

LA CODIFICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL UMBRAL DEL SIGLO XXI. LUCES Y SOMBRAS EN LA LABOR DE LA CDI

Ana Gemma LOPEZ MARTIN
Profesora Titular de Derecho internacional
Universidad Complutense de Madrid

Desde el siglo XIX, particulares e instituciones científicas han llevado a cabo un cierto número de codificaciones privadas, algunas de ellas de gran influencia, y diversas Conferencias internacionales de Estados han adoptado algunas convenciones codificadoras tanto de ámbito universal como regional¹. Existe a este respecto la creencia generalizada de que, en todas sus formas posibles, la codificación constituye el principal recurso para incrementar la efectividad del Derecho internacional.

Entre los principales argumentos que avalan la oportunidad de la codificación, dos parecen ser ampliamente compartidos²: por un lado, la proposición de que la codificación, a través de la generación de expectativas autorizadas, incrementa la *certeza jurídica*; por otro, la consideración de la codificación como el método más apropiado para *revisar el derecho* en una sociedad que ha crecido considerablemente, y cuyos valores no son uniformes. En esta línea, puede afirmarse que existe una interrelación íntima entre cada modelo de organización social internacional y el modelo de codificación existente en ese momento dado. La fácil identificación de los Estados obligados por las normas internacionales, su carácter democrático en la creación del derecho, y la oportunidad de la reforma que el proceso prevé, son sin duda ventajas que lleva implícito todo proceso codificador. Sin embargo, la realidad de la codificación,

¹ Para una sucinta reseña histórica, véase PASTOR RIDRUEJO, J.A., "Las Naciones Unidas y la codificación del Derecho internacional: aspectos jurídicos y políticos", en FERNANDEZ DE CASADEVANTE Y ROMANI, C., y QUEL LOPEZ, F.J. (coord.), *Las Naciones Unidas y el Derecho internacional*, Ariel, Barcelona, 1997, pp.173-176.

² Cfr. ZEMANEK, K., "The Legal Foundations of the International System. General Course on Public International Law", *R. des C.*, n°266, 1997, p.215.

como veremos, dista mucho de resultar tan satisfactoria.

Así pues, cuando los fundadores de las Naciones Unidas introdujeron en su Carta, el desarrollo progresivo del Derecho internacional y su codificación como uno de los propósitos de la Organización, actuaron en consonancia con las expectativas contemporáneas de la Comunidad internacional y del mundo académico. La iniciativa, dirección y control de tan complicada tarea corresponde, según el artículo 13.1 a) de la Carta, a la Asamblea General, quien, para asistirle en su misión, creó en 1947 - Resolución 174 (II), de 21 de noviembre- un órgano subsidiario, la **Comisión de Derecho Internacional** (CDI), que se erige en el órgano codificador por excelencia de las Naciones Unidas -aunque no exclusivo³-, el único con competencia general, de carácter permanente, compuesto por expertos en Derecho internacional formalmente independientes.

El trabajo de la CDI consiste en la preparación de proyectos de artículos en orden tanto a la codificación, como al desarrollo progresivo del Derecho internacional⁴. En esta línea, en los distintos procesos de codificación llevados a cabo en el seno de la CDI no se han perdido de vista los vínculos que necesariamente han de existir entre los diversos instrumentos codificadores, considerando al ordenamiento internacional como un sistema o conjunto coherente de respuestas jurídicas, de suerte que los fenómenos que se pudieran producir en un ámbito de su estructura normativa no quedaban

³ No debemos olvidar la competencia asignada en este ámbito a la VI Comisión de la Asamblea General, la Comisión jurídica, así como, las facultades codificadoras de otros órganos subsidiarios de la Asamblea General, ya sean Comités *ad hoc* (caso del Comité de la agresión o el Comité de los fondos marinos), ya sean órganos permanentes (tales como la Comisión de Derechos humanos, la Comisión de las NU para el Derecho mercantil internacional, o la Comisión del Espacio).

⁴ Mediante la distinción entre codificación y desarrollo progresivo, y la consiguiente dualidad de procedimientos se quería dar respuesta, como ha señalado TORRES BERNARDEZ, a una preocupación esencialmente política, referida a las reservas manifestadas por ciertos Estados frente a un proceso de verdadera 'legislación internacional', realizado por la vía de la codificación internacional (vid. "La obra de desarrollo progresivo y codificación llevada a

confinados en este sector, sino que se conectaban con la estructura general del ordenamiento.

La pujanza del fenómeno codificador desarrollado fundamentalmente hasta la década de los 80, condujo a que la CDI y la Asamblea General prácticamente ocuparan la plaza del imposible legislador universal, pasando a jugar un papel central en el proceso de formación del Derecho internacional público relativamente centralizado. Sin embargo, de un tiempo a esta parte hemos asistido, como testigos mudos, al fracaso en que se ha ido sumiendo la labor codificadora de la CDI. Los procesos codificadores auspiciados por las Naciones Unidas se encuentran en una profunda crisis, y la CDI se ve obligada a contemplar impasible cómo los sectores normativos se han ido escapando, paulatinamente, de su lento y complejo mecanismo de codificación.

1. El resultado de los trabajos de la CDI.

En términos generales, el proceso codificador llevado a cabo por la CDI, después de un prometedor comienzo, se ha aminorado considerablemente; en los últimos años, incluso, la elaboración de proyectos ha estado plagada de problemas, y las perspectivas de algunos de ellos son más que dudosas. En este contexto, no es exagerado afirmar que la codificación del Derecho internacional en los umbrales del siglo XXI, se nos presenta como un fenómeno a la vez inacabado e incierto, sin duda indefinido y ambiguo, pero necesario al tratarse de un factor esencial en la evolución del mismo.

Para apreciar la veracidad de tales afirmaciones es necesario esbozar cuáles han sido los resultados de los esfuerzos codificadores de la CDI. En este sentido, creemos posible establecer una fecha crítica que determina un antes y un después en

la codificación internacional, tal sería la década de los ochenta, a partir de la cual los trabajos de la Comisión no parecen disfrutar de buenas perspectivas de éxito. La encomiable labor llevada a cabo por la CDI, desde que en 1949 elaborara una lista provisional de las materias seleccionadas para la codificación, hasta la década de los ochenta ha sido, incluso, calificada "comme une sorte d'âge d'or, qui ne reviendra peut-être pas"⁵. El tono pesimista de esta aseveración⁶, respecto del futuro de la Comisión, parece haber sido corroborado por la realidad posterior.

En su primer período de sesiones, celebrado en 1949, la Comisión examinó, sobre la base de un memorando de la Secretaría titulado "Examen del Derecho Internacional en relación con los trabajos de codificación de la Comisión de Derecho Internacional"⁷, veinticinco temas para su posible inclusión en una lista de materias por estudiar. Después de examinar esta cuestión, la Comisión preparó una lista provisional de catorce temas seleccionados para la codificación:

- a) Reconocimiento de Estados y Gobiernos⁸;
- b) Sucesión de Estados y Gobiernos;
- c) Inmunities jurisdiccionales de los Estados y sus bienes;
- d) Jurisdicción con respecto a delitos cometidos fuera del territorio nacional;
- e) Régimen de la alta mar;
- f) Régimen del mar territorial;

⁵ Vid. AGO, R., "Nouvelles réflexions sur la codification du Droit international", *RGDIP*, 1988.3, p.551.

⁶ El propio R.AGO llega incluso a preguntarse "si les travaux de la Commission ne risquent pas de devenir une série de monologues" (vid. *ibidem*, p.550). Esta posición pesimista, o si se quiere excéptica, contrasta claramente con las conclusiones eufóricas que él mismo había formulado unos años antes (cfr. "La codification du droit international et les problèmes de sa réalisation", en *Recueil d'études de droit international en hommage à P.Guggenheim*, Ginebra, 1968, pp.93-131).

⁷ Cfr. A/CN.4/1, de 5 noviembre 1948.

⁸ Posteriormente este tema fue dividido en tres: sucesión en materia de tratados; sucesión en lo que respecta a materias distintas de los tratados; y sucesión respecto de la condición de miembro de organizaciones internacionales.

- g) Nacionalidad, incluso la condición apátrida;
- h) Trato de extranjeros;
- i) Derecho de asilo;
- j) Derecho de los tratados,
- k) Relaciones e inmunidades diplomáticas;
- l) Relaciones e inmunidades consulares;
- m) Responsabilidad de los Estados;
- n) Procedimiento arbitral.

Aunque se partió de la inteligencia de que la precedente lista era sólo provisional y que quizá se introdujeran cambios después de que la Comisión realizara nuevos estudios al respecto, o atendiendo a los deseos de la AG, la lista ha seguido constituyendo el programa básico de la CDI a largo plazo. Desde 1949, la Comisión ha presentado proyectos o informes definitivos en relación con diez de estos temas o subtemas, quedando cuatro de ellos (reconocimiento de Estados y Gobiernos, jurisdicción respecto a delitos cometidos fuera del territorio nacional, trato de extranjeros y derecho de asilo), fuera de las perspectivas de estudio. Además, la Comisión ha estudiado o está estudiando un total de diecinueve temas más que le ha remitido la AG, en algunos casos por iniciativa previa de la propia CDI⁹.

Pero, ¿cuál es el *resultado* de tan laboriosa tarea, centrada en un total de veintinueve temas?

Comenzando con las cuatro Convenciones de Ginebra sobre derecho del mar

⁹ Derechos y deberes de los Estados; formulación de los principios de Nuremberg; jurisdicción penal internacional; reservas a los tratados; definición de la agresión; código de delitos contra la paz y la seguridad de la Humanidad; relaciones entre Estados y Organizaciones internacionales; régimen jurídico de las aguas históricas; misiones especiales; participación en tratados multilaterales generales concertados bajo los auspicios de la S. de N.; cláusula de la nación más favorecida; tratados entre Estados y Organizaciones internacionales; derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación; protección e inviolabilidad de los agentes diplomáticos y de otras personas con derecho a protección especial; responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional; estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático; examen del procedimiento de elaboración de los tratados multilaterales; reservas a los tratados; y sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas (cfr. NACIONES UNIDAS, *La Comisión de Derecho Internacional y su obra*, 5ª ed., Nueva York, 1996, pp.10-15).

del 1958, son **quince**¹⁰ las convenciones que han sido adoptadas por los Estados tomando como punto de partida un proyecto de la CDI¹¹. Pero, la valoración que merecen estas convenciones codificadoras no es uniforme, pues no puede afirmarse la existencia de un consenso generalizado por parte de los Estados en relación a todas y cada una de ellas, como lo demuestra el decepcionante estado de las ratificaciones de algunas convenciones. En este sentido es posible establecer, con Pastor Ridruejo¹², una distinción entre convenciones codificadoras de éxito pleno, de éxito medio y de fracaso.

A nuestro juicio, dos convenciones han alcanzado **pleno éxito**. Se trata de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961, y la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963. La primera entró en vigor el 24 abril 1964, y son partes en la misma 181 Estados, cifra que supone una práctica universalidad de dicha Convención. Este dato nos permite afirmar que estamos ante un sector codificado del

¹⁰ Convención de Ginebra sobre mar territorial y zona contigua, 29 abril 1958; Convención de Ginebra sobre la Alta Mar, 29 abril 1958; Convención de Ginebra sobre Pesca y Conservación de los Recursos vivos de la Alta Mar, 29 abril 1958; Convención de Ginebra sobre Plataforma Continental, 29 abril 1958; Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, 18 abril 1961; Convención para reducir los casos de apatridia, 30 agosto 1961; Convención de Viena sobre relaciones consulares, 24 abril 1963; Convención sobre las Misiones especiales, 8 diciembre 1969; Convención de Viena sobre derecho de los tratados, 23 mayo 1969; Convención de Nueva York sobre la prevención y el castigo de delitos contra Personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, 14 diciembre 1973; Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las Organizaciones internacionales de carácter universal, 14 marzo 1975; Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, 23 agosto 1978; Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, 8 abril 1983; Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y Organizaciones internacionales o entre Organizaciones internacionales, 21 marzo 1986; Convención sobre el derecho relativo a la utilización de los cursos de aguas internacionales para fines distintos de la navegación de 1997.

¹¹ Es necesario indicar, que en esta primera etapa la CDI concluyó otros trabajos que permanecen ignorados en el cajón de la Asamblea General. En esta situación, es posible referirse al Proyecto de declaración de derechos y deberes de los Estados (1949); Modelo de reglas sobre procedimiento arbitral (1958); y al Proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida (1978). El texto de los mismos puede ser consultado en NACIONES UNIDAS, *La Comisión de Derecho...*, *op.cit.*, pp.190-213.

¹² Vid. PASTOR RIDRUEJO, J.A., "Las Naciones Unidas...", *op.cit.*,

Derecho internacional, con todas las ventajas que la codificación implica, nota muy destacable dado que estamos ante una materia de gran importancia para el correcto funcionamiento de las relaciones internacionales. Por lo demás, el éxito de la Convención se debe a una confluencia de factores entre los que destacan, por un lado, el hecho de que todos los Estados son a la vez Estados acreditantes y receptores, esto es, la existencia de intereses convergentes; por otro, la circunstancia de que se trataba de una materia en que existían abundantes normas de Derecho internacional general. En el mismo orden de consideraciones hay que citar la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963 (en vigor desde el 19 marzo 1967), que cuenta con la importante cifra de 167 Estados partes. Aunque es patente que la Convención no ha tenido el éxito extraordinario alcanzado por la correspondiente a las relaciones diplomáticas, no dista mucho de la misma.

En el campo de **éxito medio alto**, situaríamos la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969 (en vigor desde 27 enero 1980), que cuenta con 110 Estados partes; número, sin duda, muy estimable. Hay que tener en cuenta al respecto, por un lado, que muchas de sus disposiciones se consideran hoy como integrantes del Derecho internacional general, y por otro, que las reticencias a la adhesión se deben fundamentalmente al rechazo de la noción de *ius cogens* consagrada en los artículos 53 y 64 de la Convención.

En este mismo nivel podríamos hablar de la Convención de Nueva York sobre la prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas de 1973 (en vigor desde el 20 febrero 1977), que cuenta con 102 Estados partes. Asimismo, sería oportuno recordar aquí las cuatro Convenciones de Ginebra sobre derecho del mar de 1958, que fueron objeto de una más que discreta acogida por parte de los

Estados¹³, si bien su importancia actual queda absolutamente relativizada en la medida en que han sido paulatinamente relegadas por las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre derecho del mar de 1982.

Colocamos como **éxito medio bajo**, en cercana linde con el fracaso, la Convención sobre misiones especiales de 1969 (en vigor desde el 21 junio 1985), que cuenta con 31 Estados partes entre los que no figura España. También parece el caso de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados celebrados entre Estados y Organizaciones internacionales o entre Organizaciones internacionales de 1986, aún no en vigor, pero que cuenta ya con 27 Estados contratantes. Debemos retener el dato de que se trata a grandes líneas de la adaptación, con un notable paralelismo, de la Convención de 1969 al *treaty making power* de las Organizaciones internacionales, por lo que se supone un importante contenido de disposiciones de Derecho internacional general.

Finalmente, es posible catalogar como **fracasos** a la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las Organizaciones internacionales de carácter universal de 1975 y la Convención de Viena sobre sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de 1983. Ninguna de las dos está en vigor, ni parece presumible que vayan a entrar en vigor alguna vez. Respecto de la primera, aunque cuenta con 30 Estados contratantes, resulta significativo que ninguno de los Estados en que tienen su sede numerosas e importantes Organizaciones internacionales es parte en la misma, y obviamente, es la participación de éstos la que realmente interesa para la operatividad de la Convención. La causa del fracaso debe

¹³ La Convención sobre mar territorial y zona contigua cuenta con 51 Estados partes; la de plataforma continental con 57; la de la alta mar con 62; y la de pesca y conservación de los recursos vivos en alta mar tiene 37 Estados partes. Debemos tener presente que, salvo los casos de sucesión, desde la década de los 70 (en que comienza la IIIª Conferencia de Naciones Unidas sobre derecho del mar), no ha aumentado el número de Estados partes.

localizarse en la ausencia de negociación con vistas a un compromiso entre los dos grupos de intereses -Estados huéspedes y Estados de envío-; la Convención no se adoptó, pues, por consenso, sino por mayoría de dos tercios, conseguida por los Estados de envío, circunstancia que ha sido calificada como 'victoria pírrica'¹⁴. Por lo que se refiere a la Convención de Viena de 1983, sólo cinco Estados han manifestado el consentimiento en obligarse por la misma, y ello ha tenido lugar a partir de 1991, esto es, a raíz de los fenómenos sucesorios acaecidos en Europa. También es factible la calificación de fracaso respecto de la Convención de Viena sobre sucesión de Estados en materia de tratados de 1978, pues aunque ha entrado en vigor el 6 noviembre 1996, al llegar a la cifra de 15 Estados contratantes, no parece existir la convicción de que sus disposiciones constituyan Derecho internacional general, lo que ha motivado que "las reglas de base establecidas en la misma han sido descartadas en muchas ocasiones en las que se ha preferido buscar soluciones pragmáticas adaptadas al caso concreto y si las reglas sustantivas de la Convención de 1978 no han sido respetadas, tampoco lo han sido los procedimientos formales para hacerlas efectivas"¹⁵.

En estos dos últimos casos referidos a sucesión de Estados, se adoptaron las Convenciones sin esfuerzo negociador, esto es, por votación. Y es que, de un modo general, era manifiesto el desinterés por el tema, pues se pensaba que, consumada la descolonización, la sucesión de Estados era básicamente un fenómeno del pasado. Nadie podía imaginar los acontecimientos que sobrevinieron con posterioridad en Europa.

Por lo que se refiere a la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos

¹⁴ Cfr. PASTOR RIDRUEJO, J.A., "Las Naciones Unidas...", *op.cit.*, p.182.

¹⁵ Cfr. ANDRES SAENZ DE SANTA MARIA, M.P., "Problemas actuales de la sucesión de Estados", *Curso de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1993, Bilbao, 1995, pp.212-213.

de aguas internacionales de 1997, la valoración respecto de su futuro cabe considerarla aún como incierta.

Ninguna otra convención ha sido adoptada, ni existen tampoco perspectivas halagüeñas al respecto. Más aún, presentados varios proyectos de artículos definitivos por parte de la CDI a la AG, no parece que ésta tenga intención de convocar ni a corto, ni a medio plazo una Conferencia diplomática para deliberar alguno de estos proyectos. La razón de esta posición de la Asamblea General la encuentra Treves en la necesidad "de protéger la Commission -et le processuss de codification axé sur celle-ci- des conséquences de la décision 'mal conçue' de soumettre un certain sujet à codification, tout en étant bien clair que les Etats sont aussi responsables que la Commission de cette décision mal conçue"¹⁶.

Teniendo presente los fracasos del pasado, los Estados son conscientes de que los riesgos de llevar a cabo a cualquier precio una codificación mal concebida, son más graves que los que pueda engendrar la decisión de paralizar el proceso en el nivel de proyecto de la CDI. Este parece ser el futuro inmediato del Proyecto de artículos relativo al estatuto del correo y de la valija diplomática (1989), del Proyecto sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (1991), así como del correspondiente al tema de la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados (1999)¹⁷. Tan sólo el Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal

¹⁶ Vid. TREVES, T., "Harmonies et contradictions de la codification du Droit international", en BEN ACHOUR, R., et LAGHMANIE, S. (dirs.), *Harmonie et contradictions en Droit International*, Pédone, París, 1997, p.90.

¹⁷ En cuanto al primero, en 1995 la AG adopta una decisión indicando a los Estados las cualidades de este Proyecto de la CDI, y señalando que se trata de una materia que "un jour, pourra faire l'objet d'une codification" (vid. TREVES, T., *ibidem*, p.89); lo que constituye un ejemplo macroscópico de lo que vulgarmente se llama "honrosa sepultura". Por su parte, desde su aprobación en 1991 y ante las graves discrepancias sobre su contenido, el Proyecto sobre inmunidades está siendo revisado por sucesivos grupos de trabajo creados por la AG, lo que nos hace ser pesimistas sobre las

Internacional, aprobado en el 46º período de sesiones de la CDI (1994)¹⁸, ha llegado al objetivo deseado, esto es, a ser objeto de consideración en una conferencia diplomática. Nos referimos a la Conferencia de Roma (15 junio-17 julio 1998)¹⁹ que culminó con la adopción del Estatuto del Tribunal Penal Internacional de 17 julio 1998²⁰. Sin embargo, el texto cuenta con la oposición, entre otros, de dos miembros permanentes del Consejo de Seguridad, EE.UU. y China, y de India, lo que representa, además, más de la mitad de la población mundial, circunstancia que no hace concebir demasiadas esperanzas a la efectividad del referido Tribunal, en el caso de que llegara a entrar en funcionamiento²¹.

No obstante, la CDI continúa con su labor, alentada, sin duda, por la conclusión en 1996 del Proyecto de Artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados en primera lectura, así como la segunda lectura del proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. En esta línea, la CDI estableció en su Informe sobre su 48º período de sesiones (1996), cuáles iban a ser a partir de entonces

posibilidades de llegar en un plazo razonable a un consenso.

¹⁸ El texto fue aprobado por la Asamblea General el 1 de septiembre de 1994 (A/49/355).

¹⁹ La Conferencia funcionó a través de una Comisión Plenaria, encargada de examinar el proyecto adoptado el 3 de abril de 1998 por el Comité Preparatorio, creado al efecto por la AG en 1995, que tomó como base el proyecto de 1994 de la CDI. En la citada Conferencia participaron delegaciones de 160 Estados, e intervinieron en calidad de observadores, Palestina, 17 Organizaciones intergubernamentales y 124 ONGs (cfr. el Acta Final de la Conferencia, A/CONF.18/10).

²⁰ Cfr. A/CONF.183/9.

²¹ El Estatuto fue adoptado por 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones. Entre los votos en contra y las abstenciones, además de los de EE.UU., China e India, se encuentran los de países como Sri Lanka, Singapur o Turquía; circunstancia que corrobora aún más la visión negativa respecto de la efectividad del Tribunal.

Ha sido ya efectuado el depósito de veintidós instrumentos de ratificación, entre ellos el de España el 24 octubre 2000, de los sesenta necesarios para la entrada en vigor.

los futuros temas de codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional:

- a) Responsabilidad de los Estados;
- b) Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho internacional;
- c) Protección diplomática;
- d) Actos unilaterales de los Estados;
- e) Nacionalidad en relación con la sucesión de Estados;
- f) Reservas a los tratados.

La valoración de los trabajos de la CDI a este respecto sigue siendo pesimista, marcada por claros síntomas de agotamiento y ralentización en los mismos²². En esta línea, debemos retener el dato significativo de que los dos primeros temas están siendo objeto de estudio desde 1955 y 1978, respectivamente, viéndose muy lejana aún su conclusión. Así, el nombramiento de J.Crawford como Relator especial en 1997 para la *responsabilidad de los Estados*, está suponiendo una amplia reorganización de la materia, que ha supuesto la aprobación provisional de un nuevo Proyecto de artículos por el Comité de Redacción en segunda lectura, el 21 agosto 2000; el tenor de este nuevo Proyecto responde a las claras intenciones de "cirugía radical" del Relator especial. Por lo que se refiere a la *responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho internacional*, la complejidad de la materia ha obligado a la CDI a abandonar el tema de la responsabilidad para concentrarse en el de la prevención de daños transfronterizos, respecto del cual se presentó en 1998 un proyecto de diecisiete artículos que, por otra parte, no parece contar con la avenencia de los gobiernos.

Las cuatro materias restantes han sido 'inventadas' por la propia CDI y confirmadas por la VI Comisión con mayor o menor entusiasmo. Respecto de las mismas es interesante reseñar que, en la materia de *actos unilaterales y protección*

²² Vid. Documentos A/52/10, A/53/10, A/54/10, y A/55/10.

diplomática la Comisión no ha adoptado aún ningún texto, habiéndose presentado tres informes y uno del Relator especial, respectivamente; mientras, sólo ha sido posible la adopción provisional, en 1999, del Proyecto de líneas directrices sobre *reservas a los tratados*, acogido en el debate de la VI Comisión con aceptación matizada de algún escepticismo. Más decepcionante es el resultado de los trabajos sobre *nacionalidad en relación con la sucesión de Estados*, pues, tras la aprobación del Proyecto de artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en segunda lectura, en 1999, la Comisión recomendó a la Asamblea General que se diera por concluido la consideración de este tema sin entrar en el estudio de la nacionalidad de las personas jurídicas, habida cuenta de la falta de interés por parte de los gobiernos.

Los resultados de la labor codificadora invitan a efectuar algunos **comentarios** al respecto:

1º.- El número de Estados *participantes* en una conferencia de codificación y desarrollo progresivo no tiene, aparentemente relación directa con el éxito de la convención resultante. En la conferencia que concluyó con la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas participaron 81 Estados, y cuenta con 181 Estados partes; mientras que la Conferencia que adoptó la Convención de Viena sobre sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de 1983 contó con 90 Estados, y la Convención, que tiene 4 ratificaciones, no parece que llegará a entrar en vigor nunca.

2º.- Tampoco parece tenerlo el número de Estados que *adoptan* el texto. 76 Estados adoptaron la Convención de Viena sobre sucesión de Estados en materia de tratados de 1978, no tuvo votos en contra y sólo 4 abstenciones, y tan sólo 17 Estados son partes en la misma.

3º.- La *abstención* no es factor indicativo de la actitud que vaya a adoptar el Estado en

cuestión. Australia se abstuvo en la votación final de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969 y, en cambio, la aceptó sin reservas en 1974.

4º.- Existe una relación directa entre la *materia* objeto de codificación y el éxito de la convención codificadora, en el sentido de que tratándose de materias 'clásicas' o 'conservadoras', sobre las que existe un amplio consenso, esto es, una práctica consolidada, la convención codificadora correspondiente tendrá asegurado el éxito; circunstancia que no se produce cuando en la convención se recogen mayoritariamente disposiciones de desarrollo progresivo. Esto explica el éxito de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961, y el fracaso de la Convención de Viena sobre sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de 1978.

5º.- Finalmente, la tendencia habitual de algunas convenciones es la de la adhesión de pocos Estados y que la misma tenga lugar pasados varios años. Tal es el caso de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969 que tardó 11 años en entrar en vigor, y las adhesiones se han producido lentamente.

2. Los factores de crisis en la labor de la CDI y el impulso descendente en la formación de normas internacionales.

Las causas del declive de la Comisión de Derecho Internacional han sido puestas de relieve por la doctrina al señalar la influencia de los factores endógenos y exógenos a la propia Comisión. Entre los primeros, apunta Sánchez Rodríguez, se encontraría la naturaleza misma del órgano que en su devenir histórico reciente se ha convertido en un órgano heterogéneo, menos especializado técnicamente merced a su renovada composición más atenta a criterios políticos que a la cualidad técnica de sus

miembros. El principal factor exógeno de declive surgiría de la actitud estatal frente al fenómeno codificador, marcado por la desconfianza hacia unas propuestas normativas ajenas a los intereses estatales. La suma de ambos factores está provocando "la paralización de ciertos trabajos de la Comisión enfangados en un ir y venir continuos de cambios de orientación y de relatores en lo que podría considerarse una desorientación respecto a la situación real de la cuestión, y en una indeseable parálisis operativa del organismo codificador que parece no creerse en exceso su papel protagonista"²³.

Tomando como referencia las anteriores observaciones cabría preguntarse, ¿cuáles son los **factores** que han incidido en el avocamiento a esta situación de crisis e impulso descendente en la formación de normas en que se halla sumergida la CDI?, o dicho de otro modo, ¿cuáles son las **debilidades** de que adolece la labor codificadora de la Comisión?

■ Un primer factor detonante de esta situación lo localizamos en la elección de la MATERIA. La abundancia y la naturaleza de los temas que ocupan en los últimos años a la CDI han incidido en la crisis de la codificación²⁴. La abundancia, pues su número impide que la Comisión concentre debidamente sus esfuerzos. Y también la naturaleza, pues algunos de esos temas no se prestan fácilmente a la tarea codificadora, como el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad o el proyecto sobre responsabilidad por hechos no prohibidos.

A este respecto, resulta igualmente indispensable que los temas respondan a

²³ Vid. SANCHEZ RODRIGUEZ, L.I., *Prólogo* a la obra de RUIZ COLOME, M.A., *Guerras civiles y guerras coloniales. El problema de la responsabilidad internacional*, Eurolex, Madrid, 1996, pp.17-18.

²⁴ Cfr. PASTOR RIDRUEJO, J.A., "Las Naciones Unidas...", *op.cit.*, p.186.

necesidades prácticas, y que en la elección de la materia converjan los intereses de los Estados. La reciprocidad material parece ser el principal elemento determinante de la oportunidad de una codificación, aunque no el único, pues si los Estados no están interesados en la regulación convencional de una determinada materia, entonces su codificación tendrá escaso éxito, a pesar de la existencia de reciprocidad material, como ocurrió con la Convención sobre Misiones especiales de 1969. Existe reciprocidad material cuando los intereses de los Estados que actúan recíprocamente son diametralmente opuestos. Esto exigiría que la elección de las materias fuera resultado de un diálogo entre la CDI y los Estados, que podría tener lugar por intermedio de la VI Comisión o por consultas ampliadas a otros actores de las relaciones internacionales. Parece en efecto importante, si se quiere que las disposiciones adoptadas por la CDI estén dotadas de efectividad, que reflejen en el mayor grado las opiniones de los Estados, y también las de otros actores de la vida internacional. Sin embargo, esta propuesta choca con un muro hoy por hoy infranqueable: las materias objeto de codificación son elegidas en última instancia por la Asamblea General. Lo que nos enfrenta a una decisión esencialmente política e influenciada por presiones, intereses personales, transacciones y un sin fin de factores ajenos al fenómeno de la codificación, pero inherentes al proceso decisorio de este órgano.

■ La LENTITUD del proceso constituye la crítica más recurrente al trabajo de la CDI. Desde que la Comisión elige un tema para abordar su codificación hasta que se obtiene el producto final, transcurren varios años²⁵, a veces demasiados. En este dato influye

²⁵ UNITAR ha calculado una media entre 7 y 10 años (cfr. *The International Law Commission: The Need for a New Direction*, Nueva York, 1981, p.15), aunque la realidad supera dicha cifra. Baste recordar aquí que los trabajos sobre responsabilidad dieron comienzo en 1955, y no fue hasta 1996

indudablemente el absentismo que caracteriza a los componentes de la Comisión; el gran número de miembros que ejercen funciones de responsabilidad en sus respectivos países, es el origen de un absentismo que se ha visto agravado con el transcurso de los años. La necesidad de una rápida regulación que exigen los nuevos ámbitos del Derecho internacional conjuga mal con el ralentizado ritmo al que está acostumbrada a trabajar la CDI.

■ Ultimamente se han planteado numerosas dudas acerca de la oportunidad del convenio como PRODUCTO FINAL de los trabajos codificadores de la CDI, al considerar que algunas materias no se ajustan a dicho formato. En este sentido, la propia Comisión ha considerado en ocasiones otras formas de codificación. Así recordemos que Fitzmaurice propuso, respecto del derecho de los tratados, un código expositor; el proyecto sobre crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, se ha presentado bajo la forma de código; respecto de la materia de las reservas a los tratados multilaterales planea la idea de una propuesta de resolución; mientras, para el proyecto sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados, la Comisión ha recomendado a la Asamblea General la forma de declaración. Numerosos Estados tienden a orientar a la CDI hacia la elaboración de líneas directrices, manuales para la práctica..., en definitiva, instrumentos no vinculantes.

cuando se aprobó el proyecto de artículos en primera lectura (41 años después), y la labor de la CDI en esta materia aún no ha terminado.

Esta lentitud viene sin duda marcada por el hecho de servirse de un proceso lento y laborioso que discurre a través de distintas etapas. Así, para efectuar esta tarea, la CDI empieza por un examen general del tema y el nombramiento de uno de sus miembros como Relator especial, quien presenta informes periódicos sobre la materia que son examinados por la Comisión. Tras una ardua deliberación, la CDI adoptará un proyecto provisional de artículos que es presentado a la AG y transmitido a los Gobiernos. Recibidas las observaciones de éstos, la Comisión adopta un Proyecto definitivo de artículos que es remitido a la AG, quien decidirá sobre su curso ulterior; pudiendo simplemente tomar nota y poner el Proyecto en conocimiento de los Estados, recomendar que el Proyecto sea examinado en el seno de la VI Comisión de la AG, o bien en el marco de una Conferencia de plenipotenciarios.

Incluso, se ha lanzado la idea de que la Comisión podría dedicarse a labores de asesoramiento jurídico, a la elaboración de una exposición no vinculante del estado actual del Derecho internacional, al estilo del *Restatement* norteamericano²⁶.

■ La CRISIS FINANCIERA que atenaza a las Naciones Unidas, nos apunta T.Treves²⁷ que incide, igualmente, en la desconfianza de los Estados respecto de la CDI. Sucede que los propios Estados, sensibles a la importancia de la función de un cuerpo de expertos independientes en el centro del proceso de codificación del Derecho internacional, empiezan a cuestionarse si la inversión que las Naciones Unidas hace en la Comisión es rentable, si el producto de sus trabajos es proporcional a los recursos empleados.

■ Pero el factor más insistentemente apuntado por la doctrina en los últimos años, se refiere a los profundos cambios que desde su origen han afectado a la COMPOSICION de a CDI.

La Resolución 147 (II) de la AG por la que se instituye la CDI fijó su número de componentes en 15 miembros; desde entonces la Comisión ha sido objeto de sucesivas ampliaciones que se consideraron necesarias por las presiones políticas derivadas del aumento de los Estados miembros de las Naciones Unidas. En el momento actual y desde 1981, son 34 los miembros que la componen, con un sistema

²⁶ Entre los partidarios de esta nueva fórmula de resultado final de los trabajos de la CDI podemos citar: SETTE-CAMARA, J., "The International Law Commission: Discourse on Method", en *Etudes en l'honneur de R.Ago*, vol.I, Milán, 1987, pp.500-501; ZEMANEK, K., "Codification of International Law: Salvation or dead?", *ibidem*, pp.599-601; CEDE, F., "New Approaches to Law-Making in the UN-System", *Austrian Review of International and European Law*, 1996, p.51; ORREGO VICUÑA, F., "Major Complexities in Contemporary International Law-Making", *United Nations Colloquium on Progressive Development and Codification of International Law to Commemorate the Fiftieth Anniversary of the International Law Commission*, Nueva York, 1997, p.3.

²⁷ Vid. TREVES, T. "Harmonies et contradictions...", *op.cit.*, p.87.

de designación que responde a una clave de precisa repartición definida por la AG en la Resolución 36/39, de 18 noviembre 1981: 8 nacionales de Estados de Africa, 7 de Asia, 6 de América latina, 3 de Europa oriental, 8 de Europa occidental y otros; se añade un nacional de Asia o América latina por rotación y otro de Africa o Europa oriental igualmente por turno. En el momento de la elección, la AG deberá velar para que quede asegurada la representación de "las grandes formas de civilización y los principales sistemas jurídicos del mundo" (artículo 8 Estatuto CDI). Si nos referimos a estos últimos, no son muy numerosos, reduciéndose a los sistemas del *common law* o de derecho civil -y quizá un mestizaje de ellos-, a los que cabría añadir el derecho musulmán y, en su momento, los sistemas socialistas. Las 'grandes formas de civilización' son en cambio más diversificadas, y su mención en el Estatuto de la CDI traduce un intento de realismo y de consideración de aquellos elementos cuya naturaleza favorece el aspecto de 'desarrollo progresivo' del Derecho internacional que frecuentemente comporta la codificación. Se trata de responder a las necesidades nacidas de las transformaciones de la sociedad internacional.

Los miembros de la CDI son elegidos por la AG a raíz de una lista de candidatos presentados por los Estados²⁸, para una duración de 5 años con posibilidad de reelección. Pero, no se trata de representantes de los Estados, sino que son elegidos a título personal por ostentar "una competencia reconocida en materia de Derecho internacional" (artículo 2.1 Estatuto CDI), esto es, basándose en su cualidad de especialistas de Derecho internacional. Los miembros de la Comisión no siguen, pues, instrucciones de su gobierno, lo que pretende consagrar el principio de independencia

²⁸ Una candidatura puede ser presentada por varios Estados al mismo tiempo, aunque pertenezcan a grupos diferentes. Tal ocurrió, por ejemplo, con la candidatura de A.PELLET presentada por Francia, e igualmente por Eslovaquia, Alemania, Camerún e India; o la de P.RAO presentada por India, al igual que por Islandia, Japón y Reino Unido.

que debe regir en todos ellos.

Sin embargo, las cosas no resultan tan sencillas como parece a simple vista. Se constata, en primer lugar, que la gran mayoría de los miembros de la CDI no se hallan situados en una posición propicia para su independencia respecto del Estado del que son nacionales; es fácil imaginar que el Estado ejerza una presión tal sobre el miembro de su nacionalidad que consiga que éste sucumba. Asimismo, nadie puede negar que existen situaciones o posiciones objetivas que por naturaleza no son compatibles con la independencia de espíritu y la posibilidad de desarrollar una visión personal de la cuestión.

Y.Daudet²⁹ estima que del total de los 34 miembros de la Comisión sólo un 20% de ellos puede considerarse que se encuentran objetivamente en una situación de independencia. Se trata, en cualquier caso, de universitarios, especialistas de Derecho internacional, en países donde las tradiciones de libertad e independencia de la enseñanza superior están plenamente adquiridas y respetadas, de manera que estos miembros tienen una 'cultura de la libertad intelectual' que les viene como un reflejo natural. El 80% que conforman los otros miembros son, o han sido, personalidades políticas (ministros, antiguos ministros, ex-jefes de Estado) o altos funcionarios del Estado (embajadores, directores de los servicios jurídicos del Ministerio de Asuntos Exteriores, consejeros del Jefe del Estado o del gobierno...). Quizá sean también universitarios -pues tal condición es una prueba de su aptitud para el puesto que desempeñan-, pero en estos casos los límites a su libertad y su independencia existen. Y ello, no porque reciban instrucciones de sus gobiernos, sino, simplemente, como consecuencia de una especie de autolimitación que procede más del hábito que de una

²⁹ DAUDET, Y., "A l'occasion d'un cinquantenaire, quelques questions sur la codification du droit international", *RGDIP*, 1998.3, pp.603-604.

decisión deliberada. Ante tal circunstancia, Y.Daudet³⁰ plantea la siguiente pregunta, ¿no debería la AG abstenerse de elegir como miembro de la CDI un candidato que es, además, encargado del servicio jurídico del Ministerio de Asuntos Exteriores, o de una embajada de su país, o de otras funciones que conducen inevitablemente a defender ante la CDI las mismas posiciones que las mantenidas por su Estado en la VI Comisión?³¹

Más allá de los riesgos apuntados, es innegable que ante el examen de una cuestión los 'reflejos' del universitario o del investigador no son los mismos que los de un político o un diplomático. No se trata de que unas sean mejores que otras, simplemente son aproximaciones muy diferentes. Lo ideal es que existiera una cierta complementariedad entre el análisis científico, que es esencialmente la tarea de la CDI, y la consideración de las presiones y necesidades políticas, que es la competencia de la VI Comisión. Hace ya 28 años que la CDI evocó esta "interaction continue... entre la pensée indépendante et les réalités de la vie internationale"³², para describir la división de trabajo entre los dos órganos. Sin embargo, debemos tener en cuenta que en aquella época la CDI era menos numerosa (25 miembros), y la presencia en su seno de personalidades investidas de funciones oficiales en su Estado era un fenómeno raro; en tales condiciones, la división de funciones se hallaba justificada. Hoy día, esta repartición de responsabilidades entre CDI y VI Comisión pierde gran parte de su

³⁰ Vid. *ibidem*, p.604.

³¹ M.KAMTO (miembro de la Comisión desde 1999), al observar igualmente que los miembros de la CDI son jurisconsultos vinculados al Ministerio de AA.EE. de su país, no duda en afirmar que nada impide que las respuestas dadas por algunos gobiernos a los cuestionarios de la Comisión sean redactadas por los miembros de la misma Comisión (vid. "Selection of topics for codification and progressive development by the Commission and its working methods", en *United Nations Colloquium on Progressive Development and Codification of International Law to Commemorate the Fiftieth Anniversary of the International Law Commission*, Nueva York, 1997, p.10).

³² Vid. *Annuaire de la CDI*, 1973-II, p.234.

claridad como consecuencia de la composición anteriormente descrita.

Además, el aumento en el número de miembros hace realmente difícil, en general, el debate de las ideas e implica que las tomas de la palabra sean necesariamente más cortas, lo que conduce a monólogos sucesivos en detrimento de la discusión de conjunto que constituye el análisis científico³³. Es evidente que en una Comisión de 15 miembros las discusiones eran naturalmente -incluso, se podría decir espontáneamente- colectivas, implicaban la participación directa de todos los miembros en su conjunto, y el trabajo progresaba al hilo de un enriquecimiento del debate nacido del intercambio de ideas. Este método no puede ser mantenido en una Comisión de 34 miembros³⁴.

La CDI es perfectamente conocedora de que el éxito de sus trabajos no depende exclusivamente de su cualidad científica, sino también de su buen hacer desde el punto de vista político. La presencia en su seno de miembros pertenecientes al mundo político o diplomático es necesaria, pues una primera complementariedad interna en la CDI - universitarios o investigadores, de una parte, y diplomáticos o altos funcionarios de otra, deben aunarse en un equilibrio idóneo-, debe preceder a la segunda complementariedad nacida del diálogo entre la Comisión y los Estados, cualquiera que sea la técnica. Todo es una cuestión de armonía. No obstante, debemos hacer notar aquí que, actualmente, el equilibrio entre los miembros pertenecientes a los países occidentales y los procedentes del tercer mundo no está bien logrado. La mayor parte

³³ Esta situación ha sido muy claramente evidenciada por R.AGO (vid. "Nouvelles réflexions...", *op.cit.*, p.550). Es algo ciertamente preocupante y conduce al declive de una característica de la CDI muy remarcada en sus orígenes. La Comisión ha intentado ponerle freno mediante la instauración, en la sesión 49ª (1997), de 'mini-debates' que siguen a las exposiciones orales de cada uno de sus miembros.

³⁴ El Comité de redacción se vuelve entonces particularmente necesario, pues constituye una instancia de discusión más reducida cuyo papel debe ir más allá de la simple redacción para extenderse a la negociación y a la búsqueda del compromiso.

de los especialistas se encuentran entre los primeros, mientras la mayor parte de los políticos se localiza entre los segundos. La última renovación acaecida en 1996³⁵ es particularmente significativa a este respecto. Tal renovación ha sido profunda, incluso excesiva³⁶, y viene marcada por el hecho de que 10 miembros de la nacionalidad de un Estado del sur son todos hombres políticos o diplomáticos. Por el contrario, entre los 8 nacionales del norte, al menos 6 de ellos son universitarios u ostentan un estatuto independiente. Esta situación resulta poco alentadora, pues comporta el riesgo de que el análisis jurídico refleje exclusivamente la visión occidental, mientras que las perspectivas y orientaciones políticas estarán demasiado marcadas por las preocupaciones del sur.

Del conjunto de observaciones que acabamos de exponer, resulta posible concluir que, aunque no faltan voces doctrinales que miran con optimismo el futuro de la CDI³⁷ -entre las que cabría incluir a la propia VI Comisión de la AG³⁸-, no existe un consenso estatal sobre los asuntos susceptibles de codificación, ni confianza de los Estados respecto de la elaboración de textos por un órgano al que no reconocen en la

³⁵ Decisión 51/309, 11 noviembre 1996, de la AG (cfr.A/51/178). El período de elección concluye a finales de 2001.

³⁶ Se han cambiado 18 miembros de un total de 34, lo que supone más de la mitad, lo que constituye una modificación demasiado brusca para un órgano que debe trabajar en la continuidad, a pesar de los cambios y las evoluciones. Además, desde entonces han tenido que ser cubiertas cinco vacantes: tres en 1999 (Italia, Camerún y Eslovaquia), y dos en 2000 (Sudán e Irán).

³⁷ En los últimos años, Y.DAUDET se ha erigido en uno de los más fervientes defensores del futuro de la CDI. Según este autor, "la Commission du droit international ne glisserait pas vers le déclin, mais au contraire, grâce à une vigueur retrouvée à l'âge de cinquante ans que l'on dit être celui de la maturité intellectuelle, continuerait à rendre les services attendus" (vid. "A l'occasion...", *op.cit.*, p.593). En la misma línea A.PELLET, reciente miembro de la CDI (vid. "La Commission du Droit International, pour quoi faire?", en *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber*, Bruylant, Bruselas, 1998, pp.583-612).

³⁸ En su sesión de 1997, la VI Comisión observó que la CDI "semblait avoir retrouvé un regain de vitalité et du même coup une confiance pasfois émoussée, voire perdue, des gouvernements" (vid. *ibidem*, p.610).

práctica autoridad alguna. No obstante, es justo reconocer con A.Pellet que la CDI no puede reformarse ella sola. Para ello se precisa la voluntad de los propios Estados que la han creado y que son, en definitiva, sus 'clientes'; sin embargo, éstos no parecen tener ningún 'proyecto' para la Comisión³⁹. Por el contrario, los Estados no han querido confiar a la CDI las materias más delicadas y modernas que la evolución del Derecho internacional ha sugerido en los últimos años. La importancia política de los temas, la necesidad de negociación y acuerdo entre los Estados y los aspectos técnicos de las nuevas materias, son factores a retener igualmente para comprender los nuevos procesos de creación del Derecho internacional.

3. El papel de las Organizaciones y Conferencias internacionales en la codificación del derecho internacional.

A la vista de lo expuesto, resulta factible sostener que los procesos clásicos de codificación se encuentran en un laberinto que bloquea en buena medida los proyectos elaborados desde la CDI y que, esencialmente, derivaría de la rapidez de los cambios sociales que demandan un nuevo derecho, y de la necesidad de formalizar jurídicamente estas reivindicaciones de cambio a través de procedimientos dinámicos que respondan a la necesidad de regulación uniforme en una sociedad interdependiente y a la satisfacción de las diferentes subjetividades en presencia⁴⁰. Y es que la creciente interdependencia y la interpenetración en la que se suma un cada vez mayor número de ámbitos de regulación, crea una comunidad internacional jurídica

³⁹ Vid. PELLET, A., "La Commission du Droit International...", *op.cit.*, p.612.

⁴⁰ Cfr. SCHACHTER, O., "The UN Legal Order: An Overview", *United Nations Legal Order*, vol.I, ASIL, 1995, pp.5-6.

imperfecta y frágil, donde el Derecho está marcado a la vez por una necesidad de certidumbre y de suavización de la regla jurídica. Este conjunto de circunstancias, unidas al hecho de que en el momento actual la sociedad internacional se caracterice por los rasgos de heterogeneidad y universalidad, así como a la realidad del rápido proceso de evolución del ordenamiento internacional, ha provocado que los Estados hayan optado por regular sus relaciones, fundamentalmente, a través del '**tratado multilateral**', al concebirlo como un instrumento de prueba y de reforma del derecho positivo. Lo que los Estados reivindican es "the need to produce a text that not only responds objectively and intelligently to the problem addressed, but also is subjectively acceptable to at least those states whose participation is essential"⁴¹.

Estos tratados multilaterales -que, normalmente, no son codificadores, aunque algunos de ellos sí son tratados de codificación⁴²- surgen, habitualmente, para satisfacer las nuevas necesidades de reglamentación internacional. Su proceso de elaboración se enmarca en el seno de Conferencias internacionales abiertas a todos los Estados, convocadas a iniciativa de las Organizaciones internacionales - particularmente de las Naciones Unidas-, que tienen como objeto, igual que las Conferencias de codificación, la elaboración de reglas jurídicas en el marco de una convención propuesta a la ratificación universal.

La referencia, pues, al fenómeno de las Organizaciones internacionales es inevitable, en la medida en que éstas han ofrecido el foro de debate y discusión que,

⁴¹ Vid. SZASZ, P., "General Law-Making Processes", *United Nations Legal Order*, vol.I, ASIL, 1995, p.76.

⁴² Una diferencia fundamental que parece existir, *a priori*, entre convenciones de codificación y tratados multilaterales no codificadores que vienen a regular nuevos ámbitos jurídicos del Derecho internacional, es que, en las primeras se produce una mezcla de codificación de reglas consuetudinarias consagradas -y por tanto ya obligatorias- y desarrollo progresivo de nuevas normas; mientras que los segundos constituyen únicamente desarrollo progresivo, por lo que su obligatoriedad dependerá exclusivamente de su entrada en vigor o de su posterior desarrollo por vía consuetudinaria.

permanentemente, permite a los Estados no sólo la decisión sobre las materias susceptibles de ser convencionalmente tratadas, sino también el trabajo técnico, callado y silencioso que lo hiciera posible. Efectivamente, como ha evidenciado P. de Visscher⁴³, la multiplicación de las Organizaciones internacionales, universales y regionales, con competencia general o especial, ha dado un impulso notable a las relaciones convencionales interestatales. Pero, no sólo porque estas organizaciones hayan asumido, en su ámbito propio, el papel de detonadores de un proceso de negociación generalizado, sino también porque proporcionan las estructuras y los métodos de tipo parlamentario y administrativo, necesarios para el proceso de elaboración, particularmente eficaces y bien adaptadas a la naturaleza de una comunidad internacional, más numerosa en sus elementos y más diversificada, tanto en sus intereses como en sus necesidades.

Sucede así que las Organizaciones internacionales, en especial las universales, facilitan la cristalización de un consenso general de los Estados a través de las deliberaciones, votaciones y explicaciones de voto que tienen lugar en el seno de sus órganos, principales o subsidiarios, o en el de Conferencias diplomáticas preparadas, convocadas y auspiciadas por ellas. Estos *forums* internacionales ofrecen a todos los Estados amplia oportunidad de tomar parte activa en el proceso de elaboración de la norma jurídica internacional, lo que facilita la cristalización de prácticas generalmente aceptadas como derecho, esto es, de costumbres internacionales, y aumenta las posibilidades de que la norma adoptada en un medio institucionalizado o colectivo llegue a ser generalmente aceptada por los Estados. Asimismo, por lo que se refiere al contexto de las Conferencias internacionales debemos indicar que las fórmulas de

⁴³ Vid. VISSCHER, P. de, "Valeur et autorité des actes des organisations internationales", en DUPUY, R.J., *Manuel sur les organisations internationales*, Dordrecht, 1988, pp.307-308.

negociación diplomática se han diversificado y se han transformado. La regla de la unanimidad ha dado paso a la de la mayoría, y ésta a la del consenso que supone la búsqueda de un compromiso mediante la concertación de los miembros sin objeción dirimente⁴⁴. Por otra parte, el sello de la diplomacia multilateral es que tiene lugar entre grupos y coaliciones; éstas ayudan a simplificar y facilitar el proceso negociador en el complejo escenario de la diplomacia multipartita, aunque también pueden entorpecer las esperanzas de alcanzar un acuerdo si los intereses son radicalmente incompatibles y las coaliciones rivales llegan a un punto muerto. En esta línea, es necesario recordar que los Estados de la minoría pueden ser objeto de presiones múltiples que desbordan el marco estricto de la regla convencional objeto de la negociación multilateral, y que, a la larga, puede llevarles a sucumbir. Ante tal situación, los actores más débiles reaccionan a las asimetrías del poder, adoptando técnicas de negociación y estrategias que tienden a cambiar el *status quo*⁴⁵, de forma que el más fuerte no necesariamente tiene que prevalecer sobre el más débil, en un reflejo de la historia de Gulliver y los Liliputienses.

Todo este fenómeno ha sido descrito por P.M. Dupuy como "l'institutionnalisation de la diplomatie normative"⁴⁶; fórmula que se aplica a los aspectos de la acción diplomática y de la cooperación internacional cuyo objeto específico es el

⁴⁴ Ahora bien, si el consenso tiene la ventaja de evitar las minorías discrepantes, su inconveniente radica en la posible ambigüedad e imprecisión de las obligaciones asumidas, como ocurre, por ejemplo, con la Convención de las Naciones Unidas sobre derecho del mar de 1982 y el Acuerdo de Nueva York de 1995, ambos textos negociados por consenso.

⁴⁵ Por ejemplo, buscar *forums* de negociación más formales, rehusar a hacer concesiones, o recurrir a la 'conducta irresponsable' para fortalecer sus reclamaciones morales.

⁴⁶ Vid. DUPUY, P.M., *Droit international...*, *op.cit.*, p.331. Con esta expresión, Dupuy hace alusión a la multiplicación constante de reuniones de expertos y de representantes de Estados cuya misión es establecer en común, ya sea por la vía convencional, ya sea por resoluciones, nuevas reglas destinadas a mejorar las condiciones de su coexistencia o a encontrar soluciones mutuamente ventajosas a los problemas a los que se enfrentan unos y otros.

establecimiento de normas. Está directamente vinculado con la última fase de institucionalización de la sociedad internacional, y se evidencia por dos rasgos fundamentales: por un lado, la institucionalización de los procedimientos de negociación, por otro, la afirmación del fenómeno mayoritario, con importantes consecuencias, a la vez políticas y jurídicas.

El tratado multilateral celebrado a iniciativa y bajo los auspicios de las Organizaciones internacionales representa así una etapa esencial en la evolución de la Comunidad internacional, cumpliendo una especie de función 'cuasi-legislativa' en el Derecho internacional contemporáneo. Se trate de las Naciones Unidas, del Consejo de Europa o de las Comunidades Europeas, de la Organización de Estados americanos o de otras organizaciones de tipo regional o funcional⁴⁷, sin olvidar aportaciones de otras entidades, particularmente del Comité Internacional de la Cruz (CICR), todas han contribuido a la diversificación del Derecho internacional, incluso en un intento de codificación, en ámbitos tan variados como el derecho del mar, el derecho del trabajo, el derecho del medio ambiente, el derecho ultraterrestre, los derechos humanos, o el derecho humanitario aplicable a los conflictos armados. En estos casos, la referencia inevitable la comportan órganos compuestos no por 'expertos independientes' (como la CDI), sino de representantes de los Estados.

En esta línea, observamos cómo, si la codificación desde la CDI provocó una sectorialización natural del sistema jurídico, la ausencia de la misma ha acentuado notablemente el fenómeno, si bien marcado con un acentuado rasgo de

⁴⁷ Del amplio espectro institucional reseñable en este contexto, la labor más destacada y de mayor envergadura ha procedido de las Naciones Unidas, quien a través, tanto de sus órganos principales, como de sus órganos subsidiarios, de sus organismos especializados, o, incluso, creando comités *ad hoc*, ha proporcionado el marco idóneo para que los Estados desarrollen, tanto la regulación jurídica necesaria para atender a los nuevos ámbitos del Derecho internacional, como para completar la labor codificadora de la CDI. No en vano, A.Pellet califica a las Naciones Unidas como la formidable "machine à fabriquer le droit international" ("La formation du droit...", *op.cit.*, p.404).

especialización, al quedar confiada la codificación y elaboración de materias técnicas a organismos especializados y órganos *ad hoc*. Lo que conlleva el indudable riesgo de que al abordar esta tarea se pierdan de vista las directrices generales y el armazón fundamental de los grandes principios de Derecho internacional, que deben asegurar la solidez y, sobre todo, la unidad del edificio en su totalidad amenazada por el parcelamiento que surge como consecuencia de las diversificaciones resultantes de las especializaciones técnicas.