

Creación del Derecho en una sociedad global: ¿Importa todavía el consentimiento?

Francisco Orrego Vicuña

Este artículo analiza las actuales condiciones y exigencias para la creación de las normas del derecho internacional, a la luz de la evolución experimentada por la sociedad internacional y de la preocupación que causan algunas manifestaciones que procuran establecer un sistema de creación que en cierta medida prescindiera del consentimiento de los Estados y de otros sujetos del derecho internacional.

La flexibilidad con que opera actualmente el derecho de los tratados refleja una adecuada adaptación a las necesidades y características de la sociedad internacional actual, pero siempre se hace necesario contar con una expresión clara del consentimiento de los Estados y otros sujetos del derecho internacional, aún cuando esta puede expresarse de una manera igualmente flexible.

La expresión del consentimiento de los Estados también resulta indispensable para la creación de normas de costumbre internacional y para la delegación por los Estados de un poder resolutivo en organizaciones internacionales, la que debe entenderse dentro de los límites establecidos por el instrumento constitutivo de esa organización y de la delegación de autoridad efectuada.

El artículo destaca que el proceso de creación normativa en el derecho internacional debe salvaguardar las exigencias del Estado de derecho y de los principios democráticos en que descansan las principales sociedades nacionales. Este último aspecto significa en particular que el Estado no debe recurrir al subterfugio de obtener resoluciones internacionales favorables a una determinada posición que no cuenta con el respaldo de su opinión pública o de los órganos legislativos. Ese recurso carece de legitimidad democrática y amenaza con subvertir la voluntad popular y viciar la validez del consentimiento irregularmente obtenido.

Durante años se pensó que la enumeración de las fuentes del derecho internacional contenida en el Artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia era una proposición válida y aceptada de las diversas maneras en que se puede crear derecho en la comunidad internacional¹. Esto no parece ser ya el caso.

Desde un comienzo el sistema jurídico internacional se orientó a garantizar la coexistencia de intereses distintos en la comunidad de naciones.

FUENTES DEL DERECHO Y CAMBIO EN LA
COMUNIDAD INTERNACIONAL

De hecho, la denominada “teoría de las fuentes” del derecho internacional ha sido sometida recientemente a una aguda crítica². Esta crítica no deriva tanto de una perspectiva jurídica, sino de una perspectiva sociológica³, incluyendo el análisis de las fuentes y de los tratados desde el punto de vista de las relaciones internacionales y de otros análisis políticos⁴. A

pesar de la variedad de argumentos que estas diferentes escuelas de pensamiento han desarrollado en este contexto, todas ellas comparten un aspecto en común. Se aduce que las fuentes tradicionales no toman en cuenta las cambiantes realidades y necesidades políticas, sociales y económicas de la sociedad y, por ende, que son un elemento de estratificación que impide la realización de un mundo mejor⁵. En síntesis, responden a una visión estática de las relaciones internacionales, que favorece un *statu quo* en beneficio de los privilegiados.

Cuán verdadero es este argumento será la pregunta central de este artículo, con referencia particular al derecho de los tratados y a otros mecanismos de creación del derecho en el derecho internacional contemporáneo.

En el lúcido análisis de Oscar Schachter, el universo de los abogados internacionistas se divide, en términos generales, entre instrumentalistas y positivistas:

“Los primeros enfatizan la primacía de los propósitos y los valores (antiguamente, habrían sido principalmente los ‘naturalistas’ en el sentido de ser partidarios del derecho natural). Los positivistas consideran al derecho esencialmente como un sistema de restricciones formu-

¹ Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, 1991, Capítulo III, en 35-37.

² A. Pellet, “Contre la tyrannie de la Ligne Droite”, en *Thesaurus Acroasium: Sources of International Law*, 1992, pp. 291-355; Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, “La Apoteosis del Consentimiento: De la noción de fuentes a los procesos de creación de derechos y obligaciones internacionales”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, 2003, pp. 193-234.

³ Jean Carbonnier, *Flexible droit-textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 1976.

⁴ Kenneth W. Abbott y Duncan Snidal, “Hard and Soft Law in International Governance”, *International Organization*, Vol. 54, 2000, pp. 421-456; Christian Tietje, “The Changing Legal Structure of International Treaties as an Aspect of an Emerging Global Governance Architecture”, *German Yearbook of International Law*, Vol. 42, 1999, pp. 26-55.

lado en reglas y obligaciones que son validadas e interpretadas únicamente sobre la base de los criterios internos del sistema. En términos generales, puede decirse que el primer grupo está orientado hacia la política y que el segundo apunta a las normas. Este último tiende a considerar al primero como peligrosamente subjetivo, al convertir al derecho en política. Los instrumentalistas, en cambio, consideran que los positivistas son limitados y formalistas, y transforman los medios en fines⁶.

Es un hecho que de acuerdo con la tradición continental del derecho internacional estas escuelas se han identificado como la del “*objectivisme juridique*” y la del “*positivisme volontariste*”⁷. El supuesto resultado de estas diferentes visiones es la distinción que se ha hecho tradicionalmente entre fuentes formales, basadas en procedimientos, y fuentes materiales, basadas en la realidad. Pero, como frecuentemente es el caso en el derecho internacional, las cosas no están tan claramente definidas y ofrecen una más amplia y sutil variedad de alternativas.

Cabe señalar desde la partida que el problema no radica en la disponibilidad de fuentes ya que, como se verá, esta es abundante, sino en el falso propósito y el sentido con que se utilizan o invocan las fuentes. En efecto, lo que en ocasiones se proclama como fuente de normas inter-

nacionales no es más que un intento de dar vida a un objetivo deseado que no necesariamente es compartido. En este contexto, el voluntarismo es más bien un requisito del consentimiento y no de la expresión formal de dicho consentimiento.

Las funciones compartidas en la creación del derecho no significan que pueda eliminarse el consentimiento de los Estados.

El provocador estudio del profesor Weil, acerca de la normatividad relativa del derecho internacional actual⁸, demuestra convincentemente que el sistema jurídico internacional fue concebido desde su inicio como un sistema orientado a mantener y garantizar la coexistencia de intereses distintos en la comunidad de naciones. Si se abandona dicha función en favor de la visión de algunos, aunque sea de una mayoría, que no requiere el consentimiento de los demás, el sistema normativo se desestabilizará y se transformará en una lucha por el predominio de ideologías y valores que no se reflejan en el derecho⁹. Es sobre esta base que el profesor Weil advierte de los peligros que plantean la teoría del *jus cogens*, la distinción entre crímenes internacionales y delitos, el concepto de una norma general de derecho internacional y el proble-

⁵ Pellet, *supra* nota 2, en 355.

⁶ Schachter, *supra* nota 1, Capítulo II, en 18.

⁷ Pellet, *supra* nota 2, en 292-301.

⁸ Prosper Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?”, *American Journal of International Law*, Vol. 77, 1983, 413-442.

⁹ Weil, *supra* nota 8, 418-423.

ma de las obligaciones *erga omnes*. De una u otra manera, todos estos enfoques consideran que la normatividad internacional puede ser diferenciada y no necesariamente estar basada en el consentimiento de todos.

Los propios Estados han aceptado flexibilizar el rol del consentimiento en la formación de los tratados.

Nada está quizás más lejos de la verdad y de la realidad que la creencia de que los enfoques voluntaristas ignoran los valores y no toman en cuenta el significado del derecho¹⁰. El problema, nuevamente, no radica en el rol de los valores, ya que actualmente muchos abogados internacionalistas tienen plena conciencia de los valores que subyacen al derecho, sino en quién y bajo qué autoridad se definen dichos valores. En efecto, incluso puede afirmarse que tanto consciente como inconscientemente las visiones voluntaristas del derecho internacional muchas veces se relacionan con el derecho natural y le dan expresión, y han desempeñado un papel decisivo en el sentido de reflejar el derecho natural en normas positivas y en su interpretación. La teoría del derecho de Kelsen no es más que uno de los tantos ejemplos en que el positivismo razona de una manera que no

difiere de las escuelas de derecho natural y en que, en esencia la justificación última de la validez de la norma, no es distinta en ninguno de los dos enfoques¹¹.

Por otro lado, también debe señalarse que, en realidad, algunas de las versiones más exageradas del positivismo, tal como el enfoque soviético del derecho internacional¹², no eran en absoluto una consecuencia del positivismo, sino de la instrumentalización del derecho internacional para cumplir fines políticos. No obstante, una paradoja que los mayores positivistas hayan sido los mayores instrumentalistas.

Como señala Schachter, la diferencia entre normas, principios y políticas u objetivos, no radica en que estos tengan un mayor o menor compromiso con los valores, ya que el derecho es normalmente una expresión de la política y cumple sus objetivos¹³. La diferencia es que mientras que las normas generalmente dictan resultados específicos, los principios son más abstractos y generales, y los objetivos políticos deben expresarse en instrumentos jurídicos dotados de autoridad, incluyendo al derecho consuetudinario. Si un objetivo esperado reúne estos requisitos, formará parte del derecho internacional y será aplicado efectivamente; en la medida en que no lo haya, permanecerá como una aspiración, legítima para sus adeptos, pero, de hecho, no

¹⁰ Michel Virally, "La pensée juridique", 1963, en 126; Pellet, *supra* nota 2, en 295.

¹¹ Pierre-Marie Dupuy, *L'unité de l'Ordre Juridique International*, Cours Général de Droit International Public, 2003, en 68.

¹² Pellet, *supra* nota 2, en 300, en referencia a Tunkin y Chaumont.

¹³ Schachter, *supra* nota 1, Capítulo II, en 18-23.

aceptada por la sociedad como parte del derecho vigente.

Por muy atractiva que sea su finalidad no puede imponerse como derecho si no ha sido aceptado como tal. Esta es la diferencia esencial entre lo que se ha denominado la sociedad “Lotus” y una comunidad internacional¹⁴. Una propuesta contraria no solo debilitaría el sistema jurídico internacional, sino que abriría el paso para que cualquiera que tenga en mente un valor o interés distinto haga lo que le plazca. De allí al autoritarismo y a la ausencia de un Estado de derecho solo hay un pequeño paso. No sin razón, el profesor Weil llegó a su hoy famosa conclusión de que “De no haber voluntarismo, el derecho internacional dejaría de cumplir sus funciones”¹⁵. Esto fue suficiente, por cierto, para desencadenar un proceso de caza de brujas o, en sus propias palabras, un “*procès ensorcellerie*”¹⁶.

Hasta ahora, la sociedad internacional ha sido perfectamente capaz de elaborar un acuerdo sobre valores comunes y compartidos y, en esta medida, ha desarrollado un verdadero cuerpo universal de derecho internacional¹⁷. Se ha señalado correctamente que incluso los positivistas han coincidido en que el sistema jurídico internacional trasciende al derecho posi-

tivo puro¹⁸. Todavía quedan muchos aspectos por tratar y mucho que avanzar, pero eso no será el resultado de objetivos políticos no consentidos, sino de normas convenidas o, al menos, de principios aceptados. La doctrina de las fuentes era ni más ni menos que la “manifestación de los anhelos de los estados involucrados”¹⁹.

La globalización no ha superado a los tratados como mecanismos de creación del derecho.

Teniendo presente este telón de fondo, cabe señalar que el Artículo 38 (1) nunca pretendió ser una enumeración de las fuentes, puesto que quiso orientar a la Corte Internacional de Justicia en su aplicación del derecho internacional²⁰. Tampoco se estableció una prioridad entre las principales expresiones del derecho internacional, esto es, los tratados y el derecho consuetudinario.

Pero en la medida en que contiene una enumeración, hay que hacer hincapié en que esta nunca se consideró exhaustiva, puesto que los autores de derecho internacional y por la práctica de los Estados han contemplado otras formas de creación

¹⁴ Christian Tomuschat, “Obligations arising for States without or against their will”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1993, IV, 199-374, en 210-215.

¹⁵ Weil, *supra* nota 8, en 420.

¹⁶ Prosper Weil, *Le Droit International en Quete de son Identité*, Cours Général de Droit International Public, 1992, en 73.

¹⁷ Weil, *supra* nota 16, en 88.

¹⁸ Weil, *supra* nota 16, en 77.

¹⁹ Schachter, *supra* nota 1, Capítulo III, en 37.

²⁰ Dupuy, *supra* nota 11, en 122.

del derecho²¹. Por ejemplo, la equidad generalmente fue considerada como posible fuente de derecho dentro del ámbito del rol que corresponde a los principios generales de derecho la formación del derecho internacional. Lo mismo se aplica a la capacidad de las organizaciones de crear derecho e incluso de la existencia de actos unilaterales autónomos de los Estados.

No existe un mecanismo eficaz para evitar que opere una reserva incompatible con el objeto y fin de un tratado.

“VOLUNTARISME NON POSITIVISTE”

Cabe entonces preguntarse por qué lo que era el sentido aceptado del Artículo 38 (1), incluida su ampliación para abarcar nuevas formas de creación de derecho, ya no es tan aceptable para los autores que han criticado duramente la llamada teoría de las fuentes. Comúnmente se han dado dos respuestas. La primera es que, como la sociedad internacional se ha vuelto global, el rol primordial de los Estados en la formación del derecho internacional contemplado en el Artículo 38 (1) se debilitó y fue gradualmente reemplazado por funciones de creación de derecho que ya no están bajo su control exclusivo²².

La segunda, relacionada con la anterior, critica la teoría de las fuentes porque ésta se refería a una definición rígida que, como ya se señaló, no permitió que el derecho internacional reflejara los cambios políticos y sociales de la comunidad internacional o se adaptara a aquellas tendencias preponderantes. Esta visión especial ha favorecido un sistema de creación de derecho internacional bastante abierto.

La verdadera respuesta a esta interrogante parece situarse en algún punto intermedio. Es bastante evidente que en el contexto de una sociedad global, los Estados ya no son la autoridad exclusiva en la formación de derecho. Las organizaciones internacionales y los individuos han surgido como actores relevantes que participan de alguna manera en este proceso. Sin embargo, esta mayor participación y las funciones compartidas en la creación del derecho no significan, en absoluto, que el consentimiento de los Estados pueda eliminarse de buenas a primeras. Los Estados todavía son los principales actores de la comunidad internacional y de su sistema jurídico²³. Aunque su rol tradicional ya no es exclusivo, éste no se ha vuelto inexistente. Muy por el contrario, la función de las organizaciones internacionales y de los individuos se ha introducido con el consentimiento de los Estados y bajo su control, a veces más estricto de lo que se piensa.

De esto se sigue que el verdadero problema entre una supuesta enumeración cerrada y otra abierta no se relaciona con

²¹ Weil, *supra* nota 16, en 138-139.

²² Pellet, *supra* nota 2, en 310-314.

²³ Dupuy, *supra* nota 11, en 93.

una estructura jurídica formal y ni siquiera con las numerosas alternativas de creación de derecho que se pueden incluir en una definición o en ausencia de ella. El problema radica en si el consentimiento de los Estados constituye o no un elemento que controla directa o indirectamente la formación del derecho internacional y si puede ser superado por los numerosos enfoques propuestos, incluido el rol de las mayorías ocasionales y la participación de grupos con intereses diversos.

presar el consentimiento y la voluntad de los sujetos y todas estas serán jurídicamente admisibles y viables, con el solo requisito de que dicho consentimiento y voluntad sean inequívocos. Lo que no es aceptable es que se alegue como derecho lo que no es. El resultado de esta convergencia parece ser el “*volontarisme non positiviste*”.

LA PERMANENTE ADAPTACIÓN DEL ROL DE LOS TRATADOS

El consentimiento y la voluntad de los sujetos deben ser inequívocos.

Algunos autores partidarios del “*objetivisme*”, en particular Alan Pellet, han sostenido que lo que realmente importa no es tanto el hecho de confiar en una fuente formal sino en garantizar algún tipo de formalización que pueda ser expresada de diversas maneras:

*“Peu importe le vecteur. Tout ce que compte, c’est qu’il y ait une forme, une manifestation, quelle qu’elle soit, de l’existence de la norme... La fonction de cette formalisation est de manifester, d’exprimer la conviction des sujets de droit qui sont liés par la norme”*²⁴.

De esta manera, “*objetivisme*” y “*voluntarisme*” pueden acercarse y explicar de manera mutuamente aceptable el rol de las fuentes y de los otros mecanismos de creación de derecho en el derecho internacional contemporáneo. De hecho, puede haber muchas formas de ex-

De hecho, las tendencias que pueden distinguirse en el derecho internacional apuntan en esa dirección. Los propios tratados han ido evolucionando como mecanismos para la creación de derecho. Hay varias otras opciones disponibles. Sin embargo, en todas y cada una de las etapas de esta evolución, el verdadero factor de división ha sido el que el consentimiento de los sujetos se haya o no buscado de un modo genuino, si ha sido respetado o si ha existido una intención oculta de pasar por encima de la voluntad de la comunidad y de reemplazarla por la visión de grupos con intereses particulares que no han logrado convencer a dicha comunidad acerca de las ventajas que acarrea transformar los fines políticos que anhele en derecho o, como lo establece la tradición del derecho civil, no han podido convertir al “*objetivisme*” en “*positivisme*”, en el sentido amplio que se le atribuye actualmente.

Tanto hoy como ayer los tratados son,

²⁴ Pellet, *supra* nota 2, en 303.

por cierto, los medios más importantes para la formación del derecho internacional. Es en este marco que la voluntad y el consentimiento de los Estados se expresan más inequívocamente. Un Estado participa o no de la elaboración de un tratado, este es o no aprobado a través de los mecanismos constitucionales del Estado. A pesar de ello, los propios Estados han aceptado introducir una flexibilidad creciente en el rol del consentimiento en la formación de los tratados, un enfoque que no debe confundirse con el enfoque del *soft-law* que se examinará más adelante²⁵. Esta aceptación está estrechamente relacionada con la necesidad de agilizar el proceso de formación del derecho internacional en una sociedad internacional que cambia rápidamente.

Los tratados siguen siendo la manera más eficaz de formación del derecho internacional.

El propio rol de los tratados en la codificación del derecho internacional ha sido una fuente primordial para la adaptación del derecho a nuevas y emergentes realidades, en parte porque racionaliza las normas del derecho internacional consuetudinario que pudieran no haber quedado del todo claras, y en parte porque la codificación siempre ha estado asociada a un

desarrollo progresivo del derecho en cuestión²⁶. Un ejemplo importante es el de la Convención del Derecho del Mar, de 1982, que no solo actualizó las antiguas normas de derecho consuetudinario de acuerdo con la actual realidad mundial, sino que también introdujo avances significativos en campos que el derecho no había reglamentado.

Sin embargo, como resultado de un proceso eficaz de codificación, en lo esencial este procedimiento se ha completado y solo faltan algunos aspectos en que debe llevarse a cabo eficazmente este ejercicio²⁷. Esto es, por cierto, una evidencia muy clara de la medida en que los tratados han cumplido con la labor de crear los reales códigos de conducta de la comunidad internacional. Los efectos de la codificación se pueden sentir incluso más allá de la formalidad de la elaboración de tratados, ya muchas veces se ha dado efectividad jurídica a los tratados codificados antes de su entrada en vigencia²⁸, o han sido aplicados por terceros o, más recientemente, como lo demuestra el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional, no se les ha dado en absoluto forma de tratado sino que simplemente han sido considerados por la Asamblea General de las Naciones Unidas²⁹. El punto clave es que todo esto se ha hecho con el consentimiento explícito de los Esta-

²⁵ Tomuschat, *supra* nota 14, en 241-247.

²⁶ Schachter, *supra* nota 1, Capítulo V, en 66-74.

²⁷ Schachter, *supra* nota 1, Capítulo V, 66-74.

²⁸ Schachter, *supra* nota 1, Capítulo V, en 69.

²⁹ Rudiger Wolfrum, "The Development of International Law: Alternatives to Treaty Making?", contribución Introductoria a la Conferencia sobre este tema realizada en el Max Planck Institute of

dos y de los demás sujetos pertinentes del sistema jurídico internacional.

El proceso de elaboración de los tratados debe agiornarse en concordancia con el ritmo acelerado de la comunidad internacional.

No cabe duda de que es preciso agilizar el proceso de elaboración de los tratados dado el acelerado ritmo de la actual comunidad internacional. Y esto también se ha realizado eficazmente, demostrando así que la globalización no ha superado los tratados como mecanismos de creación del derecho sino, por el contrario, ellos se han adaptado y siguen adaptándose a las necesidades de la globalización. Esta adaptación ha tenido por consecuencia una variedad de innovaciones técnicas respecto de la elaboración y aprobación de los tratados, en los planos nacional e internacional.

La innovación más importante probablemente sea la redefinición del consenso en las conferencias internacionales que crean derecho, que ha sido disociado de la unanimidad³⁰. El consenso puede seguir existiendo incluso cuando no todos los Estados participantes coinciden en la aprobación de la norma de un tratado,

siempre y cuando no haya una objeción categórica del Estado renuente a aceptarla. Esto es, por cierto, distinto de aprobar un tratado por mayoría simple o calificada. Esta última alternativa comúnmente no se utiliza sino en la medida en que pudiera otorgarse a las organizaciones internacionales un rol significativo en el proceso y en que se contemple expresamente la intervención de mayorías.

Una segunda innovación importante se refiere a las reservas. Al principio, el problema era cómo asegurar que la norma que requería aceptación unánime de las reservas por todos los Estados partes no terminara impidiendo la entrada en vigencia del tratado entre las partes autoras de dichas reservas y quienes las aceptaban. El asunto fue luego resuelto mediante la ingeniosa práctica de la Unión Panamericana, hoy la Organización de los Estados Americanos (OEA), y más tarde incorporada en la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados³¹. Se ha señalado correctamente que no existe un mecanismo eficaz para evitar que opere una reserva incompatible con el objeto y fin de un tratado³², pero incluso en este caso, la reserva solamente se le aplicará a quienes la hayan aprobado. El segundo paso fue mucho más extraordinario ya que implicaba la prohibición total de las re-

Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, 14-15 de noviembre 2003. Ver también de modo general Malgosia Fitzmaurice, "Third Parties and the Law of Treaties", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 6, 2002, pp. 37-137.

³⁰ Acerca de las innovaciones procesales en la Conferencia sobre el Derecho del Mar de Naciones Unidas, ver Myron H. Nordquist (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea. 1982. A Commentary*, 1985, en 54, pp. 99-103.

³¹ Ian Brownlie, *Principles of International Law*, 1990, en 608-611.

³² Tomuschat, *supra* nota 14, en 262-264.

servas, como lo prevé una serie de importantes tratados codificadores recientes. Las declaraciones anexas distan mucho de tener el significado jurídico que tuvieron en su momento las reservas.

La red de tratados bilaterales en materia de inversión demuestra que pueden crear estructuras normativas importantes.

El conjunto más importante de innovaciones surge con la diferencia de estructura que han incorporado los tratados. La distinción entre “*traité-contrat*”, “*tratlol*” y “*traite-cadre*” revela en pocas palabras la forma en que los tratados han respondido a las cambiantes necesidades de la sociedad internacional³³. Desde las simples relaciones bilaterales relacionadas con transacciones muy específicas, pasando a la esfera en que los tratados “tienen un carácter fundamentalmente creador de normas” hasta llegar a regímenes internacionales institucionalizados que adquieren vida propia, los tratados han despejado el camino para acoger todas las necesidades imaginables de la comunidad mientras que esta evolucionaba desde soberanías aisladas hasta compromisos globales. Incluso algunos tratados bilaterales, cuando se repiten continua y ampliamente en la sociedad internacional,

pueden crear estructuras normativas de gran importancia³⁴. Un caso ilustrativo es el de la enorme red de tratados bilaterales de inversión.

La diversidad estructural señalada, también se comprueba por las diferentes técnicas que adoptan varios tratados contemporáneos³⁵. Los acuerdos marco que contemplan los principios básicos de cooperación de un determinado régimen internacional, periódicamente seguidos de acuerdos individuales o de la labor encomendada a los organismos internacionales, es una de estas importantes técnicas. Este método se caracteriza también por el uso creciente de los protocolos y anexos al tratado fundamental. Entre otros elementos que revelan el cambio de criterio, cabe mencionar los procedimientos simplificados de enmienda, el rol de los órganos en la interpretación de los tratados y la creciente interacción del régimen del tratado con otras entidades relevantes, tanto privadas como públicas. A veces, estas técnicas pueden conducir a situaciones que no requieren del consentimiento formal de todas las partes de los tratados pertinentes en lo que se refiere a su enmienda o interpretación³⁶, particularmente en relación con importantes convenciones multilaterales, pero es preciso tener presente que estas técnicas han sido en su mayoría aceptadas de antemano por las propias partes.

Se ha señalado con razón que algu-

³³ Schachter, *supra* nota 1, Capítulo V, en 74-76.

³⁴ Schachter, *supra* nota 1, Capítulo V, en 76.

³⁵ Jutta Brunnée, “Reweaving the Fabric of International Law? Patterns of Consent in Environmental Framework Agreements”, Conferencia cit., *supra* nota 29, en 8-9.

³⁶ Tomuschat, *supra* nota 14, en 264-267.

nos de estos avances son particularmente constatables en el derecho internacional económico y en el derecho internacional ambiental³⁷. Naturalmente, la rapidez es profundamente necesaria en estas dos áreas y, en consecuencia, los órganos de creación del derecho deben responder a estas realidades apremiantes. Tanto el Fondo Monetario Internacional como el Banco Mundial han ejercido poderes importantes respecto de la interpretación de sus respectivos instrumentos constitutivos y han aplicado procedimientos de enmiendas simplificados, entre otras innovaciones de interés para el cumplimiento de las funciones de creación de derecho encomendadas a ellos³⁸. Asimismo, la Organización Mundial de Comercio y la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo han descansado en criterios de conveniencia para la toma de decisiones, que incluyen el recurso a disposiciones marco, la incorporación periódica de estándares técnicos y el respaldo de los acuerdos jurídicos con la intervención de las instituciones establecidas³⁹.

El derecho internacional ambiental ofrece una experiencia aún más compleja en esta materia, no solo en cuanto a cumplir las funciones de creación de derecho, sino también de incorporar el apoyo científico y técnico, que por su propia esencia está en permanente evolución⁴⁰. La

elaboración de tratados y acuerdos formales con la participación de los órganos contemplados en el contexto del régimen pertinente ha facilitado en gran medida esta interacción. La utilización de acuerdos marco, complementados por protocolos y anexos, es otra experiencia exitosa, junto con el derecho de las partes a mantenerse al margen de algunos de dichos instrumentos si no están de acuerdo con su contenido.

Los regímenes internacionales económicos y medioambientales usualmente recomiendan la adopción de diversos tipos de decisiones a los órganos establecidos.

Un rasgo común de los regímenes internacionales económicos y medioambientales es que estos usualmente les encomiendan a los órganos establecidos la adopción de diversos tipos de decisiones, algunas de las cuales pueden tener excepcionalmente efectos vinculantes respecto de los Estados participantes. Sin embargo, se debe señalar que por lo general esta facultad se relaciona con materias que no afectan asuntos de importancia o involucran un mandato expreso para perfeccionar el derecho establecido por las partes. Las funciones

³⁷ Tietje, *supra* nota 4, en 43.

³⁸ Joseph Gold, "Strengthening the Soft International Law of Exchange Arrangements", *American Journal of International Law*, Vol. 77, 1983, en 443.

³⁹ Cynthia Crawford Lichtenstein, "Hard Law v. Soft Law: Unnecessary Dichotomy?", *The International Lawyer*, Vol. 35, 2001, 1433-1441.

⁴⁰ Brunnée, *supra* nota 35, en 10-14; Tietje, *supra* nota 4, en 50-53; P. M. Dupuy, "Soft Law and the International Law of the Environment", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 12, 1991, 420.

de toma de decisiones autónomas que sobrepasan dichos límites son bastante excepcionales. El caso de la Conferencia de las Partes en el Protocolo de Kyoto de la Convención sobre Cambio Climático se ha mencionado apropiadamente como ejemplo de dicha ampliación excepcional, pero incluso en este caso, el lenguaje utilizado es en cierta medida ambiguo y solo la práctica futura dirá cuánta autonomía están dispuestos a aceptar los Estados partes⁴¹. Debido a las delicadas materias de que trata este Protocolo, es bastante probable que los Estados partes del régimen mantengan bajo su estricto control cualquier desarrollo de este tipo.

LA LÍNEA DIVISORIA ENTRE EL CONSENTIMIENTO Y LO QUE VA MÁS ALLÁ

Todos estos avances son, por cierto, bastante necesarios y bienvenidos. El asunto, sin embargo, es dónde trazar la línea entre lo que podría considerarse razonablemente cubierto por el consentimiento y lo que va más allá de él. Es bastante cierto, como lo comentó Madame Bastid en la época en que el Institut de Droit International estudió por vez primera los acuerdos no vinculantes, que es prácticamente imposible, sino extremadamente difícil investigar la intención de los

autores de los textos⁴². Aunque Prosper Weil, también reconoce que no siempre es fácil establecer el límite, entre lo jurídico y lo prejurídico, señala que de todas maneras existe un umbral: a un lado de la línea, nace una obligación jurídica que puede servir de base al comparecer ante un tribunal o un árbitro, cuyo incumplimiento constituye un ilícito que da lugar a responsabilidad internacional; del otro, no hay nada que se le parezca⁴³.

No siempre es fácil establecer el límite entre lo jurídico y lo prejurídico.

El problema no es meramente académico, ya que a veces el nuevo instrumento ha tenido la intención de sustituir el consentimiento y desarrollar un enfoque que en esencia pretende establecer una función de creación de derecho relativamente autónoma. Si las funciones de creación del derecho han de ejercerse dentro de un marco normativo internacional acordado previamente, como sucede con numerosas organizaciones internacionales o con el “*traité cadre*” y los acuerdos marco mencionados anteriormente, puede decirse que esto es bastante razonable⁴⁴. Así sucede con los instrumentos que desarrollan, adaptan o aplican normas de

⁴¹ Brunnee, *supra* nota 35, at 10-11.

⁴² Institut de Droit International, “La distinction entre texts internationaux de portée juridique et texts internationaux dépourvus de portée juridique”, Rapport Provisoire du Professeur Michel Virally, *Annuaire de l’Institut de Droit International*, Vol. 60-I, 1983, en 182.

⁴³ Weil, *supra* nota 8, en 417-418.

⁴⁴ Oscar Schachter, “The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements”, *American Journal of International Law*, Vol. 71, 1977, 296-304.

derecho internacional acordadas. Pero estas no son tan autónomas, ya que dependen de que exista una norma jurídica previa y deben ceñirse a los límites fijados por ella. Distinta es, por supuesto, la situación en que el instrumento pretende crear normas de derecho internacional en y para sí mismo.

El consentimiento es el garante mismo de la legitimidad y del Estado de derecho en la comunidad internacional.

Desde el punto de vista jurídico, el problema consiste fundamentalmente en determinar si el consentimiento ha sido o no puesto a disposición, directamente o incluso indirectamente. Los tratados, al igual que los contratos, siempre han requerido una expresión del consentimiento. Se ha dicho con razón que el derecho internacional es muy exigente en lo que concierne a una modificación del derecho convencional, como lo demuestra inequívocamente la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados⁴⁵. Lo mismo vale para el principio fundamental del derecho internacional, *pacta sunt servanda*. Sin embargo, tal como se ha señalado, ello no ha sido un obstáculo para que los tratados y las funciones de creación de derecho se adapten a las realidades

cambiantes y a la necesidad de rapidez y eficiencia. Para justificar numerosos desarrollos adicionales que han surgido del instrumento original se ha invocado la noción misma de *pactum de contrahendo*, profundamente arraigada en el derecho internacional⁴⁶.

El consentimiento no es sólo un requisito formal y una salvaguarda de la soberanía, como ha solido decirse⁴⁷. Es el garante mismo de la legitimidad y del estado de derecho en la comunidad internacional, en la medida en que no haya otros medios para garantizar estos fines. Más aún, también es una garantía de que las decisiones o evolución posterior del derecho puedan ser aplicadas conforme al derecho internacional y nacional y puedan dar lugar a la responsabilidad internacional en casos de violación de las normas. Todo esto contribuye, por supuesto, al fin último de la eficiencia perseguida en primer lugar por esta evolución.

EL ROL DEL CUMPLIMIENTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Todavía queda una importante interrogante relativa a si el cumplimiento sólo se garantiza mediante sanciones y el cumplimiento forzado formal o si hay otras alternativas para lograrlo⁴⁸. Hay numerosas teorías de las relaciones internacio-

⁴⁵ Jean Salmon, "Changements et Droit International Public", *Nouveaux itinéraires en droit*, Hommage a François Rigaux, 1993, 427-442, en 431-433.

⁴⁶ Tietje, *supra* nota 4, en 47-48.

⁴⁷ Martti Koskenniemi, "The Politics of International Law", *European Journal of International Law*, Vol. 1, 1990, 4-32, en 14-20.

⁴⁸ Lichtenstein, *supra* nota 39, en 1435-1441.

nales que se pronuncian por esas alternativas, pero no muchas son suficientemente convincentes⁴⁹. Lo que sin duda es cierto es que los Estados que participan en regímenes internacionales caracterizados por un alto grado de cooperación tienen un fuerte incentivo para realizar las acciones emanadas de dicho régimen, y por consiguiente, el cumplimiento se aparta significativamente de las sanciones. La voluntad y el propósito de alcanzar con éxito los fines de esos regímenes es un poderoso incentivo para cumplir y cooperar realmente. Por ejemplo, esta realidad se destaca en el sistema del Tratado Antártico y cómo también en procedimiento para el caso de incumplimiento respecto del Protocolo de Montreal de 1987 en la Convención sobre la Capa de Ozono⁵⁰. Una experiencia muy interesante al respecto es la del Fondo Monetario Internacional. En efecto, la práctica de esta organización ha conducido a un creciente uso de la consulta y de la persuasión, en contraposición a las sanciones, a fin de promover el cumplimiento de las obligaciones contempladas en las normas pertinentes⁵¹.

Aunque este enfoque ha sido tratado como de *soft-law*⁵², en realidad, este se refiere a enfoques *soft* sobre el cumplimiento, nuevamente en contraposición al enfoque rígido que las sanciones suponen en principio. En cambio, la experiencia

de la Organización Mundial de Comercio ha sido objeto de críticas al respecto, ya que estaría rigidizando su posición orientada hacia las sanciones en el contexto de los nuevos procedimientos de resolución de controversias y del rol del Órgano de Apelación en este contexto⁵³.

El cumplimiento de una norma es independiente de su existencia.

Sin embargo, cabe señalar que aun en el contexto de dichos desarrollos, el consentimiento todavía se encuentra muy presente allí. Se podría incluir una flexibilización adicional en la expresión del consentimiento, pero no al punto de quebrantar el Estado de derecho fundamental de los tratados. Las normas jurídicas por lo general generan obligaciones vinculantes y por ello se considera que son las principales normas de derecho internacional que requieren alguna forma de consentimiento. Por otro lado, es un hecho que de acuerdo con el derecho internacional el cumplimiento de una norma es independiente y distinto de la existencia de la norma, y por esta razón esta última puede ser independiente de las sanciones y de la responsabilidad, razón por la cual las sanciones y la responsabilidad normalmente se clasifican como normas secundarias, que intervienen para remediar violaciones de las normas primarias.

⁴⁹ Abbott and Snidal, *supra* nota 4, en 427-433.

⁵⁰ Alan E. Boyle, "Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, 1999, 901-913, en 910.

⁵¹ Lichtenstein, *supra* nota 31, en 1436-1437.

⁵² Gold, *supra* nota 38.

⁵³ Lichtenstein, *supra* nota 39, en 1435-1436.

También se ha señalado correctamente que en todo caso la aplicación del derecho internacional, sea por medios colectivos o contramedidas o por un fallo internacional o nacional, no es uno de los elementos más sólidos del sistema jurídico internacional⁵⁴.

LOS LÍMITES DEL *SOFT-LAW*

A pesar del enorme grado de flexibilidad que se ha introducido en las manifestaciones del consentimiento y de la evolución experimentada por las funciones de creación de derecho, hay una escuela de pensamiento que cree que esto no basta para garantizar la adecuada y eficiente formación del derecho internacional en la comunidad internacional actual. Todavía se necesitaría otro tipo de instrumentos que pudieran facilitar los extraordinarios cambios que han alegado algunos de sus proponentes más entusiastas. Esta escuela, junto con una fuerte crítica de las fuentes del derecho internacional, defiende la necesidad de utilizar lo que ha llegado a conocerse como “*soft-law*”, “*droit mou*” o “*droit assourdi*”⁵⁵. La esencia de esta visión es que hay una especie de derecho no-vinculante en desarrollo, que de todas maneras tiene valor jurídico. Más aún, para algunos, parte

de este derecho puede ser vinculante aun cuando los Estados u otros sujetos no hayan otorgado su consentimiento. En definitiva, se estaría originando una función creadora de derecho, que es cada vez más autónoma de la voluntad de los Estados. La distinción clásica entre *lex lata* y *lex ferenda*, por ende, también se ha vuelto cada vez más imprecisa⁵⁶.

Los Estados son libres de contraer compromisos con la intención de quedar jurídicamente obligados o de celebrar acuerdos en que no haya dicha intención y consentimiento.

No cabe duda de que la formación del derecho internacional ha dejado de ser una tarea exclusiva de los tratados o del derecho consuetudinario, pues numerosos otros instrumentos y mecanismos pueden intervenir en la materia, particularmente las decisiones adoptadas por las organizaciones internacionales⁵⁷. Los Estados, por supuesto, tienen amplia libertad para contraer compromisos con la expresa intención y consentimiento de quedar jurídicamente obligados o celebrar otros acuerdos en que no haya dicha intención y consentimiento. En una sociedad internacional descentralizada, es tal vez inevi-

⁵⁴ Karl Zemanek, “Is the term ‘soft law’ convenient?”, *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern*, 1998, 843-862, en 847-856.

⁵⁵ Georges Abi-Saab, “Éloge du ‘Droit Assourdi’. Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain”, *Nouveaux Itinéraires*, *supra* nota 45, 59-68.

⁵⁶ Weil, *supra* nota 8, en 417.

⁵⁷ Boyle, *supra* nota 50, en 901; para un listado del ejercicio contemporáneo de *soft law* ver Fritz Münch: “La distinction entre texts internationaux de portée juridique et texts internationaux dépourvus de portée juridique. Etude exploratoire”, *Annuaire*, *supra* nota 42, en 307.

table que el *hard law* se acompañe de expresiones de *soft law*⁵⁸. El Acta Final de Helsinki, de 1975, se ha mencionado con frecuencia como ejemplo de instrumento en que los Estados declaran expresamente no estar vinculados, y al mismo tiempo declara su intención de prestarle la atención debida y de poner en ejecución las medidas allí acordadas⁵⁹.

La práctica de los Estados está utilizando cada vez varias formas de “acuerdos de caballeros”, declaraciones de política, actas finales, códigos de conducta y otros instrumentos⁶⁰. El nombre que se asigne a estos diversos instrumentos carece de importancia; lo que importa es la intención y el consentimiento que subyace a su formación.

Para explicar la preferencia de los instrumentos de *soft-law* por encima de los tratados y de los acuerdos formales se han invocado diversas razones. Algunas de ellas se relacionan con la agilización del proceso, ya que sería más fácil llegar a un acuerdo, modificar el instrumento y contar con evidencia más inmediata del consenso, que aquella emanada de los tratados sujetos a reservas y a la ratificación⁶¹. No obstante, que la demanda política de estos efectos va en aumento; también es cierto, como se ha señalado, que los tratados se han adaptado bien a la ne-

cesidad de rapidez. Ya nos referimos a las reservas y a la calificación del consenso y existe una fuerte tendencia a introducir cambios técnicos para facilitar la aprobación y la ratificación de los tratados. En consecuencia, las diferencias técnicas no deberían debilitar la naturaleza del instrumento.

Si no hay intención jurídica y consentimiento, el instrumento tendrá significado político.

Otras razones que se han invocado guardan relación con el hecho de evitar los procedimientos jurídicos nacionales e incluso de evitar la responsabilidad democrática⁶². Aunque más adelante se hará referencia al problema de los ordenamientos constitucionales y al grave peligro de que se prescinda del control democrático, hay que destacar que aquí se encuentra el mayor peligro para la garantía democrática del Estado de derecho en la comunidad internacional. Como lo señaló un autor, el sistema jurídico internacional se convierte así en el Leviatán, y el ejercicio pasa a ser “una estrategia para introducir opiniones autoritarias bajo un disfraz democrático”⁶³.

⁵⁸ Weil, *supra* nota 16, en 219.

⁵⁹ Peter H. Kooijmans, “Some Thoughts on the Relation between Extra-Legal Agreements and the Law-Creating Process”, in *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, Ensayos en honor a Krzysztof Skubiszewski, 1996, 425- 437, en 425-426.

⁶⁰ Para una enumeración de los diversos tipos de instrumentos de *soft law* ver Virally, *supra* nota 42, en 192.

⁶¹ Boyle, *supra* nota 50, en 902-903; C. Chinkin: “The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, 1989, 850.

⁶² Boyle, *supra* nota 50, en 903.

⁶³ Koskenniemi, *supra* nota 47, en 22.

Como ya se señaló, por difícil que sea establecer una línea divisoria entre lo jurídico y lo no jurídico, en la práctica dicha línea existe. Si hay intención jurídica y consentimiento, el instrumento producirá obligaciones vinculantes; si no la hay, en el mejor de los casos el instrumento tendrá un significado político. Los límites tradicionales entre lo jurídico y lo no jurídico han sido si el acto de que se trata crea derechos u obligaciones que puedan servir de base ante una corte o tribunal arbitral y si su violación genera responsabilidad internacional⁶⁴. A veces, se ha considerado útil distinguir entre normas, por el lado del *hard law*, y normas o principios, por el lado del *soft-law* más general⁶⁵, pero en realidad dicha distinción no separa claramente al efecto jurídico de los demás tipos de efectos.

La pregunta más difícil de responder es si los textos que se sitúan al otro lado de la línea pueden tener efectos jurídicos. Naturalmente, existe un efecto jurídico potencial en la medida en que el instrumento pueda estar expresando un determinado interés en el desarrollo del derecho o en la formación o evidencia de *opinion juris*, pero dichos efectos solo se

materializarán jurídicamente en el momento de su maduración, y no antes; Esto es lo que René-Jean Dupuy llamó apropiadamente “*le droit vert*”⁶⁶ y el profesor Virally denominó “*pré-droit*”⁶⁷. En algunas oportunidades la Corte Internacional de Justicia ha admitido resoluciones y declaraciones como evidencia de *opinio juris*⁶⁸, y la conocida resolución arbitral del profesor Dupuy en el Caso Texaco-Libia se basó en ellas⁶⁹, pero el resultado de estas distintas decisiones se basaba en el derecho consuetudinario ya creado y no en los aspectos “*pré-droit*” involucrados⁷⁰.

No puede admitirse fácilmente que los tratados puedan contener disposiciones no vinculantes.

Precisamente porque carecen de carácter jurídico, el incumplimiento de dichos instrumentos no vinculantes no conduce a la responsabilidad jurídica, a pesar de que las consecuencias políticas y económicas podrían ser diferentes y ocasionalmente mucho mayores⁷¹. Este tipo de instrumento también puede ser de ayu-

⁶⁴ Weil, *supra* nota 8, en 415.

⁶⁵ Boyle, *supra* nota 50, en 901-902.

⁶⁶ Abi-Saab, *supra* nota 55, en 65

⁶⁷ Virally, *supra* nota 42, en 242.

⁶⁸ Corte Internacional de Justicia, *The Nuclear Weapons Advisory Opinion*, 1996, ICJ Reports, en 14; Caso *Gabcikovo-Nagymaros Dam*, 1997, ICJ Reports, en 7, como lo analiza Boyle, *supra* nota 50, en 903-904.

⁶⁹ *Texaco Case*, resuelto por el árbitro único, Professor René-Jean Dupuy, *International Law Reports*, Vol. 53, 420-511 (fecha).

⁷⁰ Jan Klabbers, “The Redundancy of Soft Law”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 65, 1996, 167-182, en 172-174.

⁷¹ Weil, *supra* nota 8, at. 415; R. Baxter, “International Law in ‘Her Infinite Variety’”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol 29, 1980, 549.

da para la interpretación del derecho y de arreglos conexos, pero en tal caso tendrán más que nada un rol subsidiario⁷².

Los actos unilaterales de los Estados pueden cristalizar un compromiso jurídico si dan nacimiento a expectativas en favor de terceros.

Pese a que se han incluido muy sutilmente en el debate sobre el *soft law*, hay dos situaciones que no pueden admitirse fácilmente. La primera es la propuesta de que instrumentos de *soft law* pueden dar lugar a efectos jurídicos vinculantes, aunque no haya intención ni consentimiento. Esto equivaldría a establecer una legislatura internacional independiente y aún no conocida, que podría ser un desarrollo útil pero que solo es posible en la medida en que los acuerdos constitucionales así lo determinen en virtud de una autoridad específica. Si bien es cierto que actualmente esta propuesta es una exigencia excepcional, cada día que pasa hay alguna conferencia internacional de carácter amplio que pretende que sus conclusiones sean reconocidas como derecho, aun cuando su mandato y autoridad se hayan definido en términos generales y no se haya utilizado

ninguno de los mecanismos de creación de derecho aceptados.

Distinto es, por cierto, que el instrumento en cuestión refleje claramente la voluntad y la intención de las partes de establecer una obligación vinculante o, en todo caso, de otorgarle una interpretación común a una disposición determinada, ejemplo de lo cual es el Acta Final de la Conferencia que aprobó la Convención sobre la Conservación de los Recursos Marinos Vivos de la Antártica⁷³.

La segunda situación que no se puede admitir fácilmente y que es muy controvertida es la propuesta contraria, esto es, que los tratados puedan contener disposiciones no vinculantes. Destacados autores así lo han considerado⁷⁴, pero hay que tener en cuenta que solo vale para el caso de que las disposiciones sean vagas o indeterminadas y que, en consecuencia, difícilmente podría atribuírseles obligaciones reales. La Convención Marco sobre el Cambio Climático, de 1992, ha sido uno de los ejemplos invocados en este contexto⁷⁵. La opinión contraria, basada en la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados, consiste en que un tratado sólo puede incluir disposiciones de carácter jurídico⁷⁶. Muchos autores reconocen que es difícil encontrar respuesta

⁷² Zemanek, *supra* nota 54, en 860-861; Münch, citado en Virally, *supra* nota 42, *Rapport definitive*, en 343.

⁷³ Conferencia sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos Acta Final y texto de la Convención, Canberra, 7-20 Mayo 1980, *International Legal Materials*, Vol. 19, 1980, 837-859, como se discute en Francisco Orrego Vicuña, *Antarctic Mineral Exploitation. The Emerging Legal Framework*, 1988, en 145-155.

⁷⁴ Baxter, *supra* nota 71; Virally, *supra* nota 42; Boyle, *supra* nota 50, en 906.

⁷⁵ Boyle, *supra* nota 50, en 907.

⁷⁶ Weil, *Observations au rapport*, cit., *supra* nota 42, en 370.

en esta materia⁷⁷. En lo que se refiere a los tratados, el problema, entonces, es de interpretación y no guarda relación con la naturaleza misma del instrumento.

Los acuerdos jurídicos no pueden confundirse con acuerdos no vinculantes.

Al parecer, la solución a estos problemas nuevamente consiste en encontrar cuál es la verdadera intención de las partes y el contexto en que se celebró un acuerdo específico. La Corte Internacional de Justicia ha debido abocarse a establecer de qué lado de la línea se sitúa un acuerdo determinado. En el Caso de la Plataforma Continental del Mar Egeo, la Corte debió resolver sobre si un *joint communiqué* le daba a la Corte jurisdicción sobre una controversia y a la luz de la naturaleza del instrumento y de las circunstancias específicas del caso resolvió que esta no fue la intención de dicho instrumento en particular. La Corte agregó, sin embargo, que ninguna norma de derecho internacional impedía que un instrumento de esa naturaleza pudiera considerarse como acuerdo internacional que per-

mitiera un litigio a la resolución judicial o arbitral⁷⁸. El Caso de la Delimitación Marítima entre Qatar y Bahrein también examinó el problema de si un acuerdo para someter un litigio a resolución judicial era vinculante, y concluyó que pese a ello este no constituía el sometimiento mismo sino la expresión de una intención⁷⁹.

Distinguidos autores también han estudiado la cuestión de los efectos legales de los acuerdos no vinculantes. A continuación se mencionan algunos de los problemas planteados al respecto. El principio de la buena fe, principio básico del derecho internacional, rige la interpretación y el cumplimiento de ambas categorías de instrumentos⁸⁰. La posibilidad de que acuerdos políticos puedan influir en la operación del *estoppel*⁸¹, particularmente en la medida en que las partes en dichos acuerdos no podrán considerar que dichas materias corresponden a su discrecionalidad⁸². El concepto de que los acuerdos políticos no pueden por sí ser sometidos a resolución judicial, salvo como un hecho pertinente en un litigio separado o paralelo⁸³. La posible utilización del recurso para medidas no prohibidas por el derecho internacional con el fin de reparaciones o indemnización por daños surgidos del no cumplimiento de acuerdos

⁷⁷ Virally, *supra* nota 42, at 184, en referencia a M. Bindschedler, Mme. Bastid, Lachs, Sahovic and Zemanek.

⁷⁸ Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Plataforma Continental del Mar Egeo* (cita), como se analiza en Virally, *supra* nota 42, en 196-197

⁷⁹ Corte Internacional de Justicia, *Qatar Bahrain Maritime Delimitation Case*, 1994, *ICJ Reports*, 112.

⁸⁰ Kooijmans, *supra* nota 59, en 431.

⁸¹ Schachter, *supra* nota 44, en 301

⁸² Joseph Gold, *Interpretation: The IMF and International Law*, 1996, en 329, y analizado por Lichtenstein, *supra* nota 39, en 1439.

⁸³ Kooijmans, *supra* nota 59, en 432-433.

internacionales⁸⁴. Todas estas conclusiones apuntan hacia la existencia de una zona gris o un terreno sombrío en las relaciones entre el derecho y los desarrollos políticos examinados⁸⁵.

En las decisiones de organismos internacionales hay diferentes interacciones con el derecho.

LA TRANSFORMACIÓN EN DERECHO DE ACUERDOS JURÍDICAMENTE NO VINCULANTES

Estas interacciones son bastante naturales, pero ello no significa que los acuerdos jurídicos se puedan confundir con los acuerdos jurídicamente no vinculantes, y menos aún que los últimos puedan terminar convirtiéndose en obligaciones vinculantes salvo que se transformen en derecho o en una obligación vinculante conforme a derecho. Esta última situación no es infrecuente en el derecho internacional. Los actos unilaterales de los Estados, que son principalmente de carácter político, pueden cristalizar en un compromiso jurídico si dan nacimiento a ciertos derechos o expectativas en beneficio de terceros y así se ha establecido judicialmente. El caso de los Ensayos Nucleares ilustra esta situación⁸⁶. Pero

aquí nuevamente los efectos jurídicos generalmente se justificarán si se comprueba la existencia de una intención de quedar obligado por las declaraciones o instrumentos en cuestión.

En las decisiones de organismos internacionales también puede darse una variedad de situaciones en términos de su interacción con el derecho. La naturaleza jurídica de esas decisiones dependerá, por supuesto, del instrumento constitutivo de la organización. Cuando la autoridad para adoptar resoluciones o decisiones jurídicamente vinculantes ha sido delegada a esos organismos el resultado será claro⁸⁷. El problema radica, sin embargo, en la situación opuesta, cuando esa autoridad no existe o cuando ella ha sido expresamente limitada a la adopción de recomendaciones, como es el caso de la Asamblea General de las Naciones Unidas. No hay a duda que, al igual que los acuerdos políticos, esas resoluciones pueden influir en la formación tanto del derecho internacional convencional como del derecho consuetudinario, contribuir a la interpretación del derecho u ocasionalmente desarrollar el derecho anterior conforme al tratado constitutivo o en otras formas⁸⁸.

La influencia de las Directrices del Organismo Internacional de Energía Atómica en la Convención de 1986 sobre Notificación en Caso de Accidentes Nucleares, la influencia de las Directrices

⁸⁴ Virally, *supra* nota 42, Rapport définitif, en 356.

⁸⁵ Schachter, *supra* nota 44.

⁸⁶ Corte Internacional de Justicia: caso de los Ensayos Nucleares, 1974, *ICJ Reports*, p.267, par. 43.

⁸⁷ Julio A. Barberis, "Les resolutions des organizations internationales en tant que source du droit des gens", *Festschrift Rudolf Bernhardt*, 1995, 21-39.

⁸⁸ Schachter, *supra* nota 1, Capítulo VI, en 84-90.

sobre evaluación del impacto ambiental del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente en la Convención de 1991 de la Comisión Económica para Europa relativa a la evaluación del impacto ambiental en el contexto transfronterizo, o la incorporación por referencia de los estándares de la Organización Marítima Internacional en la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, de 1982, son todos ejemplos apropiadamente mencionados a propósito de esta interacción entre las decisiones de organizaciones internacionales y los tratados⁸⁹.

La cadena de interacciones no termina aquí, ya que en algunas ocasiones los principios definidos con carácter no vinculante en propuestas y declaraciones se incorporan posteriormente en convenciones internacionales, lo que no necesariamente significa que pierdan su carácter no vinculante. Una serie de principios que surgen de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, de 1992, tales como la equidad intergeneracional, las responsabilidades comunes pero diferenciadas, las medidas precautorias, se transformaron después en el artículo 3 de la Convención sobre Cambio Climático⁹⁰, poniendo nuevamente sobre el tapete el tema de las disposicio-

nes no vinculantes de los tratados internacionales.

El problema radica, sin embargo, en que las organizaciones internacionales han sabido llevar esto mucho más allá de los límites establecidos y han tratado de definir el derecho en forma autónoma. Para justificar la validez jurídica de esos desarrollos se han invocado la formación de la *opinio iuris* por el voto afirmativo de una amplia mayoría de Estados miembros y el concepto de costumbre instantánea. Sin embargo, hay que tener en cuenta que pocas veces los gobiernos otorgan su voto en esas reuniones generales sin tener la intención de comprometerse mediante obligaciones vinculantes⁹¹.

Los acuerdos no vinculantes se refieren casi exclusivamente a materias políticas.

El resultado convencional de algunas de estas resoluciones puede ser bastante exitoso, como fue el caso de la Declaración sobre el Espacio Ultraterrestre⁹², pero puede también ser bastante distinto, como ocurrió con la Declaración sobre los Fondos Marinos y su posterior transformación en la Convención sobre el Derecho del Mar y los acuerdos conexos⁹³, o

⁸⁹ Boyle, *supra* nota 50, en 904-906.

⁹⁰ Boyle, *supra* nota 50, en 907-908.

⁹¹ Schachter, *supra* nota 1, Capítulo VI, en 85-90.

⁹² Naciones Unidas, Declaración de los Principios Jurídicos que regulan las Actividades de los Estados en la Exploración y el Uso del Espacio Exterior, que incluyen a la Luna y otros Cuerpos Celestes, Resolución de la Asamblea General de 1962 (XVIII), 1963.

⁹³ Ver Resolución de la Asamblea General 2749 (XXV), 17 de diciembre, 1970, en comparación con la Convención sobre el Derecho del Mar Parte XI, 1982, y el Acuerdo de Implementación aprobado por Resolución AG 48/263, 28 de julio, 1994.

en algunos casos totalmente rechazados por eventos posteriores, como la Declaración sobre Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales y el Nuevo Orden Económico Internacional⁹⁴. Esto pone de relieve que, pese a una negociación cuidadosa y a un interminable proceso de redacción, muchas de estas resoluciones no pueden considerarse que reflejen *opinio iuris*, como suele sostenerse. Pese a que no es esta la oportunidad de discutir la cuestión del efecto de las resoluciones de mayoría en los Estados que se han opuesto a su adopción, o de las demás consecuencias de la ampliación del mandato legal del organismo, puede decirse que esta tendencia no ha contribuido a que la organización logre que se respeten sus funciones creadoras de derecho.

La naturaleza y efectos jurídicos de los acuerdos vinculantes son inequívocos.

Una evaluación de la situación de los acuerdos de *soft law* en el derecho internacional actual, y en las tendencias que pueden vislumbrarse para el futuro, confirma que, en general, el factor decisivo es la intención de las partes. La naturaleza y efectos jurídicos de los acuerdos vinculantes son inequívocos, aun cuando las sanciones, las contramedidas o el fa-

llo no puedan obtenerse fácilmente. Como se ha dicho, las reglas primarias pueden existir sin que sea necesario que haya normas secundarias. Además, hay acuerdos no vinculantes si los Estados así lo desean y su naturaleza es inequívoca en un aspecto central: no crean obligaciones para los Estados aun cuando de ellos pueden derivar algunos efectos jurídicos. En todo caso, estos efectos son secundarios o indirectos⁹⁵.

Además, hay que tener en cuenta que los acuerdos no vinculantes se refieren casi exclusivamente a materias políticas y no se utilizan respecto de inversiones o transacciones que involucran un elemento patrimonial⁹⁶, ya que estos naturalmente procurarán obtener la protección del derecho verdadero y su aplicación eficaz. Como se ha señalado, es un hecho que las sanciones y el cumplimiento judicial no explican del todo las diferencias entre los acuerdos vinculantes y los no vinculantes, ya que el incumplimiento de los últimos puede también dar lugar a contramedidas, sanciones políticas e incluso alguna forma de intervención judicial. Sin embargo, explican la diferencia clave, esto es, que las obligaciones siempre se apoyan en garantías jurídicas de cumplimiento, mientras que los demás compromisos no tendrán tal garantía. Esto explica por qué los acuerdos no vinculantes, pese a estar plenamente en práctica, ofrecen una limitada

⁹⁴ Ver Resolución 1803 (XVII), 14 de diciembre, 1962, en comparación con la Carta de Derechos y Obligaciones Económicas de los Estados, Resolución 3281(XXIX) 12 de diciembre de 1974.

⁹⁵ Abi-Saab, *supra* nota 55, en 68.

⁹⁶ Wilhelm Wengler, "Les Conventions 'non juridiques' comme nouvelle voie à côté des conventions en droit", *Nouveaux Itinéraires*, *supra* nota 45, 637-656, en 639.

experiencia judicial en los planos nacional e internacional⁹⁷.

Las complejidades jurídicas de la materia pueden investigarse *ad infinitum*, incluyendo la no tan inusual situación en que una de las partes entenderá que ha suscrito un acuerdo vinculante y la otra que el acuerdo es meramente práctico y no vinculante, y la cuestión conexa de si el registro es o no posible en esos casos.

En todo caso, es un hecho que los gobiernos, los jueces y los académicos conocen demasiado bien cuándo están en presencia del derecho internacional real o de algo que no lo es, a pesar de la forma que revista. Nuevamente aquí el factor clave será siempre el de la inten-

ción y el consentimiento de los Estados y los demás sujetos relevantes respecto de las normas y obligaciones vinculantes. Con su usual perspicacia, Sir Robert Jennings escribió en 1976 que “actualmente el peligro radica en que el derecho internacional puede quedar sumergido bajo el imperio de papel que emana de las reuniones de las delegaciones de los gobiernos”⁹⁸. El peligro todavía se encuentra allí, ya que en no pocas ocasiones el interés y la oportunidad política tratarán de presentar como derecho lo que no es derecho, pero mientras seamos capaces de distinguir el derecho de lo que es mero papel, el peligro estará bajo control.

⁹⁷ Klabbers, *supra* nota 70, en 172-177

⁹⁸ R. Y. Jennings, “The Discipline of International Law”, McNair Lecture, International Law Association Conference, 1976, en 632, como lo cita Schachter, *op. cit.*, *supra* nota 1, Capítulo V, en 79.