

DESARROLLO Y MOVIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL DESDE 1942

Por César SEPÚLVEDA

a Daniel Cosío Villegas.

SUMARIO

Introducción.—I. La crisis del derecho internacional.—Las divagaciones de la doctrina.—El positivismo y el jusnaturalismo.—La teoría sociológica del derecho internacional.—II. Los cambios más significativos en el derecho internacional de los Estados soberanos: a) la codificación del derecho internacional; b) inmunidades de los Estados ante tribunales extranjeros; c) el impacto de expropiaciones y nacionalizaciones en el orden internacional; d) normas y desarrollos nuevos en torno al espacio territorial del Estado; la cuestión de la plataforma continental, la co-participación en la Antártica, nueva utilización de los ríos internacionales, el espacio superior, la anchura del mar territorial, la navegación aérea internacional.—III. Otros movimientos menos perceptibles del orden jurídico internacional: a) el derecho internacional y el derecho interno; b) reconocimiento de gobiernos; c) los tratados; d) agentes diplomáticos y personal paradiplomático.—IV. El nuevo derecho de las organizaciones internacionales.—V. Algunas conclusiones.

Introducción.—Hace algo más de veinte años trabé contacto con esta cautivante disciplina, y ella se ha convertido desde entonces en el centro de mi ocupación intelectual merced a la influencia de dos singulares maestros, don Manuel PEDROSO, ido en 1958, y don Antonio GÓMEZ ROBLEDO, y a la guía persuasiva de don Roberto CÓRDOVA, con quien hice las primeras armas en la diplomacia. En 1942 empecé mis afanes pedagógicos en la Facultad de Derecho, y no he dejado de enseñar esta asignatura a partir de esas fechas.

Me ha tocado presenciar, a lo largo de todo ese período, que ya se antoja prolongado para el que escribe, cambios y transformaciones muy importantes en las normas y en las teorías capitales del derecho internacional. He visto también cómo han mudado muchas instituciones y prácticas del derecho de

gentes, y cómo ha variado la enseñanza de esta materia en contenido y metodología. Me ha sido posible observar asimismo que este orden jurídico no ha dejado de mostrar un continuo y progresivo desarrollo.

Estos últimos lustros deben considerarse como de transición entre el derecho internacional clásico, de corte tradicional y europeo, que ha tenido que modificarse en algunas partes de su estructura para hacer frente al reto de las nuevas situaciones, y el derecho internacional moderno, que no acaba aún de instaurarse.¹ La transición es profunda e interesante y merece examen analítico. Por eso me he propuesto revisar los cambios que el derecho de gentes ha sufrido en estas dos décadas, y, de paso, ofrecer a la vez una perspectiva ligera de las lecturas más destacadas de ese mismo lapso, con la intención de suministrar una visión actualizada de aquellas instituciones internacionales donde se observa una evolución más intensa, y un sumario de la bibliografía más destacada que a ellas se refiere y que ha aparecido en los últimos años.

— I —

La crisis del derecho internacional.—Desde el primer momento de mi acceso al internacionalismo escuché que el derecho de gentes se encontraba en crisis, y lo he seguido oyendo desde entonces, de tal manera que parece que este orden legal ha estado sujeto a permanentes vicisitudes, y ello debiera llevarnos a la desesperanza, pues no es visible que puedan removerse los factores que la causan.

Ciertamente, en los comienzos del período que aquí se analiza el panorama era más que sombrío, y el desaliento resultaba natural. Aún los más optimistas de los autores mostraban desánimo. Otros expresaron el desencanto más profundo.² Sólo unos cuantos, como por ejemplo BRIERLY³ y GUG-

¹ En su libro del *Derecho Internacional Clásico al Derecho Internacional Nuevo*. Imprenta Universitaria, México, 1953, el destacado internacionalista Josef L. KUNZ señala que hay dos etapas bien marcadas en el desarrollo del derecho de gentes, la primera, la del derecho internacional "clásico", como lo llama, hasta 1914, y la otra, la del derecho internacional "nuevo", desde entonces. Empero, tal parece que las características del derecho de gentes anterior a 1920 se continuaron hasta 1939, y que, en realidad, el cambio importante se ha venido efectuando desde 1945, en que se separan las vertientes. Los cambios observados en 1920 fueron novedosos, pero incipientes y poco profundos. Conviene ver RÖLLING, B. V. A., *International Law in an Expanded World*, Amsterdam, 1960, para las características del derecho internacional del porvenir.

GENHEIM,⁴ encontraron un lugar razonable para el orden legal internacional e infundían algún ánimo. Más tarde, pudo notarse un excesivo entusiasmo, tan perjudicial como la desmoralización y el pesimismo. Hoy se palpa otra vez una amarga desilusión, compenetrada de temor.

En realidad, el derecho internacional no es el que ha estado en crisis. Ha habido exageración y confusión en torno al problema. Aquí, como en otras ramas de las ciencias sociales, en los períodos de transformación como el vivido por el derecho de gentes desde 1942, surge una honda división en las concepciones, que responde en lo general a una separación en las líneas de convicción política. De otro lado, es evidente que la supuesta crisis no es sino un desajuste producido por la aceleración característica de la época.

Los acontecimientos se han sucedido vertiginosamente. Ha habido, además, un rápido progreso tecnológico. Han surgido nuevas ideologías y se modificaron los métodos de organización política. Se han generalizado las comunicaciones. Países de muy diferentes culturas han aparecido en la palestra internacional. La reforma social de los países de subdesarrollo se ha proyectado en las relaciones internacionales. Todo ello ha conducido a una situación de inseguridad o de falta de estabilidad, que ha puesto a prueba la capacidad del derecho internacional para enfrentarse a las nuevas situaciones y para acabar con la incertidumbre. La circunstancia de que el derecho internacional haya podido cumplir sólo parcialmente su misión reguladora y mantenedora de la paz y del orden no es atribuible al propio derecho de gentes, sino a las partes que forman la comunidad internacional.

Bien examinada, la crisis no es propiamente del derecho internacional, sino más bien del pensamiento sobre este orden jurídico. Se quiso pedir mucho del derecho de gentes, y se depositó en él, indebidamente, una fe ciega para terminar con las guerras, para limitar los apetitos de las potencias y para ordenar las desigualdades.

No parece haber habido una reconciliación entre la ciencia del derecho internacional y su objeto propio. Hubo una incongruencia cada vez mayor

² Por ejemplo, GENET, que hablaba en 1946 de "la agonía del derecho internacional", SMITH, A. H., *The Crisis in the Law of Nations*. Stevens, 1947, que muestra un amargo desaliento.

³ BRIERLY, J. I. *The Outlook for International Law*. Oxford, 1944, pp. 9-18, 73-94, pero sobre todo "International Law. Its actual Part in World Affairs", 1944, en *The Basis of Obligation in International Law*, Oxford, 1958, pp. 327-337.

⁴ GUGGENHEIM, P., *L'Organisation de la Société Internationale*. Neuchâtel, 1944.

entre el derecho internacional predicado por los autores y la conducta real de los Estados, un abismo entre la teoría y la práctica.

Lo que sucede es que la doctrina ha andado un poco atrás del desarrollo institucional de la comunidad, no ha querido abandonar las posiciones tradicionales, y ha pretendido reformarse a veces con meras adiciones al aparato conceptual preexistente, o bien, ha recurrido a un ataque nihilista e infecundo a los principales dogmas y postulados, sin ofrecer nada a cambio, en lugar de aplicarse a buscar definiciones más firmes y precisas, o a fabricar análisis más profundos. Ha faltado una buena dosis de paciencia y de sabiduría.

Las divagaciones de la doctrina.—Es notorio, según se evidencia más abajo, que el derecho público internacional ha venido creciendo de manera constante, silenciosamente en ocasiones, como lo hace la hierba; a veces con despliegues de fanfarrias, como en el caso de la plataforma continental, incrementando el número de sus normas e instituciones, abriendo los rumbos de su avance. Pero la doctrina, por contra, ha andado remisa, en contraste con el paso que ha mantenido el derecho internacional en relación a las necesidades cambiantes de los tiempos. Por una parte, la teoría se perdió en disquisiciones infecundas, y por la otra, se quedó rezagada. Ello no ha dejado de lastimar a esta disciplina, porque son precisamente las tesis progresistas, aunque a veces se antojen atrevidas, las únicas que logran fertilizar la rama jurídica a la que se aplican.

La filosofía del derecho internacional produce un impacto perceptible en las relaciones entre los países, pues no puede negarse que existe una interacción sutil entre la teoría y la práctica. Por ello es tan importante que la teoría se ciña a los hechos internacionales, para observarlos tal como son realmente, y no los presente de manera falsa o engañosa, y por ello también es tan necesario que la doctrina no detenga su avance.

Salvo bien limitadas excepciones, no puede observarse que la doctrina internacionalista haya exhibido un vigor comparable al de nuestro sistema legal.⁵ Cuando no se percibe exceso de cautela, o desesperanza impotente, o estéril cinismo, se nota un regreso a las posiciones tradicionalistas, a los

⁵ Para una bien documentada excursión sobre el pensamiento internacional contemporáneo y crítica del mismo, conviene consultar: KUNZ, Josef L., *Del Derecho Internacional Clásico al Derecho Internacional Nuevo*. Imprenta Universitaria. México, 1953, pp. 69-80; "The Changing Law of Nations" en *American Journal of International Law*, January, 1957, N° 51, pp. 77-83. KUNZ, "El Sistema del Derecho Internacional", en *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje a Barcia Trelles*, Santiago de Compostela, 1958, pp. 87-101. KUNZ, "The Systematic Problem of the Science of International Law", en *American Journal of International Law*, October, N° 55, pp. 951-958; KUNZ,

cánones centenarios, como si con ellos pudiera apoyarse ahora un sistema fluctuante, en continuo avance, que bulle con situaciones nuevas y que ofrece novedosas bases de integración. Ha faltado, además, frescura y originalidad, y se han dejado de examinar aspectos modernos muy interesantes.

En una rápida ojeada a la doctrina internacionalista de estos cuatro últimos lustros puede advertirse que no ha habido un apreciable progreso científico, y que los autores han estado más preocupados en combatir las tesis rivales o en servir a oscuros intereses políticos, que en ofrecer nuevos senderos doctrinarios a este orden legal. El período se ha caracterizado principalmente por la infructuosa pugna entre los positivistas y sus adversarios y por la contienda improductiva entre occidentales y soviéticos.

El positivismo se había instaurado poderosamente, y en algunos países, como en México, reinaba soberano. Por ejemplo, en nuestra facultad, el positivismo relativista pervadía todo el campo de las disciplinas jurídicas, incluyendo la nuestra particular. El solo conjuro del nombre de KELSEN era bastante para ganarse fama de experto. Los postulados de la Escuela de Viena se aceptaban sin posterior análisis, no obstante que en lo que se refiere al derecho internacional ofrecían extremismos, contradicciones, y que se apoyaban en principios metafísicos para armar todo el sistema.⁶

Pero el positivismo, aún cuando produjo algunos efectos beneficiosos, pues había reducido varios de los excesos doctrinarios de las escuelas que le precedieron, había mostrado ser estéril, aún en sus manifestaciones mejores. Más desconcertante resultó que los positivistas abandonaran todo esfuerzo para sujetar a los Estados a la ética. Por otra parte, en momentos en que la comunidad se agita, en que los períodos pacíficos se hacen más cortos o menos frecuentes, el positivismo no satisface, y el pensamiento busca los valores eternos, más sólidos, y surge de nuevo el jusnaturalismo como esperanza, como barrera en contra de los abusos y del indebido ejercicio del poder. Es en etapas como éstas, en que se perciben las debilidades inheren-

"The Changing Science of International Law", en *American Journal of International Law*, April, 1962, N° 56, pp. 488-499. LA PRADELLE, A. DE, *Maitres et Doctrines de Droit des Gens*, Paris, 1950, pp. 359-427. LAUTERPACHT, H. *The Function of Law in the International Community*, Oxford, 1933, pp. 416-422.

⁶ Sobre el positivismo y su influencia en la teoría internacional moderna, puede verse: MORGENTHAU, H., *Politics in the 20th Century*, Chicago, 1962, Vol. I, pp. 282-307. KUNZ, J. "Natural Law Thinking in the Modern Science of International Law", en *American Journal of International Law*, N° 55, 1961, pp. 956-957, señala varias clases de positivismo: el positivismo "ingenuo", el crítico, el analítico, el sociológico, el filosófico y el jurídico.

tes del derecho internacional, en que es menester un mayor énfasis en los principios morales.

El jusnaturalismo de los últimos veinte años, empero, no ha ofrecido tampoco ni una avenida para el desarrollo científico, ni los fundamentos para el derecho internacional de nuestro tiempo.⁷ El jusnaturalismo actual no sólo no ofrece unidad sino que presenta una gran y desconcertante dispersión. En ocasiones, debe prevenirse contra un pseudo naturalismo engañoso. Algunos autores han vuelto al derecho natural clásico, otros siguen fielmente el neotomismo. Se encuentran también posturas matizadas de psicologismo, como la de DUGUIT, o de sociologismo, como la de POUND. En su versión axiológica, como con VERDROSS⁸ o con WEHBERG, el jusnaturalismo resulta más aceptable, pero no proporciona una respuesta satisfactoria.

Una novedad doctrinaria pudiera estar constituida por la concepción soviética del derecho internacional,⁹ dado que podría significar un apartamiento de las posturas tradicionales y una novel posición con respecto a las relaciones internacionales. Podría pensarse inclusive que la colisión constante de conceptos legales y políticos entre el mundo de Occidente y el bloque soviético produciría alguna síntesis productiva. O bien, que pudiera darse el fenómeno de que existen dos familias de naciones, cada una de ellas con su propio sistema internacional, y que de la comparación de ambas resulta un progreso benéfico. Pero el producto real ha sido decepcionante.

Las ideas comunistas no han traído aportación nueva alguna a la doctrina internacionalista. Ambigüedad y confusión, oportunismo político, retractaciones, y no pocas veces, sarcasmo disolvente es lo que se percibe en los escritores soviéticos de nuestra generación, y en la presente actitud comu-

⁷ Las tesis modernas del derecho natural se encuentran, p. ej., en VERDROSS Alfred, *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental*, Trad. española de Mario de la Cueva, México, 1962, pp. 332-342. Véase también FRIEDRICH, C. J., *The Philosophy of Law in Historical Perspective*, Chicago, 1958, pp. 178-188. KUNZ, J., "Natural Law Thinking in the Modern Science of International Law", ya mencionado, así como la bibliografía citada en BRECHT, A. *Political Theory*, Princeton, 1959, pp. 564-566.

⁸ *Derecho Internacional Público*, Trad. Española de la 3ª Edición Alemana, por Antonio Truyol y Serra. Madrid, 1957, pp. 8-14 y pp. 484-486.

⁹ Las corrientes del pensamiento soviético sobre el derecho internacional se encuentran analizadas, p. ej., en SCHLESINGER, R., *Soviet Legal Theory*, 2nd. Edition, 1951; KULSKI, W. W. "The Soviet interpretation of International Law", en *American Journal of International Law* N° 49, October, 1955, pp. 518-534; KELSEN, Hans, *Teoría Comunista del Derecho y del Estado* (Trad. Española) Emecé, Buenos Aires, 1957; KRYLOV, S., "La Doctrine Soviétique du Droit International", en *Recueil des Cours*, N° 70, 1947, pp. 411-475; Academy of Sciences of the U.S.S.R. *International Law, a Textbook*, Moscow, 1959.

nista hacia el derecho y la organización internacionales. Tal vez el aspecto más destacado del aparato teórico soviético sea la fórmula de la "coexistencia pacífica", porque el vocablo encierra cierta seductora atracción y posee algún contenido emocional, pero el análisis cuidadoso revela que no es un concepto jurídico sino más bien político,¹⁰ que ni siquiera puede atribuirse la paternidad a los autores rusos, y que, repleto de generalidades y abstracciones, no viene a ser sino la renuncia de principios generales que yacen en todas las concepciones occidentales del derecho internacional. Además, tal como está expuesta en sus voceros principales, la "coexistencia pacífica" aparece como un concepto un tanto negativo, o sea, como "condición en la que fuerzas esencialmente hostiles son requeridas por las circunstancias para abstenerse de pelear".¹¹ Más bien debe tomarse como una nueva manera de expresar los principios fundamentales del derecho internacional de siempre.

La teoría soviética del derecho internacional, aparte de cuestiones de mera táctica, no difiere mucho de la teoría occidental en el tratamiento del sistema jurídico internacional y de sus instituciones. Es factible percibir una separación mayor de ideas entre las tesis del mundo capitalista. La fisura doctrinaria entre los dos grandes bloques radica en la concepción sobre la naturaleza del derecho de gentes, que puede llegar a colmarse, y en el uso que hacen los autores comunistas del derecho internacional para la promoción de objetivos políticos específicos de la U.R.S.S. La dicotomía que pretenden presentarnos autores de ambos grupos, pero principalmente los rusos, es enteramente falsa, pues existe consenso real sobre valores comunes. Hay, además de principios y de intereses en conflicto entre los dos bandos, una buena suma de valores que son solidarios a ambos bloques, y son esos valores comunes los que hacen y seguirán haciendo posible el ajuste y la

¹⁰ En torno a la "coexistencia pacífica" resultan muy útiles: SYNDER, E. A. y BRACHT H. W. "Coexistence and International Law", en *International and Comparative Law Quarterly*, N° 7, 1958, pp. 54-71. HAZARD, J. N., "Legal Research on Peaceful Coexistence", en *American Journal of International Law*, N° 51, 1957, pp. 63-71; McWHINNEY, Edward, "Peaceful Co-Existence and Soviet-Western International Law", en *American Journal of International Law*, N° 56, 1962, pp. 961-970; HAZARD, J. N., "Co-Existence Codification Reconsidered" en *American Journal of International Law*, N° 57 1963, pp. 88-97; TUNKIN, G. I., "Co-Existence and International Law", en *Recueil des Cours*, N° 95, 1958, pp. 1-63; DALLIN, Alexander, *The Soviet Union at the United Nations*, Praeger, New York, 1962; LAPENNA, Ivo. "The Legal Aspects and Political Significance of the Soviet Concept of Co-Existence", en *International and Comparative Law Quarterly*, July, 1963, pp. 737-776.

¹¹ HAZARD, J. N., en *Report of the Forty Eight Conference of the International Law Association*, New York, 1959, p. 427.

regulación de las diferencias de intereses. No deja de haber un interés común, por mínimo que sea, en que existan normas legales comunes, para resolver las diferencias entre el mundo soviético y el capitalista.

La postura soviética ni siquiera ha llevado por sí sola a una reconsideración o reformulación del derecho internacional tradicional, ya que esa reconsideración, que está teniendo lugar estos días ha partido de factores sociológicos generales de toda la comunidad internacional y no del choque entre Occidente y Oriente. Esta contienda entre soviéticos y occidentales ha frenado sólo el desarrollo continuo del derecho de gentes, y ha detenido la tarea de la organización internacional, pero no ha impreso ninguna nueva dirección o sentido.

En resumen, de lo que se lleva tratado sobre la doctrina del derecho internacional, debe concluirse que ni ha habido pureza científica para tratar a este orden jurídico, ni han dejado de mezclarse cuestiones subjetivas en la exposición de los autores. Por jusnaturalistas y por positivistas se ha pretendido quitarle su carácter de *derecho político* para convertirlo en un sistema de esencias puras. O bien, se le ha tratado de desacreditar como orden legal, o se han confundido sus fundamentos y se ha desconocido su naturaleza.

Tal vez la respuesta más apropiada pueda darla la escuela sociológica¹² si se le despeja de algunos de sus excesos. Por lo menos, esta posición, en tanto que tercera, pudiera reducir la inacabable controversia entre naturalistas y positivistas, y abrir nuevos senderos. Si no se buscan nuevos horizontes a través del método sociológico suplementado por la lógica, esto es, examinando las normas jurídicas internacionales en el contexto entero de la vida social, como lo pedía SCHINDLER desde hace un cuarto de siglo, la doctrina del derecho de gentes seguirá descansando en una pretérita filosofía jurídica y en una teoría política ya caduca, y corre el peligro de

¹² Los diferentes matices de la escuela sociológica del derecho internacional se advierten, por ejemplo, en ALVAREZ, Alejandro, *Le Droit International Nouveau*. Paris, 1960; BRIERLY, J. L. *The Law of Nations*, 6th Edition by WALDOCK, Oxford, 1963; CORBETT, Percy E., *The Study of International Law*, 1955; DE VISSCHER, CH. *Theory and Reality of International Law*. Trad. por Corbett, Princeton, 1957; HUBER, Max, *Gesellschaft und Humanität*, 1948, y JENKS, C. W. *The Common Law of Mankind*, London, 1958. MORCENTHAU, H. *Politics Among Nations*, 3rd. Edition, Chicago, 1960, pp. 275-325; SCHINDLER, D., *Recht, Staat. Völkergemeinschaft*, Berlin, 1948; STONE, J. "Problems Confronting Sociological Inquires Concerning International Law", *Recueil des Cours*, N° 89, 1956, pp. 63-180; y *Legal Controls of International Conflict*, New York, 1959, pp. 36-66; SCHWARZENBERGER, G. y KEETON, G. W. *Making International Law Work*, 1946, pp. 172 ss.

estancarse para siempre, impidiendo la supervivencia de esta noble disciplina.

La teoría sociológica es la que resulta más consecuente con la real naturaleza del derecho internacional; pero debe prevenirse con respecto a ciertos matices extremos de ella. Algunos de sus adherentes adoptan una posición de realismo radical, con no encubierta admiración por la fuerza.¹³ Por fortuna, se encuentran quienes toman una postura progresista moderada, y consideran, a la vez que los factores sociológicos, la normatividad de los sistemas legales. La teoría sociológica, bien entendida, resulta una teoría funcional y útil, pues sin abandonar el normativismo busca formular relaciones funcionales uniformes entre las fuerzas económicas, políticas, sociales, psicológicas y otras, que determinan el contenido actual y la operación de las normas legales —y que a su vez, no dejan de estar determinadas por estas últimas— y las propias normas jurídicas. Esas relaciones sirven para iluminar sobre el sentido y el alcance de cada norma particular de derecho, así como para cualquier fundada reforma a los sistemas legales.

Posee la tesis sociológica del derecho internacional la enorme ventaja de ser la única teoría capaz de averiguar el papel de los Estados como entidades mediatizadoras y, modificadoras de las relaciones humanas que se dan a través de las fronteras de las naciones. Puede ella dedicarse a indagar las diferencias capitales entre el “consentimiento común de la humanidad” y el “consentimiento de los Estados”, que son dos cosas bien diferentes, pero que se han confundido lamentablemente en la doctrina. La interposición de las entidades estatales entre los seres humanos, ciudadanos de los diversos Estados, trae diferencias básicas que deben irse reduciendo a través del estudio sociológico del derecho internacional, conforme a las postulaciones de Max HUBER. El Estado aísla unos grupos humanos nacionales de otros, o bien, sirve de estrecho cauce para canalizar las relaciones entre seres humanos. En ocasiones, el Estado puede equipararse a un compartimiento

¹³ Obsérvense, v. gr., los extremos de MORGENTHAU, H., en *In Defense of National Interest*, New York, 1951, y de KENNAN, George, *American Diplomacy, 1900-1950*, Chicago, 1951, en donde se observa un realismo cínico, y en donde se considera al derecho internacional como “una fuerza social estática”, o como una cristalización de la política pasada, y nótase una crítica profunda de ambos en McDUGAL, Myres S., “Law and Power”, en *American Journal of International Law*, N° 46, 1952, pp. 102-114. Pueden verse también las reflexiones del presente autor en “La Diplomacia Realista”, *Foro Internacional*, N° 1, 1960, pp. 141-144. Conviene observar también la crítica de los autores soviéticos contra Morgenthau y Keenan en LEVIN, *Sovetskii Ezhegodnik*, 1959, pp. 88-100-2, pero advirtiéndose que la postura soviética, en general, no dista mucho del realismo descarnado que ella tanto critica.

estanco, cuya comunicación con otros compartimientos de la misma naturaleza se realiza sólo a base de conductos muy angostos, impidiendo la relación directa de pueblo a pueblo, de sociedad a sociedad. De ahí que sea tan importante la teoría que se ocupe de la interacción entre las relaciones interestatales y las interhumanas.¹⁴

Las reflexiones que surgen después de esta excursión por la doctrina internacionalista y contemporánea llevan a la conclusión de que en el fondo de todas las tesis existe un grado de verdad, y que mucho auxiliaría el progreso de la ciencia del derecho internacional si la doctrina cooperase y unos bandos y otros no se guardasen tan ostensible hostilidad. Nada hay que impida la conjugación armoniosa de los métodos analítico, jusnaturalista y sociológico, en servicio de un desarrollo sano de nuestra disciplina. Es necesaria una urgente reconciliación de la doctrina para garantizar la supervivencia del derecho de gentes.

Es cierto que la doctrina no puede alterar decisivamente el curso de los acontecimientos, pero puede asumir una función muy estimable y plena de responsabilidad en la guía y promoción de un orden legal enraizado en la libertad, fundado en la justicia y dedicado al mantenimiento de la paz. Por ello parece menester quizá una nueva mentalidad, que no intente sólo inyectar a un sistema inerte con levaduras de elementos dinámicos, pues ello no es bastante. Lo que se requiere es un sistema enteramente nuevo, que no huya de la omnipresente realidad, y que no pierda de vista, en ningún momento, la universalidad de los problemas humanos. Sólo así la doctrina puede volver a ser fecunda, como fue la de los teólogos juristas del Siglo de Oro.

— II —

El derecho internacional se fraguó para Estados soberanos, y no había en las concepciones clásicas lugar para otros sujetos. Un cambio, empero experimentado en estas décadas, y que complica el panorama doctrinal es que, no sin algunas voces disidentes, se ha ido admitiendo que el derecho de los Estados soberanos constituye la parte mayor de este sistema legal, pero que hay ahora otras porciones que, aunque no rivalizan en importancia

¹⁴ Especulaciones muy interesantes sobre el tema de las comunicaciones entre los grupos humanos y su impronta para el derecho internacional se encuentran en STONE, J., *Legal Controls of International Conflict*, New York, 1959, pp. XLI-XLIV, 57, 59, 63-64.

con aquélla, le han comunicado diversificación y vitalidad al derecho clásico. Por ejemplo, ha surgido el derecho relativo a las instituciones y organizaciones internacionales, y el nuevo derecho de la cooperación internacional, que coloca al individuo, a la persona, como centro de los afanes del Estado y de la actividad interestatal. En ocasiones, estas nuevas fracciones del derecho de gentes se entrecruzan desconcertantemente con la parte clásica, produciendo una serie de normas y de instituciones nuevas. Estas zonas están sirviendo como catalizadoras para el avance del derecho internacional.

Examinemos brevemente en este capítulo el crecimiento y el cambio que puede contemplarse en el derecho de las entidades soberanas, de los sujetos tradicionales del derecho internacional. Una rápida revista a las instituciones que muestran un mayor movimiento puede darnos una idea de conjunto de este fenómeno. Pasaremos en capítulos posteriores al análisis de las nuevas partes del novísimo derecho internacional.

a) *La codificación del derecho internacional.*—Este fenómeno constituye un índice del progreso del derecho internacional de nuestro tiempo, a la vez que una tarea muy urgente, pues la codificación garantiza en parte la supervivencia de nuestra disciplina, al mismo tiempo que es un factor destacado para impulsar el desenvolvimiento posterior de este sistema legal. Por fortuna, el progreso en esta materia, aún en medio de grandes dificultades y limitaciones, ha sido bastante significativo en los años recientes, y hace abrigar esperanzas positivas.¹⁵

La codificación del derecho de gentes, aunque intentada directa o indirectamente, de manera pública o privada, no muestra en el pasado ningún logro satisfactorio, y sí sólo éxitos limitados y espasmódicos. El trabajo de codificación emprendido más cercanamente por la Sociedad de Naciones fracasó tal vez por prematuro, o por la técnica utilizada, o por que los tópicos escogidos estaban pervadidos de conflicto, pero no debe ser rigurosa-

¹⁵ Sobre el punto de la codificación: JENNINGS, R. Y., "The Progressive Development of International Law and Its Codification", en *British Yearbook of International Law*, N° 24, 1947, pp. 301-329; LAUTERPACHT, H., "Codification and Development of International Law", en *American Journal of International Law*, N° 49, 1955, pp. 16-43; SCHWARZENBERGER, G., *A Manual of International Law*, 4th Edition, Stevens, 1960, pp. 257-259, 287, 367-370, 661-662; JENKS, C. W., *The Common Law of Mankind*, Stevens, 1958, pp. 34-35 189. Una bibliografía bastante completa aparece en el Documento de las Naciones Unidas A/AC.1016, Mayo 2, 1947. Muy útil es *Survey of International Law in Relation to the Work of the International Law Commission*, 1948, documento de las Naciones Unidas A/CN.4/1.

mente criticados, pues al fin y al cabo representa un punto de partida para avances posteriores.¹⁶

Hay ahora, sin embargo, mejores oportunidades para ir codificando las reglas del derecho de gentes, pues ya está más extendida en la comunidad internacional la noción de que es ésta una tarea que no puede posponerse por más tiempo, no sólo para acabar con las oscuridades, incertidumbres y lagunas de este orden jurídico, que pueden perpetuarse si no se hace un esfuerzo para reducir el caos creciente, sino también para organizar y sistematizar el cuerpo amorfo y no muy coherente de reglas de este sistema jurídico.

Pero la obra está erizada de dificultades, y no se vislumbran soluciones fáciles y a corto plazo. Si se examina por ejemplo, el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en los quince años que lleva funcionando, puede encontrarse un balance favorable, pero obtenido muy arduamente. En efecto, la Comisión ha logrado ya que varios de sus proyectos se hayan convertido en reglas aceptadas, como el relativo a inmunidades de funcionarios diplomáticos, al régimen de alta mar, al de la plataforma continental, las normas que se refieren al genocidio. Otros de sus afanes muestran adelanto, como el de las reservas a los tratados multilaterales, sobre procedimiento arbitral, la eliminación de la apatridia, etc.¹⁷ pero no lleva trazas de arribar a un final satisfactorio.

Ello nos conduce a considerar si el procedimiento seguido hasta ahora es el más idóneo, o el único viable, o si no habría otros métodos conducentes al fin de consolidar, de sistematizar y de comunicar precisión a las normas del derecho internacional.

La Comisión de Derecho Internacional se encuentra, por ejemplo, limitada en lo que hace a la materia codificable. Según el artículo 15 de su Estatuto, este cuerpo puede sólo dedicarse a exponer el derecho existente cuando hay consenso evidenciado por una larga costumbre. ("En donde ya ha habido *práctica* extensa de los Estados, precedentes y doctrina"). Quedan

¹⁶ Resultan muy severos críticos McNAIR, A. D., *The Development of International Justice*, New York, 1954, pp. 23-24; DE VISSCHER, CH., *Theory and Reality in Public International Law*, pp. 177, 181. En cambio, aprecia el esfuerzo BRIERLY, J. L., en *British Yearbook of International Law*, Vol. 12 (1931), p. 6; LAUTERPACHT, "Codification and Development"; JENNINGS, R. Y., "The Progressive", citados en nota 15.

¹⁷ El trabajo de la Comisión se encuentra excelentemente reseñado en ROSENNE, Shabtai, "The International Law Commission", *British Yearbook of International Law*, Nº 36, 1960, pp. 104-173; HONIG, "Progress in the Codification of International Law", en *International Affairs*, N. 36, 1960, pp. 62 y 71, se muestra desilusionado de los resultados.

afuera por lo tanto cuestiones sobre las que existe un uso copioso y reiterado pero en donde hay divergencias, o materias que están en pleno desarrollo, sobre las que existe amplio consenso, pero en donde la práctica exige un cambio rápido. La codificación no puede limitarse al registro o la sistematización del derecho existente, ni a las ramas con respecto de las cuales existe entero y claro asentimiento, testimoniado por una práctica constante y uniforme, doctrina unánime y jurisprudencia coincidente, sino que debe inducir a los gobiernos a aceptar el nuevo derecho, cuando los puntos de mira y las prácticas están en conflicto, pero que de ahí puede surgir una conciliación, o cuando coinciden costumbre y opiniones, pero se desea un progreso razonable.

Por otra parte, el método de arribar a una regla general de derecho al través de tratados multilaterales no es el más apropiado en todos los casos. pues hay materias que no admiten este procedimiento; la política o la necesidad de mostrar consenso alteran la substancia del instrumento.¹⁸ Además cuando se tratan las cuestiones en conferencias para llegar a un pacto, puede notarse que hay acuerdo en principios generales, pero no lo hay en relación a problemas específicos y normas concretas, lo cual vuelve muy difícil un consenso.

En vista a esas dificultades, debería consecuentemente intensificarse también alguno de los otros métodos que han sido empleados para clarificar las normas del derecho de gentes, tal como la reformulación (*restatement*) de las reglas de este orden legal, hecha por juristas y por instituciones particulares, para producir una evidencia autorizada y escrita del derecho internacional existente. Esta reformulación no sería inmediatamente aceptada por los Estados, pero oficiaría como *sedes materiae*, y de ahí podría partirse a realizaciones más concretas. La codificación privada, como lo hace notar LAUTERPACHT, es un complemento deseable y necesario, a la vez que un estímulo a la actividad codificadora oficial. Esa formulación y sistematización científica de las reglas del derecho internacional, hecha en forma independiente, podría continuarse y sería inapreciable para encontrar recomendaciones oportunas, para remover incertidumbres y para rellenar muchas visibles lagunas del orden legal internacional. Podría ella producir un exce-

¹⁸ JENNINGS, entre otros, objeta al tratado multilateral como vehículo de codificación. Dice: "La necesidad de consenso no sólo afecta el área de validez del instrumento, sino que puede viciar su esencia, ya que el deseo de asegurar la aceptación general puede resultar en una redacción ambigua, de tal modo que el tratado puede hacer cualquier cosa más que registrar un convenio para diferir de opinión, decentemente ocultado". *op. cit.*, pp. 304-305.

lente arsenal de normas al cual recurrir para armar los movimientos oficiales hacia la codificación futura.

Otro método, que pudiera emplearse con carácter "subsidiario, excepcional y de limitada aplicación", sería el de la cuasi legislación por las organizaciones internacionales generales y regionales. Frente a los problemas técnicos, políticos y de otra naturaleza que emergen de la codificación por tratado plurilateral, se ha propuesto, de manera original por el compatriota CASTAÑEDA¹⁹ la creación de algunas normas al través de la aplicación del principio de mayoría en asambleas generales. Sobre todo, este método garantizaría la participación de los países débiles y de los nuevos, que no tuvieran parte en la creación del derecho consuetudinario tradicional. CASTAÑEDA postula que, a la larga, este novel proceso puede ir dando estabilidad al derecho internacional sin las complicaciones implícitas en la codificación por medio de convenciones generales. Tiene este proceso posibilidades muy amplias, todavía inexploradas.

Por lo que hace a la técnica seguida hasta ahora para reunir, ordenar y exponer las reglas del orden jurídico internacional, no parece convencer el empleo de la pura técnica legal para la codificación. Es menester recurrir al método sociológico. Deben descubrirse los conflictos de interés subyacentes, sacar conclusión de si ellos pueden resolverse por compromiso en el momento presente o si es necesario esperar para que opere un cambio oportuno y favorable. Dicho de otra manera, es preciso tomar en cuenta en dónde reside el desacuerdo para tratar de reducirlo examinando todos los aspectos que impiden la creación de la regla.

No bastaría con exponer la norma como expresión más o menos aproximada de lo que es la práctica de los Estados, sino que debe analizarse en todo momento el grado en que su contexto corresponde a las necesidades sociales presentes, pues una legislación demasiado avanzada es tan inoperante como otra que ha dejado de aplicarse. Es menester el conocimiento de todas las relaciones sociales. El puro formalismo no es capaz de dar una regulación sana y eficaz de las situaciones, que limite y ordene las luchas por el predominio y por la supervivencia.

La conclusión de todas estas reflexiones es que, siendo como es en el fondo esta tarea de la codificación un empeño para persuadir a todos los gobiernos —o a parte de ellos, por lo menos— a aceptar una regla de derecho,

¹⁹ CASTAÑEDA, Jorge, "The Under Developed Nations and the Development of International Law", en *International Organization*, Winter, 1961, pp. 38-44. Véase, asimismo: para un punto de vista diferente: TAMMES, A. J. P., "Decisions of International Organs as a Source of International Law", en *R. de C.*, N° 94, 1958, pp. 265-363.

o para favorecer la creación de esa regla, es recomendable que se prosiga el esfuerzo en todas las direcciones. La codificación revela grandes potencialidades para hacer entrar las relaciones internacionales en los canales del orden, de la legalidad y de la justicia. Del éxito de los métodos para codificar pueden depender los prospectos de convencer a los Estados a reconocer una jurisdicción obligatoria más amplia a la Corte Internacional de Justicia. Por lo menos, el proceso de codificación forma ya parte inseparable del panorama del derecho internacional moderno y eso hace alentar fundadas esperanzas para su progreso.

Un signo de la urgencia que pervade el problema de la codificación lo constituye la Resolución 1505, (XV), de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 1960, para hacer una reconsideración del estado actual del derecho internacional con el fin de observar si han surgido nuevos tópicos para la codificación o para el desarrollo progresivo, y para reevaluar el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional a la luz de los recientes desenvolvimientos, y con la "debida consideración a la necesidad de promover relaciones amistosas y cooperación entre los Estados". Un síntoma también de la preocupación general sobre este asunto es el aumento del número de miembros de la Comisión de 21 a 25 (provisionalmente, por el término de seis años) acordado por la Asamblea General en su resolución de noviembre 6 de 1961 (A/RES/1647 (XVI)).

b). *Inmunidades de los Estados ante tribunales extranjeros.*²⁰—El período que aquí se examina registra un cambio apreciable en la concepción clásica de que el Estado goza de absoluta inmunidad a la jurisdicción en los tribunales de otros países, cambio que se observa lo mismo en la práctica internacional que en las tendencias doctrinarias, y se nota ya un franco movimiento hacia el criterio de que en determinadas ocasiones un Estado,

²⁰ Un buen tratamiento del tema de las inmunidades de los Estados frente a la jurisdicción local se encuentra preferentemente en JAFFE, Louis L., *Judicial Aspects of Foreign Relations*, Cambridge, 1963; LAUTERPACHT, H., "The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States", en BYIL N° XXVII, 1951, pp. 202-272, SUCHARIKTUL, Sompong, *State Immunities and Trading Activities in International Law*, New York, 1959; FALK, Richard A. (y otros), *Essays on International Jurisdiction*, Ohio University, 1961. TOMMEN, T. Kochu, *Legal Status of Government Merchant Ships in International Law*, The Hague, 1962. SCHMITHOFF, C. M., "The Claim of Sovereign Immunity in the Law of International Trade", *International and Comparative Law Quarterly*, 1958, p. 452; COHN, E. J., "Waiver of Immunity", en BYIL, 1958 p. 260; LALIVE, J. F., "L'immunité de juridiction des Etats et des Organisations Internationales", *Recueil des Cours*, N° 84, 1953, p. 300.

algunos de sus bienes propios y determinados actos suyos pueden quedar sujetos a la jurisdicción de otro país.

En este campo, como en otros varios del derecho internacional, la materia se encuentra oscurecida por dogmas tradicionales, que impiden un correcto acercamiento a los problemas mayores. En el siglo XIX y correspondiendo a la extensión de la teoría de la soberanía, empezó a formularse la doctrina de la inmunidad jurisdiccional absoluta de los Estados, fundada principalmente en que las actividades políticas de las entidades soberanas no son susceptibles de examinarse por los jueces y tribunales locales. Otros partidarios de ella la apoyaron en una derivación de los principios de la independencia, la igualdad y la dignidad de los Estados, arguyendo que la máxima *par in parem non habet imperium*²¹ está enraizada de esos mismos preceptos y que cualquier ejercicio de jurisdicción sobre un Estado extranjero constituiría una violación de los "principios básicos del derecho internacional". Algunos de sus mantenedores llegaron al extremo de alegar que si bien no deriva de ninguna regla concreta del derecho de gentes, él se ha convertido, por el uso frecuente, en una parte del derecho internacional, obligatoria y válida. Como una emanación de estas tesis ha surgido paralelamente la teoría de "Acto de Estado" (Act of State Doctrine), según la cual ni siquiera pueden examinarse por la jurisdicción interna los efectos de actos o decretos de un gobierno extranjero, teoría tan oscura como exagerada.²² En ocasiones la prerrogativa se extendió hasta los actos de un gobierno *de facto*.²³

La tesis de que un Estado resulta responsable frente a sus propios ciudadanos, que es una derivación de la teoría del Estado de Derecho (Staatrecht), y que por lo mismo, puede llamársele a cuentas frente a los órganos jurisdiccionales, por una parte, y la expansión de las actividades y operaciones comerciales del Estado, notable desde hace un cuarto de siglo, son res-

²¹ Esta máxima, que se origina en el derecho canónico, se utiliza por primera vez en el campo internacional por los Postglosadores, p. ej. Bártolo de Sasoferrato. "... par in parem non jurisdictionem", Tractatus repressalium, question 1/3, párrafo 10).

²² La doctrina de "Acto de Estado" está expuesta en ZANDER, Michael, "The Act of State Doctrine", en AJIL N° 53, 1959, pp. 826-852; MANN, F. A., "The Sacrosanctity of Foreign Acts of State", en Law Quarterly Review, N° 42, 1942. "The Act of State Doctrine. Its Relation to Private and Public International Law", Comentario Editorial en Columbia Law Review, November, 1962, pp. 1278-1311.

²³ Como en los casos UNDERHILL vs. HERNÁNDEZ, 168 U.S. 250 (1897), OETJEN vs. CENTRAL LEATHER COMPANY, 246 U.S. 297 (1918); RICAUD vs. AMERICAN METAL CO.: 246 U.S. 304 (1918). Pero examínese el brillante análisis de LIPSTEIN, K. "Recognition of Foreign Governments and The Application of Foreign Laws", en Transactions of the Grotius Society, N° 35, 1949.

pensables de que se abandone, poco a poco, desde hace unas décadas, la posición de la absoluta inmunidad del Estado y de sus órganos, que se fundaba en la pretensión de la absoluta soberanía estatal.

Por otra parte, ni siquiera puede afirmarse que existiera en realidad un principio claro y categórico de derecho de gentes que prohibiera asumir jurisdicción sobre otro Estado. LAUTERPACHT²⁴ tras de probar que la regla no forma parte de la costumbre internacional, demuestra que en la mayoría de las ocasiones, cuando los tribunales deciden tomar jurisdicción sobre los bienes de un Estado extranjero o para juzgar los actos de éste, no ha habido protesta legal, y sólo intercesión para que se suspenda la jurisdicción. Sostiene asimismo que no son tanto los principios de *independencia e igualdad* los que constituyen los fundamentos de la inmunidad, sino más bien consideraciones de naturaleza diferente, tal como la pretensión del Estado de estar colocado por encima del derecho, noción que se transpone al campo internacional.²⁵ Es de observarse, por otra parte, que no ha existido tratado internacional alguno que confirme la vetusta regla, esto es, que reconozca la absoluta inmunidad, en tanto, que por el contrario, hay pactos para restringirla, lo que habla elocuentemente sobre la no existencia de la regla.

Si además de la doctrina se atiende a la jurisprudencia sobre estas materias, ella, que es más abundante en lo general que en cualquier otra de las instituciones del derecho de gentes, resulta discrepante y no uniforme. En los últimos tiempos ha ido rechazando el principio de la inmunidad absoluta. Los autores mencionan largas listas de casos jurisprudenciales en los que no se ha reconocido la inmunidad general, y por lo que se saca la conclusión que una mayoría de las naciones importantes han adoptado un criterio restrictivo de las inmunidades, basado en las diferentes categorías de actos del Estado o diferentes maneras de capacidad del Estado.²⁶ El principio guíaador ha sido que no todos los actos o bienes estatales merecen la inmunidad integral, y que así como en el foro doméstico el Estado está sujeto al derecho administrado por los tribunales en materias tales como contratos y daños, también en el orden internacional, por mayoría de razón, debe él responder ante los tribunales.

Se percibe la tendencia restrictiva de las inmunidades en lo que corresponde a los barcos mercantes del Estado.²⁷ En la Convención de Bruselas,

²⁴ *op. cit.* en la nota 20, pp. 227-228.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ LAUTERPACHT, p. 251, SUCHARIKTUL, *op. cit.*, pp. 162-255.

²⁷ TOMMEN, *op. cit.*, pp. 29-150, SUCHARIKTUL, pp. 58-100. Cfr. VITANY, Bela, "L'Immunité des Navires d'Etat", en *Netherlands International Law Review*, Vol. X, N° 1, January, 1963, pp. 33-61.

de 1926, sobre buques de gobierno, y en la de Ginebra de 1958, sobre alta mar, se ha rechazado la regla de la inmunidad con respecto de buques no militares usados para fines de comercio.

Veamos ahora qué ocurre con la faceta de las inmunidades que tiene que ver con el "Acto de Estado". Al igual que la tesis de la completa inmunidad, la doctrina de "Acto de Estado" es una emanación de la teoría de la soberanía absoluta, y cristaliza también a fines del siglo XIX. El caso rector es el de *UNDERHILL vs. HERNÁNDEZ*, donde enfáticamente se sostuvo:

"Cada Estado soberano está obligado a respetar la independencia de los demás Estados soberanos y los tribunales de un país no deben arrogarse jurisdicción con respecto de los actos del gobierno de otra nación realizados dentro de su propio territorio."

Por "Acto de Estado" se vino entendiendo no sólo la atribución administrativa o ejecutiva, sino también los actos legislativos, tal como una ley o un decreto que expide un Estado a través de sus órganos o funcionarios debidamente autorizados, y que de alguna manera son examinados por el foro judicial de otro Estado. Las razones que se han dado para esta regla es que de no seguirse esta práctica peligraría el mantenimiento de relaciones amigables entre los Estados, sufriría mengua la cortesía que los países se deben entre sí, se rompería el tradicional uso diplomático. Ellas no resultan muy convincentes, sin embargo, cuando se les enfrenta con la necesidad y la conveniencia de que los tribunales determinen derechos y obligaciones dentro de los conceptos fundamentales de justicia y de moralidad. Son, además, fórmulas muy vagas que sólo oscurecen el campo de la aplicación del derecho. Pero sobre esto habrá de volverse más abajo.

La teoría de "Acto de Estado" se ha aplicado con exageración en los tribunales de los Estados Unidos,²⁸ aún en casos en que tales actos iban contra el orden público del foro, se oponían al propio derecho interno del Estado y resultaban en violación del derecho de gentes. Ello ha originado justificadas protestas de los autores.²⁹ La excesiva deferencia de los tribunales

²⁸ Véase, v. gr., *Restatement, Foreign Relations of the United States*, 75, p. 46 (Official Draft, 1962); *International Law in National Courts*, (Third Cornell Conference on International Law, 1960); CARDOZO, Michael H., "Judicial Deference to State Department Suggestions: Recognition of Prerogative or Abdication to Usurper?", en *Cornell Law Quarterly*, 1963, pp. 461-498.

²⁹ Por ejemplo, TIMBERG, S., en "Sovereign Immunity, State Trading, Socialism and Self-Deception", en *Essays on International Jurisdiction*, mencionados en la nota 20;

norteamericanos al Departamento de Estado va en contra del proceso judicial esencial. Ha habido error de apreciación. además, en cuanto a que los tribunales han estimado que al conceder la inmunidad por tratarse de un acto de Estado contribuían con el Ejecutivo a la conducción de las relaciones exteriores, cuando que, en realidad, estaban escabuyendo su función esencial en beneficio de una mal entendida política externa. Al trasladar un conflicto legal al dominio de la política exterior, a la esfera del Ejecutivo, sobre transformar la litis en perjuicio de quienes buscaban reparación, los tribunales privaron además a los particulares de las salvaguardias administrativas elementales que se conceden a los litigantes,³⁰ y sin siquiera oír a los afectados. La postura de los tribunales de los Estados Unidos, que parecen ser uno de los últimos reductos de la tesis del acto de Estado, es una ya inconsistente con los modernos adelantos y con la correcta técnica jurídica.

Una de las dificultades más visibles que han estorbado la aplicación de la nueva regla de la inmunidad restringida es la de que con alguna miopía sólo se observan dos alternativas: o inmunidad, o no inmunidad. Pero como ha expuesto lúcidamente LAUTERPACHT³¹ cabe una tercera posición, o sea, el abandono general de la inmunidad sujeto a ciertas salvaguardias y excepciones, la sumisión del Estado extranjero a la operación ordinaria del derecho, con salvedades tales como inmunidad con respecto a actos legislativos o a actos ejecutivos y administrativos no contrarios al derecho internacional, al derecho internacional privado y al propio derecho doméstico. También, la alternativa de que las inmunidades o la restricción a ellas, se rijan por medio de tratado, como ha venido haciéndose en los últimos tiempos.³²

Aunque el movimiento general hacia la restricción de inmunidades en la práctica internacional sólo es visible en forma de acusada tendencia, y puede decirse que apenas ha iniciado su marcha, los cambios que se observan en la experiencia judicial y la uniformidad de la doctrina hacen predecir cambios notables en este campo, y no puede ser de otra manera, pues la inmunidad absoluta, sobre ser técnicamente inadmisibles, es legalmente in-

ZANDER, *op. cit.*, p. 852; JAFFE, *op. cit.*, p. 3, p. 236. Un apartamiento novedoso de la posición tradicional lo constituye el caso SABBATINO (Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino, 193 F. Supp. 375 (D.C.S.D., N. Y., 1961). Véanse comentarios en AJIL, N° 56, p. 143-148; la sentencia en p. 1085. Más comentarios en AJIL, N° 57, 1963, pp. 97-1963, pp. 97-99. Hasta qué punto este caso marque nuevos derroteros sólo podrá decirlo el futuro.

³⁰ TIMBERG, *Ibid.*

³¹ LAUTERPACHT, *op. cit.* en nota 20, p. 237.

³² Tratado entre Estados Unidos e Israel, VIII-23-1951.

sostenible en todos los casos, ya que es productora de inconvenientes, de injusticias y de resentimientos, y eventualmente puede ser más perjudicial al intercambio internacional amistoso que la asunción de jurisdicción por los tribunales. La tesis de que se afecta la *dignidad* de los Estados extranjeros es falsa, y no corresponde ya a la verdadera posición del Estado en la sociedad moderna, sobre todo, en momentos en que se registra una tremenda expansión de las actividades del Estado a campos reservados antes a la esfera privada. Ha llegado el tiempo de hacer una revisión cuidadosa de las pretendidas bases de la inmunidad del Estado extranjero. Las tendencias corrientes, tal como se observan en el movimiento de integración económica de Europa, señalan ya una preferencia hacia el comercio internacional y al desarrollo económico por encima de la insistencia de la doctrina tradicional de la completa inmunidad, que no deja de constituir una barrera al comercio.³³ La adopción de la doctrina restrictiva de la inmunidad parece ser una respuesta lógica, legal y moral a las pretensiones extremas de la majestad del Estado y va de acuerdo con la moderna concepción de estas corporaciones políticas como personas legales responsables.

Por lo que se refiere a la decantada tesis del "Acto de Estado", su derogación parcial resulta necesariamente de varios evidentes factores. En primer término, si el "Acto de Estado" tiene que ver con un contrato concluido por el propio Estado, la integridad de estos documentos y no la voluntad de la entidad estatal resulta determinante para la fijación de los límites de la inmunidad, sin necesidad de desbordar la acción de lo judicial. Hay pues ahí una restricción natural. En segundo término, los tribunales locales resultan capacitados, por el uso consistente de los principios de derecho internacional privado, por el empleo inteligente de la discreción judicial, y por la aplicación de los conceptos fundamentales de justicia y de moralidad que prevalecen en la comunidad internacional, para tomar jurisdicción sobre actos de un Estado extranjero y resolver las materias sin necesidad de prestar servil obediencia al Ejecutivo. De aquí resulta asimismo una limitación natural.

Finalmente, como lo hizo notar HABICHT en parecida ocasión, los tribunales pueden siempre resolver airoosamente el problema de un acto de un Estado extranjero con sólo aplicar elegantemente y con buena técnica la regla del orden público del foro.³⁴ Por otra parte, la eventualidad de que

³³ Una tendencia interesante se percibe en "Resolution Relating to the Immunity of Sovereign when Engaged in Commercial Activity", de la International Bar Association, 8th Conference, Salzburg, Julio 6, 1960.

³⁴ HABICHT, M., "The Application of Foreign Laws and the Exception of Public Order", en AJIL, N° 21, 1927, p. 252. También LIPSTEIN, *op. cit.*

actos de un Estado o de su gobierno puedan ser examinados por los tribunales de otros países pudiera traer consigo los beneficios de moderar los excesos y desmanes de algunas autoridades, y también por ello parece aconsejable la limitación de la anticuada regla.

c) *El impacto de expropiaciones y nacionalizaciones en el orden internacional.*³⁵ El crecido número de controversias que han surgido en las dos últimas décadas sobre la validez de las medidas de nacionalización y de expropiación atestiguan la importancia que han asumido estas instituciones. Nuevas normas han tenido nacimiento, la jurisprudencia internacional ha andado activa, y una suma considerable de tratados, concluidos en el mismo lapso, han venido a establecer ciertas novedosas reglas que ameritan examen. Se ha producido una abundante e intensa literatura, de cuño reciente, que provoca análisis. La materia está viva y en pleno movimiento.

Durante largos siglos el concepto de la propiedad conservó un confortable status. Era intangible y fue intocada. Estaba concebida como un derecho absoluto e inviolable de carácter individualista. Pero vinieron las nociones de la propiedad como función social, y más tarde, las nuevas concepciones de organización política y social en las que la propiedad privada sufre modificaciones y alteraciones, las cuales, así como el moderno desarrollo técnico, han relativizado la noción tradicional y la propiedad ha quedado condicionada cada vez más por las necesidades generales de la comunidad. De este choque de conceptos viejos y modernos vienen las controversias relativas, pues el Estado, al cambiar el sistema de propiedad, al restringirla y en ocasiones al destruirla en el afán de lograr una organización más satisfactoria de las fuerzas sociales y económicas, afecta en ocasiones los bienes de extranjeros nacionales de potencias que conservan la estructura clásica de la propiedad, y se producen las reclamaciones y los ajustes consiguientes.

³⁵ Entre la copiosa bibliografía sobre los temas de la expropiación y de la nacionalización merecen escogerse: CARLSTON, Kenneth S., *Law and Organization in World Society*, Urbana, 1962; DOMKE, M., "Foreign Nationalizations", en *AJIL*, N° 55, 1961, pp. 585-616; FAWCETT, J. E. S., "Some Foreign Effects of Nationalization of Property", *BYIL*, N° 27, 1950, pp. 355-367; FOIGHEL, I., *Nationalization. A Study in the Protection of Alien Property in International Law*, London, 1957; FRIEDMAN S., *Expropriation in International Law*, Stevens, London, 1953; KATZAROV, *Teoría de la Nacionalización*, Trad. Española de Héctor Cuadra, México, 1963; WHITE, G. N., *Nationalization of Foreign Property*, Stevens, London, 1961; WORTLEY, S. A., *Expropriation in Public International Law*, London, 1957. "Nationalization of the Property of Aliens", American Branch of the International Law Association, en *The Record of the Association of the Bar of the City of New York*, 1958, pp. 367-380; KUHN, Arthur K., "Nationalization of Foreign Owned Property and its Impact of International Law", *AJIL* N° 45 (1951), p. 709.

La expropiación viene a constituir el centro de gravedad donde se cristaliza la pugna entre las grandes y las pequeñas potencias.

El punto de partida de la evolución de estas instituciones lo constituyen las expropiaciones mexicanas de los años treinta, pues puede decirse que hasta entonces aquellas habían permanecido congeladas. Con motivo de las controversias que de ahí resultaron fue menester replantear las cuestiones fundamentales y reformular las normas relativas. Varios principios que se daban por sentados tuvieron que sufrir cambio y alteración. Algunas normas que aparecían enteramente depuradas fueron puestas en duda y revisadas. Corresponde, pues, a nuestro país, el relativo honor de haber provocado el escrutinio sobre la expropiación, y de poner a la expropiación en estado de avance.

Así, por ejemplo, en lo que concierne al concepto de "utilidad pública". Al comienzo del período que revisan algunos autores, encerrados en los cánones liberales, mantuvieron la existencia de una limitación del derecho del Estado soberano para tomar la propiedad de extranjeros, constituida por la causa de pública utilidad. Si ésta no existía en todos sus perfiles, la expropiación, decían, era ilícita. KUNZ y SACK, al referirse a la expropiación petrolera mexicana, entre otros, mantuvieron que la ocupación de bienes extranjeros por un país debía ser de buena fe, y por verdadera necesidad pública, pues de otra suerte iría en contra de una norma completamente reconocida en el derecho internacional.³⁶ En la controversia entre los Estados Unidos y México, en 1938, la Casa Blanca expresó la opinión de que el derecho a expropiar bienes extranjeros estaba limitado a una ocupación "para la promoción de propósitos públicos".³⁷ La nota británica al gobierno mexicano, el 8 de abril de 1938, expresó idéntico criterio, y declaró que el gobierno de México no había "pronunciado ninguna declaración explícita y adecuada de interés público".³⁸

Dicho de otra manera, no se reconocía el derecho de expropiar sino por causa de utilidad pública, y además, apreciada y evaluada por el gobierno extranjero. Mas esta noción hubo de batirse en retirada, por inconsecuente. El Estado, se reconoce ahora, puede ocupar propiedad, sin necesidad de exponer razón de pública utilidad, pues es un atributo de la soberanía.

³⁶ KUNZ, J. L., "The Mexican Expropriations," Contemporary Law Pamphlets, New York, 1940, pp. 54-55, SACK, F., "Les reclamations diplomatiques contre les Soviets (1918-1928)". Revue de droit international et de législation comparée N° 20, 1939, p. 5. Nunca pudieron probar estos autores que esa regla era "completamente reconocida".

³⁷ Nota de julio 21 de 1938, en Excélsior, Julio 22 de 1938.

³⁸ Excélsior, abril 9 de 1938.

La regla del beneficio público podría tener sólo significado en el contexto de un sistema legal fundado en el respeto a la propiedad privada y en un sistema económico de naturaleza capitalista, pero tal contexto ya no es común a todos los miembros de la sociedad internacional y en esas condiciones, deja de ser un ingrediente forzoso de la expropiación o de la nacionalización.³⁹

Pero también en otros aspectos las reglas, que se antojaban intangibles, recibieron alteraciones profundas. Así, la fórmula clásica, relativa a la compensación “pronta, efectiva y adecuada”, hubo de ajustarse a las necesidades modernas. El concepto de prontitud en el pago de la indemnización se deriva de la regla local, del derecho interno, no del derecho de gentes, en donde nunca tuvo un significado específico. La práctica internacional no revela una regla definida, y sí por el contrario, el diferimiento del pago hasta que pudo encontrarse alguna fórmula que se introdujera en un convenio. No existe un solo ejemplo de pago inmediato de bienes ocupados, pues era una forma elegante pero vacua; ella fue siendo substituida por el concepto de “compensación equitativa”.⁴⁰ También en lo de la “efectividad” de la indemnización pueden observarse cambios. Compensación adecuada es un término vago, y tal vez quiera significar que debe existir una relación razonable entre la indemnización y el valor del bien expropiado, pero no puede satisfacer. Se encuentran menciones de “justa compensación”, pero todo ello se ha dejado a los convenios de ajuste. Es más bien una meta descable que una regla técnica para medir la compensación.

Es posible que la noción de compensación efectiva se haya empleado en las épocas anteriores, complementando lo de “adecuada”, para significar que el monto que ha de cubrirse debe ser de valor económico tangible para el que recibe la indemnización, pero la práctica internacional ha sido inconsistente y confusa, y no autoriza una conclusión definitiva.

Lo “efectivo” de la compensación parece ser más bien una norma de interpretación para el caso de llegar a un convenio. Resulta apropiado aclarar además que no se encuentran en la práctica internacional ni siquiera vestigios de que la compensación haya sido total en ningún caso. De manera que no es posible hablar de una norma concreta y real en lo que hace a la compensación por ocupación de bienes.

KATZAROV habla de que podría llamarse compensación *equitativa* a la que se determina tomando en cuenta la función social de la propiedad dentro del marco de la relación trilateral 1) propietario 2), interés colectivo (esto

³⁹ WHITE, *Nationalization*, p. 149.

⁴⁰ WHITE, *op. cit.*, p. 15; FOIGHEL, pp. 115-124.

es, la función social) 3) el objeto de la propiedad. En mi concepto, también podría agregarse el momento y las circunstancias de la nacionalización de la expropiación. Para fijar la compensación debe verse asimismo la *naturaleza* de los bienes, la oportunidad y necesidad social de la nacionalización y la manera como haya sido adquirida la propiedad.⁴¹

No debe dejarse de lado, por otra parte, para determinar debidamente las características relativas a la compensación, que México y varios otros países han esgrimido que no existe forzosamente una regla para cubrir compensación alguna y que cuando se han pagado indemnizaciones en determinados casos en los últimos lustros ello ha sido o bien por la presión, o para lograr la descongelación de bienes, o para obtener ventajas comerciales o económicas, o acaso para conseguir una remisión de deudas u obtener un reconocimiento de gobierno.⁴² Así que en estricto rigor no puede hablarse de una regla general para cubrir forzosamente alguna compensación al nacionalizar.

También varió en los últimos tiempos la substancia de la ocupación de la propiedad, pues apareció la nacionalización, que es una medida más general de afectación de la propiedad, y que apunta no a la ocupación de bienes simplemente, sino a la exclusión del capital privado de ciertos sectores de la economía; para dejarlos bajo el control exclusivo del Estado. Estas medidas de nacionalización no exhiben aspectos revolucionarios, pues más bien aparecen para reforzar una economía liberal débil, despojándola de ciertas actividades que el progreso técnico le impone abandonar por incosteable.⁴³ La nacionalización es una modalidad nueva propia de los años recientes.

Otra característica más del movimiento que se aprecia en estas instituciones está constituida por los arreglos globales, o en bloque, que es el ajuste de un cierto volumen de reclamaciones que han surgido de circunstancias homólogas. La fórmula del arreglo global ha sido defendida ardientemente por varios autores modernos. Señalan que es un procedimiento útil, que permite llegar a un acuerdo concreto entre dos Estados de sistemas políticos con intereses diferentes y que capacita al Estado que nacionaliza o que expropia para liquidar de una manera general los intereses extranjeros. Dicen también que con ello las relaciones se liberan de interferencias en

⁴¹ KATZAROV, p. 27, pp. 551-555.

⁴² FOICHEL, pp. 97-101.

⁴³ Los intentos para distinguir la nacionalización de la expropiación en FOICHEL, *op. cit.*, pp. 16-23; WHITE, *op. cit.*, pp. 3-4; FRIEDMAN, *op. cit.* pp. 55-56; DOMKE, pp. 587-588.

el curso normal de las relaciones mutuas. FOIGHEL encuentra muy recomendables estos convenios de compensación global, e indica que hay mayor rapidez para entenderse, la fijación del monto individual es menos complicada, puede resolverse el problema de las reclamaciones dudosas, se ajustan *todas* las reclamaciones y no queda ninguna pendiente, e inclusive, agrega con optimismo, se evitan problemas de cambios de divisas y otros.

Desde luego, estos arreglos globales son dispositivos políticos que no tienen nada de jurídico. Además, se han realizado, la mayoría de las veces, bajo presión. A juzgar por la experiencia mexicana,⁴⁴ este método no hace sino convalidar reclamaciones injustas y tal vez fraudulentas y permite la presentación de demandas posteriores al arreglo, que no se habían deducido, y deja abierto el camino para alentar futuras abultadas reclamaciones, a sabiendas de que alguna transacción favorable ha de resultar. Son la negación misma de la procedencia de los tribunales de reclamaciones en el orden internacional. Sustituyen a la regla de derecho, tan penosamente alcanzada, por una transacción monetaria insatisfactoria, que deja lugar al regateo político y al abuso.

Las incertidumbres que se observan al no existir reglas claras, determinantes y generalmente aceptables ha llevado a ciertos países inversionistas a proponerse dispositivos nuevos que pudieran dar una respuesta y prevenir de alguna manera los conflictos que surgen de la toma de propiedad extranjera por los gobiernos. Estos intentos para reducir el área de fricción van desde convenciones multilaterales para regular y proteger la inversión internacional, pasando por seguros gubernamentales, hasta pactos bilaterales que contienen disposiciones que buscan garantizar determinado tratamiento al inversor del otro país.

Por lo que se refiere a las convenciones plurilaterales, en la Carta de La Habana, de 1948, se proveía⁴⁵ que ningún miembro tomaría medidas justificadas e irrazonables susceptibles de causar daño al patrimonio de inversionistas extranjeros, y se establecerían algunas seguridades a las inversiones. La Carta propuesta hubo de ser abandonada, y en su lugar emergió el GATT, que ya no trata de la protección a los bienes. Otra tentativa fue el convenio general económico proyectado en Bogotá, en 1948, pero falló por

⁴⁴ SEPÚLVEDA C., "Sobre Reclamaciones Norteamericanas a México". *Historia Mexicana*, N° 42 (1961), pp. 180-206. Cfr. LILLICH, Richard B., *International Claims*, Syracuse Univ. Press, 1962, pp. 5-15.

⁴⁵ Art. 77, I (b).

⁴⁶ Art. 12, 2 (a).

falta de previsión inteligente, y las numerosas reservas presentadas crearon una insuperable barrera.⁴⁷

La Cámara Internacional de Comercio ha andado activa para configurar una convención general sobre inversiones extranjeras⁴⁸ y a su vez la Comisión Económica para Asis propuso una "carta" de inversión internacional en 1958.⁴⁹

Los Estados Unidos y otras naciones han propiciado la conclusión de tratados que contienen disposiciones que otorgan garantías a los inversionistas extranjeros, desde pago de compensación anticipadamente a la toma de propiedad, hasta limitaciones para aplicar medidas discriminatorias⁵⁰ También el gobierno de aquella nación ha establecido la interesante práctica de asegurar las inversiones de norteamericanos en ciertos países en desarrollo, en particular, las nuevas inversiones y no las existentes. Hasta ahora se encuentran cubiertas por estas medidas protectoras inversiones realizadas en treinta y cuatro países, por más o menos seis cientos millones de dólares.⁵¹ Estas medidas suponen acuerdos entre el gobierno de los Estados Unidos y los países en donde se invierte, aunque exista la tendencia de suprimirles carácter político y de hacerlos en plano multilateral y a través de organizaciones especializadas, como el Banco Mundial.

La materia, por lo que se ve, está fluída. Aunque existen ciertos principios aceptados, hay una zona donde no hay consenso sobre las normas. Por otra parte, la cuestión se ha venido desplazando de meros conceptos legales a aspectos predominantemente económicos, que afectan a la vez al desarrollo de los países en evolución y a la comunidad internacional. Más que conflictos legales, ellos se han convertido en conflictos de interés, e ingresan ahora dentro de esa novísima pero pujante rama del derecho de gentes que es llamada "el derecho económico internacional", y que tiene que ver con el bienestar general de las sociedades y con la ayuda a las

⁴⁷ Véase p. ej. *México en la Novena Conferencia Internacional Americana*, pp. 219-263; WHITE, *op cit.*, p. 256-257.

⁴⁸ WHITE, p. 256.

⁴⁹ *Idem.* pp. 256-257.

⁵⁰ WILSON, R. R., *United States Commercial Treaties and International Law*, New Orleans, 1960, pp. 116-125; DOMKE, *op. cit.*, p. 591; WHITE, pp. 250-251. METZGER, S. D., *International Law, Trade & Finance*, Oceana, 1962, pp. 156-170.

⁵¹ WHITE, pp. 252-254. Véase también RUBIN, S. J., "The Investment Guaranty Program of the United States", en *Proceedings of the American Society of International Law*, 1962, pp. 77-81; BROCHES, A., "International Investment Guaranties: Possibilities and Problems", en *Ibid*, pp. 81-87... y "The Encouragement and Protection of Investment in Developing Countries". The British Institute of International and Comparative Law; Supplementary Publication N° 3 (1962).

naciones para que puedan preservarse como entidades libres y autosuficientes. La materia está clamando por soluciones nuevas y efectivas, que trasciendan del campo del mero legalismo. Tal vez las Naciones Unidas o los organismos especializados que tienen que ver con los problemas económicos pudieran llegar a encontrar reglas para alcanzar un compromiso elegante entre las demandas de la soberanía, las necesidades de desarrollo de los países, y la protección y seguridad de las inversiones.

d) *Normas y desarrollos nuevos en torno de espacio territorial del Estado.*—También en este capítulo del derecho de gentes han sido perceptibles cambios y movimientos en las reglas y en las concepciones relativas, así como la presencia de nuevos elementos del espacio sobre los cuales el Estado puede ejercer funciones soberanas o derechos de cierta naturaleza.

Los cambios más notables, resumidos brevemente, son la cuestión de la plataforma continental, la coparticipación en la Antártica, el aprovechamiento de los ríos internacionales para fines diferentes de la navegación, el intento de establecer consenso sobre la anchura del mar territorial, la cuestión del espacio superior y la expansión de la navegación aérea internacional.

La plataforma continental. La concepción legal de esta zona no coincide con la noción geológica, pues ésta podía definirse como el área alrededor del continente, que se extiende desde la línea de baja marea hasta la profundidad en la cual comienza a haber un marcado aumento del declive, desprendiéndose en talud hasta las profundidades abisales. Desde donde ocurre este incremento del declive hasta la playa, el término plataforma, zócalo continental, o terraza continental puede ser el apropiado. Convencionalmente, el borde se mide a doscientos metros, pero se conocen casos en que el aumento del declive tiene lugar a más de doscientos o a menos de setenta y cinco brazas.⁵²

⁵² La literatura con respecto a la plataforma es muy abundante. Pueden consultarse: AZCÁRRAGA, J. L., *La Plataforma Submarina y el Derecho Internacional*. Madrid, 1952; BINGHAM, J. W., "The Continental Shelf and the Marginal Belt", en AJIL, N° 40, 1946; GIDEL, G., *La Plataforma Continental ante el Derecho*, Valladolid, 1951; GUTTERIDGE, J. A. C., "The Regime of the Continental Shelf" en Transactions of the Grotius Society, N° 44, 1959, pp. 77-89; GUTTERIDGE, J. A. C., "The Geneva Convention on the Continental Shelf", en BYIL, N° XXXV, 1959, pp. 102-123; HIGGINS, A. Pearce & COLOMBOS, C., *The International Law of the Sea*, 4th Edition, London, 1959; KUNZ, Joseph L., "Continental Shelf and International Law, Confusion and Abuse", en AJIL, p. 50, 1956, pp. 828-853; LAUTERPACHT, H., "Sovereignty over Submarine Areas", en BYIL, N° XXVII 1950, pp. 376-437; MACCHESNEY, B., *Recent Developments in the International*

Aunque el fenómeno físico de un zócalo submarino tiene relevancia legal para definir convenientemente cuáles porciones del mar son susceptibles de ocupación, es muy difícil que la definición legal corresponda a la definición geológica, y de ahí el intento de incluir el concepto de explotación de recursos en la noción que resultó de la Conferencia de Ginebra de 1958:

“El suelo y el subsuelo de las áreas submarinas adyacentes a la costa pero fuera del área del mar territorial, hasta una profundidad de 200 metros o más allá de ese límite, en donde la profundidad de las aguas superyacentes admita la explotación de los recursos naturales de esas áreas” (Art. 1º, Convención sobre la Plataforma Continental, UN Doc. A/CONF. 13/L.55).

La dificultad para encontrar una definición de la plataforma continental reside en que no pueden alterarse de pronto normas tradicionales ya generalmente aceptadas, como la libertad de los mares, ni tampoco pueden asociarse fácilmente conceptos territoriales como la ocupación y la contigüidad con nociones de explotación de recursos. En otras palabras, se encuentran entreveradas cuestiones tales como la adquisición de derechos exclusivos sobre el suelo del mar y el subsuelo más allá de las aguas territoriales, la probable afectación a la libertad oceánica, las concepciones sobre adyacencia y ocupación, los derechos legítimos del Estado ribereño, y la naturaleza propia de los derechos que se ejercen sobre esas zonas.

Por ello resulta un tanto paradójico que en sólo unos cuantos años esta institución haya penetrado con tanta facilidad en el derecho de gentes. Aunque aún no está del todo contorneada y existan criterios antagónicos en torno a ella, se ha instaurado ya de manera definitiva. Sirve con elocuencia para ilustrar lo difícil que es realmente el manejo de los nuevos principios que emergen en el derecho internacional.

Law of the Sea, 1957 (Section IV). McDougal, M. & Burke, W. T., *The Public Order of the Oceans*, Yale Univ. Pres., 1962, pp. 630-724; MATEESCO, Nicolás, *Vers un nouveau droit international de la Mer*, París, 1950; ODA, Shigeru, *International Control of Sea Resources*, Sythoff, 1963, Part. II; *Proceedings of the United Nations Conference on the Law of the Sea* (1958); *Fourth Committee (Continental Shelf)*, Vol. VI (A/Conf/13/42 (1959)). UNITED NATIONS, *Laws and Regulations on the Regimen of the High Seas*, Vol. I, 1951; WALDOCK, C. H. H., “The Legal Basis of Claims to the Continental Shelf” en *Transactions of the Grotius Society*, N° 36, 1951, pp. 115-148; WHITEMAN, Marjorie M., “Conference on the Law of the Sea: Convention on the Continental Shelf”, en *AJIL*, N° 52, 1958, pp. 629-659; YOUNG, R., “The Geneva Convention on the Continental Shelf”, en *AJIL*, N° 52, 1958, pp. 733-738.

La institución nace en realidad con la famosa Declaración o Proclama Truman de 1945⁵³ en la cual se expresó:

...“el Gobierno de los Estados Unidos considera los recursos naturales del subsuelo y del fondo del mar de la plataforma continental por debajo de alta mar próximo a las costas de los Estados Unidos como perteneciendo a éstos y sometidos a su jurisdicción y control”.

La proclama del Presidente Truman no es sino una declaración política de una esfera de interés, pero aún así tuvo la virtud de precipitar las ideas en torno a este fenómeno geológico. Fue el punto de reunión —como señala LAUTERPACH—⁵⁴ de un nuevo complejo de ideas, confiriéndole espíritu legal a un fenómeno geográfico natural.

Es cierto que esa declaración no es sino una indicación general de título o de pretensión con respecto a ciertas áreas, de extensión indeterminada, pero tuvo el mérito de clarinada poderosa.

Seguidamente, numerosos Estados, con sorprendente celeridad, expidieron manifestaciones de apropiación, con técnica diferente.⁵⁵ Hay bastante disparidad entre unas proclamas y otras, no sólo en el alcance de las pretensiones, sino en los fundamentos invocados. La mayoría de ellas no contienen definición o delimitación del control exclusivo, ni una denotación precisa de lo que es la plataforma. En general, puede decirse que exhiben una gran complejidad y una enorme elasticidad.

Un examen, empero, de todas esas proclamaciones enseña que están redactadas en forma elaborada, cuando no ambigua, lo cual podría ser evidencia de que los Estados abrigaron algunas dudas en cuanto a su eficacia, o bien, podrían llevar a la conclusión de que hubo incertidumbre en cuanto a su valor frente al derecho internacional. Todas ellas participan empero, de un énfasis puesto en la explotación de los recursos en las zonas submarinas contiguas, de la intención de proporcionar una definición suficientemente clara y exacta para disminuir cualquier posibilidad de disputa, y de cierto temor de concretarse a una petición tímida, inferior de lo que podría obtenerse en las circunstancias presentes.

Los fundamentos no aparecen muy claros. En unos se advierte la pretensión basada en la efectividad de jurisdicción. En otros, las menos, la

⁵³ 28 de septiembre de 1945. En AJIL, Vol. 40, 1946, Supplement, pp. 45-48.

⁵⁴ En BYIL, N° XXVII, p. 385.

⁵⁵ Véase la lista de países y el texto de los instrumentos en AZCÁRRAGA, Apéndice, y en *Laws and Regulations on the Regime of the High Seas*, pp. 3-135.

autoprotección del Estado se presenta como justificación. En los de los países latinoamericanos, la base es de un derecho natural fundado en la adyacencia y envolviendo además una oferta de reciprocidad.

Pero la contigüidad es un concepto peligrosamente elástico porque lleva al nacionalismo expansionistas, y porque tiende siempre a expansiones posteriores, dado que todo viene en un tiempo a ser contiguo, y porque cuando mucho podrá fundar una pretensión sobre la plataforma, pero no sobre el alta mar. Además, y como lo confirmó el distinguido Max HUBER en su arbitraje sobre Las Palmas, la contigüidad carece de fundamento en el derecho internacional.

El intento de arribar a una norma general a través de manifestaciones unilaterales del más variado matiz, por simple adición o acumulación, y frente a una abstención no es conducente. Por ello es que resulta mucho más prudente y más efectivo el empeño realizado por la Comisión de Derecho Internacional, que vino a desembocar en la Convención sobre la Plataforma Continental de Ginebra de 1958,⁵⁶ pues representa una solución razonable en las circunstancias del momento. Esta Convención puede considerarse como un ejemplo alentador de la posibilidad de codificación por medio de pactos multilaterales. Viene a ser un acto de legislación, a la vez que un esfuerzo para alcanzar un acuerdo general sobre el tema. Resulta un instrumento constructivo, que elimina varias de las incertidumbres que surgieron de las proclamas de los países. Constituye un acceso moderado, pues rechaza las pretensiones exorbitantes, y conserva en su integridad el orden legal tradicional del alta mar. Concede al Estado ribereño, de una manera consistente con las consideraciones económicas y compatible con la seguridad del Estado, el control exclusivo de los recursos naturales de esa zona, con excepción de la pesca.

Pero no puede decirse que represente la solución total, ni que sea lo suficientemente buena. Tal vez se dejó pasar una buena oportunidad para operar la conjunción feliz de instituciones nuevas y de principios jurídicos esenciales que se mantuvieran rigurosamente, mas adecuándolos a las nuevas circunstancias. Aún quedaron pendientes algunas cuestiones graves, tal como la real naturaleza de los derechos del Estado sobre la plataforma y sobre las aguas colocadas encima, la de la pesca, así como la jurisdicción del Estado del litoral en caso de daño a los intereses, a los recursos o a las instalaciones de ese Estado en la zona de la plataforma.

⁵⁶ Sobre el trabajo de la Comisión, Mc. DOUGAL & BOURKE, *op. cit.*, pp. 565-728, WHITEMAN, pp. 629-639. "La Convención sobre la Plataforma Submarina" UN. Doct. A/CONF/13/L.55) en AJIL, N° 52, 1958, pp. 629-655.

Empero, algo puede avanzarse y algo pudo aprenderse en Ginebra sobre el tema del zócalo continental. La norma, aunque en formación, muestra un estadio bastante satisfactorio de adelanto.

La Convención, aún recibiendo las ratificaciones necesarias,⁵⁷ presenta problemas de aplicación, pero puede ser el principio substancial de orden de donde se derive la regla definitiva; pues al ser puesta en vigor se irán descubriendo sus deficiencias y confirmando sus virtudes.

La coparticipación en La Antártica.—La cuestión de La Antártica se encuentra conectada a varias instituciones muy debatidas del derecho de gentes que se relacionan con el territorio, tal como el descubrimiento, la contigüidad, la ocupación, la prescripción, la continuidad, y otras enlazadas.⁵⁸

Este pseudo continente, de dimensiones considerables, pues abarca aproximadamente diez millones de kilómetros cuadrados, de los cuales una buena parte es tierra firme, aunque situada bajo el nivel del mar, ha tomado valor estratégico y económico en las últimas décadas, desde que los exploradores SCOTT, AMUNDSEN y BYRD demostraron la posibilidad de sobrevivir ahí en ciertas condiciones, después de las investigaciones del Año Geofísico Internacional, de 1957-58, y vista la posibilidad de vuelos transpolares regulares y del mantenimiento de estaciones meteorológicas.

Desde los años veinte se iniciaron las pretensiones sobre territorio antártico, por siete países: Argentina, Australia, Chile, Francia, Inglaterra, Nueva Zelanda y Noruega, basadas en métodos de adquirir título territorial que se antojan anacrónicos, o que están desacreditados, o que son arbitrarios. En efecto, las demandas se han fundado en combinaciones de descubrimiento, exploración y ocupación, en la realización de ciertos actos administrativos, o en los principios relacionados de continuidad geográfica, en la adyacencia o en la teoría de los sectores. Los Estados Unidos y Rusia rechazan las pre-

⁵⁷ Son necesarias 22 ratificaciones para que entre en vigor. Actualmente sólo 12 países, Byelorusia, Cambodia, Colombia, Guatemala, Haití, Israel, Malaya, Rumanía, Senegal, Ucrania, la URSS y los Estados Unidos han accedido o la han ratificado.

⁵⁸ DOLLOT, R., "Les espaces polaires de l'Antarctique", R. de C., N° 75, 1949, pp. 173-191; HAYTON, Robert D., "Polar Problems and International Law", en AJIL, N° 52, 1958 pp. 746-765; JENKS, C. Wilfred, *The Common Law of Mankind*, Stevens, 1958; JESSUP, PH. C., "Sovereignty in Antarctica", en AJIL, N° 41, 1947, pp. 117-119; JESSUP, PH. C. & TAUBENFELD, Howard J., *Controls for Outer Space*, Columbia University Press, 1958 (Capítulo V); SULLIVAN, Walter, *Quest for a Continent*, New York, 1957; TAUBENFELD, Howard, "A Treaty for Antarctica", en *International Conciliation*, N° 531, January 1961; WALDOCK, C. H. H., "Disputed Sovereignty in the Falkland Islands Dependencies" en BYIL, N° XXV, 1948, pp. 311-353.

tensiones de los demás Estados, pero se han reservado los derechos que se deriven de los esfuerzos que han realizado en esa zona.

El descubrimiento dejó de ser un buen título desde el siglo XIX. La contigüidad, que proviene desde BARTOLO, ha sido rechazada como algo que no tiene fundamento en el derecho internacional, según quedó plasmado en la célebre sentencia de Max HUBER sobre la Isla de las Palmas. La continuidad geográfica —o geológica— es enteramente arbitraria y caprichosa. La teoría de los “sectores”, o sea la prolongación de los paralelos hasta el Polo, que tal vez tienen alguna función en el Ártico, no parecen ser una solución para la Antártida. El principio de los sectores se funda en el de la continuidad geográfica del territorio, y no es otra cosa sino la vieja doctrina del *hinterland*, que se aplicó al continente africano. Todos estos títulos tradicionales, aislados o combinados, conducen irrememisiblemente a conflictos. Por otra parte, las pretensiones que han expuesto los países sobre la Antártica han sido o por ambiciosas consideraciones estratégicas, o por exagerado prestigio, o por una combinación de ambos, o simplemente, por obsesión absurda de territorio.

La comunidad internacional presente no se satisface ya con el juego de los conceptos tradicionales de adquisición de títulos sobre territorios, y pretende superar los accesos cínicos e imperialistas. Ya no es tiempo de aceptar las pretensiones absurdas que son causa de irritación y de injusticia. Pero no se han encontrado todavía fórmulas felices. La tesis del condominio, aunque teóricamente viable, no presenta en la práctica ninguna posibilidad sensata y, además, no toma en cuenta los intereses de los países que aún no han presentado demandas de última hora. El reconocimiento de las diferentes pretensiones, y el establecimiento de limitaciones a través de tratado, para mantener pacífica esa zona y con libre acceso para todos es una solución que ha probado sus deficiencias en el pasado y deja abierta la puerta al desequilibrio de fuerzas, y por lo tanto, a la fricción, sin contar con que las naciones que aún no presenta su reclamación pueden inconformarse con ese arreglo. El régimen intencional, bien sea en su versión nacional, esto es, por una administración común o en la anacional, o sea por el manejo y el control por una comisión internacional tipo régimen fiduciario, supone que existe la soberanía de los diferentes Estados sobre las respectivas pretendidas áreas, y sólo ofrece dificultades, amén de que no ha recibido acogida sino en sectores privados.

La cuestión, pues, no ofrece una solución compacta y definitiva. Empero, puede notarse un positivo adelanto en el Tratado para la Antártica, del 1º

de diciembre de 1959,⁵⁹ pues en este instrumento se ha intentado dejar de lado los métodos precedentes de adquisición de título sobre territorios y llegar a un estadio intermedio de internacionalización.

El Tratado de 1959 ha sido suscrito por 12 naciones: Argentina, Australia, Bélgica, Chile, Estados Unidos, Francia, Inglaterra, Japón, Nueva Zelanda, Noruega, la URSS y la Unión de Sud Africa. Este instrumento provee la desmilitarización de toda la Antártica con derechos de inspección para cada potencia, dispone la promoción de la investigación científica, establece la "congelación" de las pretensiones territoriales, prohíbe las explosiones y los experimentos nucleares, así como el desecho de los detritus radioactivos, instituye el arreglo pacífico de las controversias que surjan del Convenio, suministra un mecanismo de consulta para materias de interés común y para la implementación y mejora del Tratado, deja abierto el Pacto a la accesión y determina la duración de éste por treinta y cuatro años por lo menos.

La Convención, con todo lo que significa de progreso, resulta incompleta. No prevé la llegada de otras potencias al continente antártico, con pretensiones y reclamaciones fundadas en los métodos viejos, como China, Alemania, Brasil, India. La jurisdicción que se deja para cada nación suscriptora sobre sus nacionales entraña problemas serios. No se establecen medidas para prevenir actividades perjudiciales a la paz, promovidas por potencias terceras. No se hizo previsión para el establecimiento de ciertos servicios comunes, tal como meteorología, facilidades para la aviación, telecomunicaciones, pesca de ballenas y de otras especies. Parece haberse dejado pasar una excelente oportunidad para echar a andar un régimen verdaderamente internacional y progresista.

Pero no deja de constituir un precedente importante, una demostración de lo que puede llegar a hacerse, y una marca que evidencia que los métodos clásicos de adquisición de territorios han llegado a su punto de término, y que son menester otras reglas más nuevas.

El uso económico de los ríos internacionales.⁶⁰ Sólo hasta tiempos recientes ha podido advertirse el interés de los países en el aprovechamiento

⁵⁹ En AJIL, N° 54, 1960, pp. 477-483.

⁶⁰ La bibliografía sobre ríos internacionales es dispersa y escasa. Las obras siguientes auxilian para el conocimiento y los antecedentes de las cuestiones principales: BERBER, F. J., *Rivers in International Law*. Stevens, Oceana, 1959; BLOOMFIELD, L. M. and FITZGERALD, O. F., *Boundary Water Problems of Canada and the United States*, Toronto, 1958; Documents on the Saint Lawrence Seaway, British Institute of International and Comparative Law, Praeger, 1960; NACIONES UNIDAS, Legal Aspects of Hydro-Electric Development of Rivers and Lakes of Common interest, Doctos E/ECE/136, E/ECE/EP/

de las aguas de los ríos internacionales para fines distintos del uso tradicional de la navegación, o para servir de frontera, esto es, para fines de irrigación, consumo del hombre y producción de energía eléctrica. La escasez general de agua, el aumento de superficies de cultivo y la necesidad creciente de energía motriz han llevado a los Estados a dirigir su mirada a las corrientes fluviales internacionales como fuente apta de aprovisionamiento.

Ello explica que en esta materia no haya habido investigación en el pasado. Los problemas son relativamente nuevos; ha faltado método en el tratamiento de las cuestiones, elementos extraños han complicado el panorama general y el desarrollo de las normas ha sido disperso y poco satisfactorio. No ha sido factible llegar aún a una integración aceptable de las reglas, además, porque cada cuenca, cada sistema fluvial es diferente a los demás.

La noción tradicional de río internacional ha cambiado notablemente en sus componentes desde hace unos cuantos años. Se ha ido permeando de conceptos económicos, que alteran las definiciones aceptadas. Pero no ha querido prescindirse de la característica de frontera fluvial, y ello ha detenido también el progreso de las instituciones respectivas.

El derecho interno de varios países, en donde se observan tratados problemas de empleo económico de ríos (los Estados Unidos, Australia, Suiza, etc.), podría haber influido cumulativamente para llegar a configurar un cuerpo más o menos embrionario de preceptos, pero le faltó ímpetu para trasladar estas reglas al derecho de gentes. Sólo emergieron de ahí principios generales como el de *alterum non laedere*, y el que no deben derivarse las aguas de la corriente común un beneficio propio.⁶¹

Han sido concepciones muy conservadoras como la llamada "tesis Harmon". del Attorney General de los Estados Unidos, las que han detenido asimismo el desenvolvimiento. Este funcionario afirmó que su país ejercía la plena soberanía sobre las aguas que llegan a los cauces internacionales, y que no existía obligación alguna para impedir disponer totalmente de tales recursos, pues es una cuestión implícita en la independencia de los Estados.

Pero las controversias que han surgido en los cuatro lustros precedentes

98, Rev. 1, 1952; Development and Utilization of Water Resources, Docto. E/2603, Mayo 18, 1954; POMPE, C. A., "The Nile Waters Question", en *Symbolae Verzijl*, 1958, pp. 275 y siguientes; SAUSER-HALL, G., "Utilization Industrielle des fleuves internationaux" R. de C., N° 83, 1953, pp. 455-582 SMITH, H. A., *Economic Uses of International Waters*, London, 1931.

⁶¹ SAUSER-HALL, *op. cit.* pp. 490-517; BERBER, *op. cit.*, Cap. 7, pp. 168-255.

han provocado atención hacia la materia, y es posible notar ciertos desarrollos. Las diferencias entre México y los Estados Unidos por la cuestión de las aguas del Bravo y el Colorado,⁶² entre Egipto y el Sudán por las del Nilo,⁶³ entre Estados Unidos y el Canadá por el San Lorenzo y el Columbia, entre la India y Pakistán por la corriente del alto Indus, y entre Israel y sus vecinos por causa del Jordán, han dado lugar a convenciones, a intercambios, y a cierta doctrina digna de tomarse ya en cuenta. Por ejemplo, entre los principios que destacan está lo relativo a la polución, al mal uso de las aguas, al abuso de derechos y otros concomitantes.

Hoy es menester que deba haber normas para reglamentar el uso de las corrientes internacionales de agua, para asegurar a cada Estado ribereño su parte de integridad física y química del agua, para evitar los daños resultantes de la polución, para no modificar el régimen normal de las aguas, para autorizar un uso racional y equitativo de la energía eléctrica, pues la falta de tales reglas es palmaria.

La doctrina ha buscado soluciones nuevas, como por ejemplo, la tesis de la servidumbre, tomada del derecho privado, pero que no satisface, pues el problema excede sus estrechos límites;⁶⁴ la de la cosoberanía y la del condominio, que ofrecen flancos de ataque, y el más novísimo "derecho de vecindad", postulado por ANDRASSY.⁶⁵ La Internacional Law Association, en su conferencia de Duvrobnik, de 1956, también expuso ciertas consideraciones, pero que parecen difusas.

Se percibe que, con todo, algo se ha progresado desde la hermética "doctrina Harmon", hoy definitivamente postergada. Queda bastante por hacer para elaborar y definir los preceptos de equidad y buen orden implícitos en las cuestiones relativas a los ríos internacionales. A medida que se agotan los recursos hidráulicos del mundo, la necesidad de llegar a normas definitivas se vuelve más urgente.

La cuestión del espacio supraatmosférico.⁶⁶ Así como en el pasado

⁶² El Tratado de Aguas Internacionales celebrado entre México y los Estados Unidos de 3 de febrero de 1944. Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1947. SEPÚLVEDA, C., "El Chamizal y algunas cuestiones pendientes entre México y los Estados Unidos", en Revista de la Facultad de Derecho, México, Tomo XII, 1962, N° 47, pp. 491-494.

⁶³ POMPE, *op. cit.* arriba, en nota 60.

⁶⁴ SAUSER-HALL, p. 553.

⁶⁵ ANDRASSY, J., "Les Relations Internationales de Voisinage", en R. de C. N° 73, 1951, pp. 77 y ss.

⁶⁶ La literatura sobre el espacio superior es demasiado abundante, aunque se repite mucho. Se han elaborado guías bibliográficas completas. Por ejemplo, la bibliografía

ciertos cambios en la técnica —navegación a vapor, aviación— no dejaron de producir un impacto en las normas consuetudinarias del derecho de gentes y llevaron a la creación de preceptos convencionales nuevos y a otros desarrollos, en los días presentes la tecnología del espacio está provocando, aunque con alguna exageración, mudar los cánones tradicionales y crear todo un cuerpo propio de reglas internacionales aplicables a los problemas de esas zonas. La inquietud de los juristas ha sido pasmosa e iguala a la de los científicos, aunque pueden advertirse repeticiones, excesos y errores de perspectiva. En general, se advierte que el estado de la rama es bastante primitivo.

El afán de lo novedoso ha llevado a los legistas a crear una terminología sui generis, en ocasiones atrevida. Así, se habla en ese arte de “derecho sideral”, “derecho cósmico”, “metaderecho”, “derecho interestelar”, “transderecho”, “derecho astronáutico”, “interplanetario”, “supraatmosférico”, “ultraterrestre”, “derecho del espacio remoto”, etc. al grado de confundir a los no iniciados.

Esta naciente sección del derecho de gentes surge a la luz en 1953, en ocasión a la tesis doctoral del príncipe de Hannover, en la Universidad de

que aparece sistemática y sugestivamente arreglada en American Bar Foundation, “Report to the National Aeronautics and Space Administration on the Law of Outer Space”, formada por LIPSON, Leon y KATZENBACH, N. de B., 1961, comprende 272 obras y artículos hasta principios de 1959, más 10 obras suplementarias aparecidas entre 1959 y 1960. Esta guía es suficientemente completa, y puede adicionarse con SEARA VÁZQUEZ, Modesto, *Introducción al Derecho Internacional Cósmico*, Escuela Nacional de Ciencias Políticas y Sociales, U. N. A. M., 1961, y WOETZEL, Robert K., *Die Internationale Kontrolle der höheren Luftschichten und des Weltraums*, Bad Godesberg, 1960. Estos dos últimos ensayos consignan asimismo una regular bibliografía.

Las mejores síntesis resultan, sin duda, el Report de la American Bar Foundation, ya indicado, el cual, por cierto, presenta un original arreglo de materiales, digno de mención por su interesante novedad; JENKS, C. W., *The Common Law of Mankind*, Stevens, London, 1958 Cap. 8); JESSUP, P. C., & TAUBENFELD, H., *Controls for Outer Space*, Columbia University Press, New York, 1959 y BLOOMFIELD, Lincoln P., “The Prospects for Law and Order”, en *Outer Space*. The American Assembly, 20th, 1962, así como el “Informe de la Comisión Especial sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos”, NACIONES UNIDAS, Doct. A/4141, 14 de julio de 1959, que resulta, aunque tímido, muy informativo sobre la situación del problema dentro de la organización general. VERPLAETSE, Julien G., *International Law in Vertical Space*, Rothman and Company, 1960, contiene criterios novedosos.

Recientemente han aparecido la obra de HALEY, Andrew G., *Space Law and Government*, Appleton-Century-Crofts, 1963, y la de McDOUGAL, M. S., LASSWELL, H. D., & VLASIC, I. A., *Law and Public Order in Space*, Yale Univ. Press, 1963.

Goettingen, y cobró impulso decisivo por causa del lanzamiento del Sputnik I en 1957. En unos cuantos años emergieron las teorías más bizarras, hipótesis numerosas y profecías desconcertantes.

Cribando entre la cuantiosa suma de repeticiones y exageraciones, el catálogo de los problemas relevantes en torno al espacio superior y resulta: α) la determinación de la frontera inferior del espacio; β) la naturaleza del derecho del Estado sobre la porción supraatmosférica; γ) el título sobre los cuerpos celestes; δ) el derecho sobre los vehículos espaciales y la responsabilidad por el empleo de tales vehículos; ϵ) el control internacional que debiera ejercerse sobre el espacio para asegurar una convivencia sana, y la regulación de las actividades funcionales en esas áreas.

α) Por lo que se refiere a las fronteras del espacio, han sido expuestas varias tesis. Algunos autores propugnaron por la fijación de un límite al espacio aéreo, a 25, 30 a 52 millas, pues pensaron que éste sería el máximo de altura alcanzada por las aeronaves. VON KARMAN propuso la línea que lleva su nombre, o sea donde termina el vuelo aerodinámico y empieza la fuerza centrífuga o de KEPLER (55 millas). Otros propusieron que la frontera inferior fuese la altura mínima de los sateloides (70-100 millas), pero hoy se ha comprobado que ella varía. KELSEN habló del "control efectivo", o sea, hasta donde puede extenderse el interés del Estado. También se ha señalado tentativamente, por COOPER, una zona contigua de 300 a 600 millas de profundidad. La Federación Internacional de Aeronáutica ha hablado de una faja a la que podría llamarse "Neutralia". Esa misma Federación, el 4 de octubre de 1960, convino en considerar como límite el situado a 62 millas de la superficie de la Tierra. No ha habido consenso general todavía, y sin embargo, no faltan los elementos, pues tácitamente se admite que la soberanía territorial cesa en algún punto del espacio y que a cierta altura la frontera resulta irrelevante.

β) Cuestión muy complicada deviene la del derecho —o soberanía, como se insiste en llamarla— de los Estados sobre el espacio. Naturalmente, existe el justificado temor de que las Grandes Potencias, mejor preparadas tecnológicamente, se adueñen del espacio y de sus "recursos", y de ahí la necesidad de equilibrio a través de reglas que pudieran asegurar una distribución correcta de toda esa zona.

En realidad, este problema es actualmente más bien del uso del espacio que del ejercicio de un imperio, o visto de otra manera, una pretensión a un veto sobre cualquier actividad que el Estado subyacente desapruuebe.

Está íntimamente ligado a la cuestión precedente, o sea la de la frontera entre el espacio aéreo y el supreatmosférico.

De cualquier manera, es evidente que ha llegado el tiempo de tomar previsiones sobre el status legal del espacio, pero la tarea de determinar el tipo de reglas es todavía bastante abstrusa. Por una parte, las reivindicaciones sobre el espacio suenan a *mare clausum*. Por otra parte, hay problemas técnicos casi insuperables. Si se busca la analogía con el derecho del mar libre, o sea, considerando al espacio como *res communis*, se encuentra que esto no basta.

En cambio, si se propone la extensión del derecho aéreo sobre esa área, las situaciones son diferentes, no existe propiamente el aire, que permite la sustentación de las naves, y la proyección de la soberanía territorial sobre el espacio más allá de la atmósfera sería inconsistente con los hechos astronómicos básicos.

Tampoco parece aceptable la propuesta de considerar como *res nullius* al espacio exterior, y, por lo mismo, de estimar su apropiación con arreglo a los métodos de adquisición de territorios, que, como se expresa arriba, son caducos e inaplicables en esta época. A este respecto, las normas relativas a la Antártica, de las que se habla páginas arriba, podrían constituir un buen antecedente para el régimen legal del espacio superior.

Ahora, en cuanto a la manera de obtener esas normas, parece preferible la solución por tratado, pues es más conveniente la nitidez relativa de un pacto que la incertidumbre y la anarquía de una costumbre establecida necesariamente por sólo las potencias mayores.

Por lo que corresponde a la oportunidad de legislar sobre el espacio, tal vez esto sea ahora prematuro, pues el esfuerzo podría llegar a nada o proponer un pequeño cuerpo de máximas piadosas de generalidad extrema, o llegar a producir un régimen ineficaz que sería quizá peligroso, ya que daría una ilusión transitoria de certeza jurídica.

γ) Aunque todavía está muy distante que pueda establecerse alguna sociedad humana en cualquiera de los cuerpos celestes, ya han empezado a lanzarse teorías con respecto a la adquisición de título sobre ellos por una potencia.

Lo que se ha dicho arriba con respecto al espacio es aplicable también a los cuerpos celestes. La extensión que se pretende hacer de los principios de continuidad y contigüidad (o de sectores) no tiene aquí cabida. Tales cuerpos no son capaces de apropiación particular y deben quedar sujetos a un régimen en el que todos los Estados tuvieran participación. En la situación actual de la comunidad internacional, la forma más viable sería

algún status parecido al de territorios fideicomitidos. Pero cualquiera que sea la fórmula que se adopte, es indudable que se trata de una materia que debiera quedar consignada en un tratado.

δ) En lo que corresponde a los vehículos espaciales y la responsabilidad por el manejo y utilización de tales aparatos, es inconcuso que ellos pertenecen al país que los lanza, pero si se trata de cruzar el espacio aéreo de cualquier país, debe recabarse permiso, y si descienden en el territorio de cualquier nación tendrían que sujetarse a las prácticas actuales sobre aeronaves. Si llegaren a causar un daño con ese descenso, con el cruce, o por cualquier otra causa, el Estado dueño del vehículo resulta responsable.

Pero no deja de chocar que ese lanzamiento se haga con irrestricta libertad. Puede llegar un momento de monopolio, en perjuicio de todas las demás naciones. Debería haber alguna intervención de la organización internacional general.

ε) En lo que se refiere al control internacional sobre actividades en el espacio, funcionales y de otro tipo, el Reporte del Comité *Ad Hoc* de las Naciones Unidas ⁶⁷ señala que no debe crearse todavía ningún organismo internacional, ni ninguna de las instituciones existentes debería tomar responsabilidades sobre los asuntos del espacio. Debería establecerse, acaso, un comité especial de la Asamblea General para el fin de facilitar la cooperación internacional entre los gobiernos, entre organismos especializados y entre organizaciones científicas, y entre unos y otras, así como para estudiar medidas prácticas y realizables para promover la cooperación internacional, y, finalmente, para considerar las soluciones posibles a los problemas jurídicos que vayan surgiendo con motivo de los programas de exploración. Por ahora, no puede aspirarse a mucho más.

La anchura del mar territorial. ⁶⁸ Se ha percibido un inquieto movi-

⁶⁷ Doct. A/4141, de 14 de julio de 1959, citado antes.

⁶⁸ Una lista de obras contemporáneas sobre el problema del mar territorial comprendería: DEAN, A. H., "The Geneva Conference on the Law of the Sea", en AJIL, N° 52 (1958), pp. 607-628. DEAN, A. H., "The Second Geneva Conference on the Law of the Sea", en AJIL, N° 54 (1960), pp. 751-789). GARCÍA ROBLES ALFONSO. *La Conferencia de Ginebra y la Anchura del Mar Territorial Mexicano*, 1959. GARCÍA ROBLES, A., "The Second United Nations Conference on the Law of The Sea", en AJIL, N° 55 (1961), pp. 669-680. GIDEL, C. Es indudable que GIDEL es el autor de Naciones Unidas, Secretaría General Memorándum sobre el Régimen de Alta Mar, (UN. Docto. N° A/CN4/32, 1950) a pesar de que este memorándum sea anónimo. La genialidad y experiencia de este jurista se refleja preponderantemente en el documento. McDOUGAL.

miento en torno a esta cuestión, sobre todo en los últimos años, al grado que se hubiera podido pensar en un desarrollo institucional o en un progreso de las normas. La verdad es que toda esta conmoción ha puesto a prueba a la vez varios aspectos del derecho y de la organización internacionales de nuestra época: la capacidad para "codificar" de la Comisión de Derecho Internacional (supra), la eventual integración de las reglas del derecho de gentes a través de tratados, la posibilidad de consenso general de los países sobre un tema determinado, y, un tanto en el paisaje, la materia de si debiera conservarse el voto individual de cada Estado para decidir un asunto de estos, o si debiera adoptarse algún otro método de discutir en asambleas internacionales temas como los que nos ocupa.

Debe prevenirse que en el tratamiento de esta institución ha habido miopía, o distorsión consciente, pues se percibe que en la discusión de ella se ha puesto mucho más énfasis en la anchura de esa faja que en el valor de los recursos que ahí existen y en el interés del Estado ribereño sobre ella, que son materias más concretas y revestidas de menos emotividad.

La Conferencia de la Haya, de 1930, fracasó según se expresa arriba por el empeño de escoger un tópico saturado de política, y tal vez porque su labor resultaba prematura, pero tiene en su crédito el haber fijado un mínimo para la dimensión del mar marginal, estableciendo así un principio de orden, y en cierta forma dejó abierta la puerta para posibles avances posteriores.

Las Naciones Unidas determinaron desde 1950 que la materia podría estar madura para concretarla en normas convencionales, y por su parte, la Comisión de Derecho Internacional consideró que seguramente podría exhibir resultados rápidos si se aplicaba a proponer normas para los espacios marítimos, pues existían numerosos estudios y antecedentes, la materia no parece técnicamente difícil, y existían en apariencia grandes áreas de consenso.⁶⁹ Con tales precedentes se llegó a la Conferencia de Ginebra, de 1958.

Ahí se trabajó sobre un proyecto bastante aceptable de la Comisión de

M. S., and BURKE, William T., *The Public Order of the Oceans*, Yale University Press, 1962. STROHL, Mitchell P., *The International Law of Bays*, Nijhoff, 1963.

⁶⁹ El trabajo de la Comisión puede advertirse a lo largo de los reportes anuales de la misma, desde 1950 a 1956. Documentos de las Naciones Unidas A/CN.4/A, 1950, 1951, 1952, 1953, 1954, 1955, 1956, publicados en 1957, 1958, 1959 y 1961. La Comisión anduvo dando rodeos; mucho tiempo dedicó a la consideración de si tal o cual doctrina era firme y si pertenecía al derecho de gentes, o si una norma resultaba o no obligatoria.

Derecho Internacional⁷⁰ y poco faltó para haber alcanzado un acuerdo definitivo. Se percibe que fueron consideraciones estratégicas, complicaciones políticas inherentes a la diplomacia parlamentaria, el resentimiento de los países independizados en los últimos años, la situación en ese momento de la contienda entre el mundo occidental y el soviético, y, sobre todo, la falta de perspectiva real de muchas de las entidades ahí representadas las que impidieron un consenso general o mayoritario. La presencia en la Conferencia de Ginebra de los Estados que no tienen costas, así como de naciones para los que el problema tiene una representación mínima, no hizo sino estorbar un proceso ya apuntado hacia la resolución final de este viejo problema. El encono de los nuevos Estados, aunado a su carencia de información, motivó asimismo una lamentable divergencia.

Tan próxima a una decisión constructiva, la Conferencia de Ginebra de 1958 falló lastimosamente en lo que se refiere al mar territorial; pero dejó la sensación empero que valía la pena realizar un nuevo esfuerzo que capitulara lo ganado y que pudiera desembocar en algo definitivo. Las Naciones Unidas convocaron a una nueva reunión para 1960, también en Ginebra, con la esperanza de que surgieran propuestas catalizadoras, o de llegar a la deseada mayoría.

Pero volvióse a la postura de lo que podría ser más conveniente para cada grupo de países, no de lo que podría encontrar aquiescencia general. Unas naciones, casi en retirada, siguieron sosteniendo la regla llamada tradicional de las tres millas, otras postularon una anchura de seis millas más una zona contigua de las mismas dimensiones, para pesca. Esta propuesta partió de los Estados Unidos y de Canadá y falló por un voto en obtener la mayoría de las dos terceras partes (54 votos en favor, 28 en contra, 5 abstenciones). Un grupo de 18 naciones sostuvo una extensión de 12 millas más otras 12 para pesca.⁷¹

Digna de mención, por su originalidad, es la propuesta mexicana, que recomendaba el establecimiento de una faja de doce millas, pero el Estado ribereño podría reducir su pretensión a una zona más angosta, en cuyo caso sería factible obtener un área adicional para pesca, el ancho entonces variando inversamente, esto es, entre más angosta la faja de mar territorial, mayor la zona contigua de pesca. Dicho de otro modo, si un país fija su

⁷⁰ Véase del proyecto en *International Law Commission Report, 8th Session, 1956*, Documento de las Naciones Unidas A/3159 (1956). Aparece también en *AJIL* N° 51, 1957, p. 154.

⁷¹ DEAN, *The Second Geneva Conference*; McDUGAL & BURKE, *op. cit.*, pp. 527-531.

mar marginal de 3 a 6 millas, podría tener derecho a 18 millas de área contigua; si de 7 a 9, a quince millas, y si de 10 a 11, sólo a 12 millas.

El balance de ambas Conferencias, la de 1958 y la de 1960, en lo que se refiere al mar marginal, es bastante desalentador. Ninguna de las numerosas proposiciones sometidas en las dos reuniones iba de acuerdo con una política deseable por la mayoría de los miembros de la comunidad internacional. Es factible observar que, en lo general, hubo falta de información, sobre todo, de datos técnicos competentes.

Sin embargo, no es atrevido pensar que este asunto habrá de ser regulado en fechas no muy distantes. La importancia económica del tema es manifiesta. Recientemente (diciembre de 1963) los países occidentales europeos se han pronunciado por una faja más ancha de la que tradicionalmente habían venido reconociendo, lo cual es índice de cambio. No es muy difícil predecir que la materia encontrará alguna solución próxima.

Desarrollo y problemas de la aviación civil internacional.⁷²—La Conferencia de Chicago de 1944 hizo abrigar muchas esperanzas con respecto a la institucionalización definitiva de la aviación, pues las condiciones ofrecían cierta oportunidad para efectuar, a través de una organización internacional como la que ahí resultara, una correcta división del tráfico y de las líneas entre los diferentes Estados, evitando competencias ruinosas, o la supremacía de las grandes naciones.

Pero esta Conferencia instituyó sólo un débil marco orgánico, una institución especializada como la Organización de la Aviación Civil y una Convención que proporciona algunas bases legales multilaterales sobre las cuales pudiera desenvolverse el transporte aéreo internacional, regular o no regular, por convenios adicionales entre los Estados miembros de la OACI, generalmente pactos de carácter bilateral.

La cosa se quedó pues a medio camino, y la puerta se abrió para el

⁷² Aún está por escribirse el tratado clásico sobre el derecho internacional aéreo, pero resultan útiles para el problema las obras siguientes: AMBROSINI, A., *Instituciones de Derecho de la Aviación*, Buenos Aires, 1949; HART, M. J., *Outline of International Aviation Law*. Saint Louis, 1951; JENNINGS, R. Y., "Some Aspects of the International Law of the Air", R. de C., 1949, N° 75; MCNAIR, A. D., *The Law of the Air*, 2nd. Edition by KERR, M. R. E., & MACCRINDLE, R. A., London, 1953. MATESCO, N., *Droit Aérien, Aéronautique*, 2eme Edition, Pedone, Paris, 1964; PROCEEDINGS of the International Civil Aviation Conference, Chicago, 1944, U.S. Department of State; RIESE, OITO. *Précis de Droit Aérien*, Paris, 1951; WASSENBERGH, H. A., *Post-War International Civil Aviation Policy and the Law of the Air*, 2nd Edition. Nijhoff, The Hague, 1962. CHENG, B., *The Law of International Air Transport*, Stevens, London, 1962.

predominio y la duplicación innecesaria y costosa de esfuerzos, en detrimento de los países económicamente más débiles, y del mismo desenvolvimiento armónico del transporte aéreo. Si se buscan las normas que pueden haber ampliado las bases legales constituidas por la Convención de Chicago se percibe que es difícil encontrarlas.

Una de las evidentes desventajas del régimen estatuido en Chicago fue que condujo al proteccionismo oficial, alentado por el afán de prestigio nacional, del nacionalismo económico, las enormes inversiones y las demandas de los países jóvenes, que no quieren quedarse atrás en el mapa aéreo del mundo. De ahí ha resultado que la ansiada libertad del aire no existe y que sólo hay un derecho de tránsito inocente, restringido en el tiempo y en el espacio, y sujeto a contratación. El derecho de transporte aéreo está sujeto a una estricta y antipática reciprocidad, y las reglas relativas al transporte aéreo no sujeto a itinerario y a las otras clases de tráfico no han evolucionado nada desde 1944.

Los desarrollos más dignos de mención desde entonces son los intentos de arreglo cooperativo, en Europa y en la América Latina, entre diferentes empresas de aviación, para hacer frente a los nuevos problemas causados por la complejidad técnica, la competencia infructuosa, la necesidad de mayor capital y el costo del progreso. Así podría hablarse de la Air Union europea, de 1960 (Air France, Alitalia, Lufthansa, Sabena), que ha tropezado con dificultades que van desde las de carácter propio a toda empresa internacional a las que corresponden a las leyes antimonopólicas de los Estados Unidos. Los convenios entre la SAS y la Swissair, las tentativas de algunos países latinoamericanos para reunir las diferentes compañías, y, en el interior de los países, los planes para fusionar líneas domésticas, han sido otros intentos para superar los grandes problemas que aquejan esta actividad.

La fusión de líneas podría ser la respuesta para liberalizar la aviación civil internacional. También podría serlo la conclusión de un convenio multilateral, o, en el peor de los casos, ello constituiría quizá una base uniforme y estable para arrancar de ahí a normas más generales y definitivas.

Hoy la opción está o en una cooperación entre las empresas y el gobierno, o entre el desarrollo de la aviación civil sobre bases económicas sólidas y la operación controlada de los servicios del transporte aéreo, con visos a una dominación política y cualquiera que sea el costo. La ironía radica en que los Estados limitan las operaciones de las líneas foráneas, pero a la vez combaten las restricciones impuestas por otros países en las ope-

raciones de sus propias vías aéreas. Se ocurre pensar que el proteccionismo puede ser un fenómeno transitorio en tanto se crean bloques de Estados que adopten una política aérea común. Entre tanto, resulta lamentable que no haya habido un progreso racional. Todavía no se hace sentir la importancia de la vía aérea en relación a la comunidad general; hoy predomina la importancia del interés aislado del Estado.

— III —

Ninguna de las otras instituciones internacionales ha dejado de ofrecer cambios, aunque sean de orden menor, o se hayan realizado más plácidamente. La literatura ha estado activa y la práctica de las naciones aporta experiencias dignas de ser observadas en estos campos. Algunos principios fundamentales se han clarificado en el transcurso. Para no alargar demasiado los límites de este trabajo se examinarán sólo brevemente algunos de estos desarrollos.

a). *El derecho internacional y el derecho interno.*⁷³—La vieja polémica entre dualismo y monismo ha sido ya superada. Las hipótesis del choque entre la Constitución y el derecho de gentes nunca encontraron realidad, y resultaron incomprobadas. Los temores no llegaron a materializarse. El principio *international law is a part of the law of the land*, que tanto sirviera a los dualistas y a los partidarios de la supremacía del derecho interno, ha sido interpretado a la luz de la práctica de los últimos tiempos como una comprobación adicional de que existe una moderada superioridad del derecho de gentes,⁷⁴ sin que ello quiera decir que se produzca forzosamente una antinomia entre un orden jurídico y otro.

⁷³ Son de recomendarse, para el estudio del problema: DICKINSON, E. D., "The Law of Nations as Part of The National Law of the United States", en *University of Pennsylvania Law Review*, Oct., 1952, abril, 1953. FENWICK, CH. G., "The Progress of International Law during the Past Forty Years". R. de C. N° 79, 1951, pp. 5-70; SEPÚLVEDA, C., "La Situación de los Tratados en el Orden Legal Mexicano" en *Contribuciones Mexicanas al Sexto Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Nacional, México, 1962, pp. 203-216. "La Autoridad de los Tratados Internacionales en el Derecho Interno", en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*, México, N° 45, Sept.-Dic., 1962, pp. 511-519 (Informe del Relator de la Sección IV al VI Congreso Internacional). LAUTERPACHT, H., en *Transactions of the Grotius Society*, N° 25, 1939, pp. 88-101. MORGENSTERN, F., "Judicial Practice and the Supremacy of International Law", en *BYIL*, 1950, pp. 42-91. SOCINI, E., *L'Adeguamento dagli Ordinamenti Statuali All'ordinamento Internazionale*. Milán, 1954.

⁷⁴ DICKINSON, *op. cit.*, pp. 832-833.

El fenómeno cada vez más acusado de la interdependencia internacional, el intercambio más y más intensificado, la presencia de las organizaciones y organismos internacionales, el abatimiento de muchas barreras doctrinarias para permitir el tráfico mercantil, y el interés en el bienestar de los propios ciudadanos, que no está divorciado del interés común de la humanidad, hicieron posible la admisión de esta prioridad del derecho internacional. El problema ha sido visto ya, por otra parte, en sus justas proporciones, y el dogma de la soberanía ha ido perdiendo sus aristas más agudas.

Los obstáculos para asegurar ese primado se han debido, en parte, a que en algunos casos no existía una norma internacional depurada, en otros no se estudiaba la naturaleza del tratado, que determinaba soluciones diferentes, o a que no se examinaba el problema en su verdadera magnitud. Pero hoy día en que el número de pactos internacionales, sobre todo de carácter cooperativo y de orden administrativo ha crecido tan fabulosamente, se han introducido elementos dinámicos nuevos en la artificial oposición ley interna-tratado. Especialmente, el incremento de los pactos autoejecutivos ha traído consigo una nueva apreciación del valor del derecho de gentes.

En donde existe una zona aún no superada es en el caso de la incorporación de las disposiciones del derecho internacional consuetudinario al derecho interno, y ello se debe a que aún falta precisión a varias de esas normas.

De un examen de la práctica de numerosos países se viene a la conclusión de que el derecho internacional representado por los pactos encuentra constante aplicación en el interior del Estado, sin tropezar con pugnas frente al derecho doméstico. Si se atiende, por ejemplo, al caso de los tratados que podríamos llamar auto-ejecutivos (*self executing*), o sea aquellos que en su cuerpo contienen ya normas que pueden recibirse como leyes internas —generalmente de orden administrativo— sin necesidad de que se dicten reglas para transformarlas en ordenamientos domésticos, tratados cuyo número va en constante aumento, puede observarse que ellos no ofrecen prácticamente ninguna dificultad. Se aplican *directamente* como derecho local, sin necesidad de legislación complementaria. El mismo poder político —el Ejecutivo— que los concluye es el encargado de ejecutarlos, y, en cierta forma, el tratado auto-ejecutivo es equivalente a un acto de legislación administrativa.

Si por otra parte, se dirige la atención a los tratados, también de contexto administrativo, que no son auto-ejecutivos (*self-executing*), pero que para ser incorporados al dominio de la legislación interna necesitan sólo de decretos administrativos del propio Poder Ejecutivo, es factible advertir

que son muy parecidos a tales pactos auto-ejecutivos, pero las diferencias son, empero, dignas de tomarse en cuenta, porque pueden llevar a problemas técnicos especiales. Por ejemplo, es posible que la legislación que complementa al tratado contenga disposiciones que de alguna manera vayan en contradicción a las reglas de ese instrumento internacional, y entonces puede surgir el problema para el juez de ver si aplica el pacto o la legislación complementaria. Pero nótese que los problemas son mínimos, y más bien de carácter técnico que político.

Un tercer aspecto de esta cuestión tiene que ver con los casos en que el tratado internacional precisa de actos legislativos formales y materiales (p. ej., las leyes del Congreso o del Parlamento) para que puedan incorporarse a la legislación doméstica. Es en esta área donde surgen los problemas de antítesis entre el derecho internacional contenido en el tratado y el derecho local. Por cierto, es aquí donde las pugnas que pudieran surgir se han exagerado injustamente por la doctrina, sin examen analítico alguno. En primer término, los casos de colisión que registra la literatura internacional son bien escasos frente a los miles y miles de tratados que cotidianamente se aplican. En segundo lugar, si el tratado, por virtud del acto legislativo, se convierte en ley doméstica, ya el conflicto no será entre el pacto y una ley, sino entre una ley interna y otra ley también local.⁷⁵

La posición actual del problema es la siguiente. El principio *lex posterior priori* resulta rector. Una norma posterior deroga el tratado a que se refiere, porque se presupone en buena tesis que el cuerpo legislativo tuvo a su alcance los datos necesarios para formular su determinación. Un tratado posterior deroga las leyes precedentes que se le opongan, pero vale la pena aclarar que no se trata de una auténtica abrogación, sino que ocurre que en los casos de aplicación concreta y específica del pacto se prefiere en ese momento la norma del tratado a la norma interna, pero la ley permanece incólume en todos los demás casos. Ello ilustra sobre que no es tan dramática la oposición entre reglas internas y derecho de gentes, como nos lo habían hecho creer los tratadistas de la época anterior a la que aquí se analiza. Los tribunales de los países han observado, en lo general, cierta reverencia a los tratados, y han procurado encontrar siempre la interpretación más favorable al pacto en los casos en que aparece alguna pugna con el derecho local.

b). *Reconocimiento de gobiernos.*⁷⁶—La materia había estado quieta

⁷⁵ SEPÚLVEDA, *La Autoridad de los Tratados...*, pp. 513-516.

⁷⁶ Una bibliografía compacta sobre el reconocimiento comprendería: LAUTERPACHT, H., *Recognition in International Law*, Cambridge, 1947. CHEN, T., *The International*

en la práctica y en la teoría y surgen de pronto, sobre todo en América, actitudes noveles que hicieron pensar en una evolución definitiva de la institución. Así, desde 1942, en este Hemisferio, principió a seguirse el método del reconocimiento consultado,⁷⁷ y en ocasiones hubo, además, concierto, y aún se llegó a la medida de otorgar el reconocimiento o simultánea o conjuntamente.⁷⁸ Todo apuntaba hacia el reconocimiento colectivo. En la doctrina hubo actividad considerable también, pues aparecieron los libros de LAUTERPACHT, CHEN, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, SEPÚLVEDA y otros. El tema ocupó también la atención de conferencias interamericanas y de organismos anexos a ellas. Por ejemplo, en la de Bogotá pudo percibirse una gran preocupación sobre el asunto⁷⁹ y llegó a pensarse que se había arribado a un estadio razonable de avance en la institución, que la volvía más jurídica y menos sujeta a los vaivenes de la política. En efecto, como resultado de todo esto pareció que la regla del automatismo de relaciones era la más viable y sensata, y que acabaría estableciéndose de manera definitiva.

Pero a poco recomenzó la anarquía, y se volvió a las viejas y desacreditadas costumbres de regatear el reconocimiento a un gobierno que había arribado al poder por medios no constitucionales.

Por otra parte, la cuestión de la admisión de nuevos miembros a las Naciones Unidas ha marcado una declinación de la importancia del concepto de reconocimiento. Bien mirado, dentro de la Organización el reconocimiento resulta casi irrelevante, y es sólo incidental a cuestiones de repre-

Law of Recognition. Praeger, New York, 1951. JIMÉNEZ DE ARECHAGA, J., Eduardo. *Reconocimiento de Gobiernos*, Montevideo, 1947. SEPÚLVEDA, C., *La Teoría y la Práctica del Reconocimiento de Gobiernos*. México, Ediciones de la Facultad de Derecho de la U. N. A. M., 1954. NEWMAN, R. P., *Recognition of Communist China?* Mac Millan, Paperback, 1961. CHARPENTIER, J., *La Reconnaissance Internationale et l'Évolution du Droit des Gens*, Pedone, Paris, 1956. VENTURINI G., *Il Riconoscimento nel Diritto Internazionale*. A. Giuffré, Milano, 1946. NEUMANN JR., William L., *Recognition of Governments in the Americas*. Foundation for Foreign Affairs, Pamphlet N° 33, Washington, 1947. POTTER, P. B., "Communist China: the Recognition and Admission to the United Nations", in *AJIL*, N° 50, 1956, pp. 417. WRIGHT, Q., "The Chinese Recognition Problem", *AJIL*, N° 49, 1955, pp. 320-338. HIGGINS, Rosalyn. *The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations*, Oxford, 1963, pp. 156-158.

⁷⁷ JIMÉNEZ DE ARECHAGA, *op. cit.*, pp. 205-213 y SEPÚLVEDA, *op. cit.*, pp. 65-74.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Véase p. ej.: *México en la IX Conferencia Internacional Americana*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1948, pp. 119-121. SEPÚLVEDA, *La Teoría y la Práctica*, pp. 61-62, y "Política Exterior y Molicie", en *Excelsior*, Nov. 14 de 1963, p. 6.

sentación o de surgimiento de un nuevo Estado, y así lo ha hecho ver Rosalyn HIGGINS.⁸⁰

El caso de China Popular, que se ha venido arrastrando desde 1950, es altamente ilustrativo de la situación que guarda el reconocimiento estos días,⁸¹ y del retroceso observado en él. Ha representado un acertijo aún para el especialista, y es un símbolo del triunfo de la política y del interés nacionales por encima del internacionalismo.

El régimen popular encabezado por Mao Tse Tsung, que se adueñó del poder desde esas fechas, adquirió la fisonomía entera de un gobierno general *de facto*, y por ello, merecedor del reconocimiento por parte de los demás países. El gobierno de la Gran Bretaña le extendió luego su aquiescencia, sin duda fundado en una opinión del ilustre LAUTERPACHT,⁸² pero las otras Grandes Potencias Occidentales no siguieron su ejemplo. Con todo, China Popular alcanzó el reconocimiento de todos los países del bloque soviético y de 26 naciones no pertenecientes a ese grupo, y en fecha reciente (enero 27 de 1964) obtuvo el de Francia, lo que hace prever que podrá lograr el reconocimiento general de la comunidad internacional.

La situación peculiar de ese suspenso se debe sin duda a la determinación de los Estados Unidos, a la vez que es una muestra del poderío político internacional de esa gran nación. Según el China White Paper,⁸³ la situación estaba madura para que la Casa Blanca otorgara su beneplácito al gobierno comunista chino. Pero muy pronto vino la preocupación por el comunismo interno, el movimiento del Senador Mac Carthy, y la agudización de la guerra fría, todo lo cual motivó una virulenta reacción contra el posible reconocimiento de la China Continental.

Pero no sólo en el campo de las relaciones bilaterales hubo ese cisma, sino que también existió divergencia en lo que hizo a la representación de China Continental ante las Naciones Unidas, pues una mayoría consistente en la Asamblea General (47-36-20 en la XVIII reunión) se opuso a la admisión de ese país.

Los argumentos principales que se han expuesto para justificar esta rara posición de no mantener relaciones con el gobierno de Mao y de no recibirlo

⁸⁰ HIGGINS, p. 164.

⁸¹ NEWMAN, *op cit.* en la nota 76, *passim*.

⁸² Carta al Times de Londres, enero 6 de 1950, citado además por WRIGHT, *op. cit.*, en la nota 76, p. 335.

⁸³ JESSUP, P. C., y otros *White Paper on United States Relations with China*, Washington, 1949.

en la Organización General se fundan en que, por una parte, el artículo 4º de la Carta prescribe que sólo pueden ser miembros los Estados amantes de la paz y que se hallen además dispuestos y capacitados para cumplir sus obligaciones internacionales; por la otra, que ya existe representación por parte de la llamada China Nacionalista, y por una más, que probablemente se dislocaría el sistema entero de las Naciones Unidas de aparecer por ahí los delegados comunistas chinos, agresivos y tal vez violentos.

Un examen de tales argumentos dejan insostenible esta posición. En primer término, a calificación de "amante de la paz" no se rige por normas objetivas. Tal vez varios de los miembros originarios de la Organización pudieron no ser considerados en esa categoría. En segundo lugar, si se culpa a China de agresora por lo de Corea, debe recordarse que fue Rusia, y no China, la que actuó entonces, y que la aparición de tropas chinas en el conflicto pudo deberse a un amago temido, al avanzar los cuerpos militares de las Naciones Unidas. En tercer término, todavía no se ha probado si el régimen de Mao podría o no cumplir con las obligaciones internacionales que le correspondan. Los actos de brutalidad que se le imputan son indudablemente violatorios del derecho de gentes, pero no representan una ruptura general del orden jurídico internacional.

Por lo que se refiere a que ya existe representación —la de Formosa o Taiwan— en la Organización General, ello no es sino una ficción, pues evidentemente que esas autoridades no ejercen el menor control sobre tierra firme, ni sus actos en los órganos de las Naciones Unidas tienen la más pequeña trascendencia para China Continental. Se trata, pues, de un embrollo político, que ha puesto a prueba muchas normas y principios del derecho de gentes.

Bien vista la cuestión, la no admisión de la China Popular es un caso más bien de suspensión o de expulsión de los que contempla el artículo 6º de la Carta⁸⁴ realizado sin observancia de las condiciones jurídicas que proceden, y puede considerarse de ilícito.

Se requiere, pues, una solución inteligente, pragmática, y lo más apegado al derecho y a la ética que sea posible. Al parecer, la admisión a las Naciones Unidas le quitaría mucho de su truculencia a la República Popular China, pues los contactos con el mundo externo y las forzosas relaciones de intercambio le apaciguarían su disposición, y le darían una visión menos distorsionada del mundo occidental. Se lograría un avance en esa vocación

⁸⁴ Art. 6º. "Todo Miembro de las Naciones Unidas que haya violado repetidamente los principios de esta Carta podrá ser expulsado de la Organización por la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad".

de universalidad que es presupuesto básico de la organización internacional general. El intercambio diplomático con el resto de los países que aún no reconocen, acabaría en una buena medida con las tensiones que aquejan a la comunidad de Estados. Ciertamente es que habría que liquidar el problema de Taiwan. Pero este territorio podría ingresar más tarde en las Naciones Unidas por el proceso formal de admisión de un nuevo Estado, o bien, ser internacionalizado o neutralizado para asegurar la tranquilidad en aquella área del Pacífico.

c). *Los tratados*.—⁸⁵ Se han afinado algunos conceptos en la doctrina general de los pactos internacionales. La bibliografía sobre ellos se ha enriquecido considerablemente. Se perciben cambios en las características y en la técnica de la elaboración así como en el procedimiento de conclusión de los tratados multilaterales. Han surgido nuevos instrumentos paralelos, que exigen análisis, tal como los convenios entre las organizaciones internacionales y los Estados, o pactos entre dos o más entidades internacionales. Los tratados-ley o sean las convenciones por las que se intenta codificar las reglas del derecho de gentes (supra, p. 313) han crecido en número. Surgieron tam-

⁸⁵ La siguiente podría ser una bibliografía útil para conocer los problemas modernos de los tratados: BLIX, H., *Treaty Making Power*, Stevens. London, 1960. BRANDON, M., "Analysis of the Terms 'Treaty' and International Agreement for Purposes of Registration Under Article 102 of the Charter". AJIL, N° 47, 1953, pp. 49-69; FAWCETT, J. E. S., "The Legal Character of International Agreements" BYIL, N° 30, 1953, pp. 381-400; FENWICK, CH. G., "Reservations to Multilateral Conventions", en AJIL, N° 46, 1952, pp. 119-123. HOYT, E. C., *The Unanimity Rule in the Revision of Treaties*, Nijhoff, The Hague, 1959; JOHNSON, D. H. N., "Conclusions of International Conference", BYIL, N° 35, 1959, pp. 1-33; KALLOWAY, Kaye, *Les Réserves dans les Traités Internationaux*, Paris, 1958; KAPPELER, D., *Les Réserves dans le Traités Internationaux*, Basilea, 1958; LACHS, Manfred, *Evolución y Funciones de los Tratados Multilaterales*, traducción del francés de H. González Casanova, Escuela de Ciencias Políticas y Sociales, México, 1962; "Laws and Practices, Concerning the Conclusion of Treaties" (United Nations Legislative Series ST/LEG/SER. B/3)—(1953); McNAIR, Lord, *The Law of Treaties*, Oxford, 1961; PARRY, Clive, "Some Recent Developments in the Making of Multi-partite Treaties", en Transactions of the Grotius Society, N° 36, 1951, pp. 149-189. UNITED NATIONS, *Handbook of Final Clauses* (1951). Conviene revisar además:

Documentos de las Naciones Unidas: A/1953, Informe de la Comisión de Derecho Internacional; A/CN.4/29, Memoria del Dr. Amado sobre tratados; A/CN.4/23 (1950) y A/CN.4/87 (1953), Informes del Prof. Brierly sobre id.; A/CN.4/4L14 Memoria del Prof. George Scelle sobre id.; A/CN.4/63 (1953). Informe de Sir H. Lauterpacht sobre id.; A/CN.4/101 (1956). Informe de G. Fitzmaurice sobre id., A/CN.4/144 (1962) A/CN.4/156, Add. 2 y A/CN.4/156, Add. 3 (1963). Informe de Sir Humphrey Waldock. Véanse también los Anuarios de la Comisión de Derecho Internacional para 1953, 1954, 1957 y 1958.

bién profusamente los que podrían denominarse tratados constitutivos (o tratados-carta). Se nota también un incremento en los convenios ejecutivos (*Executive agreement*), en los tratados de aplicación inmediata, como los que merecen el nombre de pactos auto-ejecutivos, y en las tendencias sobre la adaptación de los convenios al derecho interno. En fin, se observa una destacada actividad en todos los órdenes, evidenciada claramente en la circunstancia de haberse publicado ya más de 450 volúmenes de tratados por las Naciones Unidas desde 1945,⁸⁶ y por el interés de la Comisión de Derecho Internacional para codificar las normas relativas a los pactos internacionales.

En lo que se refiere al procedimiento de negociación de los tratados, deben analizarse por separado los pactos bilaterales de los multilaterales. En el caso de los primeros, es factible observar que ya existe una mayor uniformidad en la forma y en el procedimiento, y que hay una tendencia decreciente hacia la ratificación⁸⁷ pues muchos de ellos entran en vigor con el solo acto de la firma. Se ha llegado a establecer la regla, contraria a la práctica tradicional, de que en ausencia de una disposición expresa de ratificar, se presume que ello es innecesario. La ratificación es una dolencia política de los pactos que sobre todo en los países federales impide la aceptación de muchos de ellos. Debe hacerse notar, empero, que el derecho interno de los países sigue sin promover un sistema de ratificación, y que las normas internacionales consuetudinarias son las que forman la regulación doméstica usual.

Por cuanto a los tratados multilaterales, también se ha llegado a una uniformidad conveniente, y la técnica ya está muy elaborada, evitándose oscuridades, repeticiones o ambigüedades que conduzcan a la inaplicabilidad del tratado, a la vez que se han adoptado procedimientos menos formales para asegurar la aceptación del pacto por las partes.

Sin duda el mayor movimiento se aprecia en la cuestión de las reservas a los tratados multilaterales. Las reservas a los pactos purilaterales son el resultado de la transformación profunda que se opera en el derecho internacional clásico, y han merecido atención de varios sectores al mismo tiempo, igual de los que tienen a su cuidado el programa de la codificación del derecho de gentes que de numerosos tratadistas,⁸⁸ con el ánimo de reglamentar las dificultades prácticas que tal institución provoca.

⁸⁶ United Nations Treaty Series.

⁸⁷ Reporte de Sir H. Waldock, 1962, p. 70.

⁸⁸ KAPPELER, *op. cit.*, KALLOWAY, *op. cit.*, FITZMAURICE, SIR George, "Reservations to Multilateral Conventions", en ICLQ N° 2, 1953, pp. 1-26.

Al discutirse en el seno de las Naciones Unidas en 1950, la Convención sobre el genocidio y el problema de que varias de las ratificaciones se acompañaron de reservas, fue recomendado que se analizara a fondo la cuestión. Estudiaron el asunto, al mismo tiempo, la Comisión de Derecho Internacional⁸⁹ y la Corte Internacional de Justicia.⁹⁰ Pero el dictamen de esta última y el informe de la Comisión, en vez de terminar con los problemas, han dado origen a una serie de problemas sin fin. La discusión, empero, constituye un buen punto de partida. Estos debates trajeron de nuevo la materia de lo que es una reserva, y los diferentes sistemas que se han adoptado para presentarlas, la oportunidad de oponerlas, etc. y de alguna manera han clarificado algo de panorama.

Se acepta ya que las reservas sean "estipulaciones por las cuales los Estados que son partes en convenciones multilaterales, convienen restringir o aniquilar, en lo que les interese, el alcance de algunas cláusulas de esos instrumentos."⁹¹ Hay actos que parecen reservas, pero que no lo son: por ejemplo, la ratificación parcial no es reserva, ni tampoco lo es la cláusula impuesta por una de las partes contratantes a la otra.

La llamada "regla panamericana" de las reservas consiste substancialmente en que una objeción hecha a una reserva no tiene más efecto que el de suprimir pura y simplemente la aplicación del tratado en las relaciones entre el autor de la reserva y el que hace la objeción. Si los otros Estados no se oponen, la reserva se admite. Este parece ser un sistema adecuado para un grupo regional.

Frente a este sistema panamericano se yergue el método llamado "de las Naciones Unidas", que resulta bastante complicado. Según esta regla existen en toda convención dos grupos de estipulaciones, las de carácter substancial y las secundarias. En las segundas se admite que pueda haber reserva, las cuales se mantienen, aunque no sean aceptadas por todas las partes, pero en lo que se refiere a las estipulaciones fundamentales. Esto es, admítense las reservas que sean "compatibles con el objeto y el propósito de la convención". Las reservas, para que valgan, deben ser aceptadas por el conjunto de las partes, y si hubiere cualquier objeción, se excluye al Estado que ha formulado la reserva.

Existe, asimismo, la regla de la integridad de la convención, que establece que no deben formularse reservas nunca, salvo consenso a cada reserva, que

⁸⁹ Informe del Prof. Brierly, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*,

⁹⁰ Informe de la Corte Internacional, 1951.

⁹¹ Academie Diplomatique International, *Dictionnaire Diplomatique*.

es la norma más austera y quizás la más conveniente, pues las reservas, aún las compatibles con el objeto del pacto, pueden trastornar el equilibrio interno propio de cada tratado.

La verdad es que, pese a tanto movimiento, no se ha llegado a una norma enteramente satisfactoria, ni parece que se haya hecho un esfuerzo en la dirección correcta. De tanto que se desea que los Estados queden ligados aunque sea en sectores limitados, se ha exagerado la posibilidad de la aceptación de las reservas. El sistema interamericano, que aparenta ser tan generoso, no ha conducido a un área razonable de aceptación de las convenciones. Más del 50% de los pactos multilaterales interamericanos no tiene más de 9 adherentes, y eso con un método tan lato de reservas, y las convenciones más importantes, como las de soluciones pacíficas y otras, reportan una minoría pasmosa. El resultado neto es que disgrega una convención multilateral en una serie de convenciones bilaterales cuyos términos difieren unos de otros. Tal vez por ello el Consejo Internacional de Jurisconsultos, en 1959, propuso algunas reglas más restringidas, tal como la de que el Estado de la reserva, antes de depositar su adhesión, enviara el texto de la reserva a la Unión Panamericana para ser transmitida a los otros países, los cuales harían sus observaciones.⁹² El método de las Naciones Unidas no es conveniente tampoco, porque no existe un criterio definido de "compatibilidad". Quizá existe en esto de las reservas una buena dosis de demagogia. Valdría la pena, al parecer, formular estudios tomando en consideración las diferentes categorías de los tratados. Es cierto que las reservas son un complemento necesario al régimen estricto del tratado clásico, pero no menos cierto es que por ser excepciones a la regla de la unanimidad deben ellas ser reglamentadas inteligente y convenientemente. No se debe sacrificar a la ligera la regla contractual de la unanimidad.

Otra institución donde se perciben cambios es en la terminación de los pactos internacionales. Por ejemplo, la rescisión unilateral del pacto por violación al mismo cometida por la otra parte ha sido sostenida consistentemente por la doctrina, pero falta una regulación competente, porque no todos los incumplimientos son dolosos o voluntarios, ni afectan siempre las partes fundamentales de los tratados. Por ello se propone ahora⁹³ que la rescisión no tenga lugar arbitrariamente, sino que el Estado que desea bene-

⁹² Lo curioso es que varios países formularon reservas a la resolución del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, lo que informa de que, si se llegara algún día a una convención codificadora que contuviera las reglas de derecho internacional más aceptables, no faltaría quien presentara reservas a tal convención.

⁹³ Informe de Sir H. Waldock, A/CN. 4/156/Add 1., pp. 42-48.

ficiarse con tal rescisión debiera presentar primero una declaración razonada a la otra parte, y concederle un tiempo prudente para respuesta, y si resulta controversia de ahí, proponer que el asunto sea sometido a la decisión judicial o arbitral, y denunciarse el pacto sólo en caso de negativa a responder o a admitir la resolución de la diferencia por el arbitraje o la jurisdicción.

La doctrina *rebus sic stantibus*, por otra parte, ha venido recibiendo una aceptación limitada, si se le rodea cuidadosamente de restricciones.⁹⁴ Parece preferible admitirla que dejar a un Estado la posibilidad de retirarse unilateralmente del pacto por vías extralegales. La cláusula es ahora más bien una regla objetiva de derecho que un presupuesto de la intención original de las partes de sujetar el pacto a una condición implícita. Aparece en nuestros tiempos como una válvula que puede inducir a un espíritu de compromiso, como una regla que del campo de la diplomacia ha ido pasando al ámbito del derecho, como una norma legal de interpretación, que asegura que se dará efecto razonable al tratado. Resulta, además, mayormente admisible esta regla en tratándose de pactos multilaterales que bilaterales, por la naturaleza de aquéllas, y porque casi siempre actúa como depositaria alguna organización o institución internacional.

Digno de reportarse es la actividad que se nota en el problema de la sucesión de Estados en relación a los tratados multilaterales.⁹⁵ Al surgir a la vida independiente tan gran número de nuevos Estados se volvió imperativo determinar si los pactos que resultaban aplicables a esos territorios antes de alcanzar su autonomía, concluidos por las potencias que ejercían ahí la autoridad, seguirían en vigor al efectuarse la "sucesión de Estados". El Secretario General de las Naciones Unidas escogió el prudente camino de inquirir a cada nuevo país, y la gran mayoría respondió aceptando las obligaciones y derechos que emergían de las convenciones suscritas por los Estados predecesores, y en los cuales la Secretaría General actuaba como depositaria. El problema sigue persistiendo en lo que hace a otros tipos de tratados,⁹⁶ pues las normas relativas a la "sucesión" de Estados no han sido clarificadas ni por la doctrina ni por la jurisprudencia internacional ni por la práctica de las naciones.

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 57-73.

⁹⁵ Véase p. ej.: Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/150. *Succession of States in Relation to General Multilateral Treaties of Which the Secretary-General is the Depositary*. (Diciembre 10 de 1962).

⁹⁶ El problema se trata con autoridad en O'CONNELL, D. P., *The Law of State Succession*, Cambridge, 1956, pp. 64-70, en McNAIR, *op. cit.* en notas 85, pp. 589-639 y en JENKS, C. W., "State Succession in Respect of Law - Making Treaties", en BYIL N° XXIX, 1952, pp. 105-144.

Un problema conexo es el impulso de extender la participación en los tratados generales multilaterales concluidos bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones a todos los Estados miembros de las Naciones Unidas que no han formado parte de ellas, con el fin de ampliar el campo de las normas convencionales y universalizar el derecho contenido en esos instrumentos. La Comisión de Derecho Internacional ha venido laborando en un procedimiento idóneo para adaptar a las condiciones contemporáneas los tratados multilaterales de que se habla, pero las dificultades técnicas y políticas han impedido un acceso definitivo a este peculiar problema.

Este breve repaso a la situación actual de los pactos internacionales revela que la materia, aunque muestra progreso exige todavía arduo estudio y una muy cuidadosa política legislativa. Los tratados son la expresión normativa de los hechos internacionales, pues definen, ordenan y desarrollan la interdependencia de los Estados; son también el instrumento de intercambio más potente en las relaciones internacionales y el vehículo legal más adecuado para la coexistencia y para la cooperación pacífica, y representan un importante papel en la formación y en la integración progresiva del derecho de gentes. Por ello merecen que se les dedique toda la atención técnica posible, de manera de eliminarles los puntos oscuros, los defectos de construcción y las condiciones de abuso, y que se les convierta en un instrumento bien perfeccionado del orden internacional. No cuidar apropiadamente estos instrumentos sería tanto como arriesgar su reconocida autoridad moral.

d). *Agentes diplomáticos y personal paradiplomático*.—⁹⁷ La diplomacia muestra algunos cambios en el lapso que cubre este trabajo, dignos de ser

⁹⁷ La bibliografía sobre la función de la moderna diplomacia se ha enriquecido en calidad y cantidad en los últimos años. Para un buen análisis, son de recomendarse las obras siguientes:

BASDEVANT, Suzanne, *Les fonctionnaires internationaux*, 1931; BOWEN, D. M., *The Law of International Institutions*, Stevens, London, 1963, pp. 281-295; CARDOSO, Michael, H., *Diplomats in International Cooperation*, Cornell, Ithaca, 1962; "Convención de Viena sobre Inmunidades Diplomáticas". (Documento de las Naciones Unidas A/CONF. 20/10, Abril 15 de 1961 Acta Final), en AJIL N° 55 (1961), p. 1062; CRAIG, Gordon A. & GILBERT, Félix (Editors) *The Diplomats 1919-1939*, Atheneum, New York, 1963; DEENER, D. R. "Some Problems in the Law of Diplomatic Immunity", AJIL, N° 50, 1956, pp. 115-118; Documento de las Naciones Unidas N° A/CN.4/129 (Marzo 11 de 1960), "Ad Hoc Diplomacy", Comisión de Derecho Internacional, en AJIL, N° 55 1961, pp. 223 y 303. HILL, M. *Immunities and Privileges of International Officials*, 1947; JENKS, C. W., *International Immunities*. Stevens, London, 1961; JESSUP, P. C. "Parliamentary Diplomacy", en R. de C. N° 89, 1956, pp. 185-319; KERLY, Ernest L., "Some Aspects of the Vienna Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities", en AJIL, N° 56, 1962, pp. 88-129; KERTESZ, S. & FITZSIMONS, M. A., *Diplomacy in a Changing*

analizados. A las formas tradicionales de intercambio se agregaron otras novedosas, que ameritan examen, a la vez que conducen a una revisión completa de la institución diplomática.

La llamada diplomacia parlamentaria, que había empezado a manifestarse en la época de la Sociedad de Naciones, surgió poderosa, al calor de la presencia de tantos nuevos países y de tan numerosas instituciones internacionales aparecidas estos últimos lustros.

La paradiplomacia hace su presencia. Formada de los funcionarios de organizaciones internacionales, los delegados a conferencias internacionales, los agentes especiales, los expertos, los especialistas, los enviados, etc., exige nuevos tratamientos y reglamentaciones, pues el número de estos agentes y la diversidad de sus ocupaciones exige normas diferentes de las usuales. La intervención masiva de técnicos en las relaciones exteriores de los Estados trae consigo la necesidad de proveer alguna competente ordenación legal de sus actividades.

En lo que se refiere a la diplomacia tradicional, conviene reportar que la materia ha encontrado regulación. La Comisión de Derecho Internacional, juzgando el asunto suficientemente maduro para su codificación, propuso un proyecto de convención, que fuera examinado en la Conferencia sobre Inmunities Diplomáticas, en Viena en abril de 1961,⁹⁸ y que resultara en la Convención de Viena. Empero, fuera de uniformar prácticas usuales, esa convención no aporta ningún progreso técnico. Más bien aparece dirigida al pasado. La única ventaja perceptible es que por fin se ha adoptado el criterio funcional de las inmunidades, esto es, que ellas se conceden en razón

World, Univ. of Notre Dame Press, Notre Dame, 1959; KUNZ, J. L., "Privileges and Immunities of International Organizations", en *AJIL*, N° 41 (1947), pp. 828-862; LABEYRIE-MENACHEM, C., *Des Institutions Spécialisées*. Pedone, París, 1953; NICOLSON, Sir Harold, *Diplomacy*, 2nd. Edition; NICOLSON, Sir Harold, *The Evolution of Diplomatic Method*, Constable, London, 1956; PEARSON, Lester, *Diplomacy in the Nuclear Age*, Harvard Univ. Press, 1959; *Personnel for the New Diplomacy* (Report of the Committee on Foreign Affairs Personnel), 1962; PLISCHKE, Elmer, *Summit Diplomacy* Univ. of Maryland, 1958; ROETTER, Charles, *The Diplomatic Art*. Philadelphia, 1963; SATOW, Lord, *Guide to Diplomatic Practice*, 4th. Edition; SEPÚLVEDA, César, "Los Nuevos Destinos de la Diplomacia", en *Revista Jurídica Interamericana*, Tulane, Julio-Diciembre, 1960, Vol. II, pp. 262-281; STRANG, Lord, *The Diplomatic Career*, André Deutch, London, 1962; United Nations Legislative Series, Laws and Regulations Regarding Diplomatic and Consular Privileges and Immunities. (St/LEG/SER B/7, 1958); WATERS, Maurice, *The Ad-Hoc Diplomat*, Nijhoff, The Hague, 1963; Z. "La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones e Inmunities Diplomáticas", en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*, Mayo-Agosto, 1961, N° 41, pp. 551-554.

⁹⁸ Convención de Viena sobre Inmunities Diplomáticas. 1961.

de la función desempeñada por el diplomático, y no por la persona o el Estado de donde proviene.

La materia del tratamiento que merecen los funcionarios de organizaciones internacionales muestra desarrollos apreciables. Las Naciones Unidas propusieron una convención para definir el status de este personal paradiplomático y asegurarles algunos derechos, la cual ha venido siendo aceptada por la mayoría de las naciones.⁹⁹ Ello es el resultado de una evolución natural, que principió desde la época de la Sociedad de Naciones,¹⁰⁰ y que ha ido madurando, aunque todavía no hay una práctica sistemática consistente. Se reconoce a los funcionarios internacionales un cierto status, y privilegios e inmunidades que les garantizan independencia en el ejercicio de sus tareas internacionales. Aquí también se ha reconocido el criterio funcional. Las organizaciones internacionales regionales y las especiales, beneficiándose de la experiencia, han incluido en sus constituciones y han exigido inmunidades adecuadas. Los privilegios y las inmunidades resultan indispensables para el funcionamiento eficiente de las organizaciones internacionales.

En cambio, los delegados a conferencias internacionales, los representantes de los gobiernos ante organizaciones e instituciones interestatales, los enviados itinerantes y las misiones especiales que aunque forman una categoría amorfa constituyen una rama tan importante como el que integra la diplomacia ordinaria, apenas si comienzan a recibir atención de los publicistas y de los que tienen a su cuidado la codificación del derecho de gentes. Parecen ser los parientes pobres de la opulenta diplomacia, no obstante que su utilidad resulta ser ligeramente superior en los tiempos modernos. La vacilación en concederles privilegios e inmunidades se debe tal vez a que el número y los tipos de agentes se han incrementado, de que no tienen carácter permanente, y que no existe aún una costumbre ni un consenso aceptable.¹⁰¹ Por ello es que se les ha descrito como que no son diplomáticos, pero que, sin embargo, poseen carácter diplomático, lo cual no aclara mucho.

Los agentes especiales, tal como, por ejemplo, los enviados personales del Jefe del Estado que se acostumbran mucho, v. gr., en los Estados Unidos, tampoco han sido examinados, pese a que su número excede de miles y que,

⁹⁹ Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas aprobado por la Asamblea General el 1º de enero de 1946, en vigor entre 71 Estados. También, Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Organizaciones Especializadas, aprobada por la Asamblea General el 21 de noviembre de 1947, vigente entre 34 Estados.

¹⁰⁰ JENKS, *International Immunities*, pp. 1-3; HILL, Martín, *op. cit.*, en nota 97 *passim*.

¹⁰¹ Documento A/CN.4/129 (Marzo 11, 1960) y WATERS, *op. cit.*, en nota 97 *passim*.

en ocasiones, su función es determinante para la suerte de un país. Tan sólo existe una obra dedicada a estos personajes.¹⁰²

Una ojeada sobre el status de todos los diplomáticos y paradiplomáticos conduce a concluir que hace falta unificar y uniformar la cuestión de las inmunidades de todos ellos. Es evidente que precisa adoptar un criterio funcional y progresista con respecto a sus categorías, responsabilidades y demás.

Es palmario que la materia debe abordarse con criterios frescos. Muy de tomarse en cuenta es que no se trata de una simple *extensión* de las prerrogativas diplomáticas usuales. Inclusive, parece aconsejable no hablar en estos casos de "privilegios diplomáticos". También resulta prudente realizar una especie de codificación, en donde se traten estas cuestiones con la mayor simplicidad, y eliminando a toda costa aquello que tienda a crear lo que JENKS llama "la psicología del privilegio", que vuelve tan indeseables las prerrogativas.

Valdría también la pena que se explorara, desde un punto de vista técnico, cuál es la auténtica función de la diplomacia moderna, en sus diferentes clases, en las relaciones internacionales.

— IV —

*El nuevo derecho de las organizaciones internacionales.*¹⁰³—a) *Génesis y naturaleza.* El fenómeno de la interdependencia mundial, el crecimiento del intercambio, y las tareas que los países se han echado a costas para mejorar las condiciones de salubridad y de alimentación, facilitar las comunicaciones

¹⁰² WATERS, *op. cit.*, en nota 97, *passim*.

¹⁰³ Ha empezado a surgir una intensa bibliografía con respecto a esta rama joven del derecho de gentes. El pionero es sin duda JENKS, C. W., quien desde *The Common Law of Mankind*, Stevens, 1958, Cap. 3, ya había señalado que la idea del derecho internacional se había venido modificando en un sentido solidario o comunitario, pero que trata ya sistemáticamente el tema en *The Proper Law of International Organizations*, Stevens, 1962. Se encuentran referencias menos directas en HUBER, Max, *Lebensgeschichte und Zeitgeschichte. Rechtsfragen der Internationale Organization*, Frankfurt, 1956, y en FRIEDMANN, W., *Law in a Changing Society*, Stevens, London, 1959; McDOUGAL, M. S. y Assoc., *Studies in World Public Order*, Yale University Press, 1960. Nuevas obras, útiles para una completa indagación, son BOWETT, D. W., *The Law of International Institutions*, Stevens, 1963, cuyo ambicioso título no corresponde al contenido, pero que auxilia bastante, ALEXANDROWICZ, C. H., *World Economic Agencies*, Praeger, New York, 1962; LABYRIE-MENHAHEM, C., *Des Institutions Spécialisées*, Pedone, Paris, 1953; HIGGINS, Rosalyn, citada en nota 76; REUTER, Paul, *Institutions Internationales*, Themis, Paris, 1956.

entre los pueblos, promover el comercio y la estabilidad económica, coordinar las actividades políticas y sociales interestatales, etc., todo ello en escala internacional, se han convertido en actividades tan necesarias, tan extensas y tan complejas que sólo podrían desahogarse sobre bases sistemáticas y continuas, con oportunidad para planeación a larga distancia, y además, encuadradas en entidades de carácter internacional y de proyección casi ecuménica.

Estos nuevos fenómenos requieren, pues, para su debido manejo, de instituciones permanentes de tipo corporativo, dotadas de voluntad y personalidad propias diferentes de las de sus miembros, o sean, instituciones intermedias para funciones internacionales específicas. Ello explica el surgimiento asombroso de tan crecido número de organizaciones internacionales, que han alterado dinámicamente las concepciones tradicionales del derecho de gentes sobre los sujetos de ese orden legal, y que han introducido una nueva y autónoma rama de ese cuerpo jurídico, la cual puede autorizadamente llamarse "el derecho de las entidades internacionales".

En efecto, la presencia de este número ascendente de organizaciones de todos tipos, económicas, políticas, humanitarias, educacionales, sociales, etc., ha hecho surgir un nuevo cuerpo de problemas internacionales que no pueden regularse del todo con las normas del derecho de gentes tradicional sino que precisan de reglas de naturaleza específica, obtenidas de fuentes diversas de las habituales.

El derecho internacional moderno ya no se ocupa exclusivamente de las relaciones políticas entre las naciones, sino que también tiende a procurar la justicia social a todos los hombres. Este orden jurídico, que por otra parte no deja de reflejar las orientaciones y propensiones de los diferentes derechos internos, tiene más y más que ver con problemas del bienestar humano. Estamos, como ha dicho HAMMARSKJÖLD, frente a un sistema institucional de coexistencia que se está desarrollando hasta el punto de convertirse en un sistema constitucional de cooperación.¹⁰⁴ En otras palabras, el derecho internacional público ya no es sólo el cuerpo de normas que gobierna las relaciones mutuas entre los Estados, esto es, un sistema individualista, sino que tiende a convertirse en el orden legal de una comunidad mundial organizada, o como lo ha puesto JENKS, en el "derecho común de la humanidad",¹⁰⁵ en un auténtico derecho cooperativo, en otras palabras, en un derecho socializado.

Desde otro punto de vista, las transacciones de las entidades internacionales

¹⁰⁴ HAMMARSKJÖLD, D. "The Development of a Constitutional Framework for International Cooperation", en *United Nations Review*, June, 1960, pp. 26-30.

¹⁰⁵ JENKS, C. W., *The Common Law of Mankind*, p. 8.

les no pueden regirse o sólo por el derecho internacional público, o únicamente por el derecho internacional privado. Tampoco pueden aplicarse a los problemas administrativos de las organizaciones internacionales los conceptos y las reglas establecidas del sistema interno de derecho administrativo. Las transacciones y las relaciones entre las organizaciones y entre ellas y los Estados, en lo general, se rigen por el derecho internacional público, pero sus negocios con otras corporaciones o con otras personas legales o con particulares deben regirse por otras ramas diferentes, que no son las usuales y conocidas. Se está formando un interesante cuerpo coherente de normas que toma de aquí y de allá, para integrar un sistema nuevo y original.

Ya el vocablo "internacional" no parece ser exacto para designar las relaciones entre los sujetos en las que alguno de ellos no es un Estado. Tal vez sea necesario buscar algún otro nombre, por ejemplo, "derecho mundial". Pero esta nueva designación parece tener connotaciones utópicas. De cualquier manera, tiene que ensancharse el concepto tradicional.

Debe uno precaver contra la tendencia bastante extendida de considerar el derecho de las organizaciones internacionales sólo como una acreción de la estructura tradicional del derecho de gentes. Ello se debe a que no se le encuentra a primera vista un lugar lógico y bien definido en esa estructura. También debe prevenirse contra la idea de considerarlo únicamente como una rama de la ciencia política. Todo ello puede ser el resultado de que no se examina a fondo la preeminencia que tiene este derecho, ni tampoco la interacción que existe con el derecho internacional general, ni la circunstancia de que este nuevo sistema legal puede ser vehículo para realizar cambios estructurales importantes en el derecho de gentes.¹⁰⁶

¹⁰⁶ C. W. JENKS, en *Law, Freedom & Welfare*, Oceana, 1963, al hablar de las características del nuevo derecho de las organizaciones internacionales dice:

"Si el derecho debe ser un instrumento efectivo de libertad y de bienestar, debemos mostrar ingenio fértil para inventar nuevas formas institucionales que no sean sólo una transposición de las tradicionales y de los métodos aceptados del gobierno local, sino que representen una nueva época en el pensamiento político, comparable en importancia histórica a la ciudad-Estado, al desarrollo de las instituciones representativas y a la evolución del federalismo. Los problemas estructurales fundamentales no pueden resolverse con unas cuantas generalizaciones amplias, ni pueden ser resueltas intentando concretar en algún organismo central coordinador el poder y la influencia, tan difusos en la estructura internacional existente... Pero el anhelo del espíritu humano por la libertad y el bienestar es eterno y el grado en el cual el derecho de gentes, el derecho común de la humanidad refleja y satisfaga ese anhelo en cualquier momento dado determinará el grado en que obtendrá asentimiento general, porque entonces da expresión efectiva a la hermandad humana" (p. 32).

b). *Estructura y Peculiaridades*.—Aún no puede decirse que esta rama nueva haya tomado su forma, pues se encuentra todavía en la infancia, y ha de transcurrir algún tiempo antes de integrarse debidamente.

Quien más se ha preocupado por delinear la estructura de este nuevo cuerpo de normas, JENKS,¹⁰⁷ postula que el derecho de las entidades internacionales contiene cuatro subdivisiones bien determinadas: el derecho constitucional, el derecho parlamentario, el derecho administrativo y el derecho de las relaciones mutuas con otras entidades u organizaciones.

Por lo que se refiere al derecho constitucional, éste quedaría integrado por todas las reglas que se refieren a la membrecía, a la estructura interna de las organizaciones,¹⁰⁸ la competencia que poseen, sus atribuciones internacionales específicas, los procedimientos básicos y su status legal, el poder de reforma a sus estatutos, y tal vez, su capacidad para legislar.

El derecho parlamentario incluiría las normas relativas a procedimientos para discutir y votar, alcance de las decisiones y resoluciones, la manera de elegir a los funcionarios, la capacidad de los que conducen las asambleas, poder de convocar, etc.

El derecho administrativo de las organizaciones comprendería todas aquellas reglas relativas a la administración interna, al manejo de sus finanzas, a las relaciones con su personal, a los tratos con particulares y a las inmunidades.

El derecho de las relaciones mutuas tendría por contenido los convenios y arreglos con otras organizaciones, y la manera de hacerse representar ante ellas.

Seguramente que una de las partes capitales del derecho de las instituciones internacionales tendría que ver con la personalidad corporada de tales entidades. Ha sido bastante complicado determinar si otros entes diversos de los Estados poseen personalidad internacional.¹⁰⁹ Decir que estas corporaciones poseen una personalidad moral es decir que son sujetos de derechos y que aparecen como cuerpos diferentes de los Estados que las forman. Las organizaciones han procurado incluir en sus cartas constitutivas disposiciones que confieren capacidad esto es, personalidad a tales instituciones para

¹⁰⁷ *The Common Law of Mankind*, pp. 24-28.

¹⁰⁸ Véase el excelente estudio comparativo de la estructura de varias organizaciones en ALEXANDROWICZ, C. H. *World Economic Agencies*, Praeger, 1962, pp. 283-303.

¹⁰⁹ JENKS, C. W. "The Legal Personality of International Organizations", en BYIL, N° XXII, 1945, p. 267, y HELGUERA, Enrique, "La personalidad jurídica de las organizaciones especializadas de la ONU", en *Studi in onore de Silvio Lessona*, Bologna, 1963.

realizar sus objetivos y ejercer sus funciones en el territorio de los Estados miembros de ellos.

Ello conduce a la controversia de si la personalidad así conferida se deriva del derecho nacional, y, por lo mismo, sólo puede ejercerse en relación al Estado de que se trate, o bien, si es una personalidad objetiva y *erga omnes*. Dicho de otra manera, existe una continua discusión sobre si la personalidad depende del tratado que las constituye o si por su función propia la organización posee una capacidad funcional básica y, por ende, una personalidad propia.¹¹⁰ El dictamen de la Corte Internacional de Justicia, en 1949, resulta la mejor expresión de que, pese a las reticencias de los Estados, las organizaciones internacionales tienen una personalidad genuina.¹¹¹ Evidentemente, las organizaciones constituyen un haz de medios, de personal, de material, de posibilidades de acción diversa de la de los Estados que las componen, y de no ser así resultaría que no han transpuesto la etapa de la conferencia, donde los Estados siguen actuando individualmente, sin ningún centro común de acciones. Así lo advirtió la Corte cuando expresó que la ONU... "es objeto de Derecho Internacional, capaz de poseer derechos y obligaciones internacionales, y que tiene capacidad para proteger sus derechos por medio de reclamaciones internacionales".¹¹²

Tuvo presente la CIJ que no se trataba de una personalidad reconocida sólo por los Estados que la crearon, sino de una personalidad funcional, caracterizada por las obligaciones de los miembros hacia la entidad, la capacidad legal que se le reconoce, los privilegios que se le admiten, la aptitud de concertar tratados y el poder de presentar reclamaciones.

BOWETT aduce algunas otras notas de la personalidad intrínseca de las organizaciones internacionales, p. ej., poder de contratar con particulares y de demandar en juicio, atribuciones para su disolución, la facultad de administrar territorios (casos de Trieste, Jerusalén y Nueva Guinea) la de mantener una fuerza internacional (Egipto, Gaza, Congo, Chipre).¹¹³

La capacidad para tratar, según algunos autores, no depende propiamente de la personalidad de la organización,¹¹⁴ sobre la base que los pactos con-

¹¹⁰ Sobre esta interesante discusión puede verse SEYERSTED, Finn, *Objective International Personality of Intergovernmental Organisations*, Copenhagen, 1963, BOWETT, D. W., obra citada en nota 103, pp. 273-295; DUPUY, R. J., "Le Droit des Relations entre les Organisations Internationales", en R. de C., No. 100, 1961, pp. 457-589.

¹¹¹ Advisory Opinion on Reparations for Injuries suffered in the Service of the United Nations, Report of the International Court of Justice, 1949, pp. 174-220.

¹¹² *Ibid*, p. 179.

¹¹³ *Op. cit.*, pp. 275-277.

cluidos por las organizaciones internacionales han sido reconocidos siempre sin necesidad de recurrir al concepto de personalidad y por tanto, está fundada en el derecho internacional público. Esto ya implica una fina sutileza que hace más hondo el problema.

Como se observa, la cuestión de la personalidad amerita todavía largas consideraciones. Parece, sin embargo, que puede asegurarse que no es con relación a una noción variable y abstracta de la personalidad, sino a través del *concepto funcional* —o sea, referencia a las funciones y capacidades específicas de la entidad como puede explicarse la personalidad de esas corporaciones. Debe atenderse, asimismo, que esa personalidad está limitada por la norma de la *especialidad*, es decir, por la imposibilidad jurídica de actuar por encima de los fines que se le han asignado a la organización y, sobre todo, no ha de perderse de vista que el concepto de personalidad pertenece más bien al derecho interno, que es el que adscribe las notas de la personalidad jurídica; esto es, se *concede* o se *atribuye* personalidad por un acto imperativo del Estado, y eso no puede darse en el derecho internacional público. En suma, la concepción de personalidad de las organizaciones internacionales debe tener un marcado sentido práctico y requiere ser entendida como *capacidad básica*, de la que se derivan atribuciones implícitas.

Otro problema capital del derecho propio de las instituciones internacionales es el de encontrar la norma correctamente aplicable en las relaciones de estas entidades con los particulares, o con los órganos de los Estados en materias simplemente administrativas. En esas transacciones podrían emplearse o preceptos de derecho internacional público, o principios generales del derecho, o bien, el derecho de la organización derivado de su documento constitutivo, o quizás el derecho interno del país. Pero no existe un cuerpo completo de reglas para normar sus transacciones y actividades, y resulta palmario que se necesita ensanchar los conceptos tradicionales de derecho administrativo y derecho internacional privado, pues existe un elemento nuevo y dinámico que obliga a reestructurar estas ramas jurídicas. La tarea de reorganizar un sistema de "derecho personal" de los entes corporales internacionales corresponde de preferencia al tratadista de derecho privado internacional. La materia, como ha expuesto JENKS¹¹⁴ con su usual brillantez, requiere nuevas actitudes. Los límites de este artículo quedarían sobrepasados si aquí pretendiéramos ir más allá del enunciado de este problema.

¹¹⁴ SCHNEIDER, J. W. *Treaty Making Power of International Organisations*, Droz, Geneve, 1959, pp. 129-142.

¹¹⁵ *The Proper Law of International Organisations*, passim.

Correlativamente, queda por determinar el problema de la jurisdicción competente para resolver las controversias que puedan presentarse entre las organizaciones y los particulares y ellas y los órganos del Estado por causa de las transacciones que se mencionan. ¿Son controversias de orden público o privado? ¿Las inmunidades que se conceden a esos cuerpos interestables impiden su conocimiento por tribunales locales? ¿A quién corresponde entender de los conflictos entre las instituciones y su personal? Aunque principia a haber una cierta práctica, todavía estamos muy lejos de definir estas graves cuestiones. Está haciendo falta un cuerpo de jurisprudencia al respecto, y la obra conjunta del teórico político, del jurista y del estadista.

c). *Perspectivas*.—Es indudable que, aunque se encuentra en sus albores, el derecho de las organizaciones internacionales forma ya un robusto brazo del derecho de gentes. Introduce un elemento nuevo y dinámico en la estructura clásica de este orden legal, capaz de influir en la evolución y en el futuro de este cuerpo. Las fuentes del derecho internacional, principalmente los tratados y la costumbre, se nutren vigorosamente con los reflejos de la importancia y del alcance del “derecho de las organizaciones”, recibiendo así nuevas y más amplias connotaciones. Influye también esta joven rama en el metabolismo del derecho internacional público, pues le comunica vitalidad incorporándole principios e instituciones de los otros sistemas legales, a través de la acción y el funcionamiento de las organizaciones internacionales. Puede afirmarse que este nuevo derecho constituye uno de los ejes de la evolución y del progreso del orden legal internacional.

— V —

Algunas conclusiones.—El balance que resulta de esta larga reseña es que en las dos décadas precedentes el derecho internacional no ha dejado de mostrarse dinámico y pujante, pese a las acometidas que ha recibido de varias partes. Todas sus fronteras se han ensanchado en ese lapso: la expansión de sus instituciones ha sido admirable y evidente y el progreso de sus normas e instituciones. Su lozanía es alentadora y garantiza sólidos desarrollos futuros. Tal vez su evolución se haya efectuado a pasos arrítmicos, y de manera desaliñada, pero no ha habido ni titubeos en el rumbo hacia un derecho de naturaleza universal, ni retroceso alguno en su camino.

Un factor decidido de movimiento en el derecho de gentes han sido la fe y la visión creadora. Es probable que ellas por sí solas no sean capaces de convertir al orden jurídico internacional en un instrumento de la paz, de la

justicia, de la cooperación desinteresada y del bienestar, pero seguramente sin esa convicción iluminadora todos los demás factores hubieran sido improductivos.

En el proceso continuo de la redefinición del derecho de gentes, el internacionalista imparcial, independiente y de buena fe ha jugado una función muy destacada, y a no dudarlo, su conjunto seguirá siendo invaluable para que nuestra ciencia se convierta en un futuro no distante en el derecho de la humanidad; en el derecho del bienestar común del mundo. Por ello tenemos que insistir en la preparación adecuada de los especialistas.

Concluyo manifestando un optimismo sobrio sobre el porvenir del derecho internacional. Su calidad es tan intrínsecamente noble, su naturaleza tan esencialmente digna y estimable, que se irá imponiendo más y más como soberbio instrumento de convivencia de todos los pueblos.