

CAPÍTULO OCTAVO

EVOLUCIÓN E INTERDISCIPLINA EN EL DEBATE ACTUAL DE LAS NUEVAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL: DERECHO SUAVE Y DERECHO DURO ¿CONTRAPOSICIÓN O COMPLEMENTO?

Juan Carlos VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El derecho suave o soft law como fuente autónoma y su relación con las fuentes tradicionales del derecho internacional.* III. *Precisiones terminológicas y presupuestos básicos para la identificación conceptual del derecho suave.* IV. *Otras formas de manifestación del derecho suave en el derecho internacional y las relaciones internacionales.* V. *Principales posiciones teóricas y doctrinales en torno a la naturaleza y significado del derecho suave.* VI. *El derecho suave en la práctica de la Asamblea General y de la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas.* VII. *Reflexiones finales.*

I. INTRODUCCIÓN

En estos momentos de caos e inusitado dinamismo de los procesos sociales globales y locales, el análisis crítico e interdisciplinario del contenido y características generales de las fuentes modernas del derecho internacional, en un enfoque más allá del positivismo dominante y del propio constructivismo teórico, a cuyo amparo se gesta y evoluciona el fenómeno del derecho suave o *soft law*¹ (como lo denomina la literatura anglosajona de moda), es un hito de particular importancia en el estudio académico y profesional, de los nuevos desarrollos temáticos de la ciencia jurídica y las relaciones internacionales. Sobre el derecho suave o *soft law*, como fuente derivada o no convencional

¹ En el presente trabajo utilizaremos indistintamente los términos “derecho suave” y “*soft law*” como expresiones sinónimas, tal como se usan o deben usarse en los idiomas español e inglés, respectivamente.

del *jus gentium*, se ha venido hablando y discutiendo a favor y contra de su determinación desde hace casi medio siglo —y con cierto sigilo y prudencia de los autores, aun desde antes—; pero en realidad todavía no se puede afirmar que se hayan dado los consensos doctrinales suficientes para superar los vacíos e imprecisiones teóricas en torno a la verdadera naturaleza normativa, alcances y límites de este derecho suave.

Lo cierto es que, al margen de la actividad desempeñada por varios organismos internacionales políticos y cuasilegislativos en torno a la *lege ferenda* del derecho internacional (Asamblea General y organismos especializados de la ONU), los principales avances en la materia se han desarrollado en el contexto de los estudios académicos universitarios centrados en sus fuentes sustantivas y subsidiarias. Hasta el momento no existe una posición única respecto al modo de empleo del término *soft law*, aunque de manera general con él se indican determinados “fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante pero que poseen al menos cierta relevancia jurídica”.² Para un sector de la doctrina, estrechamente vinculado a las nuevas fuentes del derecho internacional, el *soft law* constituye una manifestación de creación normativa novedosa y alternativa. Otro sector de la doctrina, vinculado a la visión clásica del derecho internacional, es decir, autores del positivismo jurídico, le niegan toda validez jurídica, argumentando que no puede existir un derecho no obligatorio.³ No obstante, no niegan la posibilidad de que el derecho suave llegue a convertirse en *hard law*, por lo que su enfoque analítico se fundamenta en una relación binaria *hard law-soft law*.

A mi entender, el problema de la existencia del derecho suave rebasa con frecuencia algunas de las categorías teórico-explicativas clásicas del derecho de gentes, tal como lo muestra que muchos iusinternacionalistas se hayan enfrascado en debates sin mucho sentido encaminados a confirmar o refutar exclusivamente su validez jurídica como medio de creación de obligaciones jurídicas. Lo valioso a mi modo de ver radica en que el estudio de esta manifestación de *lege ferenda* obliga necesariamente a penetrar en los terrenos de la inter y la multidisciplina, más aún cuando dicho fenómeno forma parte de un proceso de grandes magnitudes que pretende premiar e incentivar el cumplimiento de compromisos y obligaciones, más que casti-

² Toro Huerta, Mauricio Iván del, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, vol. VI, 2006, p. 159.

³ Estos autores señalan con énfasis que la característica básica con que ha sido dotado el derecho (*hard law*, también llamado derecho duro) es la obligatoriedad; por tal motivo, todo aquello que no posee un carácter vinculante no puede ser considerado derecho.

gar y responsabilizar la violación del derecho internacional.⁴ No es deseo de los Estados, al menos en términos de política interna e internacional, ser catalogados como violadores, infractores u objetores persistentes del derecho internacional, y sujetos de responsabilidad por un daño o el incumplimiento de una obligación internacional, más aún en un sistema de derecho internacional fundamentado en el clásico nexo de imputabilidad y la visión tradicional de la responsabilidad internacional, que fue de gran utilidad en el momento clave en que las relaciones internacionales se ceñían a un reducido número de asuntos, principalmente en materia de paz, seguridad y coexistencia pacífica entre las entidades soberanas.

Hoy en día, la naturaleza cooperativa del derecho internacional y las relaciones internacionales obligan a reconsiderar ciertos parámetros básicos sobre los cuales se desarrolló el *jus gentium* clásico, tales como los relativos a las fuentes de este derecho, a la responsabilidad internacional y, sobre todo, a la solución pacífica de controversias internacionales. En el ámbito internacional una tendencia observable es que en lugar de desperdiciar considerables recursos y someterse a exhaustivas negociaciones para celebrar grandes convenciones internacionales, los Estados buscan adoptar tratados junto con otros instrumentos multilaterales, bastante generales y ambiguos, que posteriormente son interpretados y desarrollados, en cuanto a su contenido, por los propios Estados a través de la práctica internacional o la adopción de documentos secundarios, como declaraciones, resoluciones, memoranda de entendimiento o códigos de conducta.⁵

En este contexto, en un primer razonamiento, el análisis integral del derecho suave obliga al académico y al estudioso de los asuntos internacionales a comprender una serie de realidades que hasta hace algunas décadas hubieran sido imposibles de aceptar, como lo es que el derecho internacional ya tiene tiempo que ya no sólo constituye un límite a la competencia espacial del Estado soberano hacia adentro y hacia afuera, sino que, más bien, este ordenamiento jurídico formaliza la interdependencia entre los

⁴ Es por esta razón que, de manera paralela al *soft law*, algunos doctrinarios ponen atención en conceptos como *soft liability* (o *responsability*), para referirse al incumplimiento, y *soft enforcement*, para aludir a mecanismos novedosos y flexibles de ejecución de normas y solución de controversias o diferencias entre sujetos reconocidos.

⁵ En vez de encargar la supervisión de las convenciones y tratados a las organizaciones internacionales públicas, en la actualidad se delega dicha función a las denominadas Conferencias de las partes (reuniones periódicas de los Estados parte), que no sólo vigilan el cumplimiento de los acuerdos, sino además, emiten documentos en los que se interpretan y adicionan las cláusulas del tratado o la convención. Finalmente, en lugar de consagrar mecanismos de solución de controversias clásicos, se prevén mecanismos de supervisión y facilitación del cumplimiento de los compromisos adquiridos.

actores de las relaciones internacionales, es decir, es una herramienta de cooperación, coordinación y colaboración internacional. En estos tiempos globales, los problemas que aquejan a la comunidad internacional son atendidos mediante la cooperación internacional y la conformación de regímenes internacionales, formales o informales, y no únicamente, como sucedía antaño, con regímenes jurídicos internacionales encarnados en una organización intergubernamental (OIG). Los regímenes internacionales constituyen, sin duda, una de las principales manifestaciones de la organización internacional moderna;⁶ en ellos tienen cabida tanto los sujetos clásicos del derecho internacional como los nuevos actores de las relaciones internacionales, como son las empresas transnacionales, la opinión pública mundial, las organizaciones no gubernamentales (ONG) y el propio individuo.⁷

En un segundo razonamiento, debe reconocerse que el fenómeno *soft* no es exclusivo del derecho internacional. En materia de política internacional y política exterior se ha comenzado a propagar el uso de la expresión *soft power* para referirse, como lo sostienen Richard Armitage y Joseph Nye Jr. para el caso estadounidense, a la habilidad de una nación para atraer la simpatía de los demás Estados hacia sus objetivos particulares, sin tener que recurrir a la amenaza o al poder económico y militar.⁸ Se trata, en cierto modo, de un cambio de concepción en torno al ejercicio del poder en las relaciones internacionales, pues, como bien señalan estos autores, las capa-

⁶ Me refiero a la organización internacional en su sentido sociológico; es decir, como formas en las que se estructura la sociedad internacional, y no a instituciones internacionales como la ONU, la OMC, etcétera, como lo marca la literatura clásica.

⁷ Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, *Teorías, temas y propuestas para el estudio crítico de la organización internacional. Hegemonías, dependencia y cooperación en el sistema político mundial*, México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, 2011, pp. 125-134. Los regímenes internacionales se conforman por un conjunto de creencias, expectativas y pautas de comportamiento comunes con un trasfondo político determinado y fuertes connotaciones éticomorales acordes a una época y objetivos específicos, que pueden quedar formalizados a través de instrumentos vinculantes que den vida a mecanismos operativos de cooperación internacional. Estos regímenes se fundamentan en una idea constructivista encaminada a que los Estados aprendan a cooperar unos con otros a fin de alcanzar metas comunes sin la necesidad de normas jurídicas rígidas que castiguen el incumplimiento. Además, poseen la ventaja de poderse adaptar a los rápidos cambios que tienen lugar en el ámbito de las relaciones internacionales, sin tener que someter al régimen a grandes rondas de negociación y adopción de instrumentos jurídicos formales. En otras palabras, los regímenes constituyen un mecanismo novedoso de socialización internacional en el que se busca incentivar la cooperación, premiar el cumplimiento y reducir la desconfianza mutua a través del aprendizaje, en oposición al modelo tradicional, en el que la norma jurídica de carácter obligatoria, bilateral y coercible, desanimaba el incumplimiento mediante la amenaza de una sanción.

⁸ Armitage, Richard y Nye Jr., Joseph, *CSIS Commission on Smart Power. A Smarter, More Secure America*, Nueva York, CSIS, 2007, p. 6.

ciudades económica y militar se han convertido en instrumentos débiles para combatir las ideas. El derecho internacional no es ajeno a lo que sucede en el ámbito de la política internacional, y una prueba de ello es que históricamente, la naturaleza coercitiva de la norma jurídica resulta insuficiente para asegurar su cumplimiento por parte de los Estados, que observan el derecho internacional no sólo por así convenir a sus intereses y a su prestigio internacional, sino además, porque tienen la necesidad social, inherente a la humanidad, de contar con un mínimo de normas y principios que regulen la conducta y el comportamiento en las determinadas áreas del quehacer internacional.

En tercer término, me parece que el *soft law* demuestra que el derecho internacional se encuentra en una etapa de reinención producto de los cambios radicales acontecidos en las relaciones internacionales tras el fin de la Segunda Guerra Mundial. La doctrina clásica hace referencia a esta realidad reconociendo la ampliación, extensión y diversificación,⁹ y juridificación de las relaciones internacionales;¹⁰ sin embargo, no se trata única y exclusivamente del surgimiento de un mayor número de normas o ramas del derecho internacional que se corresponden linealmente con un mayor número de asuntos internacionales de variada naturaleza.

En cuarto lugar, el derecho suave permite identificar con claridad los límites del positivismo jurídico como corriente teórica y metodológica encaminada a explicar la creación y validez de las normas jurídicas en el ámbito internacional. Por un lado, el derecho internacional no aspira a ser un reflejo del derecho nacional, en el que existe centralización y órganos facultados para la creación, aplicación e interpretación del derecho (el derecho de gentes es único, en razón de las peculiares características de la sociedad internacional), y por el otro, sus fuentes rebasan las clásicas fuentes consagradas en el artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Estas cogitaciones personales no implican que el *soft law* busque desbancar al *hard law* de su tradicional papel de mecanismo por excelencia en la regulación de la conducta humana y, en este caso, de las naciones y otras entidades no estatales o atípicas. A la doctrina jurídica clásica le preocupa sobremanera que se pueda otorgar carácter jurídico a aquellas obligaciones o normas que no han pasado por el proceso de creación normativa fuerte-

⁹ Friedmann, Wolfgang, *La nueva estructura del derecho internacional*, México, Trillas, 1967.

¹⁰ Becerra Ramírez, Manuel y Müller Uhlenbrock, Klaus (coords.), *La juridificación de las relaciones internacionales. Un análisis plural*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

mente arraigado en el imaginario de los positivistas.¹¹ Sin embargo, el *soft law* y sus defensores no pretenden desplazar al *hard law*, sino más bien optimizar la eficiencia y eficacia del derecho internacional con un conjunto de normas complementarias —y en ocasiones convergentes—, que permitan a este derecho adaptarse a los cambios cualitativos de las relaciones internacionales y presentar una normatividad congruente, eficaz y a la par con la realidad social —y las demandas sociales— que pretende regular.

El derecho es, ante todo, una ciencia social, y de esta matriz no puede ni debe desprenderse, bajo el riesgo de perder su sentido ontológico. No olvidemos que, como lo destaca el profesor Seara Vázquez, los juristas y jusinternacionalistas demasiado celosos de su disciplina y encerrados en la interpretación normativa, y exacerbados de positivismo, acaban por no entender nada, o muy poco, de lo que ocurre en el entorno, y por consiguiente despojan al sistema jurídico su contenido real.¹² Es en este sentido que el derecho suave hace posible, además, atraer al imperio del derecho internacional a actores internacionales (empresas, organizaciones no gubernamentales) cuya personalidad y capacidad jurídica siguen siendo un asunto pendiente en la agenda temática del derecho de gentes clásico. Igualmente, el trinomio *soft law*, *soft liability* y *soft enforcement* constituyen una alternativa para explicar el surgimiento de obligaciones internacionales, su cumplimiento, ejecución y su rol en la solución pacífica de controversias en un mundo complejo, globalizado e interdependiente, como el que nos ha tocado vivir. De manera que en el presente ejercicio capitular se hace una revisión teórica jurídico-política internacional de la naturaleza del denominado derecho suave y su relevancia en el derecho internacional y las relaciones internacionales contemporáneas.

II. EL DERECHO SUAVE O *SOFT LAW* COMO FUENTE AUTÓNOMA Y SU RELACIÓN CON LAS FUENTES TRADICIONALES DEL DERECHO INTERNACIONAL

El fenómeno del derecho suave se inscribe cada vez con más fuerza en los debates doctrinales que se desarrollan en torno a la filosofía, contenido y al-

¹¹ Para una mejor comprensión del debate *soft law-hard law*, en el contexto de la réplica positivismo-naturalismo y el derecho internacional, hay tres trabajos cuya lectura recomiendo: 1) Garibian, Sévane y Puppo, Alberto, *Normas, valores y poderes. Ensayos sobre positivismo y derecho internacional*, México, ITAM-Fontamara, 2010; 2) Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2001, y 3) Vigo Rodolfo L., *El iusnaturalismo actual. De M. Vilely a J. Finnis*, México, Fontamara, 2003.

¹² Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, *El derecho internacional público en la agenda política de las relaciones internacionales*, prólogo de Modesto Seara Vázquez, México, UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 5.

cances de las denominadas nuevas fuentes del derecho internacional, y suelen identificarse por lo general en las resoluciones de las organizaciones internacionales, las decisiones de organismos políticos y “cuasi-legislativos”, los actos unilaterales de los Estados y los acuerdos ejecutivos —*executive agreements*— de diferentes tipos. La naturaleza jurídica plena de estas manifestaciones de creación de obligaciones internacionales ha sido duramente criticada debido a la existencia de una visión dominante, pero restringida y rebasada por la realidad social, de las fuentes del derecho internacional.

Tradicionalmente, estas raíces de origen han sido definidas como “los modos de formación o manifestación de ese derecho, o los modos de su realización, y de los cuales dimanar directamente los derechos y las obligaciones de las personas internacionales”.¹³ Buena parte de la doctrina se ha enfocado en el estudio de los procesos a través de los cuales se crean las normas jurídicas en el ámbito internacional; es decir, en las denominadas fuentes formales. Esta tendencia ha llevado a identificar al artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) como el precepto al que se recurre por antonomasia al momento de estudiar y conocer cuáles son las fuentes del derecho internacional. En mi opinión, el citado numeral no realiza una enumeración exhaustiva de las fuentes del derecho internacional, y de su redacción no se desprende que establezca una jerarquía entre tales fuentes.

Es un hecho irrefutable que el mentado numeral 38 del Estatuto del máximo tribunal internacional ha sido dejado atrás por las nuevas tendencias del derecho de gentes. Como afirma el investigador Manuel Becerra: “de un examen detenido sobre todo de la práctica internacional es posible advertir que la normatividad internacional tiene formas de manifestación mucho más amplias y en algunos casos más sofisticadas”.¹⁴ Alf Ross, “ve en la limitación de las fuentes en un solo artículo el peligro de que frecuentemente sea incompleto o que sea inadecuado a la realidad... la práctica internacional es la importante, ya que es mucho más rica y compleja que la simple expresión de un artículo en un documento internacional”.¹⁵ Por este motivo, coincido con mis colegas universitarios y otros especialistas en la materia, en que el numeral 38 estatutario sólo debe asumirse como una mera referencia o punto de partida oficial en relación con las fuentes del derecho internacional.

¹³ Accioly, Hildebrando, *Tratado de derecho internacional público*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, t. I, 1958, p. 50.

¹⁴ Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 1.

¹⁵ Citado por Becerra Ramírez en *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, p. 4.

Ante la insuficiencia explicativa del enfoque tradicional que limita el proceso de creación normativa en el ámbito internacional a las fuentes formales enunciadas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ, la doctrina ha desarrollado enfoques heurístico-explicativos alternos que, desde una visión más integral del derecho internacional y las relaciones internacionales, permiten reconocer la existencia de nuevas presentaciones de la evidencia normativa. Por ejemplo, Ian Brownlie señala que la distinción entre fuentes materiales y formales en el derecho internacional es difícil de mantener; por tal motivo, la existencia de las normas jurídicas debe realizarse mediante la comprobación de consensos y acuerdos entre los Estados con respecto a ciertas reglas particulares o prácticas.¹⁶ De la misma opinión es Baxter, para quien el proceso de creación de derechos y obligaciones internacionales reposa en el consentimiento de los Estados y, por tanto, existen una infinita variedad de manifestaciones de derecho internacional que no se constriñen al texto del artículo 38.¹⁷ Este enfoque llevaría a afirmar, como lo hacen algunos autores y doctrinarios, que la autoridad de las normas internacionales debe buscarse en la propia conducta de los sujetos internacionales y en lo que ellos consideran como normativo y obligatorio.

Es importante ser precavidos al momento de referirse al término “fuentes” debido a las discusiones académicas que genera y a su estrecha vinculación con la teoría clásica del propio derecho internacional. Por ejemplo, hay autores que prefieren hablar de “procesos o procedimientos de creación normativa”, “manifestaciones jurídicas” o *law-making*, en lugar de emplear el término “fuentes”. A mi entender, este término es correcto, tiene tradición y consenso, es sencillo y bastante descriptivo, por lo que considero adecuada su utilización, pero siempre y cuando se amplíe su contenido y sea correspondiente con la realidad internacional objetiva. Y no se trata de una simple *commodité*, como se dice en correcto galicismo, sino de ir más al fondo de la cuestión más que a la forma o nomenclatura de la misma.

Lo interesante es que la naturaleza del *soft law* en cuanto a fuente del derecho internacional ha sido estudiada desde dos posiciones doctrinales predominantes, a saber: la doctrina clásica de las fuentes del derecho internacional y la doctrina que defiende la existencia de nuevas fuentes o manifestaciones jurídicas de este derecho. Para los primeros, el *soft law* no constituye una nueva fuente del derecho de gentes, sino más bien una forma

¹⁶ Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 76.

¹⁷ Baxter, R., “International Law in her Infinite Variety”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, 1980, p. 566.

en que se recoge y comprueba la existencia de una norma consuetudinaria, o bien como un principio general de derecho encaminado a constituir un parámetro interpretativo del *hard law*. Este derecho suave es evidencia viva de una práctica internacional, de una convicción jurídica (*opinio iuris*) o una herramienta interpretativa de normas jurídicas internacionales cuyo carácter vinculante es plenamente reconocido.

Esta manifestación de *lege ferenda* no posee una naturaleza normativa *per se*, sino en la medida en que constituye una prueba de que los elementos objetivo y psicológico de la costumbre internacional se han configurado, esto es, participa de los procesos de creación normativa, puesto que genera la adopción de normas nacionales, convencionales o consuetudinarias; sin embargo, su “participación en la formación de normas y obligaciones internacionales sólo puede constatarse *ex post facto*”;¹⁸ es decir, una vez que ha sido creada la norma jurídica a través de los procedimientos clásicos. En este sentido, la función del derecho suave o protoderecho se reduce a ser una manifestación primaria o emergente del derecho duro, una especie de herramienta interpretativa de este derecho destinada a llenar sus lagunas o vacíos, y la muestra palpable de una costumbre internacional.

La solidez del derecho se fundamenta en su capacidad de otorgar y garantizar certidumbre jurídica a los actos realizados por sus sujetos. La validez de los procesos de creación normativa se sustenta en la existencia de normas preexistentes y reconocidas que aseguran a los sujetos jurídicos que las normas que les serán aplicadas han pasado por una serie de etapas ciertas, formales y conocidas que impiden el surgimiento arbitrario de normas jurídicas. Es claro entonces que para la doctrina tradicional, el *soft law* constituye —salvo su posibilidad de crear costumbre— una forma de evadir los canales formales de creación normativa y una seria amenaza para la estabilidad y coherencia del derecho internacional, y en el peor de los casos, puede hasta erosionar, fragmentar y debilitar al derecho internacional, así como generar un potencial conflicto de leyes entre normas rígidas y normas suaves.

No obstante, la creación normativa en el campo del derecho internacional ha sido facultad exclusiva de los Estados, quienes, a través de su libre voluntad y consentimiento, deciden comprometerse y otorgar efectos vinculantes a sus actos internacionales. El carácter no obligatorio de las recomendaciones de algunos organismos internacionales, o cualquier otra manifestación del derecho suave, está estrechamente vinculada y es propor-

¹⁸ Mazuelos Bellido, Ángeles, “*Soft law*: ¿mucho ruido y pocas nueces?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, REEI, núm. 8, 2004, p. 22, disponible en: www.reei.org.

cional, como lo sostienen los defensores de este derecho en formación en cuanto fuente de derecho internacional, a la convicción jurídica (*opinio iuris*) manifestada por los Estados al momento de adoptar compromisos internacionales y a la plena observancia del principio de la buena fe.

La obligatoriedad de los instrumentos suaves no debe buscarse únicamente en la forma en que se redactan y adoptan tales mecanismos; por el contrario, la *opinio iuris* y la práctica estatal o internacional se convierten en requisitos *sine qua non* para desprender efectos normativos vinculantes de un instrumento de *soft law*, lo cual dificulta su distinción de la costumbre “regular”. La convicción jurídica demuestra la intención del sujeto internacional al momento de adoptar el instrumento “suave”, mientras que la práctica confirma dicha convicción en el terreno fáctico.

Esta constancia “blanda” del derecho constituye un nuevo procedimiento de creación normativa o fuente del derecho internacional. El hecho de que posteriormente pueda quedar consagrado en un tratado, una costumbre o una jurisprudencia, es una posibilidad, mas no una regla. En este sentido, considero que el *soft law* reviste las siguientes particularidades:

1. Es una fuente nueva del derecho internacional.
2. Puede servir de base para crear normas de derecho duro.
3. Puede convertirse en derecho duro, aunque no es su objetivo único y último.
4. Puede ser complementado y precisado mediante la adopción de otras normas suaves o de normas rígidas consagradas en los tratados y la costumbre.
5. Puede complementar a las fuentes clásicas del derecho internacional en aquellas áreas en que existan lagunas y vacíos (aplicación *infra legem*).
6. Puede moderar o corregir el derecho internacional (aplicación *supra legem*).
7. Coadyuva a llenar lagunas jurídicas o ciertos vacíos de derecho y facilita la respuesta pronta del derecho a necesidades novedosas o no previstas en la realidad social nacional, regional e internacional.¹⁹
8. No puede contravenir las normas imperativas de observancia universal (*ius cogens*).

¹⁹ Velázquez, Elizarrarás, Juan Carlos, *op. cit.*, en especial revisar el capítulo V “Avances del derecho internacional constitucional: régimen jurídico y capacidad normativa general de las organizaciones internacionales”, pp. 147-191.

En esta tónica, considero que la relación derecho suave-fuentes clásicas del derecho internacional no debe ser vista como problemática o conflictiva, sino como una interrelación dinámica en la que ambas manifestaciones jurídicas se complementan y retroalimentan mutuamente. El primero proporciona un conjunto de normas jurídicas que refleja las tendencias actuales de la sociedad internacional en ciertas áreas determinadas y su necesidad por contar con un mínimo de pautas de comportamiento que regulen las interrelaciones entre sus miembros. Además, es una especie de subsistema de normas diferentes y aisladas de las provenientes de los tratados y la costumbre destinadas a optimizar el derecho internacional contemporáneo. De ahí que la interrelación del derecho suave con las otras fuentes del derecho internacional deba ser armónica; es decir, el derecho suave es fuente autónoma allí donde no existe tratado o costumbre, y es fuente subsidiaria o auxiliar en aquellos casos en que existan vacíos o lagunas en el derecho convencional o en el consuetudinario (es esta, precisamente, la esencia de dicha complementariedad).

A la doctrina que rechaza el *soft law* le preocupa, no sin razón, cuáles son las reglas aplicables ante un potencial conflicto de leyes entre normas *soft* y *hard* en una misma materia. Para ellos, el problema no se limita a la mera aplicación de los principios *lex posterior derogat priori* y *lex specialis derogat legi generali*, ya que sería como otorgar el mismo valor a ambas presencias del derecho.²⁰

Razonándolo más a fondo, me parece que el problema relativo a la existencia de un potencial conflicto de leyes entre normas suaves y normas rígidas pasa más por una cuestión en torno a la pretendida carencia de validez jurídica del derecho suave que a un verdadero dilema de orden técnico jurídico. Si se le niega validez jurídica, es lógico que se rechace la posibilidad de que sus normas puedan, con base en los principios *lex posterior* y *lex specialis*, predominar sobre las disposiciones de un tratado o la costumbre. Si, por el contrario, se le reconoce la validez jurídica en tanto manifestación de la voluntad de los sujetos internacionales o producto de las facultades conferidas a una organización internacional, no hay razón para negar la aplicabilidad de tales principios.²¹

²⁰ Klabbers Jan, "The Redundancy of Soft Law", *Nordic Journal of International Law*, Netherlands, Kluwer Law International, núm. 65, 1996, p. 177.

²¹ El punto fino de la cuestión se restringe, por un lado, a la falta de precedentes en la materia, y por otro, a que los tribunales internacionales, principalmente la Corte Internacional de Justicia, a pesar de haber tenido la oportunidad de analizar e interpretar instrumentos de *soft law* (resoluciones del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General de las Naciones

Este problema es aparente y una especie de eufemismo, bastante similar al que ocurre con los principios generales de derecho consagrados en el inciso c del párrafo 1 del Estatuto del máximo tribunal; es decir, los principios generales y el *soft law* son una realidad y una manifestación jurídica; empero, ni los Estados ni la Corte han tenido la disposición para fundamentar sus demandas y sus decisiones en tales fuentes del derecho internacional. Por ejemplo, en el caso relativo a las *Papeleras en el Río Uruguay* (Argentina c. Uruguay, fallo del 20 de abril de 2010),²² el juez Cançado Trindade, en su opinión separada al fallo, lamenta que la Corte haya realizado un análisis exhaustivo de componentes químicos y no lo haya hecho, en cambio, en relación con los principios de derecho internacional del medio ambiente, considerados como fuente autónoma del derecho internacional y aplicable a la resolución de las controversias sometidas a la CIJ. Con toda la razón jurídica que por lo general asiste a las opiniones disidentes, para el juez Cançado Trindade, la Corte dejó pasar la oportunidad de realizar una contribución importante al desarrollo de esta disciplina jurídica, al no hacer una mención expresa en torno a principios del derecho ambiental, tales como el principio de prevención, el principio de precaución, el principio de equidad intergeneracional y el principio de desarrollo sostenible.²³

Aunque no existe razón para no aplicar los principios *lex posterior* y *lex special* a los conflictos de leyes que puedan suscitarse entre normas de *hard* y de *soft law*, lo cierto es que, como sucede con los tratados y la costumbre, las normas e instrumentos suaves no pueden contravenir el *ius cogens*, y sólo deben tener efectos jurídicos para aquellos sujetos que hayan manifestado su consentimiento para otorgarle carácter obligatorio. Sucede lo mismo que con la costumbre, se debe demostrar la práctica estatal y la convicción jurídica a fin de poder comprobar el carácter obligatorio y aceptación de una norma suave.

En el siguiente apartado se revisarán las principales tipologías y clasificaciones que se han elaborado en torno al *soft law* para identificar la gran variedad de manifestaciones que puede revestir en el ámbito de las relaciones internacionales contemporáneas.

Unidas, por ejemplo), no ha fundamentado jurídicamente ninguna de sus decisiones en instrumentos o normas de carácter eminentemente suaves.

²² ICJ, juicio del 20 de abril de 2010, disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15877.pdf>.

²³ Borrás, Susana, “El desenlace del conflicto de la celulosa: Argentina vs. Uruguay”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Cataluña, vol. 1, núm. 1, 2010, pp. 33 y ss.; *Separate Opinion of Judge Cançado Trindade to the Judgment in the Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay*, pfs. 52 y ss., disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15885.pdf>.

III. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS Y PRESUPUESTOS BÁSICOS PARA LA IDENTIFICACIÓN CONCEPTUAL DEL DERECHO SUAVE

Como ya se advirtió, el término *soft law* o “derecho suave” ha sido ampliamente cuestionado por la doctrina en razón de sus imprecisiones y de las múltiples acepciones de que ha sido objeto. El término ha sido definido atendiendo, por lo menos, a tres grandes criterios: 1) las definiciones que se centran en los efectos legales del derecho suave; 2) las que le otorgan una naturaleza política, social o moral, y 3) aquellas que lo definen con relación a las fuentes clásicas del derecho internacional consagradas en el artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ).

Atendiendo al primer criterio, algunos doctrinarios señalan que el término *soft law* se usa para “describir principios, reglas, estándares o directrices que carecen de efecto vinculante aunque no dejan por ello de producir determinados efectos jurídicos”.²⁴ Una buena parte de la doctrina emplea el término para referirse a aquellos instrumentos que tienen un carácter jurídicamente no vinculante, pero que poseen cierta relevancia jurídica, siendo su espacio natural de producción el derecho internacional.²⁵ Para Jan Klabbbers, este término alude a los instrumentos que son considerados como *dotados de efectos legales*, pero sin ser elevados al rango de verdadero derecho.²⁶ Dentro de este sector, destaca la concepción de Thüerer, para quien el *soft law* es definido específicamente como “un fenómeno de las relaciones internacionales que abarca todas aquellas reglas sociales generadas por los Estados y otros sujetos de derecho internacional que no son obligatorias o vinculantes pero que, sin embargo, tienen una relevancia legal especial”.²⁷

Con base en una pretendida naturaleza política, algunos doctrinarios lo han definido como aquellos “estándares y principios de conducta no obligatorios”,²⁸ o bien como acuerdos vinculantes política y moralmente, pero sin ningún efecto jurídico. Por otra parte, para aquellos que lo definen con relación a las fuentes del derecho internacional, el derecho suave se en-

²⁴ Toro Huerta, Mauricio Iván del, *op. cit.*, p. 533. Se refiere a autores como Jerzy, Sztucki y Ramberg.

²⁵ Alarcón García, Gloria, “El *soft law* y nuestro sistema de fuentes”, en Martínez de Pisón, Juan (dir.), *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Libro-homenaje al Profesor Álvaro Rodríguez Berejio*, España, Aranzadi, 2010, p.9.

²⁶ Klabbbers Jan, *op. cit.*, p. 168.

²⁷ Citado por Toro Huerta, Mauricio Iván del, *op. cit.*, p. 534.

²⁸ Karmel, Robert S. y Kelly, Claire R., “The Hardening of Soft Law in Securities Regulation”, *Brooj. J. International Law*, vol. 34, 2009, p. 884.

cuentra conformado por normas, principios y procedimientos internacionales, que están fuera del sistema formal de fuentes del artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la CIJ; y carecen del carácter normativo requerido para crear derechos y obligaciones empero, son capaces de producir ciertos efectos legales.²⁹ Van Hoof afirma que la voz *in comento* es utilizada “para englobar instrumentos que no se acomodan a las «fuentes» tradicionales de Derecho Internacional, si bien concurren en ellos elementos característicos de las reglas de Derecho por lo que no merecen ser considerados no-Derecho”.³⁰

También son de mencionarse las tres principales acepciones que, de acuerdo con Julio Barberis, se le han otorgado al término: a) las normas que se encuentran en proceso de formación y aún no han adquirido validez jurídica; b) las normas jurídicas de contenido difuso o vago en las que es difícil precisar si sus disposiciones han sido cumplidas debidamente o no, y c) las normas que se hallaban en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de algunas organizaciones regionales en acuerdos políticos, en “pactos de caballeros”, en códigos de conducta, en declaraciones conjuntas, en directivas adoptadas por consenso en conferencias internacionales, etcétera, que en conjunto formarían una suerte de orden jurídico intermedio.³¹

Todas estas acepciones demuestran que el *soft law* no posee el rango de fuente formal del derecho internacional debido, por un lado, y con base en una posición exegética, no se encuentra previsto en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ y, por otro lado, a que en su formación no concurren los elementos necesarios y aceptados por la doctrina para que se materialice el proceso formal de creación normativa. No obstante estas carencias inherentes al derecho suave, la doctrina le reconoce capacidad de generar ciertos efectos legales. No se niega que esta peculiar figura del derecho internacional pueda crear compromisos y pautas de comportamiento; por tal motivo, el problema en torno al fenómeno parece trasladarse más bien al ámbito particular de su obligatoriedad y de la capacidad de los sujetos jurídicos internacionales para exigir el cumplimiento de tales compromisos.

En este sentido, y con base en la más estricta técnica jurídica, el *soft law* no podría ser considerado como verdadero derecho, amén de que no puede exigirse su cumplimiento por parte de los sujetos internacionales. Esta apa-

²⁹ Francioni, Francesco, “International «Soft Law»: a Contemporary Assessment”, en Lowe, Vaughan y Fitzmaurice, Malgosia (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge University Press, 1996, p. 168.

³⁰ Citado por Mazuelos Bellido, Ángeles, *op. cit.*, p. 21.

³¹ Barberis, Julio, *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Depalma, 1994, pp. 281 y ss.

rente naturaleza imperfecta del *soft law* ha llevado a la doctrina a concebirlo como una especie de derecho flexible, derecho blando, derecho suave, pre-derecho, derecho en agraz, o bien derecho programa o programático (lo que lo acercaría más a la idea de *lege ferenda*). Esta concepción posee un carácter eminentemente excluyente y un tanto simplista, puesto que se limita a definir al *soft law* en oposición al *hard law*, y a sus efectos legales como *no obligatorios* en oposición a *obligatorios*.

Desde una perspectiva más amplia, Riphagen mencionaba que el derecho no es el único sistema normativo que regula la conducta humana, por lo que es necesario identificar los diferentes niveles que conforman el mundo jurídico, mismo que se encuentra dividido en por lo menos cuatro niveles representados en la fórmula *non-law/soft law/law/ius cogens*, en donde el *soft law* y el *ius cogens* representan los dos extremos del derecho.³² De acuerdo con Van Hoof y Baxter, el derecho suave se ubicaría en una zona gris entre el blanco derecho y la negrura del no derecho. Este sector de la doctrina descarta la posibilidad de ignorar su naturaleza jurídica, aunque lo ubica en una posición intermedia con respecto al derecho duro, lo que conllevaría a identificarlo como una manifestación primaria o transitoria del verdadero derecho.

Aunque esta posición doctrinal asume una visión más integral del mundo jurídico, no resuelve los problemas relativos a la obligatoriedad y exigibilidad del *soft law*, puesto que, a menos que se convierta en *hard law* en razón de una relación lógica de continuidad, no es obligatorio y exigible. Por este motivo, el primero tiene ciertos efectos jurídicos sólo en la medida en que genera expectativas de cumplimiento de ciertos compromisos, constituye una prueba de una práctica estatal o de una convicción jurídica (*opinio iuris*), o bien ayuda a interpretar instrumentos jurídicos internacionales cuyo carácter vinculante es plenamente aceptado.

Nótese que las dos posturas doctrinales presentan razonamientos aceptables. Sin embargo, el problema en torno a la naturaleza jurídica del derecho suave radica en una desafortunada denominación de un fenómeno internacional. El fenómeno surgió de la necesidad de la sociedad internacional por encontrar nuevas formas de alcanzar acuerdos, consensos y compromisos en un cada vez mayor número de rubros y asuntos internacionales de variada naturaleza. Asimismo, refleja las tendencias de la sociedad internacional en la regulación de materias o áreas determinadas. En los casos en que los Estados han llegado a adoptar compromisos políticos, económicos y sociales al margen de los canales clásicos de conformación de obligaciones, no han tenido la intención explícita de generar formas de creación normati-

³² Toro Huerta, Mauricio Iván del, *op. cit.*, p. 524.

va antagónicas a las fuentes clásicas del derecho internacional, sino otorgar cierto efecto jurídico a dichas pautas y directrices, debido, principalmente, por su utilidad para adoptar verdaderos instrumentos jurídicos internacionales vinculantes, y aun para la interpretación de dichos instrumentos. A falta de un mejor término, se adoptó y propagó la expresión *soft law* o “derecho suave”.³³

A la complejidad para definir el término en cuestión debe añadirse la dificultad para identificar sus elementos característicos básicos y de los instrumentos en que queda consagrado. De acuerdo con Christine Chinkin, para que un instrumento sea calificado como derecho suave es necesaria la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) que sean formulados en términos no obligatorios de acuerdo con los procesos tradicionales de creación de derechos; b) que contengan términos vagos e imprecisos; c) que procedan de órganos carentes de autoridad para dictar normas internacionales; d) que estén dirigidos a actores no estatales; e) que sean ajenos a cualquier teoría de la responsabilidad internacional, y f) que estén basados exclusivamente en la adhesión voluntaria y no existan mecanismos para su exigibilidad.³⁴

Salvo la mejor opinión del lector, me parece que con la mayoría de estos presupuestos marcados por la profesora Chinkin no tendría ya mucho sentido continuar sosteniendo la existencia ni debatiendo en torno a la naturaleza y contenido del fenómeno que nos ocupa, sino más bien intentar elucidar a qué nivel de derecho o “protoderecho” se está ella refiriendo, o qué tipo de manifestación precisa intenta describir, pues introduce elementos que rompen con la realidad internacional fáctica que atestiguamos a diario y con las características y tipologías que han ido abonando los doctrinarios de todo el mundo a lo largo de los últimos años. Ahí está, por ejemplo, la opinión de Thurer, para quien la evolución y presencia del derecho suave puede identificarse atendiendo a cuatro cualidades específicas, a saber:

³³ La doctrina clásica tiene por costumbre que todo compromiso adquirido es regido por el derecho, si no puede asociársele al ordenamiento jurídico se descarta, *ipso facto*, su naturaleza obligatoria y exigible. Esta realidad se magnifica en el ámbito de las relaciones internacionales, puesto que el cumplimiento de los acuerdos y compromisos se sustenta en el principio de la buena fe (*pacta sunt servanda*). La posibilidad de incumplir con la palabra dada es tentadora en el ámbito internacional; por esta razón, es entendible la diferenciación que se realiza entre el *soft law* y el *hard law*, como forma de deslindar al derecho internacional clásico de cualquier responsabilidad en materia de no observancia o incumplimiento de normas emanadas del derecho suave.

³⁴ Chinkin, Christine, “Normative Development in the International Legal System”, en Shelton, D. (ed.), *Commitment and Compliance. The Roles of Non Binding Norms in the International Legal System*, Nueva York, Oxford University Press, 2000, pp. 30 y 31.

1. Es un instrumento tendente a regular relaciones internacionales que tiene lugar en el marco de la actuación de las organizaciones internacionales;
2. Versa sobre cuestiones de derecho internacional;
3. No ha pasado por todas las fases previstas por el ordenamiento internacional para convertirse en *hard law*, y
4. Pese a carecer de efectos jurídicos vinculantes, está próximo a la ley por su capacidad para producir ciertos efectos legales.³⁵

En algunos de los elementos antes señalados se hace patente la necesidad de la doctrina por asociar el *soft law* con categorías y figuras jurídicas de amplia tradición y arraigada aceptación en el campo del derecho internacional y la ciencia jurídica en general. Por ejemplo, se menciona que los instrumentos de derecho suave están formulados en términos no obligatorios, es decir, sus normas y principios no están redactados en forma imperativa, por lo que no puede, *prima facie*, desprenderse la existencia de derechos y obligaciones en un sentido clásico o tradicional.

Una parte de la doctrina señala que este orden blando se compone esencialmente de obligaciones de comportamiento propias de una sociedad interdependiente y cooperativa, en oposición “al periodo clásico donde predominaban las obligaciones de resultado, las prohibiciones y los deberes de abstención... La asunción de obligaciones vagas o con gran flexibilidad se debe a la estructura de la propia sociedad internacional. Cuando los Estados asumen «hacer todo lo posible» asumen en definitiva obligaciones, que hay que cumplir de buena fe”.³⁶ Ana Peyró Llopis encuentra que, en el caso específico de los mecanismos de control del cumplimiento de las obligaciones previstas en el Protocolo de Kioto, se hace uso de una *diplomacia lingüística*, que recurre a numerosas perífrasis para evitar un vocabulario demasiado sancionatorio. Así, pues, no se refiere a la “violación del tratado”, sino que prefiere hablar de cuestiones de aplicación o de incumplimiento. Pero va mucho más lejos en ese sentido, puesto que en las disposiciones relativas al incumplimiento no habla —como era de esperar— de Estado que incumple, sino que prefiere referirse a la parte interesada. De la misma manera, el término “sanción” es cuidadosamente evitado para preferirle uno más suave, el de “medida correctiva”.³⁷

³⁵ Thüerer, D., *Soft law*, en Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, 2000, p. 454.

³⁶ Mazuelos Bellido, *op. cit.*, p. 35.

³⁷ Peyró Llopis, Ana, “Los mecanismos de control del cumplimiento de las obligaciones previstas en el Protocolo de Kioto”, en Brotóns, Antonio y Fernández Egea, Rosa María

Como se puede derivar de todo lo anterior, el carácter vago y flexible de las normas, reglas y principios suaves puede constituir un elemento para su identificación, pero por ningún motivo puede considerársele un criterio determinante para negar su obligatoriedad y exigibilidad. Por supuesto, no puede afirmarse que sean ajenos a cualquier teoría de la responsabilidad internacional, ya que se basan en una concepción explicativa novedosa del cumplimiento de obligaciones; por tal motivo, sería más oportuno afirmar que son ajenos a cualquier teoría de la responsabilidad internacional clásica. Asimismo, no puede sostenerse que única y exclusivamente estén dirigidos a actores no estatales o que se fundamenten en la adhesión voluntaria: la práctica es clara, son los propios sujetos del derecho internacional, principalmente los Estados, los que adoptan las normas de *soft law*, y la diferencia con respecto al derecho internacional clásico es que el denominado derecho suave también incorpora pautas de comportamiento para actores internacionales cuya personalidad y capacidad jurídica no ha sido reconocida por el derecho de gentes. Es decir, el *soft law* permite atraer al imperio de las normas internacionales a actores tales como las empresas transnacionales y las ONG, actores que juegan un papel de suma importancia en la dinámica de las relaciones internacionales y en el desarrollo actual del derecho internacional. Por su parte, la cuestión relativa a la voluntad no puede tomarse como criterio distintivo de este orden blando, puesto que el propio derecho internacional es producto, en gran medida, de la voluntad de los Estados.

Con base en todas estas cogitaciones, considero que el derecho suave constituye una forma novedosa de adoptar compromisos, pautas de comportamiento y directrices generales en torno a las problemáticas actuales de la sociedad internacional, y no se restringe a los instrumentos adoptados por las organizaciones internacionales, aunque es en el marco de tales instituciones donde ha tenido un mayor grado de aplicación. Además, en estos tiempos globales esta normativa suave también es adoptada por los Estados en el ámbito de sus relaciones bilaterales y multilaterales, así como en diversos foros, reuniones y conferencias informales; por ejemplo, el Foro Económico Mundial de Davos y las reuniones cumbre que desde 1964 realiza cuatrienalmente la Conferencia de las Naciones Unidas como Comercio y Desarrollo (UNCTAD).³⁸

(eds.), *El cambio climático en el derecho internacional y comunitario*, España, Fundación BBVA, 2009, pp. 79 y 80.

³⁸ Coincido con Jorge Castañeda Álvarez de la Rosa y con Matthias Herdegen cuando afirman que la UNCTAD es quizá el organismo internacional del sistema de Naciones Unidas donde se ha dado la mayor producción de decisiones, recomendaciones y resoluciones de *soft law* o derecho suave. Incluso al hablar de un nuevo orden económico internacional y

Observando su evolución de las últimas décadas, no dudo en afirmar que, dentro de ciertos límites bien establecidos, el *soft law* constituye una nueva fuente del derecho internacional, que tiene la virtud adicional de poder servir de base para la posterior adopción de normas jurídicas en su sentido clásico, o inclusive como herramienta interpretativa del derecho internacional vigente. En este sentido, y en total acuerdo con Karl Zemanek, estimo que la dicotomía obligatorio/no obligatorio realmente no ayuda a determinar su naturaleza ni sus alcances.³⁹ Sin embargo, no se ignora que la desconfianza imperante entre los actores internacionales y la constante posibilidad de incumplir con lo acordado ubican a la sociedad internacional en un estadio en el que es casi imposible concebir el surgimiento y cumplimiento de obligaciones sin la necesidad de que existan mecanismos formales de exigibilidad o normas imperativas —con su respectivo *corpus* de sanciones— que limiten o constriñan la conducta de los actores internacionales. Por esta razón, es entendible que la doctrina del derecho internacional se empeñe en asociar el *soft law* con el *hard law* en una relación lógico-jurídica de subordinación; no obstante, esta perspectiva, por un lado, tergiversa la verdadera naturaleza del primero, y, por otro lado, intenta reafirmar y defender a ultranza el valor histórico del segundo como principal mecanismo de regulación de la conducta humana.

A partir de estas premisas, considero que los elementos característicos básicos del *soft law* o derecho suave son principalmente los siguientes:

1. Se compone de directrices y valores sociales emergentes que conforman pautas de comportamiento en áreas en las que no existen, debido a su carácter novedoso o con fuertes connotaciones políticas, normas jurídicas rígidas (de *lege ferenda*);
2. Refleja la tendencia y práctica de los Estados en la regulación de la conducta en determinadas áreas;
3. Es adoptado tanto por los sujetos clásicos del derecho internacional como por otros sujetos jurídicos atípicos, como las personas morales internacionales;

del derecho internacional económico, las distintas conferencias de la UNCTAD, de 1964 a la fecha (con mayor frecuencia hasta fines de los ochenta), se refieren a las reglas de economía internacional de “línea dura” (FMI, Banco Mundial, aun el GATT, etc.) y a las reglas económicas internacionales de “línea blanda”. Véase Castañeda Jorge *et al.*, *Derecho económico internacional*, México, FCE, 1976; Herdegen, Matthias, *Derecho económico internacional*, México, Universidad del Rosario-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

³⁹ Zemanek, Karl, “Is the Term «Soft Law» convenient?”, *Lieber Amicorum Professor Seidl-Hohenveldern*, Kluwer Law International, 1998, pp. 845 y ss.

4. Los procesos de creación del *soft law* sólo se diferencian de los del *hard law* en la medida en que estos últimos se encuentran previstos en una norma positiva preexistente que otorga plena validez a la nueva norma (de *lege lata*);
5. Se fundamenta en una nueva concepción del cumplimiento de compromisos (obligatoriedad), y
6. No existen mecanismos formales para su exigibilidad, ya que se busca premiar y facilitar el cumplimiento de los compromisos adquiridos.

En abono a estos elementos, cabe señalar que el derecho suave también permite superar la falta de voluntad y reticencia de los Estados para adoptar normas rígidas en áreas o campos sensibles para los intereses nacionales, o incluso de seguridad nacional, así como los tecnicismos propios de la ciencia jurídica. Es una forma de regular la conducta de los sujetos y actores internacionales a través de principios, reglas y normas de comportamiento que reflejan la tendencia internacional en una determinada área, así como los intereses, necesidades y valores sociales coyunturales imperantes en la sociedad internacional.

IV. OTRAS FORMAS DE MANIFESTACIÓN DEL DERECHO SUAVE EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Ya hemos constatado que la falta de consensos en torno al significado y elementos básicos del derecho suave repercute ostensiblemente al momento de identificar las principales formas que adquiere su manifestación. La posición doctrinal que se asuma también es determinante, ya que influirá en el académico y en el estudioso de los asuntos internacionales ante la necesidad de identificar la naturaleza suave o rígida de un instrumento, norma, principio, instituto, etcétera.

La cuestión no es sencilla. Si se adopta la posición que promueve la relación binaria *soft law/hard law*, podrán identificarse como manifestaciones de derecho suave aquellas que en su conformación no se hayan seguido las fases formales del proceso normativo y aquellos instrumentos de difícil clasificación mediante las categorías tradicionales del derecho internacional. De igual manera, si se asume una posición más integral e interdisciplinar, podría corroborarse que incluso las formas más modernas de organización internacional, tal como los regímenes internacionales informales, son pro-

ducto directo del desarrollo del fenómeno *soft* en el ámbito de las relaciones internacionales.

En principio, es posible asociar al derecho suave única y exclusivamente con las resoluciones de algunas organizaciones internacionales. Aunque esta postura es cierta, la tendencia actual demuestra que el orden blando también es aplicable al campo de los actos jurídicos unilaterales estatales,⁴⁰ así como en foros y reuniones informales entre Estados. Así, en el ámbito internacional puede agruparse en cuatro grandes categorías, a saber:

1. Las resoluciones no obligatorias de los organismos internacionales.
2. Las resoluciones de actores no estatales.
3. Los acuerdos interestatales no normativos.⁴¹
4. El derecho suave o *soft law*.⁴²

De esta clasificación destaca el denominado tipo material, conformado por aquellas disposiciones incorporadas en instrumentos jurídicos internacionales cuya naturaleza vinculante no es cuestionable. Esta manifestación del derecho suave se refiere a disposiciones vagas, imprecisas o generales; por ejemplo, “un tratado internacional puede contener disposiciones indeterminadas, establecer obligaciones de carácter programático o también declaraciones generales y, por tanto, tener un contenido materialmente *soft* que no establezca obligaciones para las partes”.⁴³

La inclusión de este tipo de disposiciones se debe a la imposibilidad de los sujetos jurídicos internacionales de llegar a los acuerdos necesarios para

⁴⁰ Velázquez, Elizarrarás, Juan Carlos, *Estudios avanzados de derecho internacional público en ciencias políticas y sociales*, México, UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2008, pp. 15-48.

⁴¹ Aquí cabe pensar, por ejemplo, en la “ley modelo” o “ley tipo”, que no es en términos estrictos un tratado o acuerdo internacional, pero tiene prácticamente los mismos fines y funciones, con un mecanismo de elaboración más expedito. Precizando la definición que da la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, es un arquetipo de texto legal preparado entre Estados y/o por organizaciones internacionales para que los legisladores nacionales consideren la conveniencia de incorporarlo a su legislación interna, no tiene signatarios ya que al ser un prototipo legal que los gobiernos pueden plasmar en el derecho interno, presenta los mismos rasgos que cualquier otra ley aprobada por el poder legislativo estatal. No la elaboran signatarios ni con base en listas de partes como las de los tratados; es decir, no es una convención vinculante con arreglo al derecho internacional. Los tratados no son muy flexibles (su elaboración tiene lugar en prolongadas conferencias internacionales, entran en vigor después de su ratificación por un cierto número de países, además su modificación no es sencilla).

⁴² Baxter, R., *op. cit.* y Alarcón García, Gloria, *op. cit.*

⁴³ Toro Huerta, Mauricio Iván del, *op. cit.*, p. 536.

adoptar normas más precisas y rígidas; sin embargo, este hecho no implica que los tratados internacionales sean menos efectivos u obligatorios, ya que el contenido *soft* es de gran utilidad para, en primer lugar, establecer el espíritu, sentido y objetivo fundamental del tratado; segundo, para interpretar las disposiciones rígidas de dicho instrumento internacional; y en tercer lugar, para servir de base para la posterior adopción de normas rígidas, claras y precisas.

Un segundo modelo de clasificación de los instrumentos de *soft law* se basa en la relación que guarda con los correspondientes del *hard law*, o sea:

1. *Soft law* explicativo o interpretativo del *hard law*.
2. *Hard law* emergente en la forma de *soft law*.
3. *Soft law* como evidencia de obligaciones jurídicas.
4. *Soft law* paralelo al *hard law*.
5. *Soft law* como fuente de obligaciones internacionales.⁴⁴

Los primeros tres criterios clasificatorios excluyen toda posibilidad de que exista un derecho suave autónomo, puesto que se le asigna un papel de prederecho o de herramienta auxiliar para la interpretación del derecho duro. El cuarto criterio permite ubicar al primero como complementario del segundo, mientras que el quinto le otorga autonomía como fuente de obligaciones internacionales.

Una tercera clasificación indica que puede distinguirse entre

el *soft law* que contiene normas generales o principios de aquél que se conforma por reglas específicas. A este respecto hay que señalar que si bien, en su origen, el *soft law* se identificaba con normas programáticas cuyo contenido era esencialmente formulado a través de principios y cuyo objetivo era promover la práctica de los Estados en una determinada dirección, su evolución ha permitido que algunos instrumentos alojen contenidos normativos específicos, pudiendo llegar a ser estos incluso más fuertes que otros instrumentos jurídicos convencionales.⁴⁵

Con base en este concepto preciso, puede distinguirse la existencia de *principios* de *soft law* y de *reglas* de *soft law*. Los primeros son de carácter vago e impreciso, puesto que sólo constituyen máximas generales que pretenden establecer grandes pautas de comportamiento en una determinada área. Por su parte, las reglas son verdaderas normas claras y precisas. Tanto en

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ Alarcón García, Gloria, *op. cit.*, p. 10.

el caso de los principios como en el de las reglas de derecho suave, su cumplimiento es de grado; es decir, se busca más el surgimiento de obligaciones de comportamiento que, como sucede en la visión clásica, obligaciones de resultado, prohibiciones o deberes de abstención.

Finalmente, existe una cuarta tipología, más enfocada en el *soft law* nacional, que distingue entre el tipo público *ad intra* y *ad extra* y el tipo público-privado. En su carácter público *ad intra*, el derecho suave constituye una forma de regulación adoptada por un poder público en el ejercicio de sus potestades, para la ordenación de su organización interna, mientras que en su carácter público *ad extra*, tiene como finalidad una regulación que afecta a terceros. El derecho suave público *ad intra* es adoptado de forma unilateral, mientras que el derecho suave público *ad extra* comúnmente es pactado o acordado entre dependencias, instituciones o sujetos públicos a fin de regular ciertas relaciones entre ellos. El derecho suave público-privado, según Daniel Sarmiento, “es una expresión normativa depositada en manos de entes privados. En este caso, una persona física o jurídica ejerce una potestad normativa por delegación, pero con la importante característica de que los efectos jurídicos de las normas aprobadas sólo surten efectos entre un grupo reducido de personas. Así, el poder público se desprende de una competencia reguladora, dando paso a que sea el sector privado el responsable de adoptar tales normas”.⁴⁶

Un caso sintomático de derecho suave público-privado lo podría constituir la *lex mercatoria*, ampliamente estudiada por la doctrina del derecho internacional privado como medio para resolver los denominados conflictos de leyes.⁴⁷

El *soft law* público *ad intra* y *ad extra* también puede ser extrapolado al ámbito de las relaciones internacionales. El ejemplo más claro sería el de las resoluciones de organizaciones intergubernamentales (OIG). Estas instituciones internacionales, con base en su tratado constitutivo, pueden autoorganizarse y regir su actividad interna mediante la adopción de resoluciones cuyo contenido material puede ser catalogado como *soft*. Nada impide

⁴⁶ El tema relativo al *soft law* público y al *soft law* público-privado es ampliamente estudiado por Daniel Sarmiento en su trabajo intitulado *La autoridad del derecho y la naturaleza del soft law*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, disponible en: http://www.danielsarmiento.es/pdf/soft_law.pdf.

⁴⁷ En este punto cabe observar que no faltará el estudioso o el observador jurídico, principalmente dentro de la corriente privatista tradicional, que ubique a la *lex mercatoria*, más en el terreno de la costumbre como fuente de derecho internacional, que como derecho suave. Para elucidar de mejor manera esta duda, es necesario profundizar el estudio de la relación que se da entre ambas fuentes del derecho de gentes que, por supuesto y de momento, rebasa el contenido del presente trabajo, pero no dejaremos de poner el “dedo en el renglón”.

a estas organizaciones regular su funcionamiento interno y, mucho menos, adoptar las medidas necesarias, cualquiera que sea su naturaleza, para optimizar su accionar. Asimismo, pueden emitirse resoluciones para establecer pautas de comportamiento y colaboración con otras organizaciones internacionales a fin de atender asuntos comunes.⁴⁸

En este sentido, y cualquiera que sea su manifestación material (resoluciones, códigos, memoranda, etcétera), me parece atendible la clasificación que distingue entre un *soft law* general (principios de derecho suave) y un *soft law* especial (reglas de derecho suave), puesto que permite ubicarlo en su justa dimensión, es decir, como una forma novedosa, flexible, cooperativa y alternativa de incentivar a los sujetos y/o actores internacionales a adquirir compromisos y a cumplirlos sin la necesidad de que exista una norma rígida o un mecanismo formal de exigibilidad.

De ahí que sea consecuente establecer la siguiente premisa: los principios del derecho suave encarnan los valores sociales emergentes en la actual comunidad internacional, mientras que las reglas blandas constituyen una versión más acabada, práctica y aterrizada de tales principios.

Sin olvidar que se trata de una mera clasificación basada en observaciones personales, es viable señalar que el *soft law* internacional puede ser público, privado o público-privado. El primero restringiría su aplicación al ámbito de los sujetos jurídicos internacionales clásicos, es decir, los Estados y las organizaciones internacionales. El segundo abarcaría las relaciones entre entes particulares transnacionales, mientras que el público-privado consideraría las relaciones entre los sujetos clásicos y los nuevos actores de las relaciones internacionales. El *soft law* público puede ser visto como un complemento al clásico *hard law*; sin embargo, el *soft law* privado y el público-privado son prueba clara, en primer lugar, de la importancia que tienen los entes privados en las relaciones internacionales contemporáneas; en segundo lugar, de un reconocimiento de que estos entes interactúan de manera constante con los sujetos clásicos del derecho internacional y de que es necesaria una regulación, aunque sea flexible, de estas interrelaciones; y, en tercer lugar, de que la línea entre lo público y lo privado en el ámbito internacional es cada vez más delgada y difusa. El derecho suave es fiel reflejo de que hoy, más que nunca, resulta relativo hablar de derecho internacional público y derecho internacional privado, cuando en realidad debería reconocerse la unicidad del derecho internacional como un todo.

⁴⁸ Cabe advertir que las disposiciones de carácter *soft* no pueden contravenir el objetivo fundamental para las que fueron creadas, pues de lo contrario se le estaría atribuyendo al derecho suave una naturaleza *contra legem*; es decir, la capacidad de poder derogar el derecho duro.

V. PRINCIPALES POSICIONES TEÓRICAS Y DOCTRINALES EN TORNO A LA NATURALEZA Y SIGNIFICADO DEL DERECHO SUAVE

Antes de revisar las principales posiciones teóricas existentes en torno a la manifestación jurídica que nos ocupa, es necesario reflexionar sobre las características básicas del actual sistema internacional a fin de ubicarla en su justo contexto social. Como en su momento lo destacué, el debate en torno al derecho suave aparece en las agendas temáticas del derecho internacional y las relaciones internacionales en la década de los setenta del siglo pasado. Casi cincuenta años han pasado desde entonces, y el sistema internacional se ha transformado de manera radical, principalmente como resultado del fin de la Guerra Fría y la expansión del capitalismo a nivel mundial por vías de la globalización.⁴⁹

Las relaciones internacionales y el derecho internacional desde tiempo atrás han pasado a ocuparse de temas de variada naturaleza, como el medio ambiente, la democracia, los derechos humanos, la ciencia y la tecnología, el desarrollo, el comercio internacional, entre muchos otros. Asimismo, como sostiene la corriente teórica del neoliberalismo institucional en relaciones internacionales, los temas clásicos de la *high politics* (coexistencia, armamentismo, paz y seguridad en sus sentidos clásicos) fueron desplazados por la denominada *low politics* (temas de naturaleza social, cultural y económica), como producto de la desaparición de la amenaza nuclear entre las dos grandes potencias hegemónicas de la Guerra Fría.

Esta realidad permitió afirmar tanto a los neorrealistas⁵⁰ como a los neoliberal institucionalistas,⁵¹ que hoy en la sociedad internacional las posibilidades de cooperación internacional son mayores en razón de la existencia de una interdependencia entre las naciones dados los lazos comerciales existentes, que obligan a los Estados a cooperar a fin de no ver afectados sus propios intereses nacionales. Además, el surgimiento de fenómenos de magnitudes mundiales puso de manifiesto la necesidad de la cooperación internacional en aquellas áreas en que las acciones unilaterales resultan ineficaces y estériles para la atención de tales problemáticas.

⁴⁹ Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, “Visiones teóricas de la globalización y su influencia en la organización internacional de la sociedad global”, *Teorías, temas y propuestas para el estudio crítico de la organización internacional. Hegemonías, dependencia y cooperación en el sistema político mundial*, México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, 2011, pp. 102-118.

⁵⁰ Autores como Grieco, Mearsheimer y Waltz.

⁵¹ Por ejemplo, Keohane, Nye, Krasner, entre otros.

Para los neoliberalinstitucionalistas, la cooperación internacional,⁵² a través de los denominados regímenes internacionales, puede disminuir la desconfianza entre Estados, la anarquía internacional, y asegurar el cumplimiento de los acuerdos contraídos. La cooperación es benéfica en la medida en que los actores internacionales se sientan satisfechos con las ganancias obtenidas y sean conscientes de que tal colaboración es a largo plazo y de la posibilidad de ramificarla a otras áreas de preocupación internacional.⁵³ Por su parte, los neorrealistas, aunque aceptan que existen mayores posibilidades de cooperación, reconocen que tal colaboración se encuentra limitada a ciertas áreas en las que no se pone en riesgo la supervivencia e intereses primordiales de los Estados. Además, este sector de la doctrina internacionalista se preocupa más por las ganancias relativas obtenidas por las contrapartes como producto de la cooperación, ya que tales beneficios, a largo plazo, pueden representar una amenaza para el Estado. Por tal motivo, siempre estará presente la posibilidad de incumplimiento de los acuerdos adquiridos y la tentación de abandonar los canales formales de cooperación internacional.⁵⁴

La posibilidad de concretar una cooperación internacional formal más amplia se ha visto frenada por dos grandes factores, a saber: el unilateralismo estadounidense tras la desintegración de la Unión Soviética y el crecimiento exponencial del número de Estados, que desde la década de los años sesenta del siglo pasado se han ido sumando a la sociedad internacional. En este contexto, la posibilidad de adoptar mecanismos de cooperación internacional a través de los canales formales del derecho internacional se torna algo compleja, difícil y problemática, debido a la falta de acuerdos y consensos entre las distintas soberanías. Los gobiernos pueden paralizar los procesos de negociación de instrumentos jurídicos multilaterales formales, así como conformar alianzas para desvirtuar negociaciones y ocasionar la adopción de instrumentos favorables a sus intereses particulares.

⁵² Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, “Las grandes transformaciones del sistema político mundial y su impacto en la organización y la cooperación internacionales”, *Teorías, temas y propuestas para el estudio crítico de la organización internacional. Hegemonías, dependencia y cooperación en el sistema político mundial*, México, UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2011, pp. 184-198.

⁵³ Keohane, Robert O., “Cooperation and International Regimes”, en Little, Richard y Smith, Michael (eds.), *Perspectives on World Politics*, 2a. ed., Routledge, 1991, p. 123 y ss.

⁵⁴ Grieco, Joseph, “Anarchy and the Limits of Cooperation: A Realist Critique of the Newest Liberal Institutionalism”, en Kegley, Charles, *Controversies in International Relations Theory. Realism and the Neoliberal Challenge*, University of South Carolina, 1995.

La sociedad internacional no puede paralizarse en la atención de muchas de las problemáticas que la aquejan. Por este motivo, los Estados han optado por formas alternativas de organización internacional (tales como los regímenes internacionales) y mecanismos flexibles de creación normativa y cumplimiento de obligaciones (derecho suave, acuerdos ejecutivos no escritos, leyes modelo, etcétera). Ante la imposibilidad de adoptar normas rígidas, los Estados concluyen instrumentos internacionales vagos, generales, imprecisos, en cuya redacción no se consagran abstenciones o prohibiciones, sino más bien se busca incentivar la participación estatal y la adopción de pautas u obligaciones de comportamiento.

Es en este contexto sociopolítico en el que se gesta y desarrolla el fenómeno *soft* como mecanismo alternativo de surgimiento de obligaciones y adopción de pautas de comportamiento en el ámbito internacional. Ya hemos podido apreciar cómo la doctrina ha intentado explicar su razón de ser desde diferentes perspectivas. Así, para un sector de la misma, esta peculiar figura del derecho internacional es benéfica en la medida en que la adopción de un acuerdo o compromiso suave siempre será preferible a no contar con acuerdo alguno. Decía Tácito que tratándose de leyes no hay bien jurídico máspreciado que el que no se posee. Desde esta perspectiva, el contar con pautas de comportamiento, por más generales y vagas que éstas sean, constituye un avance en materia de regulación de la conducta internacional. El denominado derecho suave permite superar la reticencia política de los Estados para adoptar normas rígidas cuyo cumplimiento puede ser exigible a través de mecanismos formales.

Para otro sector doctrinal, la tesis del *soft law* se fundamenta en dos presupuestos básicos; en primer lugar, se asume que no existe un solo orden jurídico internacional, sino varios órdenes jurídicos internacionales que pueden ser aplicados a voluntad. Este presupuesto descansa en la idea de que los Estados pueden adoptar a voluntad tanto el derecho *hard* como el *soft*. En segundo lugar, se fundamenta en una concepción subjetiva del proceso de creación normativa; es decir, los Estados pueden adoptar lo que deseen adoptar, si ellos desean asumir un instrumento suave, entonces un instrumento de esta naturaleza será concluido. Si los Estados pretenden estar suavemente obligados, entonces está dentro de su poder adoptar instrumentos jurídicos suavemente vinculantes. Como lo sostiene Jan Klabbers, parafraseando a Pierre Michel Eisemann, esta tesis del *soft law* tiene su fundamento en la máxima que a la letra dice: “el que puede lo más puede lo menos”.⁵⁵

⁵⁵ Klabbers, Jan, *op. cit.*, pp. 168 y 169.

De acuerdo con Gregory Shaffer y Mark A. Pollack, la literatura jurídica y social existente en la materia puede dividirse en tres grupos, a saber: los positivistas jurídicos, los racionalistas⁵⁶ y los constructivistas.⁵⁷ En los tres casos, se le ha estudiado en comparación con el derecho duro a fin de dilucidar si constituyen figuras alternativas o complementarias. Los positivistas jurídicos tienden a favorecer a éste y a concebir a aquél en términos binarios con respecto al denominado derecho duro, el cual, para ellos, se refiere a obligaciones jurídicas de naturaleza formalmente vinculante, mientras que el orden suave atiende a aquellas que no siendo vinculantes pueden convertirse en un orden rígido.

El racionalismo, en cambio, afirma que ambas manifestaciones jurídicas poseen cualidades distintas, que permiten a los Estados aplicarlos a contextos diversos. Además, encuentran que los dos órdenes, a la luz de sus distintas características, pueden edificarse uno sobre el otro. Estos autores racionalinstitucionalistas afirman que el término “acuerdo obligatorio”, en relaciones internacionales, constituye una especie de hipérbole engañosa. No obstante, encuentran que aunque dicho término sí importa, ya que a través de él los Estados demuestran la seriedad de sus compromisos, asumen una posición pragmática tendente a demostrar la aplicación casuística o temática del derecho suave.

Finalmente, los constructivistas sostienen que los intereses de los Estados se forman a través de los procesos de socialización producto de la interacción con otros Estados. Este sector de la doctrina, frecuentemente favorece los instrumentos suaves, por su capacidad para generar normas, objetivos e identidades comunes entre los entes estatales. Por último, se centran menos en la naturaleza obligatoria del derecho, en su etapa de adopción, y lo hacen más en la efectividad del derecho en la aplicación práctica, encontrando que la distinción binaria entre *hard law* obligatorio y *soft law* no obligatorio resulta ilusoria.⁵⁸

⁵⁶ Se refieren a los enfoques teóricos derivados o vinculados al *Rational Choice*. En relaciones internacionales, tal enfoque predominó la visión explicativa de neorrealistas y neoliberalinstitucionalistas durante el tercer debate paradigmático de esta disciplina, y del que se desprendió la denominada neosíntesis entre los dos grandes enfoques explicativos de las relaciones internacionales.

⁵⁷ Shaffer, Gregory y Pollack, Mark A., “Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance”, *Minnesota Law Review*, núm. 94, 2010, p. 707.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 707 y ss.

INTERACCIÓN DE GRANDES TEORÍAS
 DEL *HARD LAW* Y DEL *SOFT LAW*

<i>Posición teórica</i>	<i>Favorece al</i>	<i>Interacción entre el hard law y el soft law</i>	<i>Fortalezas y debilidades del hard law y del soft law</i>
Positivismo jurídico	<i>Hard law</i>	El <i>soft law</i> puede llegar a convertirse en <i>hard law</i>	El <i>hard law</i> es preciso, obligatorio y exigible. El <i>soft law</i> es problemático, difuso, no obligatorio y, además, no exigible. Incluso al no pasar por las etapas del proceso de creación normativa, se corre el riesgo de generar antinomias jurídicas entre normas duras y suaves.
Institucionalismo <i>Rational choice</i>	<i>Hard law</i> y <i>soft law</i> , se llegan a aplicar en contextos diferentes.	Los Estados deciden a voluntad, y con fundamento en las cualidades propias de cada tema, si adoptan normas de derecho duro o suaves. No obstante, reconocen la importancia del <i>hard law</i> como medio para demostrar la seriedad de los compromisos adquiridos.	El <i>hard law</i> tiene mayor credibilidad y seriedad sobre los compromisos adquiridos, además de que permite el establecimiento de mecanismos de vigilancia de su cumplimiento. El <i>soft law</i> reduce los costos de la negociación en áreas sensibles para los intereses estatales. Es reflejo del deseo de los Estados por contar con mayor flexibilidad. Puede llegar a convertirse en derecho duro.

<i>Posición teórica</i>	<i>Favorece al</i>	<i>Interacción entre el hard law y el soft law</i>	<i>Fortalezas y debilidades del hard law y del soft law</i>
Constructivismo	Por un lado, se acepta la relevancia de las dos formas del derecho, pero se reconoce la utilidad y la importancia del derecho suave.	El derecho suave se inscribe en una nueva forma de socialización en que los Estados aprenden a cooperar y a hacer converger intereses particulares. En adición, allana el camino para el <i>hard law</i> .	El <i>soft law</i> es muy útil para la creación de nuevas normas, y facilita la identificación de objetivos comunes. Es un producto de la aplicación práctica del derecho y no sólo de la teoría jurídica.

FUENTE: Elaborado en 2010 por el autor con el apoyo de su discípulo, el joven maestro Efrén Gustavo Marqués Rueda (QEPD), con base en Shaffer, Gregory y Pollack, Mark A., *op. cit.*, p. 723. Corregido y aumentado por el autor en 2015.

Las tres posiciones teóricas enmarcadas en este cuadro presentan argumentos aceptables y por demás interesantes. No se puede rechazar de tajo ninguna de ellas puesto que, desde mi perspectiva, son más los puntos de acuerdo existentes entre ellas que aquellos que las confrontan y alejan. En los tres casos, ya sea de forma implícita o expresa, se reconoce la complementariedad entre el derecho suave y el derecho blando la diferencia radicaría en la particular forma en que conciben la realidad internacional y, por ende, la naturaleza e importancia del primero.

Así, para el positivismo jurídico, dicho fenómeno podría restringirse a una mera manifestación de la *lege lata* y de la *lege ferenda*, o bien como una *lex in status nascendi*, es decir, el *soft law* constituiría tanto una variable a ser tomada en cuenta al momento de interpretar y modificar el derecho vigente como una manifestación primaria e inacabada de una norma de derecho, cuyos efectos jurídicos plenos se dejarían sentir hasta que se convirtiera en *hard law*. Mientras tanto, sólo reflejará una tendencia jurídica internacional cuyas consecuencias de derecho se limitan a comprobar la existencia de un elemento objetivo (práctica estatal) o un elemento subjetivo o psicológico (convicción jurídica) en relación con una determinada área de las relaciones internacionales.

Por su parte, la percepción teórica del racionalismo asume una posición pragmática en torno a la relación existente entre ambas manifestaciones jurídicas, aunque reconocen la importancia del *hard law* como prueba de la seriedad de los compromisos adquiridos por los Estados, pero sin dejar de

advertir la naturaleza política y de los intereses estatales en juego en el complejo de las relaciones internacionales. En este sentido, como bien sostienen Abbott y Snidal, los instrumentos de derecho duro o de derecho suave se deben seleccionar dependiendo de las características particulares del tema y del contexto institucional y de negociación que en cada caso se trate (especificidad). El orden blando puede ser concebido algunas veces como una escala hacia una legislación más rígida, y otras veces es preferible en sus propios términos como una alternativa.⁵⁹

De acuerdo con los racionalistas institucionales, el derecho duro presenta tres ventajas concretas:

1. Sus instrumentos son más creíbles porque tienen efectos jurídicos directos en los ordenamientos legales nacionales y porque requieren su recepción en el derecho interno.
2. Sus instrumentos posibilitan la resolución de los problemas inherentes a una creación normativa incompleta al contemplar mecanismos de interpretación y elaboración de compromisos jurídicos en un cierto plazo.
3. Sus instrumentos permiten a los Estados un mejor monitoreo para hacer cumplir sus compromisos, incluyendo los diferentes mecanismos de solución de diferencias, como las cortes.⁶⁰

Por su parte, en una clara postura transpositivista, los defensores del derecho suave argumentan que esta peculiar figura del derecho internacional presenta ventajas significativas sobre el derecho duro, a saber:

1. Sus instrumentos son más fáciles y menos costosos de negociar.
2. Sus instrumentos imponen costos más bajos a la soberanía estatal.
3. Sus instrumentos proporcionan mayor flexibilidad para que los Estados hagan frente a la incertidumbre.
4. Sus instrumentos permiten que los Estados sean más ambiciosos, menos desconfiados y se comprometan a una cooperación más profunda.
5. Sus instrumentos facilitan hacer frente de mejor manera a la diversidad.

⁵⁹ Abbott, Kenneth W. y Snidal, Duncan, "Hard and Soft Law un International Governance", *International Organization*, núm. 54, 2000.

⁶⁰ Shaffer, Gregory y Pollack, Mark A., *op. cit.*, pp. 717 y 718.

6. Sus instrumentos están disponibles para los agentes no estatales, incluyendo las agencias administrativas del Estado, asociaciones comerciales y organizaciones no gubernamentales.⁶¹

Lejos de lo que los positivistas pudieran suponer, esta posición teórica se encuentra sumamente preocupada por el prestigio internacional de los Estados, razón por la que concibe dos momentos en el proceso de creación normativa; por un lado, el derecho suave, en el que se logran alcanzar acuerdos reduciendo los costos de negociación y los peligros para la soberanía estatal, y, por otro lado, el derecho duro, en el que se llega a comprobar la seriedad de los Estados por asumir compromisos obligatorios que puedan ser exigibles a través de mecanismos formales. El cumplimiento de la palabra dada es proporcional al prestigio de los Estados; si un Estado incumple, no es de fiar; en tal virtud, los demás Estados serán reacios a incluirlo en nuevas concertaciones y formas de cooperación internacional.

Desde esta perspectiva, sería fácil asumir que el *soft law* es aplicable a aquellas áreas en las que es difícil adoptar acuerdos vinculantes en razón de los intereses políticos en juego. El tema del medio ambiente podría ejemplificar esta realidad. Los Estados, celosos de la soberanía permanente sobre sus recursos naturales y los altos costos que significaría transformar una economía basada en la energía fósil, han recurrido a todos los medios a su alcance para evitar contraer compromisos vinculantes en esta materia. Sin embargo, al ser el deterioro ambiental un asunto urgente y de primer orden en la agenda política internacional, esta imposibilidad ha sido más o menos paliada a través de la adopción de normas e instrumentos suaves, permitiendo, de esta manera, el surgimiento de un conjunto de reglas, normas y principios mínimos aplicables a la protección y conservación del entorno ecológico. En este punto, se advierte que la voluntad de los Estados será determinante para decidir si, por ejemplo, el derecho suave ambiental se convierte en derecho duro ambiental, o bien si se mantiene como tal en razón de los bajos costos que representa para la soberanía nacional.

Pero seamos críticos y asumamos que, de aceptar por entero esta posición doctrinal, se corre el riesgo — como bien lo ha sostenido la doctrina clásica del derecho internacional — de encasillar al *soft law* como un instrumento de la política exterior de los Estados a fin de evitar la adopción de compromisos obligatorios y pasar por alto los mecanismos formales del derecho internacional. Concomitantemente, al no ser producto de un proceso formal de creación normativa previsto en una norma jurídica preexistente,

⁶¹ *Ibidem*, p. 719.

el *soft law* puede ser utilizado por las naciones hegemónicas —lo cual sucede no pocas veces— para influir en los intereses de los demás Estados y en la configuración de un orden jurídico internacional estrechamente vinculado a sus intereses particulares.

Ante este posible escenario, resultaría tentador asumir y defender el *hard law*. Sin embargo, la experiencia internacional reciente demuestra que el fenómeno *soft* rebasa considerablemente los efectos pragmáticos que pretende otorgarle el racionalismo.⁶² Es verdad que puede resultar más sencillo e inmediato salir en defensa del derecho duro debido a que la ciencia jurídica es precisa al señalar las técnicas del proceso de creación normativa y los criterios que debe cubrir una norma jurídica para ser válida. Además, esta perspectiva es de gran utilidad para rechazar la existencia de nuevas fuentes del derecho internacional que, respondiendo a demandas históricas de la sociedad internacional, tales como justicia, igualdad, pluralidad y universalidad, puedan poner en riesgo el *statu quo* y sus reglas, así como los intereses predominantes en las relaciones internacionales de poder. Un caso sintomático de esta realidad son las resoluciones de organizaciones internacionales, que han sido fuertemente criticadas por las potencias hegemónicas, pese a que tales organizaciones, por su vocación universal y especificidad temática, cuentan con los elementos necesarios para asumir una función cuasilegislativa. En temas como el desarrollo y la negociación, las potencias se han limitado a calificar tales resoluciones como el producto de una “tiranía de las mayorías”, o una “entelequia tercermundista”, en el mejor de los casos.⁶³

Finalmente, considero que el constructivismo —como encuadre transpositivista— defiende una posición más mesurada y coordinadora. Reconoce la importancia de ambas manifestaciones *in comento*, pero posee la virtud

⁶² El derecho al desarrollo y el medio ambiente son claros ejemplos de que el derecho suave se inscribe en un proceso o fenómeno social internacional de mayores alcances. Por un lado, el derecho al desarrollo se ha logrado edificar sobre principios de justicia social e igualdad al amparo de la labor de la UNCTAD, de naturaleza eminentemente *soft*, y al margen de las instancias formales dominantes, como el FMI y el Banco Mundial. Por otro lado, el derecho internacional del medio ambiente que, a través de instrumentos que en su mayoría pueden ser calificados como un orden blando, ha logrado conformar un *corpus iuris* aplicable a la protección y conservación del medio ambiente y en la conformación de un régimen internacional sobre cambio climático que, aunque ha querido ser desvirtuado por Estados Unidos y otros países, ha presentado grandes avances, como lo fue la entrada en vigor de los protocolos de Montreal (capa de ozono) y de Kioto (cambio climático) en conjunto con la adopción de un mecanismo de cumplimiento de sus obligaciones.

⁶³ Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, “Avances del derecho internacional público en tres vertientes significativas: la economía, el desarrollo y la negociación”, en *Estudios avanzados de derecho internacional público en ciencias políticas y sociales*, México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, 2008, pp. 199-246.

de fundamentar su análisis en una idea que no es ajena ni para el jurista ni para el internacionalista, a saber: la socialización. A través de ésta, los Estados aprenden a identificar preocupaciones y objetivos comunes, a reducir la desconfianza mutua, a moldear su conducta, y a cooperar. “Los constructivistas afirman expresamente cómo los regímenes internacionales pueden llevar a los Estados a cambiar la percepción sobre sus intereses a través de un proceso transnacional de interacción, deliberación y persuasión”. Aunque se afirma que el *soft law* allana el camino al *hard law*, considero que esta posición teórica va más allá, ya que en tanto producto del aprendizaje y la socialización el derecho suave no tiene la necesidad de aspirar a convertirse en derecho duro, puesto que el cambio de conducta de los actores internacionales tendrá como resultado inmediato que se asuman como normales⁶⁴ los compromisos y obligaciones, por lo que, en cierto sentido, resulta, como bien sostienen los constructivistas, irrelevante la naturaleza obligatoria o no obligatoria de la norma, regla, principio o pauta de comportamiento.

Orden suave o duro no son figuras alternativas aplicables a diferentes contextos. Tampoco puede señalarse categóricamente que son prueba de la existencia de varios órdenes jurídicos internacionales. El derecho internacional es uno solo. El derecho suave es una realidad jurídica que comprueba la existencia de fuentes de creación normativa novedosas que responden a una sociedad internacional más universal y plural que no se restringe a un cierto número de Estados soberanos. El derecho duro debido a su longevidad y desarrollos teóricos y disciplinarios puede ser calificado como preciso, obligatorio y exigible; sin embargo, no es infalible, ni suficiente, mucho menos en una sociedad internacional, en la que los Estados y otros sujetos jurídicos asumen posiciones irreconciliables y son reacios a adoptar normas rígidas, o en su defecto, si las llegan a adoptar, cuentan con una variedad de recursos para introducir excepciones, tales como las reservas y las declaraciones interpretativas —en el mejor de los casos— que restringen considerablemente los efectos y objetivo inicial de dichas normas.

A modo de conclusión de este epígrafe, valga confirmar que tanto el derecho blando como el derecho duro forman parte del mundo jurídico internacional, se complementan y retroalimentan. El primero, constituye una fuente en aquellas áreas en que no existe el segundo, y una fuente subsidiaria en las que sí se cuenta con regulación jurídica rígida. Además, y aunque

⁶⁴ Me refiero a normales como sinónimo de habitual o cotidiano. El objetivo de la norma jurídica es crear una normalidad o conducta normal que sea realizada por el individuo de forma natural y habitual sin necesidad de tener presente la naturaleza coercitiva y coactiva de la norma.

no sea su objetivo último, “el *soft law* debe ser considerado como un paso en el desarrollo progresivo de las normas internacionales; una fase en la creación normativa de reglas internacionales y un paso inicial hacia la creación futura del *hard law*”.⁶⁵

VI. EL DERECHO SUAVE EN LA PRÁCTICA DE LA ASAMBLEA GENERAL Y DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE LAS NACIONES UNIDAS

Por largo tiempo el derecho suave evolucionó al ritmo de los debates doctrinales en torno al papel e importancia de las resoluciones de las organizaciones internacionales en el surgimiento de obligaciones jurídicas en un sentido clásico. Dos posiciones teóricas predominaron al respecto; por un lado, la que niega que las resoluciones de organizaciones internacionales puedan ser consideradas una fuente autónoma de derecho internacional, y, por el otro, aquel sector de la doctrina que otorga a tales resoluciones la capacidad de producir nuevas normas jurídicas.

Para algunos pensadores, vinculados a las fuentes clásicas del derecho de gentes, la imposibilidad para reconocer una naturaleza normativa *per se* a las resoluciones de ciertas organizaciones internacionales se fundamenta, en el caso de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en que dicho órgano “no está facultado para crear *hard law*”.⁶⁶ Las resoluciones, recomendaciones o declaraciones de organizaciones internacionales “no constituyen una nueva fuente de derecho internacional[;] de reputarse obligatorias para los Estados miembros por su contenido, deben reconducirse a algunas de las fuentes reconocidas del derecho internacional, principalmente los tratados o la costumbre internacionales, [tales resoluciones] despliegan una actividad normativa indirecta o exhortativa, por cuanto proponen una conducta no obligatoria pero deseable”.⁶⁷

Las resoluciones de organizaciones internacionales únicamente constatan la existencia de una práctica estatal y convicción jurídica, que puede desembocar en la adopción de un tratado internacional o el surgimiento de una norma consuetudinaria. Weil afirma que “no constituyen fuentes formales del derecho internacional, aunque no por ello deben ser ignoradas... las resoluciones de organizaciones internacionales no suponen la existencia

⁶⁵ Sindico, Francesco, “Soft Law and the Elusive Question for Sustainable Global Governance”, *Leiden Journal of International Law*, núm. 19, 2006, pp. 835 y ss.

⁶⁶ Klabers, Jan, *op. cit.*, p. 171.

⁶⁷ Mazuelos Bellido, Ángeles, *op. cit.*, pp. 5 y 6.

de una nueva categoría de normas, sino la constatación de un proceso de producción normativa basado en la distinción entre *lex lata* y *lege ferenda*".⁶⁸

En este sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos,⁶⁹ la resolución 1514 (XV) sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales,⁷⁰ o la resolución 3314 (XXIX) sobre la Definición de la Agresión,⁷¹ a pesar de su importancia para el derecho internacional, no poseen una naturaleza normativa y obligatoria *per se*, sino en la medida en que desarrollan principios y normas plenamente reconocidos e insertos en la Carta de las Naciones Unidas, por ejemplo, los relativos a los derechos humanos, la autodeterminación de los pueblos y la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza en las relaciones internacionales.

Max Sorensen señala que las resoluciones se encuentran en un punto intermedio entre una convención y la costumbre.⁷² Como convención, es la expresión de una voluntad o de una opinión común de parte de los Estados, pero no exige la declaración de compromiso de cada uno de ellos. Como costumbre, constituye ciertos puntos de unión con la práctica anterior, mas su valor jurídico es independiente de una prueba formal de su conformidad con la práctica. Por su parte, César Sepúlveda sostiene que

una declaración, una resolución o una recomendación resulta útil para definir el alcance de una norma establecida de otra manera o puede constituir en sí misma una nueva norma. Contribuye, en ocasiones, a la cristalización de una norma en formación, que sólo se ha manifestado vagamente en la práctica. En otras, puede constituir un acto preparatorio de un tratado. Equivale, otras veces, a un acto de cuasi-legislación, a la formulación de una norma *in fieri*.⁷³

Las resoluciones de la Asamblea reflejan el sentir de la mayoría de sus miembros, más aún en una época en que se ha trabajado por la democratización, universalización y pluralidad de dicho órgano político; a las potencias les preocupa que la Asamblea General pueda convertirse en una suerte de legislador internacional que, concomitantemente, adopte nuevas normas

⁶⁸ Toro Huerta, Mauricio Iván del, *op. cit.*, pp. 519 y 520.

⁶⁹ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

⁷⁰ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1960.

⁷¹ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1974.

⁷² Sorensen, Max, *Manual de derecho internacional público*, México, FCE, 2008, pp. 159 y ss.

⁷³ Sepúlveda, César, *Derecho internacional*, 23a. ed., México, Porrúa, 2002, pp. 110 y 111.

jurídicas contrarias a los intereses de una minoría. Por este motivo, como bien señala Becerra Ramírez,

se sostuvo la idea de que las resoluciones de la Asamblea General no tienen carácter obligatorio y [se intentó] explicar la gran autoridad jurídica que tienen algunas resoluciones... vía el mecanismo de creación de la costumbre internacional. Muchas de estas resoluciones, se sostiene, recogen el derecho consuetudinario, o bien son el punto de partida de creación de la costumbre internacional.⁷⁴

En el mismo sentido, Méndez Silva señala que “Las resoluciones de la Asamblea General, sin ser originalmente fuentes de derecho internacional, pueden convertirse en una fuente de derecho”.⁷⁵ No cabe duda que las resoluciones adoptadas conforme a los artículos 16 y 17 son obligatorias, en razón de que su ámbito material de validez se circunscribe a facultades expresamente conferidas a la Asamblea General.⁷⁶ Por tal motivo, el problema en torno a la validez de las resoluciones de la Asamblea General se traslada a aquellas en las que es difícil determinar si dicho órgano político está facultado para emitir o adoptar resoluciones obligatorias para sus miembros.

De acuerdo con la doctrina, las resoluciones del máximo foro de la ONU, como las emitidas por otras organizaciones internacionales, pueden hacer las veces de meros pronunciamientos⁷⁷ o captar una norma jurídica y sólo reiterar una posición,⁷⁸ en cuyos casos no serían consideradas fuentes de derecho; sin embargo, también es claro que pueden establecer situaciones jurídicas de carácter normativo, en cuyo caso sí podría calificárseles de verdaderas fuentes de derecho. De acuerdo con Jorge Castañeda, pueden identificarse tres categorías de resoluciones, que constituyen algo más que una recomendación o una simple invitación, a saber:

1. Resoluciones *que determinan la existencia de hechos o situaciones legales concretas*, y que bien pueden ser calificadas como obligatorias en aquello que específicamente “determinan”, ejemplo, la resolución 2145 (XXI) del 27 de octubre de 1966 por la cual la Asamblea General revocó el mandato de África del Sur sobre el Sud-Oeste Africano.

⁷⁴ Becerra, Ramírez, *op. cit.*, p. 5.

⁷⁵ Méndez Silva, Ricardo, “La soberanía permanente de los pueblos sobre sus recursos naturales”, en Gómez-Robledo Verduzco, Alonso (comp.), *La soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980, p. 72.

⁷⁶ Cuestiones en materia de presupuesto, gastos y administración fiduciaria.

⁷⁷ Becerra Ramírez, *op. cit.*, p. 7.

⁷⁸ Méndez Silva, *op. cit.*, p. 74.

2. Resoluciones *que tienen como fin principal 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 1963.⁷⁹ 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.

3. 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 iuris* 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 derecho reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y por la sentencia de éste.⁸⁰

Las resoluciones pueden ser fuente de derecho en la medida en que cumplan con dos requisitos: uno cuantitativo, destinado a comprobar el número de Estados que han votado a favor de una resolución, y uno cualitativo, encaminado a desentrañar el objeto de la resolución y los alcances que pretendieron dársele. En este sentido, las resoluciones adoptadas por unanimidad pueden, dependiendo de su objeto, ser consideradas como fuente de derecho, pero aquellas que son el resultado de una votación mayoritaria presentan dificultad para comprobar sus efectos vinculantes.

La creación de un derecho, la confirmación de uno existente, o la mera enunciación de pronunciamientos dentro de una resolución, debe buscarse, en primer lugar, en el propio texto y redacción de la resolución; en segundo lugar, en la convicción jurídica de los Estados al momento de votar a su favor; en tercer lugar, en la práctica internacional subsecuente tanto de los Estados como de la propia organización internacional; y, en cuarto lugar, del número de Estados que votaron a favor de tal resolución. No obstante lo anterior, ante la dificultad actual para adoptar resoluciones por unanimidad, la obligatoriedad de una resolución debe encontrarse en la convicción jurídica de los Estados y en la práctica internacional.

A la luz de la praxis de los últimos decenios, no se puede negar la naturaleza normativa de algunas resoluciones de organizaciones internacionales, que por su vocación universal y plural, como la Asamblea General de la ONU, o por su especialización temática en un área determinada, poseen

⁷⁹ Declaración de los principios jurídicos que rigen las actividades de los Estados en materia de exploración y utilización del espacio extraatmosférico.

⁸⁰ Esta clasificación de Jorge Castañeda es citada por Alonso Gómez-Robledo Verduzco en su artículo “Significación jurídica del principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales”.

una naturaleza cuasilegislativa inherente. En mi criterio de jurista e internacionalista resulta inobjetable que la Organización de las Naciones Unidas, a través de su Asamblea General, los organismos especializados y los regionales, en menor medida, pueden funcionar como agentes de creación de normas jurídicas internacionales. No es que se trate de un proceso legislativo directo o estatuario como afirman ciertos publicistas, sino que frente a un vacío legal o laguna de derecho, y ante la insuficiencia o lentitud, este proceso de características políticas que algunos denominan “diplomacia parlamentaria” tiene un considerable valor, por ejemplo, para:

- a) Refinar conceptos jurídicos, a través de un examen general;
- b) Introducir con precisión el elemento de la *opinio iuris*;
- c) Clarificar problemas jurídicos;
- d) Estimular la reglamentación de nuevas funciones internacionales;
- e) Interpretar y aplicar la Carta de las Naciones Unidas o las cartas constitucionales de otros organismos;
- f) Revelar o introducir nuevos principios;
- g) Depurar y mejorar la labor que tienen a su cargo todos los cuerpos cuasilegislativos de la escena mundial, y
- h) Elaborar el trabajo preparatorio de una auténtica legislación internacional propia del siglo XXI.⁸¹

Entrando ahora en la práctica de los organismos jurisdiccionales, cabe resaltar que la importancia del *soft law* en el desarrollo del derecho internacional no ha tenido una clara correspondencia en la actividad jurisdiccional de la Corte Internacional de Justicia. Este órgano judicial de la ONU se ha valido de algunos instrumentos *soft* para identificar y desentrañar los alcances de normas jurídicas aplicables a las controversias llevadas ante su jurisdicción. No obstante, jamás ha realizado una referencia expresa al derecho suave, más bien, se ha valido de él como parámetro interpretativo del derecho duro. Así ha sido desde la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), en el asunto relativo al *Tráfico Ferroviario entre Lituania y Polonia*, donde reconoció la obligatoriedad de las resoluciones del Consejo de la Sociedad de las Naciones al señalar que los Estados en litigio se encontraban obligados por tal resolución en la medida en que dicho órgano estaba facultado para emitirla, o bien porque los involucrados decidieron aceptarla con posterioridad.⁸² En esta secuencia, más allá de las facultades

⁸¹ Velázquez Elizarrarás, *supra*, pp. 30 y 31.

⁸² CPIJ, serie A/B, núm. 42, 1931, p. 116.

expresamente otorgadas al entonces Consejo de la Liga de las Naciones, la Corte encontró que los efectos vinculantes de las resoluciones pueden provenir de un consentimiento *ex post facto*.

La actual Corte Internacional de Justicia se ha valido, de forma indirecta, del *soft law* en varias ocasiones. En el asunto relativo al *Estrecho de Corfú*,⁸³ la Corte señaló que Albania tenía la obligación de informar al Reino Unido sobre las minas que habían sido colocadas en el estrecho, y que ocasionaron el accidente de los dos acorazados británicos. La CIJ encontró que la obligación de Albania se fundamentaba en ciertas “consideraciones elementales de humanidad”, que en esa época no se encontraban expresamente consagradas en alguna norma rígida. Sin embargo, años más tarde, la Corte no tomaría en cuenta esas mismas “consideraciones elementales de humanidad” para conocer del asunto relativo al *África Sudoccidental*.⁸⁴

En su opinión consultiva sobre la *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*,⁸⁵ y ante la ausencia de una norma convencional o consuetudinaria que facultara a la ONU para ejercer protección diplomática a favor de su personal, la CIJ reconoció la facultad de Naciones Unidas para proteger a su personal y tomar acciones contra el Estado ofensor con base en una interpretación extensiva de la Carta de San Francisco. Por otra parte, en el asunto relativo a las *Pesquerías anglo-noruegas*,⁸⁶ el tribunal internacional reconoció que el límite de las aguas territoriales a través de la fórmula basada en el trazado de líneas rectas, como lo había realizado Noruega con base en un decreto de 1935, no era contrario al derecho internacional, por lo que dicha fórmula o método era igual de válido que aquel que toma como punto de referencia la línea de base de la bajamar. El método de líneas rectas, en ese momento novedoso y de naturaleza *soft*, fue incorporado más tarde al derecho del mar.

Quizá la referencia más expresa a la naturaleza obligatoria de ciertos instrumentos de derecho suave fue realizada por la CIJ en la opinión consultiva relativa a las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*.⁸⁷ En esta oportunidad, Sudáfrica cuestionó la facultad de la Asamblea General para revocarle el mandato sobre Namibia, a lo que la Corte respondió señalando que la Asamblea General no estaba haciendo una determinación de hecho, sino formulando

⁸³ ICJ, Reports, 1949, p. 22.

⁸⁴ ICJ, Reports, 1966, pp. 6 y ss.

⁸⁵ ICJ, Reports, 1949, pp. 178 y ss.

⁸⁶ ICJ, Reports, 1951, pp. 128 y ss.

⁸⁷ ICJ, Reports, 1971, p. 50.

una situación jurídica; no sería correcto asumir que por estar en principio investida de facultades de recomendación no pudiera adoptar, en casos especiales, dentro del ámbito de su competencia, resoluciones que hicieran determinaciones o tuvieran una finalidad operativa. Además, sostuvo que debe considerarse ante todo a la Organización de las Naciones Unidas como sucesora de la Sociedad de las Naciones, cuando actúa por conducto de su órgano competente para pronunciarse sobre el comportamiento de un Estado mandatario.

Idéntica posición adoptó el máximo tribunal en su opinión consultiva sobre el *Sahara Occidental*,⁸⁸ en la que reconoció el derecho del pueblo saharauí a obtener su independencia conforme a los criterios consagrados en la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Aunque el derecho sustantivo de fondo fue el principio de autodeterminación de los pueblos incorporado en la Carta de las Naciones Unidas, lo cierto es que la Corte otorgó a la resolución en cuestión la calidad de documento o instrumento en el que se desagregan los criterios aplicables a dicho principio.

En el asunto relativo a las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*,⁸⁹ la CIJ señaló que la posible violación de Estados Unidos de una norma consuetudinaria relativa a la prohibición del uso de la fuerza debía buscarse en la *opinio iuris* de los Estados hacia algunas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en particular la resolución 2625 (XXV). Lamentablemente, la Corte no pudo comprobar la existencia de tal *opinio iuris*, ya que se vio obligada a recurrir a otras fuentes del derecho internacional para comprobar la existencia de una prohibición expresa al uso de la fuerza.

Finalmente, en el asunto relativo a las *Papeleras en el Río Uruguay*, de reciente desahogo, la Corte dejó pasar una oportunidad inigualable para dilucidar los alcances de ciertos principios del derecho internacional del medio ambiente, tales como el principio de prevención, el principio de precaución, el principio de equidad intergeneracional y el principio de desarrollo sostenible. Más aún, cuando desde los asuntos relativos a los *Ensayos nucleares (Australia c. Francia y Nueva Zelanda c. Francia, 1974)* se había venido reconociendo la existencia de un principio o enfoque precautorio que obliga a los Estados a realizar investigaciones o estudios sobre el impacto ambiental, en este caso, de ensayos nucleares.⁹⁰

⁸⁸ ICJ, Reports, 1975, pp. 12 y ss.

⁸⁹ ICJ, Reports, 1986, p. 14.

⁹⁰ *Separate Opinion of Judge Cançado Trindade to the Judgment in the Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay*, pfs. 62-68, disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15885.pdf>.

Este breve recorrido por la jurisprudencia del máximo órgano judicial de la ONU demuestra la existencia de una regla de aplicación práctica que reduce a los instrumentos de *soft law* o de derecho suave, a una mera herramienta interpretativa de los tratados y la costumbre internacionales, así como elemento que demuestra la configuración de los elementos objetivo y subjetivo de la costumbre internacional.

Aunque en algunos casos la Corte ha aplicado de manera indirecta instrumentos de este orden blando, aún no se ha atrevido, como sucede en muchas otras áreas temáticas del derecho internacional, a fijar una posición oficial al respecto, misma que, debido al prestigio de la Corte, mucho aportaría a los debates doctrinales y aplicación práctica del derecho suave o *soft law*.

Para cerrar el análisis, y con el debido respeto a los empeños de tan importante órgano jurisdiccional, no puedo dejar de advertir que esta tibieza en su actuación en determinados desahogos quizá pudiera encontrarse en la formación y los rígidos criterios que caracterizan a los magistrados al amparo de los grandes institutos y academias donde domina el derecho común y el más ortodoxo de los positivismos, y que muchas veces ha tenido que decidir judicialmente a la sombra de los intereses de las grandes potencias.

VII. REFLEXIONES FINALES

A lo largo de este capítulo se demuestra lo que expresé en la introducción, en el sentido de que en la realidad actual, donde imperan el desorden, el caos y un inusitado dinamismo de los procesos sociales globales y locales, el análisis crítico e interdisciplinario del contenido y características generales de las fuentes modernas del derecho internacional, en un enfoque más allá del positivismo dominante y del propio constructivismo teórico, a cuyo amparo se gesta y evoluciona el fenómeno del derecho suave o *soft law*, es un tema de enorme importancia en el estudio, académico y profesional, de los nuevos desarrollos temáticos de la ciencia jurídica y las relaciones internacionales. Como fuente derivada o no convencional del derecho de gentes se ha discutido en varios tonos, a favor y contra de su determinación desde hace casi medio siglo; pero es un hecho que hasta el momento no se han dado los consensos doctrinales suficientes para superar los vacíos e imprecisiones teóricas en torno a la verdadera naturaleza normativa, alcances y límites de este derecho suave.

El término original inglés *soft law* ha sido empleado de forma imprecisa y, muchas veces, oportunista, inconsistente y tendenciosa. Así, en sus orígenes se utilizó para diferenciar las proposiciones de *lege lata* de las de

lege ferenda. Posteriormente, fue estrechamente vinculado a la importancia y trascendencia jurídica de algunas resoluciones de la Asamblea General de la ONU. Finalmente, hoy en día se le emplea para referir a todas aquellas manifestaciones jurídicas que sin ser obligatorias tienen ciertos efectos legales. Asimismo, la voz ha sido dotada de connotaciones políticas destinadas a comprobar su utilización como un mecanismo de los Estados para evadir los canales formales del derecho internacional y del derecho nacional; es decir, para ciertos autores, entre los que no me incluyo, el derecho suave constituye una forma efectiva de evadir los pesos y contrapesos constitucionales, que impiden al Poder Ejecutivo comprometer internacionalmente al Estado, sin antes haber pasado por el análisis y aprobación del Poder Legislativo (Congreso o Parlamento).

La modalidad *in comento* se aplica mayormente en los terrenos de las decisiones de las organizaciones internacionales y en los actos jurídicos unilaterales del Estado, lo mismo que en los acuerdos ejecutivos, memoranda o bases de entendimiento, comunicados conjuntos, cartas reversales, leyes modelo o tipo, entre otros, adoptados por los Estados en sus relaciones bilaterales o multilaterales. Las manifestaciones suaves del derecho internacional son tan variadas, que incluso puede reconocerse dicha naturaleza a las opiniones disidentes o separadas de un juez internacional o a las opiniones consultivas de un tribunal internacional. Además, por ejemplo, es inconcuso el cumplimiento espontáneo, por parte de sus miembros, de las recomendaciones o declaraciones políticas adoptadas por la OCDE, o que los Estados observan con disciplina los lineamientos, directrices y reglas elaborados por el FMI y el Banco Mundial; igualmente, es innegable el cumplimiento por los Estados de las políticas económicas dictadas por esos organismos financieros internacionales en el denominado Consenso de Washington, tales como la disciplina fiscal, reducción del gasto público, reforma impositiva, liberalización de tipos de interés, privatizaciones, desregulaciones, promoción de la inversión extranjera, tipos de cambio, liberalización comercial, etcétera. Finalmente, y a pesar de no ser obligatorias, no puede negarse el efecto jurídico de opiniones consultivas, como las emitidas por la CIJ con motivo de las *Reservas a la Convención del Genocidio* y el *Sahara Occidental*, por citar sólo uno de los casos que aquí se abordaron.

La extensión y aplicación actuales del derecho suave son asombrosas. Algunas normas e instrumentos suaves gozan de amplio consenso y de plena observancia, por lo que debe seguir siendo atendible la importancia y trascendencia de esta tendencia del derecho y las relaciones internacionales, sería tanto como negar la realidad misma de las relaciones jurídicas internacionales. No obstante, una de las principales críticas realizadas en torno al

orden blando radica en la aparente imposibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones contraídas a través de este tipo de instrumentos. La doctrina clásica y el positivismo afirman que éstos son ajenos a cualquier teoría de la responsabilidad internacional y, por lo tanto, a los mecanismos formales y tradicionales de solución de controversias. Aseveración que no resiste un análisis profundo, ya que la tendencia actual demuestra que el *soft law* sólo es ajeno a las teorías clásicas de la responsabilidad internacional —que también ha evolucionado hacia formas no previstas— y la solución pacífica de controversias, puesto que actualmente es exigible a través de mecanismos novedosos de responsabilidad internacional y solución de controversias. En efecto, de pocos años a la fecha, una parte de la doctrina comienza a emplear los términos *soft liability* y *soft enforcement* o “coerción suave”, para referirse a las modalidades que puede revestir tanto el incumplimiento como la exigibilidad de los compromisos adquiridos mediante la adopción de instrumentos de derecho suave.

La tendencia actual consiste en vigilar el control del cumplimiento de las obligaciones a través de órganos, grupos de control o comités de cumplimiento creados al amparo de una organización internacional, tratado internacional o algún otro instrumento internacional. Estos órganos tienen, en primer lugar, una función preventiva, encaminada a asistir y a facilitar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados. En segundo lugar, y en caso de que el incumplimiento persista, tienen la facultad para sancionar a los Estados a través, por ejemplo, de medidas como la suspensión de derechos, la disminución de prerrogativas, la inclusión en listas negras, el retraso, la suspensión o negación de créditos internacionales, o el retiro de avales o garantías para la recepción de flujos de inversiones extranjeras, entre otros.

Es válido concluir entonces que el *soft law* constituye una nueva realidad que está impactando de manera determinante algunas de las estructuras y figuras clásicas del derecho internacional. El fenómeno suave no debe ser visto como alternativo al derecho duro, sino más bien como una manifestación novedosa de creación normativa, responsabilidad internacional y exigibilidad de obligaciones en una sociedad internacional caracterizada por la globalización, la interdependencia, la complejidad y una asombrosa mutación que seguramente no dará marcha atrás. Su comprensión interdisciplinaria e integral obliga a superar visiones decimonónicas que de manera artificial separaban y aislaban la realidad social en estancos y disciplinas. El derecho suave es una prueba clara de la naturaleza inter y multidisciplinaria del derecho internacional, la organización internacional y las relaciones internacionales. De asumir un enfoque eminentemente jurídico, se corre

el riesgo de ignorar la gran multiplicidad de manifestaciones que puede revestir el proceso de creación normativa y el mundo de la ley y la justicia internacionales. De igual modo, aferrarse a una perspectiva unívoca política y social determinaría que el fenómeno responde a los intereses políticos y económicos de los Estados, cuando, por el contrario, es un claro ejemplo de los inimaginables caminos que la sociedad internacional, en calidad del conglomerado compuesto por seres humanos y entidades complejas, puede adoptar para crear obligaciones y normas que regulen eficaz y eficientemente la conducta de los sujetos y actores de las relaciones internacionales.

Dicho de forma terminal, derecho suave y derecho duro no se contraponen necesariamente, sino que más bien tienden a complementarse y enriquecer juntos el contenido y los alcances del derecho internacional como un todo y a darle mayor eficacia y correspondencia con las demandas y necesidades plausibles de la sociedad internacional. No transitan por caminos separados y aislados; por el contrario, son convergentes y concomitantes en la medida en que permiten al derecho internacional hacer frente a la realidad y a los cambios sociales que pretende regular de una manera más puntual y expedita.