

## NOTAS SOBRE EL LLAMADO DERECHO INTERNACIONAL DEL DESARROLLO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Características del derecho internacional del desarrollo*. III. *Valor jurídico de las resoluciones*. IV. *El principio del Nuevo Orden Económico Internacional*. V. *Alcance jurídico de las resoluciones de la Asamblea General*. VI. *Formalismo y seguridad jurídica*. VII. *La “coutume sauvage”*. VIII. *Costumbre revisionista y técnica del unilateralismo*. IX. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

El llamado derecho internacional del desarrollo ha sido comúnmente, aunque no siempre, definido en función del fin que persigue, de su objetivo primordial.

De esta suerte, este derecho quedaría compuesto por el conjunto de instituciones, principios y reglas, cuyos fines están constituidos por la contribución al desarrollo de los países que no perciben sino una muy pequeña parte del ingreso mundial.

Aun y cuando puede considerársele como una rama del derecho internacional económico, sin embargo, el derecho internacional del desarrollo parece ir mucho más allá en virtud de que por sus alcances y ramificaciones llega a incidir prácticamente en la mayoría de los aspectos del derecho internacional público.<sup>1</sup>

### II. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL DESARROLLO

Hay que dejar muy claro que el derecho internacional del desarrollo forma parte integrante del derecho internacional público, pero que su gran

1 Vallée, Charles, “Le droit international du développement”, *Droit International Public*, París, Edit. Montchrestien, 1981, p. 601.

originalidad, como dice Charles A. Vallèe, reside en el hecho de que además de sus peculiaridades propias en cuanto a su formación y contenido, se perfila como un movimiento “contestatario”, en permanente evolución, de todas las normas constitutivas de las ramas del derecho internacional en su conjunto.<sup>2</sup>

Pero es muy importante que la doctrina de los países en vías de desarrollo no introduzca en sus juicios sobre el derecho internacional del desarrollo, connotaciones de tipo moral, pues esto produce que haya un desplazamiento hacia otras disciplinas y, por lo tanto, empobrece el discurso, el análisis, o, en su caso, la defensa misma de los intereses de los países del Tercer Mundo.

Si es evidente que todo orden jurídico está en gran medida condicionado por la estructura de la sociedad de la cual emana, es necesario no caer en exaltaciones de euforia al analizar el derecho internacional del desarrollo.

Una vez teniendo claro las limitaciones de esta rama del derecho internacional público, el así denominado derecho del desarrollo puede jugar un papel preponderante en la dirección específica que vaya tomando la sociedad internacional y su perfil propio en su evolución.<sup>3</sup>

Durante mucho tiempo, el derecho internacional del desarrollo ha sido un derecho de “asistencia” internacional. Los países que están en vías de desarrollo no reivindicaban más que una asistencia técnica y financiera a los países industrializados. Esta noción de “ayuda” la encontramos palpable tanto en la CNUCED (I) realizada en Ginebra en 1967, en la CNUCED (II) organizada en 1968 en Nueva Delhi, como en la primera y segunda década de las Naciones Unidas para el desarrollo, así como en multitud de otras resoluciones adoptadas por las instituciones subsidiarias y especializadas de Naciones Unidas.

Frente a la insuficiencia de la ayuda otorgada por los países industrializados, el derecho internacional del desarrollo va a expandirse para convertirse en el derecho de la independencia económica. Es todo el problema del derecho del mar y de las nacionalizaciones.

El derecho del desarrollo va a asegurar el derecho de los países que están en camino al desarrollo sobre sus recursos naturales.<sup>4</sup>

2 *Idem*, p. 602.

3 *Ibidem*.

4 Ver Gómez-Robledo, Alonso (editor), *La soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales*, México, UNAM-IIIJ, 1980. Ver el importante artículo de Becerra Ramírez, Manuel, “El derecho

### III. VALOR JURÍDICO DE LAS RESOLUCIONES

Pero aquí surge uno de los grandes problemas del derecho internacional del desarrollo. La evolución de este derecho depende, sin duda, en una gran parte, de la fuerza jurídica de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y de otras instituciones subsidiarias y especializadas.

La no ejecución de una resolución portadora de “normas jurídicas nuevas” constituye el *arma absoluta* de que disponen los países industrializados. Esta inejecución conlleva el riesgo, como dice M. Bedjaoui, de esterilizar todo esfuerzo de creación normativa en vistas a la instauración de un Nuevo Orden Económico Internacional.<sup>5</sup>

En general, se puede decir que los Estados occidentales estiman que las resoluciones de la Asamblea General pueden a lo más ser tomadas en consideración como elementos posibles en la elaboración de una regla consuetudinaria, pero siempre bajo condición de que sean confirmadas por una práctica en el mismo sentido por parte de los Estados.

Por el contrario, para la gran mayoría de los Estados en vías de desarrollo dichas resoluciones constituyen *por lo menos* la expresión de la voluntad de la comunidad internacional, incluso si no puede sostenerse que éstas emanen en un “poder legislativo” internacional que en realidad no existe. Muchos de estos Estados quisieran ver a través de las resoluciones, una formación espontánea de la costumbre, y la declaración de principios generales de derecho.

Por ello, afirma Bedjaoui, que del alcance de la acción normativa, de la organización internacional dependen directamente las posibilidades de la instauración de un Nuevo Orden Económico; no es exagerado entonces afirmar que el valor jurídico de las resoluciones reviste una importancia en la actualidad nunca antes comparable.<sup>6</sup>

internacional del desarrollo, nueva arma del derecho internacional público”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, III, año XIX, núm. 57, septiembre-diciembre de 1986, pp. 853-868.

5 Bedjaoui, Mohammed, *Pour un nouvel ordre économique international*, París, PUF, UNESCO, 1979, p. 178. Bedjaoui no pierde de vista que el derecho se presenta como un fenómeno evolutivo por su propia naturaleza, ya que traduce una realidad social que está en movimiento y que está obligado a tratar de encuadrar, aunque sea con un cierto retraso; por otro lado, al traducir realidades sociales, estabiliza y consolida el medio social de donde el derecho mismo es su producto. *Idem*, p. 115.

6 *Idem*, p. 182.

#### IV. EL PRINCIPIO DEL NUEVO ORDEN ECONÓMICO INTERNACIONAL

Aun cuando podría parecer evidente para muchos que el llamado Nuevo Orden es ante todo un orden de carácter y contenido económico, también es absolutamente cierto que la realización y la implantación del mismo no puede llevarse a término sino a través de la formación, transformación o modificación de un gran número de reglas jurídicas y será justamente el derecho el que va a proporcionar la estructura determinante a las relaciones económicas.

La realización de un nuevo orden jurídico tal y como está formulado en textos, declaraciones y resoluciones,<sup>7</sup> se enfrenta a obstáculos técnicos y a resistencias políticas, en razón de que fundamentalmente lo que se desea es ciertamente una estructura de interdependencia menos asimétrica dentro de lo posible en las relaciones internacionales.

Podríamos decir que, en términos generales, un nuevo orden jurídico internacional (NOJI) quedaría básicamente por ahora (el principio de su estudio) circunscrito a las reglas y lineamientos que se desprenden del derecho económico internacional en vigor y del llamado derecho internacional del desarrollo.

Es cierto que estrictamente hablando estas dos disciplinas no se confunden entre sí, ya que mientras que una de ellas haría referencia al conjunto de reglas aplicables a las relaciones económicas de todos y cada uno de los Estados, la otra disciplina (*i. e.*, el derecho internacional del desarrollo) tendría por objeto el conjunto de reglas aplicables especialmente a los países industrializados.

Sin embargo, pensamos con otros, que por la forma en que se aborda su estudio y por el método de análisis, el ámbito de estas disciplinas se entremezclan de tal suerte en la práctica, que su examen es, en ocasiones, o por no decir siempre, indivisible en lo esencial de su objeto de estudio.<sup>8</sup>

7 A partir de abril de 1974 y de la VI sesión extraordinaria de la Asamblea General (AG) de la ONU, los países en desarrollo declararon su voluntad de sustituir las relaciones económicas en vigor por un "Nuevo Orden Económico Internacional". A partir de la "Declaración concerniente a la instauración de un NOEI", 1974, AG, 1o. de marzo/A/AC 166 L.47 A/Res. 3201 (s-VI) y del "Programa de acción", Res. 3202 (s-VI), gran cantidad de declaraciones tanto multilaterales como bilaterales, se refieren al NOEI, muy en especial la Res. 3281 (XXIX) de 1974.

8 Ver Feuer, G., "Les principes fondamentaux dans le droit international du développement", *Colloque d'Aix-en provence*, Société Française de Droit International (SFDI), 1974, pp. 191-234. Ver *Colloque des 14, 15, 16 avril, 1994: Les Nouveaux Aspects du Droit International*, Paris, A. Pédone, 1994, en particular, pp. 195-219.

Por último, si nos referimos a los rasgos generales que sería posible detectar en el NOJI, debemos hacer énfasis en la constante ampliación del círculo de actores y foros de negociación, que provocará que las organizaciones e instituciones internacionales se conviertan más y más en los actores de mayor importancia en el campo internacional.<sup>9</sup> Pero además, dentro de este rasgo general hay que tomar en consideración como una característica específica del nuevo orden el procedimiento llamado del *consenso* que ha llegado a ser un método de trabajo cada vez más generalizado en el seno de las organizaciones internacionales. Ciertamente, la autoridad “formal” de la resolución será menos que la de un texto votado por unanimidad, no obstante se ha observado que adquiere una autoridad muy importante desde el punto de vista político, y por el consenso de los Estados se comprometen probablemente en mayor medida de lo que hubiera sido su intención real (al existir ausencia de votación resulta que en realidad todos los Estados están de acuerdo con el texto).<sup>10</sup>

Como conclusión, podríamos decir que el NOJI, aceptando, como se ha dicho, que pueda hablarse de orden en un sistema internacional en constante y asombrosa mutación, producirá sin lugar a dudas un cada vez mayor impacto sobre la evolución de reglas sustantivas del derecho internacional (nacionalización, derechos adquiridos, inversiones extranjeras, etcétera) al igual que en el proceso de las técnicas de elaboración de reglas y normas jurídicas internacionales.

## V. ALCANCE JURÍDICO DE LAS RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL

En la medida en que la Carta de las Naciones Unidas no contiene una disposición general en lo que concierne a los efectos jurídicos de las resoluciones de la Asamblea General, éstas carecen de fuerza obligatoria en lo que respecta a los miembros de las Naciones Unidas, ya que de no ser así, se acordaría una función legislativa a la Asamblea, función ésta que sería contraria al principio de la soberanía de los Estados.<sup>11</sup>

9 Geiser, H., “A New International Economic Order: its impact on the evolution of international law”, *Annales d'Études Internat*, Genève, vol. 9, 1978, pp. 89-106.

10 El consenso puede definirse como la práctica destinada a lograr la elaboración de un texto por vía de negociación y adoptado sin proceso de votación. Ver Bedjaoui, M., *op. cit.*, nota 5, pp. 171-176.

11 Virally, M., “The Source of International Law”, en Srensen, Max (ed.), *Manual of Public International Law*, Nueva York, St. Martin's Press, 1968, pp. 160-162.

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que debe ser interpretado como la disposición que es enunciativa de las fuentes del derecho internacional, no prevé las resoluciones de las organizaciones internacionales como fuente autónoma de derecho, ni aun como medio auxiliar de determinación de las normas jurídicas. Esto no implica, sin embargo, que se deba considerar el listado del artículo 38 como limitativo,<sup>12</sup> pero en el estado actual de desarrollo del derecho internacional público, no sería correcto hablar de un verdadero e indiscutible cambio de la teoría de las fuentes del derecho internacional en su sentido de métodos de creación de normas jurídicas.

Sin embargo, el problema del valor jurídico de las resoluciones debe también ser ubicado en el campo de la efectividad del derecho internacional, desde el momento en que incluso una “recomendación”, puede alcanzar una efectividad de mayor grado, es decir, un efecto jurídico más coercitivo que aquél creado por ciertas convenciones o tratados internacionales.<sup>13</sup>

Alf Ross, en su obra sobre el análisis de la Carta de la ONU hace la siguiente observación: “*The Assembly can never legislate, never order, or command, but only submit, recommend, propose.*” Y añade que aunque la diferencia entre estas fases legalmente es absoluta y precisa, la diferencia práctica en las relaciones internacionales será con frecuencia relativa y elástica.<sup>14</sup>

El jurista Jorge Castañeda, aun y cuando reconoce que las resoluciones de los organismos internacionales no pueden constituir una fuente de derecho *in se*, admite, sin embargo, que ciertas resoluciones constituyen una expresión de reglas jurídicas internacionales, ya que al lado de la categoría de las resoluciones en su sentido preciso de “Recomendaciones” (invitaciones) y que no implican la creación de una obligación jurídica, se

12 Cahier, Ph., es de la opinión que si el derecho internacional adjudica consecuencias jurídicas a ciertos actos unilaterales de los Estados (notificación, protesta), éstos constituyen una fuente de derecho y esto en virtud del carácter primitivo del derecho internacional que, es, por consiguiente, no-formalista. “Le comportement des États comme source de droits et d’obligations”, *Recueil d’études en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Institut Universitaire de Hautes Études Internationales (IUHEI), 1968, pp. 237 y 238.

13 Virally hece notar que no es siempre correcto considerar la convención como un progreso jurídico en relación a las resoluciones, ya que desde el momento que un tratado no tiene efectos jurídicos más que entre los Estados que lo han ratificado, si se rechaza la ratificación, se elude todo efecto jurídico. *Les résolutions dans la formation du droit international du développement*, Genève, IUHEI, 1971, p. 18.

14 Ross, A., *Constitution of the United Nations*, Denmark, Eynar Munksgaard, 1960, p. 60.

encuentran resoluciones que van más allá de una simple invitación desprovista de valor jurídico. La ausencia en derecho internacional de un órgano de control de la legalidad sobre los actos de las autoridades competentes para aplicar las normas en el marco de los órganos de las Naciones Unidas, tiene como consecuencia que la Asamblea General pueda, en la práctica, interpretar su propia norma de competencia y emitir resoluciones con una implicación y un alcance jurídico diferente de aquellas que tienen solamente un sentido exhortativo.<sup>15</sup>

La actividad desarrollada por la Asamblea General permitiría, así, demostrarnos la adopción por este órgano de ciertas resoluciones que han producido efectos jurídicos de carácter imperativo, y de esta forma no pudiendo ser consideradas como resoluciones que impliquen únicamente un carácter exhortativo.

Dentro de esta perspectiva, podemos mencionar como ejemplo muy significativo, la resolución 377 (V) aprobada por la Asamblea General el 3 de noviembre de 1950 “La Unión para el mantenimiento de la paz”, y por la cual se le confiere a la Asamblea General una responsabilidad subsidiaria a aquélla del Consejo de Seguridad, para restablecer o mantener la paz o la seguridad internacionales.<sup>16</sup>

Los argumentos en que se funda la constitucionalidad de esta resolución 377 (V) son poco satisfactorios en la opinión de Castañeda; si el artículo 24 de la Carta habla de la responsabilidad “principal” del Consejo para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, es porque hay que entender que es el único competente para emprender una acción coercitiva: “desde un punto de vista jurídico, el atribuir singular y específicamente una función a uno de los dos órganos significa negarla al otro.”<sup>17</sup>

Será entonces la aplicación de la resolución por la práctica de los Estados y su aceptación por los miembros de la comunidad internacional que llegará a otorgar un fundamento de legalidad a dicha resolución.

Dado que esta resolución va a provocar una modificación de una situación jurídica preexistente dentro del régimen de seguridad colectiva prevista originalmente por la Carta, en este sentido se puede estimar, y

15 Castañeda, J., “Valeur juridique des résolutions des Nations Unies”, *Recueil des Cours*, Leyde, Sitjhoff, t. 129, 1971, pp. 213-222.

16 Ver reproducción del texto de la resolución de la Asamblea General relativo a “La Unión por el mantenimiento de la paz”, resolución 377 (V) del 3 de noviembre de 1950 en Reuter, P. y André Gros, *Traité et documents diplomatiques*, 3a. ed., París, Presses Universitaires de France, 1970, pp. 122-127.

17 Castañeda, *op. cit.*, nota 15, p. 261.

siempre según esta concepción, que la resolución comportó efectos estrictamente jurídicos, efectos de carácter obligatorio.<sup>18</sup>

Podemos todavía retener (fuera de las resoluciones de carácter “interno”) otras tres categorías de resoluciones que siempre, según este autor, constituyen algo más que una recomendación o una simple invitación.

Resoluciones que determinan la existencia de hechos o situaciones legales concretas, y pudiendo ser calificadas como obligatorias en aquello que específicamente “determinan”; ejemplo: la resolución 215 (XXI) del 27 de octubre de 1966, por la cual la Asamblea General revocó el mandato de África del Sur sobre el del sudeste africano.

Resoluciones que tienen como fin primordial expresar un acuerdo no formal entre los diferentes Estados miembros, y que en el fondo pueden considerarse similares a los acuerdos multilaterales en forma simplificada; ejemplo: la resolución (XVIII) aprobada por unanimidad el 13 de diciembre de 1963, “Declaración de los principios jurídicos que rigen las actividades de los Estados en materia de exploración y utilización del espacio extraatmosférico”.

El carácter obligatorio de dicha resolución se debe sobre todo al hecho de que varios representantes han manifestado su voluntad de quedar obligados por el documento en cuestión.

Por último, podemos mencionar la categoría de las resoluciones que comprenden “declaraciones” de carácter “general”, y aunque no sean creadoras de derecho, pueden probar o precisar la existencia de reglas jurídicas o, aún más, la inexistencia de una *opinio juris* en el seno de la comunidad internacional, ejemplo: la resolución 95 (I) del 11 de diciembre de 1946, por la cual la Asamblea General confirma los principios de derechos reconocidos por el Estatuto de la Corte de Nüremberg y por la sentencia de éste.<sup>19</sup>

Ahora bien, a nuestro modo de ver es conveniente hacer notar que, en gran parte, la validez de los argumentos desarrollados por Jorge Castañeda y la coherencia de su análisis pueden sostenerse en la medida en que se está dispuesto a admitir su formulación sobre la noción de “efecto jurídico obligatorio” respecto de las resoluciones de los organismos internacionales. Así pues, según este autor, la noción denota todo cambio o alteración respecto de una situación legal preexistente que pueda significar la

18 *Idem*, pp. 263-286.

19 *Idem*, pp. 294, 310 y 328.

extensión de la competencia de un órgano, o aun la “suspensión” (resolución 377) de una obligación.<sup>20</sup>

En términos generales, al alcance de una resolución o de una recomendación no puede ser entendida, como dice Virally, si no se toma en cuenta el proceso del cual emana, y que adquiere una significación jurídica solamente

... en la medida en la cual no sea simplemente la manifestación de los desiderata o de las pretensiones de una mayoría frente a una minoría, sino cuando exprese un mínimo de acuerdo con el cual participen todos aquellos que sean los destinatarios de tal resolución o de dicha recomendación y que, por consiguiente actuarán en tal sentido para asegurar su ejecución.<sup>21</sup>

De ahí que una resolución de la Asamblea, que haya sido adoptada a través de la vía del consenso o por unanimidad, puede pretender ser la prueba o el reflejo de un acuerdo entre los participantes y tener así un alcance no sólo moral y político, sino también jurídico. Por el contrario, la significación jurídica de una resolución será mucho más problemática desde el momento en que se adopte por mayoría, ya que es prueba de una falta de acuerdo manifiesto en relación con el conjunto de la comunidad internacional.

## VI. FORMALISMO Y SEGURIDAD JURÍDICA

Esto nos hace palpable que, particularmente por lo que se refiere al derecho internacional del desarrollo, los modos de elaboración del derecho internacional público están muy lejos de poder estar a la medida de dar respuesta en forma satisfactoria a las necesidades de reglamentación jurídica que conoce la sociedad internacional contemporánea.<sup>22</sup>

Nadie puede negar, por otra parte, que el formalismo jurídico reviste una función primordial de “seguridad jurídica”, pero también es igualmente cierto que con sus procedimientos lentos y a veces complejos, este formalismo impide muchas veces la adopción de decisiones útiles y oportunas.

20 *Idem*, pp. 225 y 226.

21 Virally, M., *op. cit.*, nota 13, p. 30. El término de recomendación está considerado por Virally como una resolución que invita al Estado a observar un comportamiento definido, mientras que el concepto de resolución, más amplio, se referiría a toda decisión tomada por un órgano deliberante, cualquiera que fuese su contenido (declaración, recomendación, etcétera); ver p. 49.

22 Ver *L'elaboration du droit international public Colloque de Toulouse*, Société Française pour le Droit Internationale, París, Pédone, 1975.

De aquí que no es muy satisfactorio que el jurista actualmente quede atrapado en un “juricentrismo”, ya que ello tiende a hacer olvidar la importancia de los fenómenos que no pueden ser aprehendidos por el derecho, que se sitúan ya sea más allá o más acá del discurso jurídico formal.

De esta suerte, ha podido ser demostrado que un examen cuidadoso de las resoluciones nos revela que el grado de obligatoriedad no depende tanto del instrumento como de su contenido y del marco institucional que enmarca su aplicación.

Una resolución adoptada por consenso y en la medida que refleja un cierto grado de acuerdo entre los participantes, puede llegar a obtener un efecto no solamente político, sino igualmente jurídico, y esto dependiendo obviamente del contenido mismo de la resolución, de la probabilidad de su aplicación y del examen no aislado sino en conjunto de toda una serie de resoluciones que versan sobre un mismo tópico, como formando parte de todo un proceso de decisión.<sup>23</sup>

## VII. LA “COUTUME SAUVAGE”

Las restricciones que pueden existir entre la norma consuetudinaria y las resoluciones de los organismos internacionales, pueden suscitar igualmente una fuerte polémica, ya que si bien puede llegar a existir consenso en el sentido que las resoluciones pueden incidir en el proceso de creación de la costumbre internacional, sin embargo, no existe acuerdo en la forma en que puede llevarse a cabo esta interrelación.

En términos generales, nosotros estaríamos de acuerdo en aceptar que, en todo caso, las resoluciones pueden traducir una *opinio iuris*, y que si ésta se llega a concretar en una *práctica*, sólo entonces podremos estar frente a una posible formación embrionaria de una regla consuetudinaria.

En este tipo de hipótesis, obviamente el elemento psicológico que caracteriza a la norma consuetudinaria parecería preceder al elemento material de la misma, y esta inversión parecería igualmente caracterizar lo que el profesor René-Jean Dupuy ha calificado como *coutume sauvage* frente a la *coutume sage*.<sup>24</sup>

23 Ver *Les résolutions dans la formation du droit international du développement (Colloque)*, Genève, Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, núm. 13, 1971.

24 Ver su estudio ya clásico de “Droit déclaratoire et droit programmatore: de la ‘coutume sauvage’, a la ‘soft law’”, *L’elaboration du droit international public (Colloque Toulouse)*, París, A. Pédone, 1975, pp. 132-148. En su curso de 1979 en La Haya, R.-J. Dupuy sostuvo: “La soft law n’est

## VIII. COSTUMBRE REVISIONISTA Y TÉCNICA DEL UNILATERALISMO

Es cierto que la lentitud de la formación de la costumbre y la incertidumbre de su exacto contenido, se acomoda mal con una sociedad cuya composición se ha transformado radicalmente y que debe afrontar problemas en constante renovación.

Es posible que la costumbre no sea ya la fuente esencial del derecho internacional, sobre todo si se le analiza en su aspecto internacional, pero aun así debemos reconocer que la jurisprudencia internacional, incluso la más reciente, revela que esta fuente parecería seguir conservando una importancia fundamental. (Ejemplo: CIJ, fallo de 1960 sobre el derecho de paso en territorio indiano; fallo de 1969 sobre el Caso de la Plataforma Continental en Mar del Norte y los de 1974 sobre el caso de pescaderías.)

Nosotros pensamos que al poder ser considerada realmente como una técnica de elaboración “espontánea” de creación jurídica, la costumbre no puede dejar de seguir siendo aplicable a las nuevas estructuras internacionales, pero evidentemente y, por lo mismo, se verá a su vez afectada profundamente en su modo de elaboración.

Así, actualmente (CIJ, 1969, *Rec.*, p. 43) se admite una forma unánime que el transcurso de un extenso y amplio periodo de tiempo no es ya en sí una condición necesaria en la formación de la norma consuetudinaria (contrariamente a la antigua CPJI que exigía un “uso inmemorial”, y de esta manera, como dice un autor, se libera a esta fuente de su *handicap mayor*, esto es, de la lentitud y tardanza de su elaboración.<sup>25</sup> Entendida así la costumbre, parecería que bien podríamos atribuirle una finalidad digamos “revisionista y dinámica”, que no apunta únicamente hacia el pasado, sino que se dirige en contra de un sistema que pretendería establecer reglas cuasi universales en forma irreversible. Para no ir más lejos, el reciente derecho internacional del mar sería el campo por excelencia de este nuevo enfoque dinámico de la costumbre.<sup>26</sup>

*pas encore une règle de droit; elle assume une fonction contestataire ou incitatoire; elle pointe avec l'aurore du droit nouveau dont midi le juste sonnera l'avènement.* Dupuy, R.-J., “Communauté internationale et disparités de développement”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International (RCADI)*, 1979, IV, núm. 165, p. 223.

25 Charpentier, J., *Tendances de l'élaboration du droit international public coutumier*, París, Pédone, 1974, pp. 105-131.

26 Dupuy, R.-J., “Coutume sage et coutume sauvage”, *Melanges a Ch. Rousseau*, París, Pédone, 1974, pp. 75-87; igualmente Hjertsonsson, K., *The New Law of the Sea*, Sijthoff, 1973, en particular pp. 145-171.

No se puede dejar de reconocer que los Estados intervienen en las relaciones internacionales, para generar efectos jurídicos, por medio de actos unilaterales cuya forma es estatal, pero su objeto es internacional, sin que esto quiera decir por supuesto que el derecho positivo vigente reconozca actualmente al Estado algo así como una capacidad jurídica para actuar como una especie de legislador internacional.<sup>27</sup>

Pero lo que sucede es que, por ejemplo, dentro de la composición del actual derecho del mar, tal parece que lo que podría llamarse como la técnica del *unilateralismo* debería acordársele actualmente un lugar de “primerísima” importancia, no sólo desde un punto de vista cuantitativo por el gran número de actos unilaterales emitidos, sino también en forma cualitativa en razón de su transformación en reglas de derecho positivo.

La práctica que en un principio es sólo adoptada por un solo país, y que según el caso puede suscitar una mayor o menor oposición por parte de terceros, es luego ampliamente imitada, repetida y uniforme hasta que llega el momento en que la convergencia de la adopción de tales medidas, que pueden incluso tomar la forma de declaraciones conjuntas (son medidas unilaterales adoptadas por varios Estados, como la Declaración de Santiago, Lima, etcétera), desemboca en la formación de una costumbre internacional en la propia materia.<sup>28</sup>

Luego entonces, no puede negarse que de hecho asistimos a un advenimiento de nuevas formulaciones de reglas y principios cuyo alcance jurídico no posee por lo pronto el rigor de las fuentes del derecho internacional general (específicamente las enunciadas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ). Pero definitivamente la práctica ha demostrado que un exceso de formalismo legal no se justifica en derecho internacional público (sobre todo donde no existe un sistema judicial organizado como en el derecho nacional para la aplicación de sanciones),<sup>29</sup> y dentro del

27 Como dice Roger Pinto, debería ser reconocido un interés jurídico al Estado para intervenir unilateralmente por vía legislativa en materias importantes para la comunidad internacional, como por ejemplo la legislación de Canadá de 1970 para prevención de la contaminación de los mares (ver *Colloque de Toulouse*, 1974).

28 La institución de la plataforma continental es un ejemplo de adopción casi por unanimidad, en tanto que la ZEE sería un ejemplo de una práctica que engendra mayor oposición por parte de terceros.

Esta técnica del “unilateralismo” es cierto que en un principio deroga el principio del consensualismo que debe presidir las relaciones internacionales. (Ver la documentada tesis Suy, E., *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, París, 1962. Ver igualmente Statement of december 4, 1970, to the *First Committee of the General Assembly*, Mr. J. A. Beesly, Canadian Representative).

29 Incluso en el terreno de la seguridad internacional, el órgano encargado de sancionar las violaciones de derecho es un órgano político, como dice Virally, lo que trae como consecuencia que en muchos casos no sea sancionada la infracción.

cual lo que importa no es tanto el aspecto formal del instrumento mismo sino el de su efecto o significación jurídica.

Compromisos simplemente que podríamos llamar “político-morales”, pueden tener un peso mucho más considerable que una obligación típicamente jurídica. Es necesario por lo tanto referirse al comportamiento de los Estados, pues como varias veces ha sido subrayado, poco importa que una reforma tome la forma de un “tratado” si éste no recibe ninguna aplicación. Por todo ello la flexibilidad de los nuevos instrumentos es sin duda necesaria y debe ser promovida en todo sentido. Hay que reconocer que actualmente, instrumentos tales como las resoluciones (declaraciones, recomendaciones, etcétera) de la Asamblea General de Naciones Unidas, en términos generales, “pueden contribuir a la formación de normas generales de derecho”, y esto es así por el simple hecho de que si un órgano internacional como la Asamblea General no dispone de un poder constituyente, no puede entonces atribuirse él mismo mayores facultades y poderes jurídicos que aquellos que le fueron originalmente asignados.

De aquí que, como lo ha hecho notar una parte de la doctrina, no creemos que pueda asimilarse (y nos guste o no) el voto de un gobierno a favor de una resolución internacional, con la aplicación efectiva por ese gobierno de los principios enunciados en dicha resolución.<sup>30</sup>

Por el contrario, estamos convencidos de que el consenso que pueda desprenderse de una resolución internacional, logre en “ciertas ocasiones” (habría que analizar las circunstancias de votación, el contenido y las modalidades de su aplicación) constituir la *opinio juris* de una costumbre en vías de formación, de una regla en proceso de elaboración que favorezca, en una palabra, su advenimiento efectivo.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, resulta innegable que una norma no puede reivindicar la característica de regla consuetudinaria sin un mínimo de *efectividad*, ya que sólo entonces habría rebasado el ca-

En estas condiciones no hay gran diferencia entre un compromiso formalmente jurídico y otro que no lo es, siendo que la cuestión de la sanción no se va a plantear en términos sustancialmente diferentes. Virally, M., en *Colloque* de Genève, IUHEI, 1970, p. 24.

30 Esto refuta la tesis de una posible “costumbre instantánea”. No por ello queremos decir que compartimos un punto de vista similar al defendido por juristas como K. Mareck, quien se refiere a las resoluciones de la AG con expresiones como las siguientes: “*The Orwellian quality of the UN pseudo-legislative activities is as could be expected, accompanied by a supreme contempt of all intellectual rigour*”, p. 377, en su artículo “Reflections on Contemporary Law-Making in International Law”, en *International relations in a changing world*, Genève, IUHEI, 1977. Ver también el artículo de Petersmann, Ernest, “International law and the new international economic order”, *Law and State*, vol. 17, pp. 7-20.

rácter “prepositivo” de la *lex ferenda* al incidir concretamente sobre la práctica internacional.

El jurista Igmaz Seidl-Hohenveldern, en un acucioso estudio, ha precisado que sin desconocer la ductilidad y flexibilidad de las reglas calificadas como de *soft law*, gozan éstas de una cierta “importancia en el derecho internacional, aunque obviamente sin pretender que puedan resolver conflictos internacionales entre los Estados”.

La conclusión a la que llega el mencionado jurista, es la de que podemos únicamente esperar que por lo menos algunas nuevas reglas dentro de las relaciones económico-internacionales puedan llegar a ser aceptables así sea como *soft law*, para que gradualmente se constituyan nuevas reglas de derecho internacional.<sup>31</sup>

## IX. CONCLUSIONES

Cuando se pretende hacer una recapitulación de un análisis, por somero que éste sea, de lo que constituye el derecho internacional del desarrollo, y uno se percata de que el proceso de formación de este derecho no presenta ninguna *especificidad* que lo diferenciara de los procesos de elaboración de normas en otros campos, y aun y cuando el lugar que ocupan los “*principios*” (por ejemplo, el principio de la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales) en este llamado derecho del desarrollo sea extremadamente importante, puede uno legítimamente preguntarse, como lo hace el profesor Michel Virally, si no deberíamos abandonar los esfuerzos de seguir impulsando esta rama incipiente del derecho internacional, en vista de los problemas y dificultades (y, hasta cierto punto, decepciones) que ha encontrado en su trayecto.

Sin embargo, el mismo profesor M. Virally, que es, sin lugar a dudas, uno de los juristas que con mayor seriedad ha estudiado este tipo de problemas, contesta a pesar de todo, en forma negativa, ya que ello, dice, equivaldría a renunciar a utilizar el derecho internacional como instrumento de cambio de la sociedad internacional.

Si por el momento no existe alternativa en el sentido de poder reemplazar el derecho internacional del desarrollo, por un derecho “revolucionario” (y no únicamente reformista), lo que en sí constituye una idea utópica sin consistencia ni contenido (Virally), hay que propugnar entonces por

31 Ver Seidl Hohenveldern, I., “International Economic Soft Law”, *RCADI*, núm. 163, 1979-II, pp. 165-246.

afianzar, cada vez más, dentro del derecho positivo, los “*principios*” de este derecho del desarrollo, para que así se puedan, de alguna manera, redefinir las relaciones entre países en vías de desarrollo y países industrializados; para ello, esta nueva rama del derecho debe estar plenamente consciente de la necesidad de abandonar la era retórica de las proclamaciones y de los discursos de virtuosismo, para entrar de lleno en la edad de la razón.<sup>32</sup>

32 Virally, Michel, “Vers un droit international du développement”, *Annuaire Français de Droit International* (CNRS), París, 1965, pp. 2-12; *idem*, “A propos de la *lex ferenda*”, *Mélanges offerts a Paul Reuter*, París, Pédone, 1981, pp. 519-535; *idem*, “Droit, politique et développement”, *La formation des normes en droit international du Développement*, *cit.*, pp. 156-161 y 379-381.