable equilibrio político entre todos los Estados, un cierto espíritu comunitario y una nueva ética que conduce al derecho.

El proceso de creación de normas de derecho internacional a través de los grandes cuerpos políticos, como la Asamblea General de las Naciones Unidas, así como los organismos de tipo universal, y en el

²⁴ Virally, Michel, *L'organisation mondiale*, Paris, 1972, p. 324.

²⁵ *Op. cit.*, nota 17, p. 90.

campo regional, los órganos respectivos de las organizaciones regionales, merece ser analizado. Desde hace algún tiempo empieza a destacarse la importancia de las resoluciones que proceden de estos cuerpos, especialmente de la Asamblea General de la ONU; la literatura al respecto ya es impresionante. Estos cuerpos producen actos muy variantes que se denominan resolución, o recomendación, o declaración. No es el caso ahora establecer una distinción entre ellos, baste nombrarlos genéricamente como resoluciones.

Es interminable la discusión que existe sobre el valor jurídico de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de otros órganos. Se observa demasiada pasión en uno y en otro bandos, y en ocasiones se les niega todo alcance jurídico, llegando hasta el sarcasmo. Mas puede adoptarse una opinión intermedia, pues es un hecho inescapable que ahí existe en potencia un manantial de normas de derecho internacional, capaz de reabastecer todo el *corpus* existente ahora. Ya se han hecho concesiones en la postura inicial de los que rechazaban este nuevo procedimiento.²⁶

Es incuestionable que las resoluciones de que se habla poseen fuerza de convicción. Ya comienza a apreciarse cierta aceptación de su calidad legal, sobre todo últimamente, en que la actividad de la Asamblea General se ha materializado en resoluciones de gran importancia que han creado hitos de los que difícilmente puede volverse atrás. Empieza a notarse que la resistencia de los que niegan valor jurídico a esas resoluciones disminuye sensiblemente. Se oye hablar de que se está en presencia de un "derecho suave" (*soft law*) de un "derecho verde" (*green law*), o bien, de un "prederecho".²⁷ Y otros admiten, como lo hace Fitzmaurice, que esos procesos políticos, como es el debate en la Asamblea General, pueden *contribuir* a la formación de normas generales de derecho; en este sentido "constituye material que influye en el contenido del derecho, pero no crea a éste".²⁸

Puede admitirse que la Asamblea General, o las grandes conferencias que ella promueve, como la del Derecho del Mar, no tienen la autoridad para expedir leyes, pues su naturaleza difiere de la de una cámara legislatadora, y su propósito no es precisamente que de su acción broten reglas precisas que formal y materialmente parezcan leyes, mas es in-

²⁶ Véanse las obras citadas en la bibliografía general, párrafo 3o.

²⁷ Dupuy, R., "Declaratory Law and Programatory Law: From Revolutionary Custom to Soft Law", en Akerman R. *et al.*, *Liber Rolling*, Declaration on Principles: a Quest for Universal Peace, Leyden, 1977, pp. 247-257.

²⁸ Fitzmaurice, *op. cit.*, nota 9, p. 163.

dudable que de su actividad, en estos últimos decenios, van resultando normas de muy diferente clase y, desde luego, de variado alcance, que deben considerarse expresiones de la conciencia jurídica universal y de la voluntad de los Estados de quedar ligados por reglas de comportamiento, voluntad expresada conjunta y simultáneamente.

Los Estados expresan de ese modo cierta convicción de que consideran esas reglas como derecho que les obliga. Aún más, en varias de las resoluciones se entrevé que las partes se propusieron o quisieron codificar en ellas el derecho existente, para evitar su dispersión, o una variación indeseable de él. En otras es visible que la resolución no deja de influir sobre la práctica de los Estados, bien para modificarla, o bien para confirmarla.

La práctica de la diplomacia parlamentaria en las Naciones Unidas no es un mero ejercicio de retórica, tampoco de sociología especulativa, se está realmente en presencia de un modo *sui generis*. Podríamos llamarla una "cuasifuentes" para alejar sospechas. Tal vez podría aceptarse que estas normas tienen defectos, porque entre otras cosas no poseen el tono apodíctico de una enunciación legal, el de carácter imperativo de un mandato dirigido a gobernados, y quizás podría concederse también que si ellas no son derecho internacional pleno, por lo menos es lo que más se aproxima al derecho internacional de nuestro tiempo y lo que más se asemeja a él. Por otra parte, ha de observarse que con estos procesos se crean normas *no obtenibles* de ninguna otra manera.

Por ahora no nos proponemos llegar al fondo de la controversia filosófico-jurídica entre aquellos que ven en las actuaciones de la Asamblea General y de las organizaciones internacionales una actividad cuasilegislativa, y los que se atrincheran negándoles de algún modo valor legal a tales resoluciones. Debemos conformarnos con la conclusión de que de esa confrontación en que tiene que operar hoy la diplomacia parlamentaria se está produciendo un *corpus* que no puede ya desestimarse, y que se está convirtiendo en algo —políticas, principios, normas, procedimientos, actitudes— que llena las necesidades de la comunidad internacional más que los intereses particulares o las aspiraciones de un Estado, por poderoso que sea éste, o de un grupo cualquiera de Estados. El proceso está en marcha y es irreversible. La diplomacia parlamentaria sigue produciendo derecho, que aunque considerado imperfecto por algunos, es derecho al fin.

Existen numerosas resoluciones importantes y de alcance universal de las Naciones Unidas. Señalaremos sólo algunas de las más destacadas

que comportan alta significación, que poseen una autoridad política indiscutible y que son fuente de derecho.

Entre ellas están la Afirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por la Carta del Tribunal de Nuremberg (resolución 96 [I], 1946); la relativa a la Creación de la Comisión de Derecho Internacional (174/I, 1946); la Declaración Universal de Derechos Humanos (217 A/III, 1948); Declaración sobre la Concesión de Independencia a los Países y Pueblos Coloniales (1514 [XV], 1960); Declaración sobre la Prohibición del Uso de Armas Nucleares y Termonucleares para propósitos bélicos (1653 [XVI], 1961); Declaración de Soberanía Permanente sobre Recursos y Riquezas Naturales (1803 [XVII], 1962); Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1904 [XVIII], 1963); la de los Principios Jurídicos que Rigen las Actividades de los Estados en la Exploración y Uso del Espacio Exterior (1962 [XVIII]), 1963); la muy citada Declaración sobre la Inadmisibilidad de la Intervención en los Asuntos Internos de los Estados (2131 [XX], 1965); la Declaración de Principios de Derecho Internacional relativos a las Relaciones de Amistad y de Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (2625 [XXV], 1970); Declaración de Principios que Rigen el Suelo y el Subsuelo del Océano más allá del Límite de la Jurisdicción Nacional (2749 [XXV], 1970); Declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional (3201 [S-IV], 1974); Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (3281 [XXIX], 1974); Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y de Discriminación Fundada en la Religión o las Creencias (36/55, 1982); la Carta Mundial de la Naturaleza (37/7, 1982).

Todas ellas, disímbolas entre sí, contienen normas de derecho de gentes, de diverso tipo y alcance, bien derecho consuetudinario, bien desarrollo progresivo del derecho internacional, bien como lo que se ha dado en llamar "derecho suave" como antes veíamos; también principios interpretativos de la Carta de la ONU y de otros instrumentos internacionales, o bien, por último, como manifestación del consenso de la comunidad internacional respecto a ciertas normas.

Tienen en común esas resoluciones su evidente autoridad ética, jurídica y política, y la aquiescencia que se les muestra por todos los Estados, aun de los reticentes, y norman inevitablemente la conducta de los miembros de la comunidad internacional. Es palmario, asimismo, que de ahí no puede volverse atrás. En algunas ocasiones las resoluciones dejan entrever que las partes se propusieron o codificar en ellas

el derecho existente, para evitar su dispersión, o una variación indeseable de él. Es también notorio que no dejan de influir sobre la práctica de los Estados, ora confirmándola, ora modificando la anterior.

Podríamos concluir esto señalando que como no existe una fina distinción entre las obligaciones políticas y las obligaciones jurídicas en la comunidad de Estados, en el mundo de las relaciones internacionales, las resoluciones de la Asamblea General, constituyen instrumentos para la formación o la determinación del derecho internacional.

Consecuentemente, la labor de producir normas jurídicas internacionales a través de las resoluciones de la Asamblea General, en la cual se desarrolla la diplomacia parlamentaria, ha sido notable y definitiva, por ello es factible hablar de que se ha producido con todo eso una cuasilegislación.²⁹

VII. LAS RESOLUCIONES DE LAS CONFERENCIAS *ad hoc* COMO PROCESOS PARA LA CREACIÓN DE NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL

En tiempos anteriores a la Carta de las Naciones Unidas una parte del derecho internacional se formó a través de conferencias políticas diplomáticas, como la de París, de 1856, que abolió el corso, como las de La Haya, de 1899 y 1907, sobre métodos de arreglo pacífico, especialmente el arbitraje, y la de La Haya, de 1930, que intentó fijar el mar territorial. Bajo la égida de las Naciones Unidas han tenido lugar numerosas conferencias especializadas de Estados con un propósito que podríamos llamar codificador. En estos casos el derecho fluye no sólo de las fuentes clásicas, sino también de la voluntad de los Estados, obtenida por consenso, o bien de proyectos de tratado—que recogen tanto normas consuetudinarias ya depuradas, como nuevo derecho internacional—, o bien proyectos elaborados previamente por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

Se trata de un procedimiento variado, bastante dispar, no uniforme; por ello se examinarán sólo las características más salientes, encuadrándolo dentro de la concepción de conferencias diplomáticas legislativas.

²⁹ Sobre esto conviene referirse a Falk, R., "On the Quasi Legislative Competence of the General Assembly", *A.J.I.L.*, núm. 60, 1966, pp. 782-791; Onuf, N., "Professor Falk on the Quasi-Legislative Competence of the General Assembly", *A.J.I.L.*, 1970, pp. 349-355; Hoof, G. J. H. van, *Rethinking the Sources of International Law*, Deventer, 1983, pp. 179-191.

La verdad, no existe en la literatura internacional un estudio sistemático sobre este importante método de producción de reglas —o de *désuétude*, esto es, de abandono de una costumbre— con la excepción, quizás, que hace en su libro el autor Villiger.⁸⁰

Examinemos algunos aspectos que tienen lugar en las Naciones Unidas o en la Organización de Estados Americanos. Veamos, por ejemplo, el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948. La Asamblea General había encargado al Consejo Económico y Social que preparara un proyecto de resolución, el cual fue sometido a la Asamblea, discutido y adoptado como resolución en diciembre de 1948, como antes fue mencionado. Más adelante, la propia Asamblea General, por resolución 1904 (XVIII), de 1963, decretó que “todos los Estados deben observar completa y fielmente las disposiciones” de la Declaración. O sea que una Declaración —que se enunció como “ideal común por el cual todos los pueblos y naciones deben esforzarse”—, se convirtió en algo legalmente obligatorio, debido a la enorme autoridad que ella comportaba. Obsérvese en esto un proceso ciertamente complicado que conlleva a normas de tipo jurídico.

Veamos otro aspecto. En 1958 se convocó por las Naciones Unidas una Conferencia de Estados a fin de considerar proyectos de tratado sobre derecho de los espacios marítimos, formulados por la Comisión de Derecho Internacional, y que se juzgaban maduros para la codificación. Ello tuvo lugar en Ginebra; de ahí resultaron las famosas cuatro convenciones de Ginebra sobre pesca, alta mar, plataforma continental y mar territorial. Estos instrumentos muestran un grado excelente de elaboración para esa época, pero intereses particulares de los Estados determinaron que sólo recibieran la adhesión de más o menos la tercera parte de los Estados miembros de la comunidad internacional. Ello revela, por una parte, las dificultades de la codificación, la de legislar por tratado y, al propio tiempo, la de creación de normas generales satisfactorias para todos los Estados. Pero, por otro lado, las normas ahí recogidas ponen de manifiesto la práctica general de los Estados y el desarrollo progresivo del derecho internacional.

Frente a los problemas que emergieron por ello, se optó más tarde, por la organización universal, abordar de diferente manera esta cuestión, con el fin de llegar a una regulación general de los océanos. En 1968 la Asamblea General constituyó un Comité sobre el Uso Pacífico de los

⁸⁰ Villiger, *op. cit.*, nota 12, pp. 146-156.

Fondos Marinos y el Lecho del Océano más allá de la Jurisdicción Nacional, con el encargo de estudiar los principios y normas que promovieran la cooperación internacional y la explotación y uso de los recursos de esa zona "en beneficio de la humanidad como un todo". Este Comité articuló principios y normas, que se incluyen en la importante Declaración de Principios que Rigen los Fondos y el Lecho del Océano más allá de los Límites de la Jurisdicción Nacional (resolución 2749 [XXV], de 1970), que ya hemos mencionado, por lo cual se mantiene que la explotación de la zona internacional de los fondos marinos y la explotación de sus recursos debe emprenderse en beneficio de la humanidad como un todo, sin distinción de la posición geográfica de los países y tomando en cuenta especialmente los intereses y las necesidades de los países en desarrollo.

Por esta misma resolución se determinó convocar a una Conferencia, a fin de revisar el derecho internacional del mar, para 1973, y que fue la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar, que principió sus labores en Caracas, en 1974, que después de once reuniones adoptó en 1982 la Convención sobre el Derecho del Mar, que aún no entra en vigor. Esta magna Convención recapitula los principios y normas sobre esa vasta materia y es una fuente escrita que de cualquier manera influye e influirá en la formación definitiva del derecho del mar.³¹

Es probable que el método empleado de una conferencia masiva, con numerosos comités que redactaban los proyectos de artículos, no haya sido muy aconsejable y que se prefiera mejor la formulación del proyecto de convención por la Comisión de Derecho Internacional, que se examinara en una conferencia diplomática convocada al efecto.

Curiosamente, ciertos órganos han tenido *mutatis mutandis*, en momentos, el carácter de conferencia diplomática *ad hoc*. Así, la Sexta Comisión (Jurídica) de la Asamblea General ha fungido como conferencia, por encargo de la misma Asamblea. De ese modo, en 1969, basándose en un anteproyecto de la CDI, la Sexta Comisión elaboró el texto de una Convención sobre Misiones Especiales (resolución 2530 [XXIV], 1969). Más tarde, esa Sexta Comisión recomendó la adopción de la Convención sobre la Prevención y Castigo de Crímenes contra

³¹ Una obra altamente recomendable para entender los ires y venires de la Conferencia sobre el Derecho del Mar de las Naciones (1973-1982) es la de Sebenius, James K., *Negotiating the Law of the Sea*, Cambridge, Mass., 1984. Merecen consultarse, además, Churchill, R. R. y Lowe, A. V., *The Law of the Sea*, Manchester, 1983; Anand, R. P., *Origin and Development of the Law of the Sea*, La Haya, 1982; O'Connell, Daniel P., *The Law of the Sea*, Oxford, 1982-1983, 2 vols.

Personas Internacionalmente Protegidas, incluyendo agentes diplomáticos, que la Asamblea General hizo suya (resolución 3166 [XXVIII], 1973), y que los Estados luego suscribieron.

Puede mencionarse también, en conexión con este punto, lo ocurrido con la muy famosa y trascendente Declaración de Principios de Derecho Internacional relativos a las Relaciones Amistosas y de Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (resolución 2625 [XXV], 1970). Para llegar a ella, la Asamblea General estableció en 1963 un Comité Especial, político, de 31 representantes de Estados, para que estudiase estos principios con miras a su desarrollo progresivo y codificación. El Comité de Relaciones Amistosas fue constituido porque se pensó en un cuerpo político, porque se afirmó que no existía mucha práctica de los Estados en esa materia, y como razón adicional, porque la Comisión de Derecho Internacional estaba sobrecargada de trabajo.³²

Debo referirme, asimismo, a la constitución, por la Asamblea General, del Grupo de los Cuarenta, en 1972, por decisión de la UNCTAD. Este grupo laboró intensamente sobre la propuesta del presidente Echeverría, de redactar una carta en la que se definieran los derechos y obligaciones de los Estados en materia económica. En 1974, el 12 de diciembre, por resolución 3281 [XXIX], la Asamblea General expidió la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, un documento muy controvertido, por ciento veinte votos en favor, seis en contra y diez abstenciones. La Carta es un repositorio de principios, normas, preceptos, normas *in fieri* y disposiciones de *lege ferenda* que, infortunadamente, no ha merecido el análisis debido por los autores.³³

Otro ejemplo complicado de elaboración de normas jurídicas internacionales es el de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969. La Comisión de Derecho Internacional, después de muchos años de estudio del tema, sometió proyectos de artículos a una Conferencia *ad hoc* de las Naciones Unidas, en 1968 y 1969, atendida por unos 115 Estados. La Conferencia actuó sobre esos proyectos, debatiéndolos considerablemente, introduciendo modificaciones, textos nuevos, cláusulas finales, etcétera, sometándose a voto, rigiendo la mayoría de los dos tercios. Resultó así un texto que fue aprobado por 79 Es-

³² Sobre esto la mejor obra es la de Sahovic, M. (ed.), *Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation*, Dobbs Ferry, 1972.

³³ Parece existir un bloque mental contra ella, pues sólo unos cuantos tratadistas se han dirigido a este tópico. Véanse las obras mencionadas en la nota 8.

tados y que ha sido ratificado por más de 40, entrando en vigor en 1980.³⁴

Me parece que de la breve explicación que antecede pueden observarse las complejidades de la obtención de preceptos jurídicos internacionales por los procedimientos señalados en esta sección, que comprende pasos sucesivos difíciles como el de formular proyectos de cierta estatura y autoridad, que resulten aceptables en primera instancia; someterlos a una conferencia diplomática codificadora, o a un cuerpo *ad hoc*; discutir los textos redactados que surjan, a fin de incorporarlos a una convención colectiva general, y por último, que ese instrumento reciba la confirmación o el beneplácito de todos los Estados, o de una amplia mayoría de ellos. Sin embargo, éste es uno de los pocos procesos de que se dispone, que merece la confianza de la comunidad internacional, sobre todo, de los Estados medianos y pequeños.

VIII. LA FUNCIÓN CODIFICADORA DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA ONU

Por último, hemos de referirnos a otro de los procesos creadores de normas: el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.³⁵

Se entiende por codificación en nuestra disciplina, la formulación o transformación escrita de una o varias normas o principios de derecho internacional, con claridad, certeza y autoridad. Esa reducción a forma escrita no constituye una fuente de obligaciones, ni tampoco comporta fuerza legal *per se*. No son sus reglas derecho escrito sino cuando reciben convalidación de los Estados, por algún procedimiento como los que hemos señalado. La capacidad de obligar de una norma obtenida a través de su codificación se deriva de otras fuentes conexas. En dicha codificación se puede recoger una costumbre internacional reconocida, o una interpretación autorizada de ella, o "desarrollo progresivo" de nuestro derecho, que en cierto modo constituye reglas nuevas, que se pretenden incorporar al *corpus* existente. Difiere de la codificación nacional en que esta última establece legislación.

³⁴ Sobre la Convención merecen leerse Sinclair, Ian M., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2a. ed., Manchester, 1984, una obra cabal; Elias, T. O., *The Modern Law of Treaties*, Leyden, 1974; Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *El derecho internacional contemporáneo*, Madrid, 1980, pp. 46-106; Villiger, *op. cit.*, nota 12, *passim*.

³⁵ Sobre este apartado, son utilizables las obras que se mencionan en la bibliografía general, arriba, en el párrafo relativo a la codificación.

La ventaja de la codificación internacional reside en proveer un texto escrito preciso, inteligible, que facilita considerablemente la posterior discusión y su inclusión en instrumentos internacionales que conllevan obligatoriedad. Ello reduce la posibilidad de controversia política, favorece la búsqueda de compromiso, permite arribar pronto a la concertación y al consenso y evita el rechazo expreso por los Estados.

Desde otro punto de vista, la existencia de una codificación de reglas internacionales, como punto de referencia, puede ser capaz de inducir o de persuadir a los Estados y aplicar las normas consuetudinarias, ya depuradas, que en ella se contengan.

La utilidad de la codificación es manifiesta, debido a la ausencia de otros métodos confiables a la composición heterogénea de la comunidad internacional, a la marcada diferencia entre las potencias mayores y los Estados medianos y pequeños, y al peso de la influencia de los agrupamientos de Estado en la comunidad.

La codificación tiene considerable valor para reducir la incertidumbre y los vaivenes de la política e introducirla en los canales del orden, la legalidad y la justicia. Con la codificación se extiende el ámbito de lo justiciable y eventualmente se avanza en el pesado camino de la jurisdicción obligatoria. A mayor abundamiento, se impulsa el desarrollo posterior del orden jurídico internacional.

Sin embargo, no han dejado de expresarse dudas sobre este método por algunos tratadistas, sobre todo de los países del *common law*, que confían excesivamente en el valor de la costumbre —que a veces ha sido establecida por Estados poderosos sin apego a reglas de derecho—; por ello apuntan que el código podría debilitar las normas consuetudinarias, o bien, si los Estados en su práctica llegan a modificar más tarde la regla, la codificación, como evidencia de la norma, pierde su valor. Otros señalan que el código congelaría prematuramente el derecho en un estadio embrionario de desarrollo, o que con el acto de codificación se perdería mucho de lo que hasta entonces se había considerado derecho bien establecido.

Como quiera que sea, es un hecho evidente que la codificación se encuentra ya bien asentada, pues su utilidad es manifiesta debido a la composición heterogénea de la sociedad internacional, la gran diferencia entre las potencias mayores y los Estados medianos y pequeños, y el peso de la influencia de los agrupamientos de Estados en la comunidad.

El cuerpo codificador por excelencia de las Naciones Unidas es la Comisión de Derecho Internacional, que fue creada en 1947, de acuer-

do con el artículo 13 de la Carta, para "impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación". Sobre ello diremos algunas palabras.

El artículo 13 de la Carta representa un notorio adelanto para esa época, ya que introduce una de las pocas referencias al derecho internacional del texto de la Carta, la cual satisfizo considerablemente a los países débiles. Por otra parte, debe mirarse como el reconocimiento de que el derecho internacional de entonces era insuficiente para el ajuste de conflictos entre los Estados, y como la aceptación implícita de que las normas del derecho de gentes no podrían enmendarse o revisarse con prontitud a efecto de satisfacer las necesidades rápidamente mutables de la sociedad internacional, en ausencia de un cuerpo legislador internacional; por ello se fincaron grandes esperanzas de que se pondría énfasis en el progreso del derecho internacional.

Todo ello hacía confiar que se hiciera un esfuerzo concienzudo hacia la creación de nuevas reglas del derecho internacional, bien sea por la reglamentación de un nuevo tópico o por medio de una revisión comprensiva de las normas existentes, o una formulación y sistematización del derecho consuetudinario, bastante vago e impreciso.

Los redactores del Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional en 1947 fueron tal vez demasiado prudentes, pues no quisieron ir más allá del texto de la Carta; por eso se le asignó como objeto de su función "impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación", como se expresa en ella. En el mismo Estatuto se define la codificación, "por comodidad", "para designar la más precisa formulación, y sistematización de las normas del derecho internacional en materias en las que ya existía amplia práctica, de los Estados, precedentes y doctrina", y el desarrollo progresivo se emplea por comodidad "para designar la elaboración de proyectos de convenciones sobre temas que no hayan sido regulados todavía por el derecho internacional o respecto a los cuales los Estados no hayan aplicado, en la práctica, normas suficientemente desarrolladas".³⁶

Aparentemente, existe ahí una distinción de funciones, y al inicio de la labor de este cuerpo surgieron opiniones que querían limitar con ello el alcance de las funciones del órgano codificador. No es el momento ahora de referir a la copiosa corriente de opinión. La razón se ha ido abriendo paso; hay actualmente consenso firme en que la dis-

³⁶ Naciones Unidas, Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional, 1982, Docto. A/CN. 4/4 Rev. 2.

tinción entre codificación y desarrollo es muy tenue y en ocasiones artificial, ya que cualquier formulación sistemática o compilación de las normas del derecho internacional, a menudo vagas y difusas o muy generales, implican un grado mayor o menor de legislación. Codificación, en el área internacional, envuelve un esfuerzo creativo, que por lo común incluye cierta suma de cambio, como lo ha expresado el profesor Jennings: "el sólo hecho de mudar la norma de una fuente no escrita a una fuente escrita constituye inevitablemente un cambio notable".³⁷

Si la codificación no constituye un avance legislativo no llenaría ninguna función útil. Por otra parte, se realiza con ella un ejercicio benéfico de elaboración, adaptación y aun alteración de textos. La disponibilidad de la escritura meditada es invaluable; con ella inclusive puede llegarse a mudar la interpretación de textos, que en ocasiones anteriores no había sido satisfactoria.

Aun frente a una convención cuidadosamente elaborada, como la del Derecho de los Tratados, que se juzgaba recogería cierta práctica de los Estados, es difícil precisar qué partes o qué reglas pertenecen al dominio de la codificación y cuáles al "desarrollo progresivo". Ambos se encuentran entretejidos inseparablemente, y más todavía en ambos ha habido entrelace de las fuentes. Existe ahí además una interpenetración de todas las fuentes: costumbre, principios generales (*ius cogens*, por ejemplo) tratados, doctrina, resoluciones de organismos internacionales y, a distancia, jurisprudencia internacional. Los cuarenta años de vida de la Comisión han demostrado lo artificial de esta frontera. Ella ha preparado proyectos de convención y a la vez ha reformulado ciertas partes del derecho internacional para las cuales no había prospectos cercanos de codificación.

El órgano permanente de las Naciones Unidas por la codificación, la Comisión de Derecho Internacional, creada desde 1947, se integra actualmente por 34 miembros, elegidos a título personal, que deben ser personas de "reconocida competencia en derecho internacional", y que no son representantes de los Estados de donde proceden. Se procura que exista una distribución geográfica adecuada y que estén representados en ella los principales sistemas jurídicos del mundo.

La composición de la Comisión responde a consideraciones políticas muy atendibles, ya que se reparten los 34 miembros de que consta

³⁷ Jennings, R. Y., "The Progressive Development of International Law and its Codification", *B. Y. I. L.*, vol. 24, 1947, p. 314.

actualmente correspondiendo al incremento ocurrido en el número de miembros de la ONU. De ellos tocan 8 a los Estados africanos, 7 a los asiáticos, 3 a los países de Europa oriental, 8 al grupo latinoamericano, 8 a Europa occidental u otros Estados, y los 2 restantes se rotan alternativamente en cada elección entre uno de los Estados asiáticos y uno de América Latina, cuidando que los 5 miembros del Consejo de Seguridad estén representados siempre en la Comisión.

Desde luego, nace la crítica de que a una selección de auténticos expertos, de "reconocida competencia en derecho internacional", se prefiere el aspecto político de que se tiene que tomar en cuenta la realidad de los votos de los Estados, que en última instancia son los que van a decidir sobre los proyectos que somete la Comisión a la Asamblea General. Vemos aquí las estrechas relaciones entre derecho y política, que hemos esbozado antes.

Por otra parte, la estructura de la Comisión no deja de ser razonable, ya que la integran profesores, diplomáticos profesionales con experiencia en los métodos de las Naciones Unidas, funcionarios de importancia en sus respectivos Estados, embajadores en ejercicio y abogados especialistas en asuntos internacionales. Ello le comunica un matiz adecuado.

Los miembros son electos por los Estados para un periodo de cinco años, con posibilidades de reelección. La Comisión se reúne intermitentemente, durante doce semanas consecutivas, en Ginebra, generalmente de junio a agosto de cada año.

La selección de tópicos para codificar sigue siendo un aspecto delicado del trabajo de la Comisión. El Estatuto de la CDI, en los artículos 16 y 17, concede a la Comisión la facultad de poder dedicarse al desarrollo progresivo del derecho internacional respecto a propuestas que le sean dirigidas por la Asamblea General, o por los miembros de la ONU y los órganos principales de ella, mas el artículo 18 asigna a la CDI la atribución de iniciativa, sujeta a un cierto control de la Asamblea. En otras palabras, el inciso 1 de dicho artículo 18 establece que la Comisión examine el campo completo del derecho internacional con la mira de seleccionar tópicos para codificar, y el inciso 3 de la misma disposición obliga a la Comisión a dar prioridad a solicitudes de la Asamblea General. De esa manera, la Comisión, en 1943 y 1973, seleccionó una lista de temas convenientes para codificar. En algunos de ellos ya fue concluida la labor codificadora. En otros sigue la Comisión empeñada en la tarea de codificar. Es de observarse que la Comisión ha mantenido la preeminencia en la iniciativa, y los pocos

temas que ha sugerido o recomendado la Asamblea General son vástagos de las listas proporcionadas por la misma CDI.

Debemos apuntar que la selección no es fácil, ya que entraña numerosos y complejos factores. El escaso tiempo dedicado a la función codificadora de la Comisión no permite que ella elabore la lista. Luego, el asunto de formular tópicos es a la vez una cuestión técnica y política, y requiere de consenso general en lo que hace a las prioridades.

En tercer lugar, mientras no se desahogan los siete temas pendientes, de los que se habla más adelante, no resulta muy apropiada la inclusión de nuevas materias en la agenda de la CDI.

Así que debemos conformarnos por ahora con la lista existente y desear que, mientras tanto, los grupos de juristas, las asociaciones de internacionalistas, los comités consultivos internos, los departamentos jurídicos de los ministerios de lo exterior, se dediquen simultáneamente a proponer los tópicos para su futura codificación.

El método de trabajo de la Comisión, tanto en el caso de la codificación como en el del desarrollo progresivo, consiste en que, una vez seleccionado un tópico, bien por decisión propia, o bien, más raramente, sugerido por la Asamblea General, la CDI nombra un subcomité o grupo de trabajo para considerar el alcance y la naturaleza del tópico y el método que ha de seguirse.

La CDI designa un relator especial, que presenta un informe preliminar, el cual contiene un plan de trabajo apropiado. Se discute éste en la Comisión, y las observaciones de sus miembros se toman en cuenta, si proceden, por el relator.³⁸ Si es preciso, se solicitan a los gobiernos materiales tales como tratados, leyes, sentencias judiciales y correspondencia diplomática. El relator, en algunos casos, puede preparar un cuestionario para circularlo entre los gobiernos. Con los elementos de que dispone prepara un informe anual, el cual es debatido por la CDI, en sesión plenaria. Con las observaciones de los miembros, hace un resumen, que toma en cuenta el resultado del debate. Un órgano muy importante de la Comisión, el Comité de Redacción, formado por unos doce miembros, discute el proyecto de artículos y el resumen. En el Comité de Redacción no se levantan actas de las reuniones, por lo que el debate es más libre y hasta cierto punto más productivo. La función del Comité es llegar a textos que pueden recibir aceptación general, o bastante aceptación. Opera por consenso. Casi al final de cada sesión, la Plenaria adopta proyectos de artículo recomendados por el Comité previa discusión, y los incluye en su informe a la Asamblea General.

³⁸ Estatuto, artículo 16.

La Asamblea General, a través de su Sexta Comisión (Jurídica), analiza el informe de la CDI y formula, a su vez, observaciones, y puede pasar todo ello a los gobiernos, para comentarios.

El asunto vuelve a la Comisión de Derecho Internacional, para proseguir el estudio en segunda lectura, tomando en cuenta las observaciones en el nuevo informe del relator especial.

Es importante señalar las relaciones que guarda la Comisión con la Asamblea General, en particular con la Sexta Comisión (Jurídica) de dicha Asamblea, así como con los gobiernos. La Comisión informa a la Asamblea del trabajo realizado en cada una de sus reuniones. También solicita criterios sobre algún tópico que se esté tratando en la Comisión. Las relaciones siempre han sido excelentes y constructivas. La Asamblea, siguiendo la recomendación de la Sexta Comisión, requiere usualmente que la Comisión estudie o continúe examinando algunos tópicos, o que se dé prioridad a ciertos tópicos entre los que la Comisión haya seleccionado, o bien, puede diferir su acción respecto a proyectos de la CDI, o convoca conferencias diplomáticas para estudiar y adoptar proyectos de convención preparados por la CDI, o decide considerar ella misma, y adoptar, proyectos de tratado formulados por la Comisión.

La Sexta Comisión, dada su especialidad, es un órgano que guarda una íntima relación con la CDI. En vista de la importancia de la interconexión entre ambos cuerpos, sería deseable que hubiera una mayor representación de miembros de la Comisión que ocurren a la Sexta Comisión como representantes de sus gobiernos, a fin de evitar divergencias de criterio.

Con los Estados, la Comisión mantiene constante relación, bien invitándoles para suministrar datos, información y criterios sobre cuestiones incluidas en sus planes de trabajo, directamente, a través de la Sexta Comisión, o aceptando enmiendas que le sean sugeridas por los gobiernos y que procedan.

Ya se ha mencionado antes el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional en proyectos que cristalizaron en convenciones tales como las de 1958 sobre Espacios Marítimos y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Señalaremos otras más, como la Convención para la Reducción de la Apatridia, de 1961; la de Viena, sobre Relaciones Diplomáticas, también de 1961; la de Relaciones Consulares, también de Viena, de 1963.

Son de mencionarse, asimismo, la Convención sobre Misiones Especiales, adoptadas por la Asamblea General el 8 de diciembre de 1969;

la de Prevención y Castigo contra Personas Internacionalmente Protegidas, incluyendo Agentes Diplomáticos, de diciembre de 1973; la Convención, también de Viena, sobre Representación de los Estados en sus Relaciones con Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, de marzo 14 de 1975; la de Sucesión de Estados respecto a Tratados, de Viena, de 1975; la de Sucesión de Estados respecto a Bienes del Estado, Archivos y Deudas, de 1983, también de Viena, y la Convención sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, de marzo de 1986, de Viena.

La CDI también ha desahogado encargos de estudio de la Asamblea General, que luego se convirtieron en resoluciones de esa Asamblea, tal como el Proyecto de Declaración sobre Derechos y Deberes de los Estados, la Formulación de los Principios de Nuremberg, la cuestión de la jurisdicción criminal internacional, las reservas a las convenciones multilaterales, la cuestión de la definición de la agresión, la participación extensiva en tratados generales multilaterales concluidos bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones, el régimen jurídico de aguas históricas, incluyendo las bahías históricas, algunos de ellos sugeridos por la propia CDI.

Al presente, la Comisión se ocupa de estudiar, codificar y proponer artículos y convenios sobre los siguientes temas: inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes; el derecho de los usos de las corrientes internacionales de agua, para fines diferentes de la navegación; el código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad; el régimen del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada; las relaciones entre los Estados y organizaciones internacionales (segunda parte del tema); la responsabilidad internacional de los Estados; la responsabilidad del Estado por consecuencias perjudiciales de actos permitidos por el derecho internacional. Por supuesto, algunos de ellos tienen mayor relevancia que otros.³⁹

A menudo se escuchan o se leen críticas en contra de la Comisión de Derecho Internacional, algunas de ellas autorizadas y procedentes; otras, en cambio, enteramente gratuitas. La principal reside en el tiempo que consume en preparar proyectos de convención. Otras se basan en que no todos los miembros poseen el mismo grado de capacidad y competencia. Una más reside en el ausentismo de las personas que forman parte de ella. Otro reproche es que las convenciones resultantes muestran sólo un número reducido de Estados que las ratifican.

³⁹ Aún no aparece el Informe de la Comisión, correspondiente a 1988, pero pueden consultarse las Actas Provisionales del 40 periodo de sesiones.

Sin embargo, pese a sus imperfecciones y carencias, debe reconocerse que la CDI ha hecho una notable contribución a la codificación y al desarrollo progresivo del derecho internacional, lo que ha ejercido una influencia saludable en la estabilidad y progreso de nuestra disciplina, no obstante que algunos gobiernos en los últimos años han mostrado cierto visible antagonismo hacia el trabajo de la Comisión, y además se oponen a cambios estructurales de ella.

La lucha por la codificación a través de la CDI, que lleva 43 años de esfuerzos serios y continuados, muestra avances considerables, mas queda todavía un largo camino por recorrer, mucho trabajo para abatir las barreras que se oponen, como la incomprensión, la obstrucción deliberada por razones políticas, la desconfianza en algunos casos.

Debe apreciarse también que la CDI es el único cuerpo donde puede tener lugar una confrontación, en un plano científico, de los variados intereses de los Estados, y podría agregarse, un encuentro, en el plano filosófico, de las teorías y de los principios de los diferentes sistemas jurídicos del mundo.

Ha de tomarse en cuenta asimismo que es de apremiante necesidad que exista disponible un cuerpo altamente calificado de expertos para el desarrollo y la precisión de las normas del derecho internacional. Un órgano como la Comisión de Derecho Internacional, que guarda continuidad a través de los años, dedicado a tareas tan constructivas, llena por lo menos parte de la brecha que deja la ausencia de órganos legislativos en el traslado de nuevos principios de la vida internacional en relación a preceptos jurídicos. La CDI es un cuerpo cuasilegislativo, un aparato formador de derecho y una fuente institucional de derecho. Es al mismo tiempo, en los términos del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, uno de los "medios subsidiarios" más importantes. Su trabajo ejerce influencia en las opiniones jurídicas de los Estados, tribunales internacionales y publicistas de nuestra disciplina.

Ello es más importante aún cuando se observa que, aunque hemos avanzado considerablemente en relativo corto tiempo, en el macizamiento de las reglas del derecho internacional, es notorio que todavía queda mucho por hacer para reducir a normas claras y objetivas el orden internacional. Las áreas que requieren de normación son el derecho constitucional internacional, los derechos y deberes de los Estados, la determinación de otros sujetos del derecho internacional y sus obligaciones e inmunidades, el derecho parlamentario, el derecho penal internacional, la responsabilidad del Estado, entre otros tópicos.

IX. ALGUNAS CONCLUSIONES

La codificación del derecho internacional por las Naciones Unidas es un proceso continuo. De una cuestión *ad hoc*, como fue en el pasado, se ha convertido en un asunto cotidiano o, por lo menos, en algo regular y recurrente. Es un fenómeno que nos resulta familiar.

Debemos acreditar a las organizaciones internacionales un papel decisivo en la formación y creación de las normas jurídicas internacionales. Ellas proporcionan una respuesta a los requerimientos de la promulgación de normas legales, como se ha visto en el desarrollo del presente trabajo.

Puede alegarse, empero, que los resultados de la codificación no han sido espectaculares; no obstante, es factible replicar que pese a los obstáculos que se han interpuesto a esta labor, algunos de los cuales se han reseñado antes, mucho se ha llegado a alcanzar en este campo y ello permite la posibilidad de esfuerzos más intensos.

Podríamos señalar algunas direcciones para esos empeños. Uno de ellos está en el campo de la educación, pues es evidente que hace falta una mayor preparación de quienes se dedican a las disciplinas internacionales. Es evidente que las escuelas de derecho, los institutos de investigación jurídica, como éste que hoy nos hospeda, los de formación de diplomáticos y los planteles de política internacional, requieren mejorar sus programas y métodos de enseñanza del derecho internacional dando relieve al asunto de su codificación y de sus fuentes.

Parece conveniente, asimismo, procurar la formación de comités nacionales para la codificación de este derecho, integrados por profesionales, bajo los auspicios de algún centro de enseñanza superior, que publiquen los resultados de sus transacciones.

La cuestión del método es otro aspecto a considerar. Se debe atender, en el proceso de formación de las normas, a los factores sociales, políticos, tecnológicos y psicológicos de la sociedad internacional, esto es, ha de utilizarse en muchas ocasiones el método sociológico. Han de descubrirse los conflictos de interés subyacentes, sacar conclusiones de si ellos pueden resolverse por compromiso en el momento presente o si es necesario esperar a que se opere un cambio oportuno y favorable. Dicho de otra manera, es necesario tomar en cuenta en dónde reside el desacuerdo para tratar de reducirlo examinando todos los aspectos que impiden la creación de la norma.

Se necesita una perspectiva más amplia de los Estados desarrollados, que les haga ver que el derecho internacional no es sólo una proyec-

ción de sus propias tradiciones, valores e intereses. Es menester que exista una consideración madura de lo que tienen que decir los miembros menos fuertes de la comunidad internacional.

Y en lo que concierne a la diplomacia parlamentaria, ella podría ser objeto de mejoría y de cuidado, sin perder de vista que debe dirigirse a buscar la solidaridad internacional, la interdependencia mutua y teniendo presente siempre los principios de la Carta de las Naciones Unidas. De ese modo, ella se traduce en una mayor eficiencia para contribuir a la formación del orden jurídico internacional y a la restauración del derecho precedente, de manera que serviría mejor a los intereses colectivos. Esa diplomacia parlamentaria ayuda al metabolismo del derecho de gentes, que usa materia externa y la asimila.

Lo que hemos visto a lo largo de este trabajo ha puesto de relieve la realidad caleidoscópica del derecho de gentes y la necesidad de profundizar en sus procesos de formación. Este sistema jurídico es un poderoso factor de equilibrio en la turbulenta sociedad internacional de nuestro tiempo y un elemento indispensable para su progreso, que precisa de entendimiento y de fomento, para lo cual no debe omitirse esfuerzo de los entusiastas.

X. BIBLIOGRAFÍA GENERAL

En lo que se refiere al tema de las fuentes del derecho internacional existen ya numerosas obras. Algunas resultan anticuadas, otras son demasiado teóricas. Las más recomendables y más relacionadas con el tópico del presente ensayo serían D'Amato, A. A., *The Concept of Custom in International Law*, Nueva York, Ithaca, 1971; Elias, T. O., "Modern Sources of International Law", en Friedmann, W.; Henkin, L. y Lissitzyn, O. (eds.), *Transnational Law in a Changing Society* (Essays in Honor of Philip C. Jessup), Nueva York, 1942, pp. 34 y ss.; Fitzmaurice, Gerald, "Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law", *Symbolae Verzil*, La Haya, 1958, pp. 158 y ss.; Henkin, L., *How Nations Behave. Law and Foreign Policy*, 2a. ed., Nueva York, 1979, merece citarse porque proporciona un enfoque muy original y muy fresco sobre los factores que conforman el derecho internacional de nuestro tiempo. Hoof, G. J. H. van, *Rethinking the Sources of International Law*, Kluewer, 1983, es una de las obras más recientes, y se propone reformular la doctrina de las fuentes; es muy interesante.

Jennings, R. Y., "Recent Developments in the International Law Commission. Its Relation to the Sources of International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 13, 1964, pp. 347 y ss.; Marek, K., "Reflections on Contemporary Law Making in International Law", *Les relations internationales dans un monde en mutation*, Leyden, 1977, pp. 367 y ss., ofrece un punto de vista muy conservador y bastante negativo respecto a la creación del moderno derecho de gentes. Parry, C., *The Sources and Evidences of International Law*, Manchester, 1965, es una obra llena de sentido. Thirlway, H. W. A., *International Customary Law and Codification*, Leyden, 1972; Villiger, Mark E., *Customary International Law and Treaties*, Dordrecht, 1985, constituye un acceso novedoso y provocativo. Virally, M., "The Sources of International Law", en Sprensen, Max (ed.), *A Manual of Public International Law*, Londres, 1968, pp. 116 y ss., proporciona criterios muy sugestivos (hay traducción al español). En esta materia de la formación, de la construcción del derecho internacional, hay mucho campo para la imaginación. El libro de Jenks, C. Wilfred, *A Study of Creative Imagination in International Law*, Londres, 1969, constituye un semillero de ideas útiles para prefigurar a nuestro derecho, y para hacerlo real y efectivo. Jenks ha señalado con talento, en más de una docena de libros, rumbos claros para la marcha de las normas del derecho de gentes que aún no han cristalizado por falta de las condiciones necesarias. Desde otro punto de vista, no debe omitirse *Law Making in the Global Community*, editado por Onuf, Nicholas Greenwood, esp. el cap. escrito por el propio Onuf, "Global Law Making and Legal Thought", pp. 1-81. Es de recomendarse, asimismo, la obra ya clásica del lamentado profesor Friedmann, Wolfgang, *The Changing Structure of International Law*, Nueva York, 1964, que aporta concepciones y percepciones muy valiosas del orden jurídico internacional.

Por lo que hace a la formación de normas a través de actos de organizaciones internacionales, y los procesos que conducen a la adopción de resoluciones, recomendaciones y otros actos en la ONU, y el valor de ellos, así como a la influencia de la política en la formación de normas, la producción reciente es abundante y valiosa; pueden citarse las siguientes obras y trabajos: Bokor Szego, Hanna, *The Role of the United Nations in International Legislation*, Amsterdam, 1978; Higgins, Rosalyn, *The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations*, Londres, 1963; Hovet, Jr., Thomas, *Bloc Politics in the United Nations*, Cambridge, Harvard University Press, 1960; Keohane, Robert O., "The Study of Political Influence in the

General Assembly", *International Organization*, primavera de 1967; Alker, Jr., Hayward A. y Russett, Bruce M., *World Politics in the General Assembly*, Yale, New Haven, 1965. Son de recomendarse los estudios específicos de Cox, Robert W. y Jacobson, Harold K., *The Anatomy of Influence. Decision Making in International Organizations*, Yale, New Haven, 1973; Howden, John G. y Kaufmann, Johan, *How United Nations Decisions are Made*, 2a. ed., Leyden, Sijthoff, 1962; Kaufmann, Johan, *United Nations Decision Making*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff, 1980, resulta extremadamente útil para apreciar el fenómeno, así como su otro libro, *Conference Diplomacy*, Leyden, 1968, que proporciona el panorama del proceso entero del funcionamiento de estos cuerpos, que permite captarlo en su integridad. Me permito mencionar mi modesto trabajo "La diplomacia parlamentaria y la formación del nuevo orden jurídico internacional", *Estudios de derecho internacional* (homenaje al profesor Miaja de la Muela), Madrid, 1979, pp. 774-791. Por último, el artículo de Goodwin, Geoffrey, "The General Assembly of the United Nations", en Luard, Evan (ed.), *The Evolution of International Organizations*, Londres, 1966, p. 60, examina el valor de la "ponderación mental" del voto como elemento que contribuye a dar validez a estas resoluciones.

Respecto al valor jurídico de los actos de la Asamblea General de las Naciones Unidas —resoluciones, recomendaciones, declaraciones, etcétera— existen numerosas publicaciones que ponen de manifiesto la importancia de esas determinaciones. Entre las principales, son dignas de mencionarse: Detter, Ingrid, *Law Making by International Organizations*, Estocolmo, 1966; Qual, Lino di, *Les effets des résolutions des Nations Unies*, París, 1967; Asamoah, Obed Y., *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly*, La Haya, 1966; Castañeda, Jorge, *Valor jurídico de las resoluciones de las Naciones Unidas*, México, 1967; Tammes, A. J. P., "Decisions of International Organs as a Source of International Law", *Recueil des Cours*, núm. 94, 1958, p. 270, a quien debe acreditarse haber sido el iniciador de la preocupación por asignar significación a esos actos; Rosner Lande, Gabriela, "The Effect of the Resolutions of the United Nations General Assembly", en Wood, Robert S. (ed.), *The Process of International Organization*, Nueva York, 1971, p. 199 y ss.; Skubiszewski, K., "A New Source of the Law of Nations. Resolutions of International Organizations", *Recueil d'études de droit international en hommage a Paul Guggenheim*, Génova, Institut Universitaire de Hautes Études Inter-

nacionales, 1968, pp. 508 y ss. En contra de la trascendencia de esas resoluciones, pueden verse: Thirlway, H. W. A., *International Customary Law and Codification*, cit. *supra*; Marek, Kristina, "Reflections on Contemporary Law Making in International Law", cit. *supra*, pp. 377 y ss.

El tema de la codificación se encuentra en nuestra época íntimamente conectado con el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, y por ello la mayoría de las obras comprenden simultáneamente a ambos tópicos. Citaremos las más relevantes: Ago, Roberto, "La codification du droit international et les problèmes de sa réalisation", *Recueil d'études de droit international en hommage a Paul Guggenheim*, cit., pp. 93 y ss.; Baxter, R. R., "The Effects of III-Conceived Codification and Development of International Law", *id.*, pp. 146 y ss.; Hazard, J. N., "Codifying Peaceful Co-Existence", *American Journal of International Law*, núm. 55, 1961, pp. 109-120; Sahovic, M., "La codification du droit international dans le monde moderne", *Jugoslovenska Revija za Medjunarodno Pravo*, núm. 2, 1960; Dhokalia, R. P., *The Codification of Public International Law*, Manchester, 1970; Thirlway, H. W. A., *International Customary Law and Codification*, cit. *supra*; Villiger, Mark E., *Customary International Law and Treaties*, cit.; Briggs, H. W., *The International Law Commission*, Cornell, 1965; Baradei, M. El; Franck, T. M. y Trachtenberg, R., *The International Law Commission, The Need for a New Direction*, Nueva York, UNITAR, 1981; Sinclair, Ian, *The International Law Commission*, Camdridge, 1987; United Nations, *The Work of the International Law Commission*, 4a. ed., Nueva York, 1988.

Aunque el asunto de las relaciones entre política y derecho en el ámbito internacional reviste obviamente demasiada importancia, pues el papel de la política en la producción de normas jurídicas es muy relevante, están haciendo falta análisis profundos y precisos sobre ello, y la bibliografía, aún escasa, no es siempre fiable. Pueden referirse aquí, empero, algunos trabajos: Levi, Werner, *Law and Politics in the International Society*, Beverly Hills, 1976; Kaplan, M. A. y Katzenbach, N. de B., *The Political Foundations of International Law*, Nueva York, 1961 (hay traducción al español del Fondo de Cultura Económica, México); mi pequeño ensayo "La diplomacia parlamentaria y la formación del nuevo orden jurídico internacional", ya mencionado arriba; Hovet, Jr., Thomas, *Bloc Politics in the United Nations*, cit. *supra*; Keohane, Robert O., "The Study of Political Influence in the General Assembly", cit. *supra*; Alker, Jr., Hayward A. y Russet, Bruce M., *World*

Politics in the General Assembly, cit. supra; Goodwin, Geoffrey, "The General Assembly of the United Nations", en Luard, Evan (ed.), *cit. supra*.

César SEPÚLVEDA