

CAPÍTULO CUARTO

LAS FUENTES NO INCLUIDAS EN EL ARTÍCULO 38-1

Como veremos en este capítulo, el tema de las fuentes del DI ha rebasado el estrecho marco del artículo 38-1. De un análisis de la práctica internacional nos daremos cuenta que la normatividad internacional es mucho más amplia, y nos lleva al gran cuestionamiento de ¿Qué es lo que le da obligatoriedad a esas nuevas formas de la práctica internacional?

Advertimos que en este trabajo no agotamos todas esas nuevas manifestaciones jurídicas que podemos considerar como fuentes del DI, pero si nos referimos a algunas de las más significativas y sobre las cuales la doctrina ha prestado atención.

I. CODIFICACIÓN Y DESARROLLO PROGRESIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL

En la historia del DI es perceptible una tendencia hacia su codificación. Ya en el siglo XVIII el jurista inglés Jeremy Bentham propuso una codificación del derecho consuetudinario. Esa tendencia se ha mantenido a lo largo de la historia del DI. Son notables los proyectos de codificación hechos por el IDI y la *International Law Association* y la *Harvard Research in International Law*.¹⁶⁸

A finales del siglo XIX y principios del XX, se adoptaron las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 relativas al derecho de

¹⁶⁸ Cuadra Moreno, Héctor, “Comentario”, en Avalos Vázquez, Roxana de Jesús, *op. cit.*, p. 7.

guerra y neutralidad. Esta misma tendencia, todavía en forma incipiente, se encuentra en la Conferencia de La Haya de 1930 sobre los mismos temas y, en este caso, patrocinada por la Liga de las Naciones.

Fue hasta el 11 de diciembre de 1946, cuando la AG dio pasos decididos hacia la creación, mediante la Resolución 94, del Comité para el Estudio del Desarrollo Progresivo del DI y su codificación. Con base en sus trabajos, el 21 de noviembre de 1947, la misma AG a través de la Resolución 174 (II), actuando al amparo del artículo 13 de la Carta de San Francisco, estableció la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) como punto culminante de esos intentos de codificación y de creación de normas por medio del desarrollo progresivo del DI.¹⁶⁹

La CDI actualmente se compone de 34 miembros que representan los principales sistemas legales del mundo y que no actúan en representación del Estado, sino en forma individual. La CDI tiene como objetivos principales la codificación y el desarrollo progresivo del DI. Muchos de los grandes tratados del siglo XX tuvieron su origen en los proyectos de la CDI. Entre ellos se pueden contar: las 4 convenciones de 1958 de Ginebra sobre derecho del mar; la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones Diplomáticas; Viena 69; la Convención de Viena de 1978 sobre la sucesión respecto de tratados.

A pesar de que muchos de estos proyectos no llegan a cristalizar en tratados internacionales, su contenido tiene una gran autoridad jurídica internacional y algunos internacionalistas los equiparan con las fuentes del DI a las que se refiere el artículo 38-1-c; es decir, como una categoría de trabajos de los publicistas

¹⁶⁹ Se recomienda un análisis detallado de la CDI en Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, *Estudios Avanzados de Derecho Internacional Público*, "Capítulo III. La Comisión de Derecho Internacional en el marco de la codificación, el desarrollo progresivo y sus grandes retos de cara al siglo XXI", México, UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2008, pp. 49-78.

más calificados.¹⁷⁰ Otros lo califican de *soft law* y no es para menos pues, como ejemplifica del Toro,¹⁷¹ el proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional ante la CDI fue un proceso que tomó casi 50 años y como relatores especiales se ocuparon de él juristas de gran relevancia en el siglo XX.

A diferencia de lo que sucede con la CIJ, en el caso de la CDI, sus conclusiones están fundamentadas en la doctrina, lo que les da una gran solidez teórica.

II. LOS ACUERDOS DE LOS ÓRGANOS INTERNOS (ACUERDOS EJECUTIVOS INTERNOS)

Aun antes de la intensificación del fenómeno de la globalización,¹⁷² las entidades estatales, diferentes a la del mismo Estado (municipios, cantones, estados de una federación, órganos descentralizados, etcétera), han venido realizando acuerdos con sus pares a nivel internacional, a los que se les ha denominado “acuerdos ejecutivos” (AE). Su regulación se le ha dejado al derecho interno y su grado de regulación depende del mismo. En algunos casos la

¹⁷⁰ Lauterpacht, Hersch, “Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission”, en Lauterpacht, E. (ed.), *International Law, Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, vol. 1: The General Works, 1970, p. 445.

¹⁷¹ Toro Huerta, Mauricio del, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VI, 2006, p. 541.

¹⁷² En efecto, Paulino Arellanes cita 5 causas del auge o incremento de las relaciones internacionales de los gobiernos locales a partir de cambios en el mundo:

“1. Por un lado, el fenómeno de la globalización... 2. el desarrollo del sistema económico global... 3. las regiones y ciudades ya no tienen un horizonte prefijado, ni establecido centralmente, sino que deben ser gestoras de su propio desarrollo, 4. el avance de los procesos de integración regional... 5. las agencias —y en particular la UE— comenzaron a tomar conciencia del papel activo que las ciudades y sus comunidades pueden tener en la cooperación internacional...”, Arellanes Jiménez, Paulino, *Los gobiernos locales de Europa y sus relaciones internacionales*, México, Gernika, 2014, pp. 8-11.

práctica va moldeando su regulación,¹⁷³ en otros, es la constitución la que lleva la batuta; en otras ocasiones se le deja al derecho secundario, es decir, a las leyes, quién decide el marco legal.¹⁷⁴ Pero no sólo las entidades estatales realizan este tipo de AE, también las organizaciones internacionales los practican;¹⁷⁵ inclusive, algunos juristas como John F. Murphy, a su vez apoyándose en Anne-Marie Slaughter, ven también este fenómeno y lo denominan *disaggregated state*, el cual pone énfasis en redes de instancias gubernamentales y judiciales de carácter horizontal que rompen con el monopolio del Estado en las relaciones internacionales.¹⁷⁶ Estas redes se tejen tomando como base jurídica los acuerdos que pueden o no tener un reconocimiento por el derecho interno.

¹⁷³ Para conocer cómo se regula en el derecho estadounidense véase Cruz Miramontes, Rodolfo, “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y las denominadas «Cartas paralelas»”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. I, 2001.

¹⁷⁴ Becerra Ramírez Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, 2a. ed., México, UNAM, 2012.

¹⁷⁵ La literatura sobre el tema, fundamentalmente en relaciones internacionales, es abundante, y sólo por mencionar algunos trabajos: Bontenbal, Marike y Lindert, Paul van, “Desarrollo local por el vehículo de la cooperación internacional municipal. Entendiendo las conexiones y el contexto desde una perspectiva translocal”, *Medio Ambiente y Urbanización*, vol. 76, núm. 1, abril de 2012, pp. 187-210; Coletti, Raffaella, “Cooperación transfronteriza y trayectorias de desarrollo: aprendizajes de la experiencia europea”, *Si Somos Americanos, Revista de Estudios Transfronterizos*, Santiago de Chile, vol. X, núm. 1, 2010, pp. 161-180; Téllez Duarte, Walfa Constanza, “La cooperación internacional descentralizada entre las colectividades locales y regionales: el ejemplo de los países de la Comunidad Andina de Naciones”, *Revista ODEON*, Bogotá, núm. 6, 2011, pp. 27-42; Huerto, María del, “Gobiernos locales y Mercosur: nuevos roles, estrategias y modalidades de gestión urbana en contextos de integración regional”, *Revista Territorios*, Bogotá, núm.8, 2002, pp. 13-37; así como, de la misma autora, “Las ciudades en el sistema de cooperación internacional. La cooperación descentralizada y el programa URB-AL de la Comisión Europea”, *Revista Territorios*, Bogotá, núms. 10-11, 2004, pp. 229-242; y Zeraoui, Zidane, “Diplomacia paralela y las relaciones internacionales de las regiones”, *Desafíos*, Bogotá, vol. III, núm. 1, enero-junio de 2011, pp. 59-96.

¹⁷⁶ Murphy, John F., *op. cit.*, pp. 40-43.

Estos AE están en una ambigüedad doctrinal en el DI, pues, por un lado, la doctrina los considera actos que no están sujetos al DI porque no trascienden al DI, pues sus sujetos no están reconocidos por la subjetividad internacional; y, por el otro, los ve como algo necesario¹⁷⁷ y más cuando la globalización ha intensificado la actividad de las instancias no estatales a nivel internacional, inclusive con OIs.

La misma jurisprudencia internacional es ambigua: por una parte, deja al derecho interno calificar sobre la autoridad para celebrar tales acuerdos, mientras que en otra sentencia manifiesta que sí se deben tomar en cuenta las limitaciones que pueda tener el Estado para celebrar ese tipo de acuerdos.¹⁷⁸

Por supuesto, el marco internacional no se encuentra en el derecho de los tratados, Viena 69 es muy clara cuando establece en su artículo 1o. que: “La presente Convención se aplica a los tratados entre Estados” e insistimos en que este tipo de acuerdos se celebran por órganos o entidades internas del Estado. El problema que puede presentarse sería cuando se reclame una violación o responsabilidad por incumplimiento. En esos casos, tememos que será el Estado el que debe de contestar.

¹⁷⁷ Yasuaki, Onuma, “International Law in and with International Politics: The Functions of International Law in International Society”, *European Journal of International Law*, vol. 14, núm. 1, febrero de 2003, p. 121.

¹⁷⁸ “La judicatura internacional ha tenido hasta ahora pocas ocasiones de ocuparse de la cuestión de la relevancia jurídico-internacional de las limitaciones que las constituciones imponen a los jefes de Estado. A pesar de ello, no nos ofrece una posición uniforme. El fallo del tribunal arbitral franco-suizo de 3 de agosto de 1912 en el caso de la interpretación del tratado de comercio franco-suizo de 29 de octubre de 1900, por ejemplo, dice que la autoridad parlamentaria prescrita por el derecho interno es irrelevante en DI. El mismo parecer encontramos en la sentencia arbitral de Max Huber de 1 de mayo de 1925 en el caso Río Martín. Por el contrario, la del presidente Cleveland de 24 de diciembre de 1886 afirma que las limitaciones estatales del *treaty-making power* han de tenerse en cuenta también en DI. Pero añade que cabe subsanar posteriormente los vicios que en la celebración del tratado se hayan producido”, Verdross, Alfred, *Derecho Internacional*, cit., p.147.

Sin embargo, siendo una necesidad de la sociedad internacional contemporánea la celebración de dichos acuerdos, no queda más que aceptarlos, y si nos preguntamos sobre cuál es su naturaleza jurídica y su regulación, la respuesta la deberemos buscar en cierta *opinio iuris* común o en el derecho consuetudinario.

Los Gentlemen's Agreement como fuente

Un fenómeno de las relaciones internacionales y que ya es objeto de atención en la doctrina de DI, es el de ciertos acuerdos denominados en inglés como *Gentlemen's Agreement* (GA) y que no están contemplados por el DI de los tratados, ni sus actores pretenden que lo sean. Son acuerdos interestatales, informales, pero que tienen la ambiciosa pretensión de que se cumplan, porque es la palabra de caballeros la que está en juego.

No merecerían la atención de la doctrina si no fuera porque los GA son muy numerosos en la práctica internacional y se ha cuestionado su valor jurídico. Pierre Michel Eisemann estudia el fenómeno de los GA y llega a interesantes conclusiones.¹⁷⁹ En principio, él observa que no hay una uniformidad en la doctrina, algunos internacionalistas como Paul Reuter definen a los GA como un compromiso a título personal de los diplomáticos que no obliga a sus gobiernos.¹⁸⁰

De acuerdo a Eisemann, los GA se pueden clasificar en tres tipos:

- 1) Los GA *strictu sensu* o los acuerdos políticos informales.
- 2) Los GA interpretativos o acuerdos informales supletorios.
- 3) Los GA o acuerdos informales normativos.

¹⁷⁹ Eisemann, Pierre-Michel, "Les Gentlemen's agreements comme source du droit international", *Journal du Droit International*, París, vol. 106, núm. 2, abril-mayo-junio de 1979, pp. 326- 348.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 329.

- 1) Los GA *strictu sensu*. Para ejemplificarlos, Eisemann presenta el caso de la Declaración Franco-Anglo Americana del 26 de septiembre de 1936, sobre el alineamiento de las monedas; contiene un número concreto de afirmaciones de principios relativos a la política económica internacional. Esta declaración se hace a nombre de los tres gobiernos.
- 2) Los GA interpretativos. Su función es permitir el desbloqueo de una situación determinada con anticipación, en otras palabras, es el comportamiento de las partes en el cuadro de una estructura preexistente. Por ejemplo, el Acuerdo de Londres de 1946 estableció un plan de repartición de sitios no permanentes del Consejo de Seguridad (CS). En virtud de este acuerdo los miembros permanentes se comprometieron a sostener la candidatura de los países presentados por los Estados de las cinco regiones más importantes del mundo.
- 3) Los GA informales normativos. Mediante ellos se establece un marco normativo que regula a los Estados. El ejemplo que da Eisemann es el Acta Final de la Conferencia Sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa de Helsinki del 1 de agosto de 1975.

Sobre la naturaleza jurídica de los GA, Eisemann, después de recurrir al análisis de la convención de Viena 69 sobre el derecho de los tratados, sobre todo de la expresión “regido por el derecho internacional” que se encuentra en la definición de tratados, opina que, si bien los GA no son tratados, si pudieran estar regidos por el DI y, en caso de incumplimiento, tendrían una consecuencia jurídica en forma indirecta por la vía de los actos unilaterales; por ejemplo, el *estoppel* podría traer la obligación de su cumplimiento.

Consideramos que la discusión sobre la naturaleza jurídica de los GA debe terminar si partimos del análisis de cada uno de ellos, pues no es lo mismo el acuerdo de las grandes potencias para determinar quién ocupa un lugar en el CS que el referen-

te al Acta Final de Helsinki. Dependiendo de cada uno de estos GA, podemos determinar su naturaleza jurídica y si tienen o no consecuencias jurídicas; por ejemplo, pueden ser actos unilaterales o punto de partida de la costumbre internacional. Sin embargo, en principio, estos GA son meros acuerdos morales.

III. LAS RESOLUCIONES DE LOS ORGANISMOS ESPECIALIZADOS

De un análisis detallado de los estatutos de creación de diferentes OIs, podemos determinar que estos dictan resoluciones de varios tipos y algunas de ellas son jurídicamente obligatorias. Por ejemplo, está el caso de la vigilancia que ejercen los organismos financieros internacionales sobre los Estados deudores. Para algunos, ésta es una función de carácter regulatorio o jurisdiccional¹⁸¹ que tiene un gran impacto en el ámbito interno de los Estados. Es conocido el condicionamiento del comportamiento de derecho interno que, mediante las “cartas de intención”, los organismos financieros internacionales ejercen sobre los Estados que contraen un crédito. La calificación que se le puede dar a ese tipo de condicionamientos de “justos”, “adecuados” o “necesarios”, es ocioso; lo más importante es que, *de facto*, esos actos son productores de obligaciones y derechos, es decir, se manifiestan como normas jurídicas de DI.

¹⁸¹ Por ejemplo, se afirma que “La vigilancia es una función normativa o jurisdiccional, que tradicionalmente se ha enfocado en la evaluación de las disposiciones de cambio, el tipo de cambio y el balance de pagos. La vigilancia supone un juicio por parte del fondo, y con cualquier juicio siempre está involucrado un grado de discreción. En el caso de la vigilancia, el ejercicio de la «sentencia» es particularmente complejo, debido a la interconexión entre la política de economía nacional y extranjera, la interdependencia entre países y las consecuencias políticas y sociales de algunas decisiones económicas delicadas” (traducción de Mónica Nuño), Lastra, Rosa María, “The International Monetary Fund in Historical Perspective”, *Journal of International Economic Law*, vol. 3, núm. 3, septiembre de 2000, p. 515.

El Banco Mundial (BM) consigue muchos de sus objetivos en relación con sus reportes económicos, por la vía de recomendaciones que se consideran confidenciales. De esta manera, los “acuerdos de préstamo” que realiza el BM —que son los actos formales y fundamentales— no tienen nada que ver con los cambios, que suelen ser muy trascendentes, que sufre el Estado en cuestión producidos por la vía de las recomendaciones informales del BM que se mantienen ocultas bajo el velo de la confidencialidad.

Las operaciones stand by del Fondo Monetario Internacional

El caso de algunas operaciones financieras del Fondo Monetario Internacional (FMI) es paradigmático. Los objetivos y fines del FMI, de acuerdo con el artículo 1o. de su Convenio Constitutivo, son, entre otros: “1. Fomentar la cooperación monetaria internacional por medio de una institución permanente que sirva de mecanismo de consulta y colaboración en cuestiones monetarias internacionales”, y “5. Infundir confianza a los países miembros poniendo a su disposición temporalmente y con las garantías adecuadas los recursos generales del Fondo, dándoles así oportunidad de que corrijan los desequilibrios de sus balanzas de pagos sin recurrir a medidas perniciosas para la prosperidad nacional o internacional”.

Para el cumplimiento de sus objetivos el FMI otorga recursos a los Estados de acuerdo con ciertas reglas. Los recursos del Fondo se otorgan mediante operaciones que se denominan *stand by*, que están fundamentadas en el artículo 1-5 y definidas en el artículo XXX-b:

Por acuerdo de derecho de giro [acuerdo “stand by”] se entiende una decisión del Fondo mediante la cual se asegura a un país miembro que podrá efectuar compras con cargo a la Cuenta de Recursos Generales de conformidad con los términos de la decisión durante un plazo determinado y hasta una suma específica.

Veamos brevemente cómo funciona, cuál es el procedimiento de las operaciones *stand by*. El Directorio Ejecutivo del fondo es el que se encarga de aprobarlas; para hacerlo, le pide al Estado miembro un programa económico que esté comprendido en una *letter of intent* (carta de intención) enviada al FMI y firmada por el ministro de hacienda respectivo o por el presidente del Banco Central, en la cual se expresa que forma parte de la operación *stand by*.

Estas cartas de intención son importantes, en ellas se contienen las “condiciones” bajo las cuales el FMI otorga su operación *stand by*. Precisamente la condicionalidad es una característica fundamental de dicha operación;¹⁸² este tipo de operación contiene “cláusulas de cumplimiento” en las que se establecen los mecanismos de conducta a seguir por los países miembros.

Para la doctrina, una operación *stand by* “no da origen a una relación contractual entre el país miembro y el FMI”, sino “solo significa que hay una decisión del fondo de asegurar la disponibilidad de recursos para el país requirente, tal como se desprende del artículo XXX-b”.¹⁸³ Esta idea se confirma con la decisión del Directorio Ejecutivo de fecha 2 de marzo de 1979, que establece: “las operaciones *stand by* no son contratos o acuerdos internacionales, de manera tal que en su lenguaje debe evitarse una connotación contractual”.

Aquí surgen varias preguntas: ¿por qué no son contratos?, ¿a quién le corresponde la decisión de determinar si son o no son contratos? En realidad, está fuera de la lógica jurídica afirmar, simplemente, que no lo son porque así lo deciden el FMI y el Estado miembro. Con esto se busca evadir el lenguaje y en sí, concretamente, la relación contractual o de derecho convencional internacional que les corresponde. Tal parece que las operaciones *stand by* operan como un mero contrato de adhesión, como sucede

¹⁸² Veloso Barraza, Francisco Javier, “Aspectos legales de las operaciones «stand by» con el Fondo Monetario Internacional”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 17, núm. 3, septiembre-diciembre de 1990, pp. 467-481.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 478.

en el derecho interno cuando se trata de las operaciones financieras de los individuos con los bancos.

Esas cartas de intención contienen una serie de políticas económicas que se obliga cumplir el Estado que las suscribe. Si bien es cierto que las operaciones *stand by* están hechas en un marco normativo que es el convenio constitutivo del FMI y que los Estados aceptan cuando ingresan como miembros, no es posible que no tengan ningún elemento de control ni nacional (no se consideran tratados) ni internacional (no se aplica del DI de los tratados).

Las operaciones de *stand by*, con sus elementos operativos, cartas de intención y los criterios de ejecución, son verdaderos actos jurídicos consensuales que establecen derechos y obligaciones recíprocamente, entre otras, la venta y cumplimiento de políticas económicas. Son verdaderas obligaciones que establecen sanciones para el Estado miembro que no las cumpla: inelegibilidad, suspensión del derecho del país para comprar moneda extranjera y la rescisión de una operación *stand by*, entre otras.

- Como señalamos anteriormente, en el derecho de los tratados internacionales contenido en Viena 69, en su artículo 2o., un tratado se define como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el DI, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y *cualquiera que sea su denominación particular*” (las cursivas son nuestras).
- En consecuencia, el hecho de que el Directorio Ejecutivo del FMI haya decidido que no son contratos o acuerdos internacionales no es suficiente porque son actos jurídicos internos que en principio no tienen un elemento de aceptación por los Estados miembros. Las cartas de intención no son declaraciones de política económica “imprecisas” ya que son tan concretas como la aplicación de políticas económicas que se pueden traducir en la reducción del aparato del Estado o en la privatización, que son políticas muy concretas y relevantes.

- En realidad, son actos ejecutivos de los OIs muy parecidos a los contratos de adhesión que existen en derecho interno, pero son fuente indiscutible de obligaciones para los Estados. Enviar a un limbo jurídico estos actos no beneficia en nada ni a la teoría, ni a la práctica, porque crea una cortina de humo que elimina la transparencia y no permite el control de los gobiernos y organismos financieros internacionales en la realización de este tipo de actos.

IV. LOS ACTOS UNILATERALES

La doctrina de DI sólo en los últimos tiempos ha puesto atención en el fenómeno jurídico internacional de los actos unilaterales¹⁸⁴ (AU), a partir de que de ellos se ha ocupado la jurisprudencia internacional.¹⁸⁵

El concepto doctrinal de AU aparece en la década de los setenta, con el trabajo doctoral de Eric Suy,¹⁸⁶ trabajo seminal en esta materia. Por aquella época, el jurista G. Venturini, en su curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya del año de 1964, se refirió a lo que él llamó los efectos de los actos unilaterales de los Estados¹⁸⁷ y realizó un estudio de las instituciones, entre otras, de la de origen anglosajón denominada *estoppel*, además de la aquiescencia y el silencio.

¹⁸⁴ Ver, por ejemplo Thirlway, Hugh, *op. cit.*, p.139.

¹⁸⁵ Véanse las decisiones de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 1933 en el caso sobre Groenlandia Oriental; sobre los ensayos nucleares, dictada por la Corte Internacional de Justicia en 1974; sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua de 1986, y la controversia fronteriza de Burkina Faso *vs.* Mali, de la misma Corte Internacional de Justicia, de 1986.

¹⁸⁶ Suy, Eric, “Les actes juridiques unilatéraux en droit international public”, *Librairie Générale de Droit et Jurisprudence*, París, 1962.

¹⁸⁷ Venturini, G., “The Scope and Legal Effects of the Behaviour and Unilateral Acts of States”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Leiden, vol. 112, 1964, pp. 367-467.

Conforme han pasado los años, se ha venido construyendo una doctrina vigorosa que le da carta de naturalización a estos AU.¹⁸⁸ Algunos doctrinarios consideran que ellos “...constituyen una fuente de obligación internacional auténtica e independiente de cualquier otro modo de formación normativa internacional, ya que encuentran su fundamento como fuente de obligación autónoma en principios generales del derecho”.¹⁸⁹ Y otros, como Zemanek, contestando a los detractores —que los hay— de la naturaleza jurídica de los actos unilaterales, observa que la postura dogmática de que éstos son posiblemente una fuente de derecho y obligaciones internacionales, pero no una fuente de DI, no ayuda en nada.¹⁹⁰

A este movimiento doctrinal le ha acompañado la jurisprudencia internacional que ya se ha referido a los AU y finalmente ha sido trascendente que la CDI lo haya puesto en su agenda en el año de 1997,¹⁹¹ y haya nombrado a un relator especial, al jurista Víctor Rodríguez Cedeño.¹⁹²

1. *Concepto y requisitos de los actos unilaterales*

Pero, ¿qué se entiende por AU? En el proyecto de la CDI se da una definición: “una manifestación de voluntad inequívoca

¹⁸⁸ Degan, Vladimir-Djuro, “Unilateral Act as a Source of Particular International Law”, *Finnish Yearbook of International Law*, Helsinki, vol. 5, 1994, pp. 149-266.

¹⁸⁹ Naime S. Henkel, Mónica Yamel, “El final de la espiral del caos: la regulación de los actos jurídicos unilaterales de los Estados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, p. 634.

¹⁹⁰ Zemanek, Karl, “The Legal Foundations of the International System. General Course on Public International Law”, *Recueil des Cours*, vol. 266, 1997, p. 134.

¹⁹¹ Guerrero Peniche, Nicolás y Rodríguez Cedeño, Víctor, “Los actos unilaterales de los Estados en derecho internacional: los trabajos de codificación en la Comisión de Derecho Internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. III, 2003, pp. 195-223.

¹⁹² El documento se puede consultar en *ibidem*, pp. 221-223.

del Estado, formulada con la intención de producir efectos jurídicos en sus relaciones con uno o varios Estados o una o varias organizaciones internacionales y que es del conocimiento de ese Estado o de esa organización internacional”.¹⁹³

De acuerdo con lo anterior, consideramos que el acto jurídico unilateral es una manifestación del Estado, en forma escrita u oral, hecha por persona u órgano autorizado y cuya intención es quedar vinculado por tal acto. Cuando hablamos de actos unilaterales no sólo nos referimos a los del Estado, sino también a los actos de autoridad de los órganos internacionales que algunos consideran que derivan del tratado constitutivo. Sin embargo, esto no es de todo convincente ya que, como observa Zemanek, “las fuentes de las decisiones de autoridad pueden basarse en «práctica establecida» que son reglas de la organización”.¹⁹⁴

Si se reconoce como fuente independiente, aparte de las que ya estaban previamente reconocidas, ayuda más a la comprensión y al estudio de estas fuentes que tratar de encontrarle explicación a través de fuentes que ya han probado sus limitaciones.

Mónica Naime, en su trabajo sobre los actos unilaterales, ha avanzado en la estructuración de los AU señalando varios requisitos que deben cumplir para que tengan validez:¹⁹⁵

- Sujeto apropiado, es decir, que el AU sea emitido por persona —y nosotros consideramos que por autoridad— capaz de comprometer al Estado en asuntos internacionales.
- Objeto apropiado; que recaiga en objeto lícito tanto física como jurídicamente hablando.
- Intención requerida; debe existir “el deseo de imponerse una conducta jurídicamente obligatoria” y que “la in-

¹⁹³ Artículo 1o. del proyecto de la CDI.

¹⁹⁴ Zemanek, Karl, *op. cit.*, p. 136.

¹⁹⁵ Naime, S. Henkel, Mónica Yamel, *op. cit.*, p. 639.

tención debe ser manifestada claramente para que tenga eficacia jurídica, ya que no se puede presumir una limitación a la soberanía estatal, aunque su fuente sea unilateral”.

- Forma y publicidad; en eso no hay regla, “no importa si se hace de modo escrito y oral”.

2. ¿Cuáles son los actos unilaterales?

Hay una controversia respecto de cuáles serían ejemplos de AU. Para algunos el *estoppel* es uno de ellos; pero para otros no (Murphy y Henkel), porque es un principio general del derecho, porque es una norma procesal (*rule of evidence*) y “porque el origen de la obligación está en diferentes lugares”; para el *estoppel* está en la confianza de un tercero y para el acto unilateral “es la intención del autor”.¹⁹⁶

Desde la perspectiva del jurista español Decourt García, el *estoppel*

...es aquel principio sustantivo de DI general en virtud del cual un Estado, cuando adopta una determinada «actitud» y con ella da lugar a que otro Estado, basándose en la buena fe de tal actitud, modifica una suya o adopta una nueva, queda imposibilitado para alegar o someter a prueba en contrario dicha actitud a los hechos o situaciones que con la misma reconoció.¹⁹⁷

De acuerdo con esta definición, el *estoppel* se define por sus efectos:

- Un efecto probatorio (de la actitud primaria de la parte *estopped*).

¹⁹⁶ *Idem*.

¹⁹⁷ Pecourt García, Enrique, “El principio del *estoppel* en derecho internacional público”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, vol. XV, núms. 1-2, 1962, p. 117.

- Un efecto “obstaculizante” (impidiendo la validez o efectividad de las alegaciones hechas en contra de los propios actos o declaraciones).
- Un efecto confirmativo (reconociendo, al menos inter partes, la validez de la actitud secundaria).¹⁹⁸

Para algunos, tampoco la aquiescencia y el silencio son considerados como actos unilaterales ya que “implican un acuerdo de voluntades, derivadas del consentimiento tácito, insertándose en un marco convencional y no unilateral”.¹⁹⁹ Consideramos que ésta no es una argumentación sólida pues la naturaleza del derecho es que para que tenga validez debe estar inserta en un grupo; los actos unilaterales no existen *per se*, sin que alguien esté enfrente. Esperar a que el acto unilateral sea puro, es hablar de otra cosa que no es derecho, sería hablar de Robinson Crusoe en su isla.

La aquiescencia es una actitud puramente pasiva de un Estado *vis-à-vis* en una situación determinada, en circunstancias que exigirían, en general, una reacción de su parte;²⁰⁰ en cambio, el silencio que, de acuerdo con la legalidad, trae por consecuencia el consentimiento. En realidad no existe una diferencia clara, si es que la hay. Medir la falta de reacción frente al silencio es difícil; para hacerlo se necesitaría hurgar en la psique del Estado.

3. *Jurisprudencia y actos unilaterales*

También se comprenden dentro de los AU las declaraciones unilaterales que pueden expresarse en forma oral o escrita. En la jurisprudencia internacional el caso más significativo hasta ahora es el de Easter Greenland, en el cual el Ministro de Asuntos Ex-

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 135.

¹⁹⁹ Naime, S. Henkel, Mónica Yamel, *op. cit.*, p. 639.

²⁰⁰ Venturini, G., *op. cit.*, p. 374.

teriores de Noruega, M. Ihlen, al principio hizo una declaración oral y después la pasó por escrito y la inicializó, aconsejando al ministro danés de Asuntos Exteriores que “los planes del Gobierno Real Danés respecto de la soberanía danesa sobre la totalidad de Greenland... se encontrarían sin problemas por parte de Noruega”.²⁰¹

Esta declaración fue considerada por la CPJI como obligatoria para Noruega, por lo que declaró que las acciones de Noruega para ocupar parte de Greenland eran ilegales e inválidas.²⁰²

Para algunos autores, como Murphy, la base de la obligación de los actos unilaterales se encuentra en el principio de buena fe, así como la misma *pacta sunt servanda*.²⁰³

También refiriéndose a los actos unilaterales, es muy citada la resolución sobre los casos de la prueba nuclear entre Australia *vs.* Francia y Nueva Zelanda *vs.* Francia, en los cuales se demandaba el carácter jurídicamente vinculatorio de un *comunicqué* del gobierno francés sobre la suspensión de ensayos nucleares.²⁰⁴

La CIJ dictó la sentencia que, igual para los dos casos y en dos memorables fragmentos (43 y 44), reconoció el carácter vinculante de los actos unilaterales, siempre y cuando se den públicamente “y con la intención de obligarse”.²⁰⁵

²⁰¹ “Los planes del gobierno real danés respecto de la soberanía danesa sobre toda Groenlandia... no tendría dificultad por parte de Noruega” (traducción de Mónica Nuño, tomado de Murphy, John F., *op. cit.*, p. 30.

²⁰² “Ilegal e inválido” (traducción de Mónica Nuño), *idem*.

²⁰³ *Ibidem*, p. 32.

²⁰⁴ Test cases, ICJ Report, 1974 (Australia *vs.* France), ICJ Report, 1974 (New Zeland *vs.* France).

²⁰⁵ “43. Es ampliamente reconocido que las declaraciones hechas vía de los actos unilaterales, relativas a situaciones legales o fácticas, pueden tener el efecto de crear obligaciones legales. Declaraciones de este tipo pueden ser, y frecuentemente lo son, muy específicas.

Cuando la intención del Estado que hace la declaración es que debería convertirse en obligatoria de acuerdo con sus términos, tal intención confiere a la declaración el carácter de compromiso jurídico y partir de entonces el Estado tiene la obligación legal de seguir una línea de conducta coherente con dicha declaración.

Por otra parte, hablando de consentimiento, en materia jurisprudencial es muy conocida la sentencia de la CIJ en el caso del Templo Preah Vihear. En este caso se demandaba que Camboya, y no Tailandia, tenía soberanía sobre el Templo de Preah Vihear y que Tailandia debería quitar sus guardias armados y otras personas puestas en el Templo desde el año de 1954 y regresar las esculturas y otros objetos tomados de él.

En el año de 1904 las fronteras entre Camboya (entonces protectorado de Francia) y Tailandia (entonces Siam), en el área salvaje, remota y poco poblada de Preah Vihear, fueron determinadas por un tratado entre Francia y Siam. El tratado establecía que la frontera seguía la línea del parte aguas y estableció que los detalles deberían ser fijados por la Comisión Mixta Franco-Siamés. Se realizaron trabajos técnicos por expertos, con base en los cuales se elaboró un mapa que claramente localizó el templo en Camboya.

El mapa nunca se aprobó por la Comisión, la cual no se volvió a reunir otra vez después de la elaboración de dicho mapa. Camboya dependía del mapa. Tailandia argumentó, *inter alia*, que el mapa contenía un error material ya que no seguía la línea del parte aguas como lo indicaba el tratado. Sin embargo,

Una empresa de este tipo es vinculante, si se da públicamente, y con la intención de obligarse, a pesar de que no se hizo en el contexto de la negociación internacional. En estas circunstancias, no hay nada en la naturaleza de un *quid pro quo*, ni ninguna posterior aceptación de la declaración que tenga efecto ya que tal requerimiento sería incompatible con el carácter estrictamente unilateral del acto jurídico por el cual se hizo el pronunciamiento por parte del Estado.

44. Cuando es la intención del Estado que hace la declaración que debería llegar a ser obligatoria de acuerdo a sus términos, dicha intención confiere a la declaración el carácter de un compromiso jurídico del Estado, el cual, de aquí en adelante, está legalmente obligado a seguir una línea de conducta coherente con tal declaración. Un compromiso de este tipo, si se otorga con la intención de obligarse... es vinculante... por supuesto, no todos los actos unilaterales implican obligación, pero un Estado puede optar por asumir cierta posición en relación con un asunto en particular, con la intención de verse obligado” (traducción del autor), Test cases, ICJ Report, *idem*.

la CIJ argumentó que, a pesar de ésto, los siameses y después Tailandia habían recibido y aceptado el mapa y que no se podía invocar error si las mismas autoridades de la Comisión de Límites tenían acceso a él.²⁰⁶

V. LAS RESOLUCIONES DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

Una de las características más sobresalientes de la evolución del DI durante el siglo XX es, sin duda, el desarrollo impresionante de la organización internacional con la aparición de innumerables organizaciones internacionales, empezando por la Sociedad de Naciones en el año de 1919; hasta contar en la actualidad con una estructura abundante y bastante compleja de organizaciones internacionales de carácter universal y regional.

Este es otro ejemplo de cómo el artículo 38-1 del ECIJ ha quedado totalmente sobrepasado por la realidad internacional, ya que cuando se gestó esta disposición jurídica las organizaciones internacionales eran un fenómeno desconocido; ni siquiera se previó que, como sucede actualmente, esas organizaciones iban a dictar una infinidad de resoluciones tan diferentes en cuanto a su contenido y su impacto en la actividad de los Estados.

Aunque la doctrina de DI se ha centrado en la discusión sobre la naturaleza jurídica de las resoluciones de la AG, se puede

²⁰⁶ La Corte Internacional de Justicia desechó el argumento de Tailandia de la siguiente manera: “Es una regla establecida de derecho internacional que la invocación de un error no puede ser permitido como un elemento que vicie el consentimiento si la parte que lo invoca contribuyó, con su propia conducta, al error, o pudo haberlo evitado, o si las circunstancias fueron tales que pusieron a la parte en conocimiento de un posible error. La Corte considera que el carácter y las cualificaciones de las personas que vieron el mapa del anexo I en el lado siamés dificultaría, por sí solo, que Tailandia alegara un error de derecho. Estas personas incluyeron a los miembros de la misma Comisión de Límites...” (traducción del autor), Harris, D. J., *op. cit.*, p. 830.

extender a otro tipo de resoluciones en donde la doctrina predominante (europea-estadounidense) no objeta con tanta vehemencia (lo cual es sospechoso) la naturaleza de las resoluciones, por ejemplo, del CS y de los organismos especializados que forman parte del sistema de la ONU.

Esta situación tiene una gran trascendencia no solamente teórica sino también práctica en cuanto a que muchas de estas resoluciones no solamente establecen situaciones jurídicas abstractas y generales para los Estados miembros, sino además obligaciones concretas para algunos de ellos; de donde surge inmediatamente un cuestionamiento: ¿cuál es la fuente jurídica de esas obligaciones?

La respuesta fácil es que al acceder al tratado que da origen a la OI específica que dictó la resolución, también, al mismo tiempo, el Estado miembro aceptó someterse a las resoluciones que dicte. Sin embargo, esa respuesta no es suficiente para un Estado que se ve afectado por la resolución que puede ser dictada *ultra vires* y en un sistema de carácter vertical (en cuanto a las resoluciones que se dictan) y, al mismo tiempo, de carácter horizontal, en el que no existen medios de defensa en contra de este tipo de resoluciones, por los daños que se le ocasionen.

Por otra parte, tenemos los actos de autoridad de los órganos internacionales que algunos consideran que derivan del tratado constitutivo que los origina. Sin embargo, esto no es del todo convincente ya que, como lo observa Zemanek, las fuentes de las decisiones de autoridad pueden basarse en “prácticas establecidas que son «reglas de la organización»”.²⁰⁷

Ya lo señalamos previamente, nosotros consideramos que si se reconocieran como fuentes independientes, aparte de las que ya están previamente reconocidas, ayudaría más a la comprensión y al estudio de estas fuentes, que tratar de encontrarles explicación a través de otras fuentes que ya han probado sus limitaciones, como por ejemplo la costumbre.

²⁰⁷ Zemanek, Karl, *op. cit.*, p. 136.

1. *Las resoluciones de la Asamblea General*

Durante la conferencia fundacional de la ONU en San Francisco, se presentó una propuesta de la delegación de Filipinas para que a la AG se le concedieran poderes de creación de derecho. La propuesta fue desechada, por lo que queda claro, al menos al principio, que no hubo acuerdo para concederle poderes de creación de leyes a la AG.²⁰⁸

Sin embargo, la práctica internacional de la AG que se ha envuelto en una labor bastante febril de proyectar, discutir y aprobar resoluciones, algunas de las cuales han tenido un gran impacto entre los Estados de la comunidad internacional, ha puesto en entredicho esta afirmación original de que no son jurídicamente obligatorias.

En un tiempo, la doctrina de DI se enfrascó en una discusión bastante amplia sobre la naturaleza jurídica de las resoluciones de los OIs. La discusión no es solamente teórica, sino que refleja la práctica internacional. Muchas de las resoluciones de la AG fueron promovidas o inspiradas por los países subdesarrollados —por ejemplo la resolución que adopta la olvidada Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados— y la doctrina que predominó fue considerar que no eran obligatorias en virtud de su origen. La Carta de San Francisco no reconocía a la AG capacidad de dictar resoluciones obligatorias.

Una opinión doctrinal bastante influyente es la de Krzysztof Skubiszewski, expresada en un reporte para el Institut de Droit International, que se basa en dos puntos: niega cualquier efecto constitutivo de creación de derecho a las resoluciones de la AG; sin embargo, por otra parte, las considera como una manifesta-

²⁰⁸ Tomuschat, Christian, “Obligations Arising for States Without or Against their Will”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Boston, vol. 241, 1993, pp. 332. Véase también *Documents of the United Nations Conference on International Organization*, San Francisco, 1945: vol. II, documentos 1 y 2; vol. VIII, documento 1151, y vol. IX, documentos 203, 416, 507, 795 y 848.

ción de la voluntad de los Estados que las hace aceptables para expresar una *opinio iuris* y así adquirir relevancia junto con otros elementos de la vida institucional, en una práctica particular entre los Estados.²⁰⁹

Esta posición teórica ha sido bastante difundida y trata de ser un punto intermedio entre la negativa a reconocerles a las resoluciones de la AG cualquier carácter jurídico obligatorio y la postura que reconoce cómo en la práctica internacional se recurre constantemente a estas resoluciones para apoyar la argumentación jurídica, como instrumentos vinculantes de DI.

También es interesante referirse a la opinión que sobre este tema tiene la profesora Rosalyn Higgins, quien después de analizar las posturas contrarias a reconocerles fuerza jurídica vinculante a las resoluciones, de aquellos a los que ella llama “escépticos” —Gerald Fitzmaurice, Stephen Schwebel, Francis Vallat, David Johnson y Gaetano Arangio-Ruiz— y las de los que consideran que las resoluciones tienen un gran significado jurídico —como Richard Falk, que habla de la competencia casi legislativa de la AG y Jorge Castañeda, que postula que las resoluciones de la AG han adquirido poderes más allá de los meramente recomendatorios a que se refiere la AG—, expresa su opinión: acepta que las resoluciones de la AG son de gran importancia y parte de la práctica, pero no pueden ser sustituto para descubrir la costumbre, que es necesario para ese objeto examinar otras evidencias de la práctica estatal, junto con esos actos colectivos evidenciados en las resoluciones. Higgins resume sus ideas sobre el tema en la siguiente expresión: “cuando agitamos el caleidoscopio y las partes caen de cierta manera, ellas indudablemente juegan un papel significativo en la creación de normas”.²¹⁰

En suma, hasta nuestros días, la naturaleza jurídica de las resoluciones de la AG es motivo de una gran discusión doctrinaria, y es comprensible cuando se trata de miles de resoluciones que se han dictado y con diferentes modalidades entre ellas.

²⁰⁹ Tomuschat, Christian, *op. cit.*, p. 332.

²¹⁰ Higgins, Rosalyn, *Problems & Process...*, *cit.*, p. 28.

En la actualidad la doctrina se ha dividido en las siguientes posturas:

- 1) Las resoluciones de la AG pueden servir como un pronunciamiento adecuado de una costumbre establecida por la práctica de los Estados o una nueva forma de creación de la costumbre internacional.
- 2) Pueden ser una contribución a la costumbre, como una especie de práctica estatal “colectiva”; dentro de ellas la *opinio iuris* se puede manifestar dependiendo de la manera como se adopte la resolución (por unanimidad, por consenso o por mayoría), y cada una de estas formas tiene un valor específico en la valoración de la *opinio iuris*.
- 3) O como mera recomendación, sin posibilidad de discutir su valor.

Todas estas opiniones niegan el carácter vinculante de las resoluciones de la AG y a lo mucho les conceden ser la simiente, por la vía de la *opinio iuris*, elemento de la costumbre internacional, de normas jurídicas obligatorias. Pero soslayan la gran autoridad jurídica que tienen muchas de ellas y que fue confirmado por la CIJ en el caso Nicaragua.

2. La posición de algunos Estados

La misma opinión de los Estados, en relación con la naturaleza jurídica de las resoluciones de la AG, es heterogénea; como se puede ver de las siguientes actitudes:²¹¹

En principio, la postura oficial de los EEUU es ambigua, pues parte de la premisa de la naturaleza recomendatoria de las resoluciones y, ante el ímpetu de la evidencia de la fuerza jurídica obligatoria de algunas resoluciones, se remite al expediente conocido de la costumbre internacional para explicar su obligatoriedad. La expresión del representante del Departamento de

²¹¹ Tomado de Harris, D. J., *op. cit.*, pp. 62 y 63.

EEUU es bastante elocuente, al decir que las resoluciones “son prueba de derecho internacional consuetudinario sobre un tema de importancia particular”,²¹²

Por otra parte, la postura de México es bastante cautelosa, porque si bien se pliega a la doctrina de los países desarrollados de no reconocer fuerza jurídica obligatoria a las resoluciones, si pone el acento en la fuerza jurídica obligatoria de algunas resoluciones; pero después se pliega y recurre a la *opinio iuris*, como elemento de la costumbre para darle una explicación al elemento obligatorio.²¹³

Es interesante la opinión de Iraq —en otro momento líder internacional con bastante autoridad en sus posiciones—. Para Iraq las resoluciones son recomendaciones, pero algunas —aquellas que son adoptadas unánimemente o sin oposición— son algo más que eso; una prueba de normas jurídicas, de intro-

²¹² El texto completo es: “Como una declaración amplia de la política de los EEUU sobre esta cuestión, creo que es justo declarar que las resoluciones de la Asamblea General son consideradas como recomendaciones para los Estados miembros de las Naciones Unidas. En la medida en que es excepcional que tales resoluciones sean declarativas del derecho internacional, sean adoptadas con el apoyo de todos los miembros y sean observadas por la práctica de los Estados, tales producciones son prueba de derecho internacional consuetudinario sobre un tema de importancia particular” (traducción del autor).

²¹³ La opinión textual de México: “No fue cuestión de añadir otra fuente de derecho internacional a aquellas enumeradas en ese artículo, sino, más bien, de poner atención a ciertos elementos de la interpretación legal a los cuales, inevitablemente, la Corte debe recurrir cuando decide, de acuerdo con el derecho internacional, tales diferencias, como fueron sometidas a él, en estricta aplicación, por supuesto, del artículo 38 de su Estatuto. La Corte, incuestionablemente, tuvo que tomar en cuenta la costumbre internacional como un reflejo en las muchas resoluciones y declaraciones adoptadas año tras año por la Asamblea General, cuyas mismas reiteraciones fueron una prueba irrefutable de las diurnitas que tradicionalmente han sido reconocidas como uno de los elementos constitutivos de la costumbre internacional. Mencionó, como vía de ejemplo, las resoluciones 1514, 2625 y 2749... aquéllas y muchas otras de las declaraciones y resoluciones de tipo similar, donde la Asamblea General reflejó el deseo de los Estados miembros para promulgar las reglas judiciales de una incuestionable validez a las cuales todos ellos suscribieron; en otras palabras, la *opinion juris* general, que fue el segundo elemento tradicional de la costumbre” (traducción del autor), Harris, D. J., *op. cit.*, p. 62.

ducción o abrogación de algunas de las reglas de derecho internacional cuando son consistentes y adoptadas unánimemente o sin oposición.²¹⁴

Italia es de la misma opinión, pero es más contundente en el aspecto consuetudinario de las resoluciones y proponiendo la creación de normas jurídicas consuetudinarias instantáneas, como nuevas formas de creación de la ley.²¹⁵

La posición de la GB es todavía más conservadora al negar que las resoluciones de la AG puedan desarrollar el DI.²¹⁶

De estas opiniones se desprenden dos puntos que nos parecen importantes: primero, es la evidencia de que hay algunas resoluciones de la AG que no tienen explicación en el marco del artículo 38-1 y, segundo, es un intento de los Estados por mantenerse en ese marco, que como ya hemos visto, está bastante rebasado por la práctica internacional. Es una camisa de fuerza que impide considerar al fenómeno de las resoluciones desde otra perspectiva más abierta y acorde con la transformación de las relaciones internacionales a principios del siglo XXI.

VI. EL *SOFT LAW*

En la doctrina de DI para explicar el fenómeno de la ambivalencia jurídica de algunas resoluciones de OIs y otros instrumentos jurídicos, que por un lado no se consideran como jurídicamente

²¹⁴ *Idem.*

²¹⁵ *Ibidem*, p. 63.

²¹⁶ “Si bien es cierto que las resoluciones de la Asamblea General pueden reflejar, o ser la evidencia, del desarrollo del derecho internacional, no es lo mismo decir que las resoluciones de la Asamblea General por sí mismas pueden desarrollar el derecho internacional. Sus delegaciones no pudieron aceptar esta última proposición... incluso el valor probatorio de las resoluciones de la Asamblea General debe depender de sus circunstancias. Muchas resoluciones eran de tal naturaleza, y tenían un contenido tal, que no podían ser pertinentes para el desarrollo del derecho internacional” (traducción de Mónica Nuño), *idem*.

obligatorias y que, sin embargo, por el otro se les reconocen ciertos elementos jurídicos vinculantes, se ha recurrido a varias explicaciones de la postura “no es obligatorio, pero tiene elementos jurídicos obligatorios”. Una parte de la doctrina ha recurrido a la institución de la costumbre internacional; por ejemplo, en el caso de las resoluciones de los OI que no son obligatorias de origen, se maneja que recogen el derecho consuetudinario, o bien, que son el punto de partida de creación de la costumbre internacional.

En otro momento, el jurista inglés Lord Mc Fair, usaba el término como sinónimo y como una manera de diferenciar las proposiciones de *lege lata* y de *lege ferenda*.²¹⁷ Una corriente doctrinal, a partir de estos conceptos, adoptó el término de *soft law* y le dio un significado mucho más amplio.

¿Qué se entiende por *soft law*? No hay en la doctrina una definición ampliamente aceptada, ni tampoco hay un acuerdo unánime sobre su contenido, pero sí sobre su utilidad. Por ejemplo, Dinah Shelton reconoce que no hay una definición de *soft law*, sino que, por una parte, se refiere a instrumentos internacionales diferentes a los tratados que contienen estándares, normas, principios u otros instrumentos que se refieren a un comportamiento esperado; y, por otra parte, también hace referencia a un instrumento obligatorio cuyo contenido es débil, vago o pobremente diseñado.²¹⁸

La doctrina discurre que se comprenden en el concepto de *soft law* aquellos instrumentos internacionales que poseen efectos legales, aunque no pertenecen al verdadero derecho. Aquí es-

²¹⁷ Fastenrath, Ulrich, “Relative Normativity in International Law”, en Koskenniemi, Martti (ed.), *op. cit.*, p. 195.

²¹⁸ “No hay una definición aceptada de *soft law*, pero usualmente se refiere a cualquier instrumento internacional, que no sea un tratado, que contenga principios, normas, estándares u otras declaraciones de comportamiento esperado. El término *soft law* es también empleado para referir contenido débil, vago o mal redactado de un instrumento vinculante” (traducción de Mónica Nuño), Shelton, Dinah, “Normative Hierarchy in International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 100, núm. 2, abril de 2006, p. 319.

tamos hablando de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (RAG); de las declaraciones de conferencias ministeriales; de los códigos de conducta; de las declaraciones conjuntas, etcétera, aun las disposiciones más flexibles, diferentes a los tratados.²¹⁹ Otros hacen una diferencia entre *hard law*, cuyo incumplimiento trae una consecuencia jurídica, y *soft law*, que conlleva una consecuencia política.²²⁰

Como puede observarse, la doctrina no es todavía clara sobre el contenido del *soft law*, va desde resoluciones de los OIs hasta “un instrumento obligatorio pero cuyo contenido es débil, vago o pobremente diseñado”. Tal vaguedad no abona en nada en la seguridad jurídica que debe tener el DI.

La doctrina se detiene en subrayar la utilidad y los beneficios del *soft law*:

El proceso de negociar y proyectar instrumentos no obligatorios puede facilitar en gran manera el objetivo de alcanzar el consenso necesario para producir un acuerdo multilateral obligatorio. En el campo de los derechos humanos, casi todas las convenciones multilaterales fueron precedidas por la adopción de una declaración no vinculante.²²¹

O en forma concreta: “los instrumentos son más fáciles de adoptar, más fáciles de cambiar, y más útiles en asuntos técnicos que puedan requerir una constante o rápida revisión”.²²²

²¹⁹ *Idem*.

²²⁰ Shelton, Dinah, “International Law and Relative Normativity”, en Evans, Malcolm D. (ed.), *op. cit.*, pp. 166-170.

²²¹ “...el proceso de negociación y redacción de instrumentos no vinculantes puede gratamente facilitar, en gran medida, el logro del consenso necesario para producir un acuerdo multilateral vinculante. En el ámbito de los derechos humanos, casi todas las convenciones multilaterales recientes fueron precedidas por la adopción de una declaración no vinculante...” (traducción de Mónica Nuño), *ibidem*, p. 321.

²²² “Los instrumentos no vinculantes son más rápidos de adoptar, más fáciles de cambiar y más útiles, para asuntos técnicos pueden necesitar revisiones rápidas o repetidas” (traducción de Mónica Nuño), *ibidem*, p. 322.

El concepto de *soft law*, según los que apoyan esta corriente doctrinaria, tiene una gran utilidad, no solamente teórica —para explicar el fenómeno—, sino también práctica. Por ejemplo, se habla que el *soft law*:

- Precede y ayuda a la formación de la costumbre internacional y el derecho de los tratados.
- Llena los huecos de los instrumentos legales internacionales y más adelante define la costumbre internacional.
- Forma parte de la práctica de los Estados que puede ser utilizada para interpretar los tratados.
- Sustituye las obligaciones legales en circunstancias en que la coyuntura del momento hace innecesario o muy costoso o tardada la creación de tratados internacionales.²²³

Para otros, como Alan Boyle, las ventajas del *soft law* son:

- 1) Puede ser más fácil alcanzar un acuerdo cuando la forma es no vinculante o no parece cumplir con el principio *pacta sunt servanda*.
- 2) Los instrumentos de *soft law* permiten acordar decisiones en forma más detallada y precisa en virtud de su naturaleza jurídica.
- 3) Las consecuencias del no cumplimiento son más limitadas.
- 4) Los Estados pueden evitar el proceso doméstico de ratificación de los tratados (control constitucional y legal y tal vez —si es conveniente— escapar de la rendición de cuentas sobre lo acordado).
- 5) Los instrumentos del *soft law* son flexibles y fáciles de reformar o reemplazar, especialmente cuando estamos ante el gran dinamismo de las organizaciones internacionales.²²⁴

²²³ *Idem*.

²²⁴ Traducción del autor, citado por Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto, “A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XIII, 2013, pp. 388 y 389.

De lo anterior podemos concluir que los instrumentos de *soft law* no pasarían una prueba de seguridad jurídica, pues se basan en su facilidad para adoptarlos y modificarlos, y en su débil o nula fuerza vinculante. Queda a la voluntad de las partes su cumplimiento e, inclusive, tienen visos de representar un fraude a la ley al buscar evadir el sistema de control (“Los Estados pueden evitar el proceso doméstico de ratificación de los tratados «control constitucional y legal» y, tal vez —si es conveniente— escapar de la rendición de cuentas sobre lo acordado”) que generalmente las estructura estatales crean para asegurar que la adopción de obligaciones internacionales no sea una decisión arbitraria de un sólo poder. Además, el llamado *soft law*, en lugar de fortalecer el orden jurídico internacional lo debilita, pues el concepto deja en manos del operador internacional aplicarlo o no, a fin de cuentas es un derecho suave.²²⁵

El concepto de *soft law* no está aceptado unánimemente por la doctrina, todavía es objeto de una polémica bastante interesante.²²⁶ Indudablemente, puede ser útil en la academia para la sistematización del conocimiento, pero no puede tener sustento en la práctica;²²⁷ una cosa es o no es, un instrumento jurídico es legal o no lo es.²²⁸ No se puede decir que es medio derecho o un “derecho blando”, *soft law*.

En la adopción de ese tipo de instrumentos internacionales y para decidir sobre su fuerza jurídica vinculante se tiene que ver el contenido, más que la forma; lo cual se convierte en un ejerci-

²²⁵ Véase el trabajo de Koskenniemi, Marti, “Formalismo, fragmentación y libertad. Temas Kantianos en el derecho internacional actual”, *Revista Internacional de Pensamiento Político*, vol. II, 2007, pp. 209-226.

²²⁶ Koskenniemi, Marti, *Sources of International Law*, cit., pp. 123-152.

²²⁷ Franz Cede, “New Approaches to Law Making in the UN-System”, *Austrian Review of International and European Law*, Austria, 1996, p. 54, afirma: “Si una prescripción —contenida en una guía o recomendación— es, en la práctica, considerada y aplicada por una mayoría de actores en el sistema internacional, la distinción entre *hard* y *soft law* es borrosa y con el tiempo el *soft law* se convierte en *hard law*.”

²²⁸ Tomado de Harris, D. J., *op. cit.*, p. 65.

cio complejo. Pero, a fin de cuentas, es un campo amplio para la doctrina y para los jueces.

Sí, como considera Mauricio del Toro, “el *soft law* representa el primer eslabón de una cadena que va desde lo *soft* hasta lo *hard* y que culmina con las normas imperativas o *ius cogens* internacional”;²²⁹ entonces, por qué no regresamos a los orígenes y llamamos a las cosas por su nombre: *lege lata*, que no se identifica con el término de *soft law*, que es un concepto vago e impreciso por lo que la doctrina no lo acepta en forma unánime. Se han dedicado muchos trabajos a la utilización de un concepto que no representa al fenómeno, de ahí el problema. En cambio, el concepto de *lege ferenda* expresa esa idea de proceso de creación (de *lege ferenda* a *lege lata*), no es derecho, pero está en *status nascendi*. Es cierto que en algunos casos una norma convencional o una consuetudinaria puede tener menos eficiencia que una norma de *soft law*, de ahí que hay que buscar la normatividad en su contenido, en la manera como los que la adoptaron expresan su voluntad y no en la mera forma.

VII. LA *OPINIO COMMUNITATIS* DE ALGUNAS RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL

Para hurgar en la naturaleza jurídica de algunos instrumentos jurídicos internacionales de dudosa categoría obligatoria, hay que buscar su naturaleza jurídica vinculante desde otras perspectivas. Por ejemplo, debemos tomar en consideración que hay instrumentos jurídicos internacionales como el Pacto Briand-Kellog (Tratado de Renuncia a la Guerra del 27 de agosto de 1928, que en sus orígenes era un tratado de carácter bilateral Francia-EEUU), que como su nombre lo expresa, está ratificado por sólo algunos Estados; sin embargo, significativamente por aquellos que han sido actores de guerras como Alemania, Italia, Japón, Francia y EEUU.

²²⁹ Toro Huerta, Mauricio del, *op. cit.*, p. 544.

Este tratado es el punto de partida para considerar algo que es bien sabido actualmente, que las guerras están prohibidas como medio de solución de controversias.

También hay resoluciones que son adoptadas por consenso y que tienen una forma legislativa, como es el caso de la Resolución de la AG 2625 del 24 de octubre de 1970, que se refiere a la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Aquí queremos subrayar que la CIJ, en el Caso relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y Contra Nicaragua, toma a esta resolución como jurídicamente vinculante, si bien como norma consuetudinaria, pero en realidad como una norma codificadora.²³⁰

Al respecto, una opinión interesante es la de Roy Lee,²³¹ Consejero Legal del Secretariado de la Organización de las Naciones Unidas que, inmerso en la práctica de la AG, observa que hay una serie de resoluciones muy significativas que se salen de lo común. Construye su razonamiento basándose en la OC sobre el Caso Namibia (1971), cuando la CIJ estableció que “No sería correcto asumir que en virtud de que la AG principalmente esta provista de facultades recomendarorias está impedida de adoptar, en casos específicos, en el marco de su competencia, resoluciones que deciden o tienen un diseño operativo”.²³²

Con base en lo anterior, Lee considera que hay ciertas resoluciones de carácter excepcional, como por ejemplo:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).
- La Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales (1960).

²³⁰ Kirgis, Frederic Jr., *op. cit.*, p. 147.

²³¹ Lee, Roy, “Rule-Making in the United Nations: *opinio communitalis*”, *Journal of International Law and Politics*, New York University, vol. 27, núm. 3, abril de 1995, pp. 571-576.

²³² Parágrafos 87-116.

- La Declaración sobre la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales (1962).
- La Declaración de los Principios Jurídicos que deben Regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre (1963).
- La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965).
- La Declaración sobre la Inadmisibilidad de la Intervención en los Asuntos Internos de los Estados y la Protección de su Independencia y Soberanía (1965).
- La Declaración de Principios que Regulan los Fondos Marinos y Oceánicos y su Subsuelo Fuera de los Límites de la Jurisdicción Nacional (1970).
- La Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad a la Carta de las Naciones Unidas (1970).
- La Definición de la Agresión (1974).
- La Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales (1982).
- La Declaración sobre la Prevención y la Eliminación de Controversias y de Situaciones que puedan Amenazar la Paz y la Seguridad Internacionales y sobre el Papel de las Naciones Unidas en esa Esfera (1988).

Lee considera que todas estas resoluciones de la AG tienen como característica común que son ampliamente aceptadas por los Estados, es decir, poseen una *opinio communis* y su valor jurídico depende de sus características muy definidas:

...primero, todas se refieren a asuntos de una seria preocupación de los Estados. Fueron adoptadas ya sea por consenso, unanimidad o por una gran mayoría. A su adopción le precedieron intensas negociaciones y consultas... segundo, algunos de los instrumentos mencionados contienen una reafirmación y clasificación de ciertas

reglas generalmente reconocidas de DI, o contienen interpretaciones de disposiciones de la Carta... [y] tercero, y más importante, en casi todos estos casos, los Estados han puesto en claro ya sea al tiempo de la adopción o subsecuentemente, su intención de cumplir con estos instrumentos.²³³

La postura de Lee es de un gran contenido racional ya que, si se confronta con la práctica internacional, se verá que los Estados no se pueden abstraer, por ejemplo, de invocar la resolución que adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 cuando se trata de derechos humanos, independientemente de que esta declaración ha sido el modelo a seguir por las legislaciones internas de muchos Estados. La tendencia, bastante sospechosa, de querer dar una explicación al evidente valor jurídico de todas estas resoluciones a través de la costumbre,²³⁴ no hace sino poner un velo a la práctica internacional y de alguna manera obstaculizar el desarrollo del DI, ya que se desconocen otras figuras que han evolucionado en el DI contemporáneo.

VIII. LA OTRA CARA DE LA MONEDA, LA FUERZA JURÍDICA OBLIGATORIA DE LAS RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL

Queda claro que muchas de las resoluciones de la AG han tenido una repercusión indudable en el DI. El valor jurídico internacional que *per se* tienen algunas resoluciones no se puede soslayar por la posición doctrinal que se asuma.²³⁵ Aunque algunos como Dinah

²³³ Lee, Roy, *op. cit.*, pp. 575 y 576.

²³⁴ Por ejemplo, entre las múltiples opiniones en este sentido, Sohn considera que estas resoluciones son obligatorias, y son una nueva manera de crear costumbre internacional, Bos, Maarten (ed.), *The Present State of International Law and Other Essays*, Nueva York, Springer Science+Business Media, 1973, p. 39.

²³⁵ Por ejemplo, se afirma que en algunas circunstancias excepcionales "... en virtud del grado de unanimidad y la claridad de la intención de la Asamblea General de establecer ley, la presunción que la resolución representa, el dere-

Shelton siguen viendo en la costumbre la explicación del carácter vinculante de algunas resoluciones,²³⁶ hay que resaltar que reconocen en ellas, *per se*, un fuerte contenido jurídico.

Muchos instrumentos convencionales poseen un sistema de control de la aplicación de sus normas. Aquí estamos hablando fundamentalmente de tratados en materia de derechos humanos que emiten resoluciones de carácter jurisdiccional, que indudablemente son obligatorias para los Estados sobre los que recaen; pero también dictan resoluciones —como en el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)— que se duda de su carácter vinculante. En este caso su valor jurídico se determina, en principio, por lo que dice su instrumento fundacional (el tratado que le da origen) y después por el valor que le otorgan los Estados de acuerdo con el sistema de recepción internos. Con lo cual, ese supuesto *soft law*, se convierte en vinculante por decisión de los Estados.

En la práctica jurisprudencial es interesante ver asuntos como el de *Texaco vs. Libya*, en el que el Tribunal aplicó la resoluciones de la AG sobre la Declaración Sobre la Soberanía Permanente Sobre los Recursos Naturales sin ningún problema.²³⁷ Es preciso mencionar que en este caso el profesor Dupuy, jurista francés destacado, fue árbitro único después de que Libya se negó a participar en el proceso arbitral y sólo lo hizo con un memorándum dirigido al presidente. En dicho laudo Dupuy ha-

cho, en efecto, es indiscutible”, Mendelson, M. H. y Mullerson, Rein, *op. cit.*, p. 770. Aunque esta afirmación sea para concluir, más adelante, que este carácter jurídico vinculante se alcance a través de la costumbre internacional.

²³⁶ “En años recientes, los instrumentos no vinculantes, algunas veces, han proporcionado la necesaria declaración de obligación legal (*opinio iuris*) para evidenciar la costumbre emergente y han ayudado al establecimiento del contenido de la norma. El proceso de proyectar y votar los instrumentos normativos no obligatorios puede ser considerado una forma de práctica de los Estados” (traducción del autor), Shelton, Dinah, “Normative Hierarchy in International Law”, *cit.*, p. 320.

²³⁷ Fastenrath, Ulrich, “Relative Normativity in International Law”, en Koskenniemi, Martti (ed.), *op. cit.*, p. 195.

bla de un *ius communis* contenido en una resolución que refleja el derecho consuetudinario,²³⁸ lo cual es un elemento interesante que debe tomarse en cuenta para identificar el elemento jurídico vinculante de las resoluciones.

Aunque se afirme, por una parte de la doctrina, que estas resoluciones forman parte del derecho consuetudinario general, en realidad pueden ser una fuente independiente de DI como los tratados internacionales que se nutren de la costumbre internacional o son un ejercicio de codificación de la costumbre y no por eso dejan de ser tratados internacionales. Las resoluciones pueden servir de codificadoras de la costumbre internacional o bien introducir una nueva normatividad u obligaciones a los Estados o sujetos de DI.

Más que interpretar las resoluciones de la AG a través de la costumbre internacional es necesario tomar en cuenta su grado de aceptación (el número de Estados, el elemento cuantitativo) y su objeto (el elemento cualitativo), es decir, la importancia del objeto y la importancia que los Estados destinan a la adopción de tal o cual resolución. Las resoluciones tienen objetivos concretos: hacer meros pronunciamientos o bien establecer situaciones jurídicas de carácter normativo; por lo que para una mejor comprensión de las resoluciones y darles la interpretación que les corresponde es necesario buscar su *opinio iuris* y su fin teleológico. No como un elemento de la costumbre internacional, insisto, sino como una característica de las resoluciones que, en la práctica, muchas de ellas son negociadas arduamente y debatidas como cualquier otra norma convencional.

²³⁸ “87. Sobre la base de las circunstancias de la adopción... y expresando una opinión *juris communis*, la resolución 1803 (XVII) parece a este tribunal reflejar el estado de derecho consuetudinario existente en este campo. El consenso de la mayoría de los Estados pertenecientes a los distintos grupos representativos indica, sin la menor duda, el reconocimiento universal de las normas allí incorporadas, es decir, con respecto a la nacionalización y la compensación, el uso de las normas vigentes en el Estado nacionalizante, pero todo esto, de conformidad con el derecho internacional” (traducción del autor), tomado de Harris, D. J., *op. cit.*, p. 576.

Se ha cometido el error de tratar de darle a las resoluciones carácter normativo, buscando la salida de la costumbre internacional como una explicación; construyéndose, entonces, explicaciones forzadas como la de “costumbre instantánea” para decir que una resolución tiene carácter normativo no *per se*, sino porque los dos elementos de la costumbre se han configurado o porque la resolución significa la codificación de la costumbre internacional.

Muchas de las resoluciones se pueden considerar como parte del *ius cogens* internacional, es decir, tienen una jerarquía mayor en la estructura del orden jurídico internacional. Nos referimos a las mencionadas por Don Antonio Gómez Robledo que, según él, se refieren a “aquellas resoluciones en cierto modo legislativas y que versan sobre los intereses más elevados de la comunidad internacional”. Él mismo cita cuatro resoluciones de suma trascendencia.²³⁹

Baste tomar como ejemplo la resolución sobre Declaración Sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, que fue, ni más ni menos, la base jurídica del movimiento de descolonización de la década de los sesenta del siglo pasado y que constituye uno de los fenómenos más trascendentes del orden jurídico que le siguió a la Segunda Guerra Mundial. Desde el punto de vista de la doctrina sería absurdo, o bien, incompleto, referirse al principio de autodeterminación de los pueblos sin mencionar la Resolución 1514 de 1960.

Pensar que esa resolución no tiene fuerza jurídica obligatoria o regatearle su obligatoriedad *per se*, es una posición bastante

²³⁹ La Resolución 1514, de 1960, sobre la Declaración sobre el Otorgamiento de la Independencia a los Territorios y Pueblos Colonizados; la Resolución 1893 (XVII), de 1962, acerca de la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales; resolución 2131, de 1965, referente a la Declaración sobre la Inadmisibilidad de la Intervención en los Asuntos Internos de los Estados y Protección de su Independencia y Soberanía, y la Resolución 2625 (XXV), de 1970, acerca de la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional de las Relaciones Amigables entre los Estados. Gómez Robledo, Antonio, *op. cit.*, p. 161.

miope o cargada de un gran temor de que los países desarrollados legislen haciendo uso de su mayoría en la AG.

Muchos de esos instrumentos considerados como de *soft law* y que, en consecuencia, no tienen fuerza jurídica vinculante, en la práctica son más atendibles que muchos tratados internacionales que por sí mismos son parte del *hard law*. Por ejemplo, en el marco de la Conferencia de Río de 1992 Sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, existe una Comisión sobre el Desarrollo Sostenible que se encarga de supervisar el cumplimiento de la Agenda 21 adoptada en la misma Conferencia de Río.

¿Es posible negarle esencia jurídica a estos instrumentos? Una posición más racional es tomar el fenómeno como lo que es. En la evolución de las relaciones internacionales la AG ha llegado a adquirir una capacidad de creación de normas jurídicas internacionales, en casos específicos, en las que coinciden una serie de factores, tales como:

- 1) La importancia de la materia sobre la que versa la resolución.
- 2) La adopción de la resolución por unanimidad o por una importante mayoría en la que se incluyen los Estados involucrados o más importantes en el tema de la resolución.
- 3) El interés que la comunidad manifiesta por la vía de la negociación y la toma de posición de los Estados.
- 4) El interés expresado por los Estados de cumplir la resolución.
- 5) El comportamiento de los Estados de acuerdo con la resolución o el recurso para fundamentar su autoridad jurídica que se hace en estas resoluciones.

En suma, para dilucidar el carácter vinculante de las resoluciones de los OI es necesario hacer un ejercicio de análisis y examinarlas a la luz de estos cinco puntos, sin esperar que forzosamente deban desembocar en normas consuetudinarias, sino en la búsqueda de ese *ius communis* del que hablan algunos teóricos.

IX. LAS RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ONU

En otro momento, el profesor G. I. Tunkin, en su trabajo denominado *Osnovy sobremennogo mezhdunarodnogo prava*,²⁴⁰ llegó a la conclusión de que las resoluciones del CS no son fuentes de DI, tienen un efecto *ad hoc* y pueden crear obligaciones, pero no son fuentes de aplicación general.

Indudablemente, esa afirmación tiene una razón de ser, pero en otro momento y sin tomar en cuenta la evolución o transformación de las relaciones internacionales. Actualmente hay cierto consenso en la doctrina de DI en considerar que las resoluciones del CS que se refieren a asuntos no de trámite, sino las previstas en el artículo 23-3 de la Carta de San Francisco, son jurídicamente obligatorias.

Un análisis cuidadoso de los artículos 23, 24, 25 y 27, en relación con los artículos 39 a 42 de la misma Carta, no dejan ninguna duda de que dichas resoluciones son jurídicamente obligatorias. Sin embargo, en donde la doctrina discrepa es cuando se refiere a la extensión de las facultades del CS que se refieren a su “responsabilidad primaria” de mantener la paz y seguridad internacionales. Después del fin de la Guerra Fría hay una hiperactividad del CS que lo ha convertido en un órgano cuasilegislativo, con la característica de que es el único órgano de la ONU que tiene facultades expresas para hacer cumplir sus resoluciones, aun de manera coercitiva.

Eso ha sido posible en virtud de la coyuntura internacional y por la ambigüedad o amplitud de las disposiciones de la Carta, concretamente del concepto “mantenimiento de la paz y seguridad internacionales”, objetivo fundamental y piedra de toque del CS para desencadenar sus acciones coercitivas. Precisamente, con ese fundamento, el CS ha dictado resoluciones de diferente tipo que podemos clasificarlas de la siguiente manera:

²⁴⁰ Tunkin, G. I., *Osnovy sobremennogo mezhdunarodnogo prava*, Mockva, 1956.

- 1) Resoluciones que crean órganos internacionales de carácter jurisdiccional; por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia que fue creado mediante las Resoluciones 808 (1993) adoptada el 22 de febrero de 1993, y la 827 (1993) adoptada el 25 de mayo de 1993; y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda que fue creado mediante la Resolución 955 (1994) adoptada el 8 de noviembre de 1994.
- 2) Resoluciones que convierten al CS en un órgano legislativo en materia de terrorismo; por ejemplo, la Resolución 1372 (2001) adoptada el 28 de septiembre del 2001, que establece obligaciones a los Estados con relación al terrorismo como una amenaza a la paz y seguridad de los Estados.²⁴¹
- 3) Resoluciones que convierten al CS en un órgano supra-legislativo, constitucional, de algunos Estados. El caso de Iraq a partir de la invasión estadounidense-británica es bastante elocuente.²⁴²
- 4) Resoluciones que convierten al CS en un órgano que extiende el concepto de legítima defensa y, en este caso, se convierte en intérprete de la legalidad internacional.
- 5) Resoluciones que indiscutiblemente caben en su esfera de competencia.

Las resoluciones del CS son de una gran importancia en el DI; sin embargo, no dejan de ser bastante discutibles²⁴³ en cuanto

²⁴¹ Rosand, Eric, "Security Council Resolution 1373, the Counter-Terrorism Committee, and the Fight Against Terrorism", *American Journal of International Law*, vol. 2, abril de 2003, p. 333.

²⁴² Canchola Gutiérrez, Ulises, "Análisis jurídico del régimen resolutorio adoptado por el Consejo de Seguridad respecto a Iraq y el uso de la fuerza por parte de una coalición de Estados", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. IV, 2004, pp. 87-116.

²⁴³ Bedjaoui, Mohammed, *The New World Order and the Security Council: Testing the Legality of Its Acts*, Dordrecht-Boston-Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, pp. 531.

a su legalidad, ya que exceden sus facultades que están expresadas en los artículos 24-1 y 39 de la Carta de San Francisco, porque ponen en la mesa de las discusión el carácter poco democrático del CS; instancia creada como resultado del fin de la Segunda Guerra Mundial, que vio obstaculizado su funcionamiento durante la Guerra Fría y que, solamente después del fin de esta, se puso en funcionamiento, cuando la realidad internacional se había transformado dramáticamente. Al respecto, cabe señalar que una corriente de juristas ha expresado su preocupación sobre la expansión de las facultades del CS.²⁴⁴

Las resoluciones del CS han llegado ante las cortes locales —tal es el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo, en el famoso caso de *Yassin Abdullah Kadi vs. European Commission*—. ²⁴⁵ Sin embargo, hay que reconocer que, de alguna manera, estas resoluciones también han provocado un incipiente desarrollo de los sistemas de control de las decisiones del CS, mediante la figura del Ombudsperson.

Ante el mayor papel del CS en la creación normativa se presenta el asunto de la interpretación de sus resoluciones. En ese sentido, la CIJ ha manifestado una tendencia a interpretar las resoluciones del CS; tal fue el caso, por ejemplo, de la OC de Kosovo mediante la cual interpretó la Resolución 1244 (1999) del CS. En esta perspectiva, la CIJ ha funcionado como un contrapeso del propio CS. Independientemente de esta actividad de interpretación, también existe la tendencia de apoyarse en Viena 69, que contiene normas de interpretación que si bien

²⁴⁴ Österdahl, Inger, *Threat to the Peace: the Interpretation by the Security Council of Article 39 of the UN Charter*, Uppsala University, Swedish Institute of International Law Studies in International Law, 1998, p. 9; Serna Galván, Mónica Lourdes de la, “Interpretación del artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas (Amenazas a la paz) por el Consejo de Seguridad. ¿Es el Consejo de Seguridad un legislador para toda la comunidad internacional?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XI, 2011, pp. 147-185.

²⁴⁵ Torrecuadrada García-Lozano, Soledad, “La expansión de las funciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: problemas y posibles soluciones”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, pp. 365-406.

son para el derecho convencional, también constituyen reglas generales de interpretación del DI en general.

X. EL CONSENSO, UNA FORMA DE CREACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

El consenso, el acuerdo conseguido sin someter los asuntos a votación, es una figura importante en el DI a tal nivel que para algunos internacionalistas el contenido de sus reglas depende del consenso que sobre ellas se haya alcanzado por parte de los representantes de los Estados-naciones.²⁴⁶ Aún más, algunos internacionalistas como Vedross y Simma, consideran que “el consenso es la fuente fundamental del derecho internacional positivo”.²⁴⁷

En efecto, muchas de las resoluciones de los OIs se adoptan por consenso y en el proceso de adopción de las normas convencionales (en comisiones, por ejemplo) se utiliza la práctica del consenso.²⁴⁸

El consenso no es un tema nuevo, pues ya en la década de los ochenta la CDI se ocupó de él, con el jurista E. Suy como relator del tema “The role and significance of consensus in the framing of international Law”.²⁴⁹ Y en 1993, L. B. Sohn sustituyó a Suy. El informe final de Sohn fue presentado para que pudiera ser discutido en el seno del IDI en 1997, acompañado de un proyecto de resolución titulado “The Role and Significance of Consensus in the Forming of International Law”. El trabajo de Sohn fue criticado y se dio pie para que en 1999

²⁴⁶ D’Amato, Anthony A., *The Concept of Custom in International Law*, Ithaca, Cornell University Press, 1971, p. 33.

²⁴⁷ Citado por Kolb, Robert, “The Formal Source of *ius cogens* in Public International Law”, *Asian Journal of Public and International Law*, vol. 53, 1998, p. 93.

²⁴⁸ Véase el trabajo detallado sobre el consenso de Ferrer Lloret, Jaume, *El consenso en el proceso de formación institucional de normas en el derecho internacional*, Barcelona, Atelier, Libros Jurídicos, 2006, p. 339.

²⁴⁹ *Ibidem*, pp. 20-24.

presentara uno nuevo, que otra vez fue criticado, hasta que finalmente, en la sesión del IDI celebrada en Berlín, también en el año 1999, presentó el proyecto finalmente adoptado. La tesis fundamental de este proyecto es

...llamar la atención de la comunidad internacional sobre el hecho de que el consenso ha emergido como una nueva técnica para crear DI, una nueva técnica ahora utilizada por las organizaciones y conferencias internacionales aceptada por la CIJ y reflejada en la práctica estatal.²⁵⁰

Es indudable el importante papel que le toca jugar al consenso y que se ha considerado como una práctica común; sin embargo, es cuestionable en cuanto que desplaza a las instancias normales de aprobación de la normatividad, como es la discusión en asambleas, y la discusión y disidencia de los jueces, lo que debilita la transparencia que debería existir en las relaciones internacionales. Además, habría que ver si en el consenso también participan los países subdesarrollados.

Por otra parte, el consenso puede ser importante por su trascendencia, pues podría ser la expresión de una *opinio communis* que lleve a una norma de carácter vinculante, en el caso de que apruebe la regla de los 5 pasos a que hemos hecho referencia con anticipación.

XI. LAS DECISIONES DE LOS ÓRGANOS SUPRANACIONALES

En las postrimerías del siglo XX hemos sido testigos de un fenómeno interesante que se refiere a la aparición de diferentes derechos y obligaciones derivadas de órganos supranacionales de integración. Es el caso de Europa, con la Unión Europea, y de América Latina, con el Mercado Común del Sur (Mercosur). Sin embargo, se advier-

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 23.

te que hay una diferencia fundamental entre estos dos organismos; en el caso europeo tenemos una verdadera integración en la que prevalece la existencia de toda una superestructura, muy parecida a la estatal, incluyendo un órgano legislativo encargado de dictar directivas obligatorias para los miembros de la Unión Europea. Lo cual no sucede en el caso sudamericano, aunque lo toma como inspiración, y esto es entendible ya que existe diferencia en los niveles de desarrollo.

El Mercosur fue originado por el Tratado de Asunción, suscrito por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, el 26 de marzo de 1991, y tiene por objetivo asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados miembros “mediante la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales, en lo relativo a cuestiones tan amplias como el comercio exterior, la agricultura, la industria, las cuestiones fiscales, monetarias, cambiarias y de capitales, de servicios atuneros, de transporte y comunicación ente otros”²⁵¹. Para lograr esos objetivos se busca homogenizar las legislaturas siguiendo las “decisiones” que provienen del consejo del mercado común, integrado por los ministros de relaciones exteriores y de economía de los Estados integrantes.

Además, se tienen las resoluciones que emanan del órgano ejecutivo del Mercosur, el Grupo Mercado Común, formado por cuatro miembros de cada país, entre los cuales deben de figurar obligatoriamente representantes de los ministerios de relaciones exteriores y de economía y de los bancos centrales. También están las directivas o propuestas emitidas por la Comisión de Comercio del Mercosur, integrada, igualmente, por cuatro miembros de cada país y encargada de asistir al Grupo Mercado Común en velar por la aplicación y revisión de la política comercial.²⁵²

²⁵¹ González, Carlos Alberto, “Las fuentes supranacionales del derecho del trabajo y sus tendencias a la unificación. El Mercosur”, *Rivista di Diritto dell'Integrazioni e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, Roma, núm. 2, p. 228.

²⁵² Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Teoría de las fuentes del derecho de la integración”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, Nueva Serie, vol. 4, núm. 2, 1996, p. 146.

Las decisiones, las resoluciones y las directivas o propuestas son obligatorias para los Estados miembros del Mercosur. Pero, a diferencia de las normas que derivan de la Unión Europea, no pueden ser llamadas comunitarias ya que carecen de jerarquía superior: automática recepción por los órdenes jurídicos internos y de carácter autoaplicativo.²⁵³

²⁵³ Higgins, Rosalyn, “The ICJ, the ECJ and the Integrity...”, *cit.*, p. 14.