

# ***SOFT LAW: ¿MUCHO RUIDO Y POCAS NUECES?***

**Ángeles Mazuelos Bellido\***

I. *Soft law* MUCHO RUIDO...1. El *soft law* en origen. 2. Las resoluciones no obligatorias de las organizaciones internacionales. 3. El *soft law* de los actores no estatales. 4. Acuerdos interestatales que no vinculan jurídicamente. 5. ¿*Soft law* material? II. ...¿Y POCAS NUECES?

## **I. *SOFT LAW*: MUCHO RUIDO...**

### **1. El *soft law* en origen**

La expresión *soft law* ha sido utilizada por la doctrina en relación con diferentes realidades<sup>1</sup>. El propósito de este artículo es analizar sus distintas acepciones y reflexionar acerca de su utilidad y pertinencia.

Es comúnmente aceptado que el término fue acuñado por Lord McNair<sup>2</sup> y ya desde su origen ha sido interpretado de forma diversa. Por un lado, la expresión trataba de describir enunciados normativos formulados como principios abstractos que devenían operativos a través de su aplicación judicial<sup>3</sup>. No parece, pues, que se pretendiese

---

\* Profesora de Derecho Internacional Público de la Universidad Autónoma de Madrid.

© Ángeles Mazuelos Bellido. Todos los derechos reservados.

<sup>1</sup> En el presente trabajo hemos optado por mantener, salvo excepciones, la expresión original inglesa, en la línea que han seguido recientemente algunos autores en relación con el ordenamiento jurídico comunitario, R. Alonso García, “El *soft law* comunitario”, *Revista de Administración Pública*, 2001, vol. 154, pp. 63-94; R. Gómez-Ferrer Rincón, “El *soft law* comunitario en materia de telecomunicaciones”, *Revista Española Derecho Europeo*, 2003, pp. 687-713.

<sup>2</sup> R.-J. Dupuy, “Droit déclaratoire et droit programmatoire: de la coutume sauvage à la ‘soft law’”, en, *L’élaboration du droit international public. Société française pour le Droit international, Colloque de Toulouse (1975)*, Leiden, Sijthof, 1975, pp. 132-148, p. 139; G. Abi-Saab, “Cours Général de Droit International Public”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de la Haye*, 1987, tome 207 (VII), p. 132; G. Abi-Saab, “Éloge du droit assourdi: quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain”, en, *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 59-68, p. 60.

<sup>3</sup> G. Abi-Saab, “Éloge du droit assourdi: quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain”, 1993, p. 60; G. Abi-Saab, “Cours Général de Droit International Public”, 1987, p. 132 y 206; intervención de Abi-Saab en “Are we Heading for a New Normativity in the International Community?”, Parte II de la obra A. Cassese y J. H. H. Weiler, (eds.), *Change and Stability*

establecer una distinción entre el derecho y el “no derecho”, ni entre instrumentos vinculantes y los simplemente recomendatorios, ni entre instrumentos jurídicos y no jurídicos. Por otro lado, la expresión podría también distinguir las proposiciones de *lege ferenda* de las de *lege lata*<sup>4</sup>.

Así pues en origen, el *soft law* no describía una realidad existente únicamente en el ordenamiento jurídico internacional<sup>5</sup>. Sin embargo, ha sido en esta disciplina donde el término fue acogido doctrinalmente y en el que ha dado lugar a amplios debates. Examinaremos a continuación los diferentes significados del *soft law*.

Debemos advertir que la expresión no ha encontrado un significado unívoco. En efecto, por un lado se utiliza en relación con instrumentos heterogéneos en los que suelen concurrir dos elementos, el carácter no jurídicamente vinculante –si bien por factores diversos– y una cierta relevancia *jurídica*. Así en relación con resoluciones no vinculantes de organizaciones internacionales, instrumentos de actores no estatales y los denominados acuerdos *no normativos*. Por otro lado encontramos la expresión referida al contenido de instrumentos, bien jurídicamente vinculantes (*legal soft law*) o no (instrumentos entonces, *doblemente* “soft”). En conjunto se aprecia que la expresión se aplica a instrumentos cuya juridicidad es dudosa o cuya fuerza vinculante se cuestiona<sup>6</sup>.

La evaluación del *soft law* por lo que hace a los fenómenos que engloba y a la propia expresión, será tributaria del concepto de “Derecho” que se adopte y de lo que la propia expresión evoque según usos doctrinales. Generalmente el término “law” evoca la obligación jurídica, de ahí las reticencias a verlo empleado en relación con fenómenos donde ésta no se verifique.

## 2. Las resoluciones no obligatorias de las organizaciones internacionales

En primer lugar el carácter de *soft law* se ha predicado de las resoluciones no obligatorias de organizaciones internacionales.

René-Jean Dupuy contribuyó en gran medida a que el término *soft law* se aplicase en este sentido. En su conocido artículo *Droit déclaratoire et Droit programmatoire: de la*

*in International Law-Making*, Berlin, 1988, p. 76. En esta línea, R.-J. Dupuy, “Droit déclaratoire et droit programmatoire: de la coutume sauvage à la 'soft law'”, 1975, pp. 140-1.

<sup>4</sup> Como podemos deducir de R. Y. Jennings, “An International Lawyer takes Stock”, *International & Comparative Law Quarterly*, 1990, vol. 39, pp. 513-529, p. 516.

<sup>5</sup> La primera de las acepciones de *soft law* describiría un fenómeno comparable a las leyes nacionales que necesitan ulteriores actos de ejecución para ser puestas en práctica, G. Abi-Saab, “Cours Général de Droit International Public”, 1987, p. 131. En esta línea, se destaca el carácter de “soft” *law* de las proposiciones no *self-executing* de los tratados, porque no crean obligaciones jurídicas susceptibles de ser ejecutadas, R. R. Baxter, “International Law in 'Her Infinitive Variety'”, *International & Comparative Law Quarterly*, 1980, vol. 29, pp. 549-566, p. 554.

<sup>6</sup> Para Abi-Saab, el sentido actual del término es el de “[...] un droit dont la juridicité (et la force contraignante) est ambiguë ou mise en question.” G. Abi-Saab, “Cours Général de Droit International Public”, 1987, p. 206; G. Abi-Saab, “Éloge du droit assourdi: quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain”, 1993, p. 60.

*coutume sauvage à la «soft law»*<sup>7</sup>, ponía de manifiesto cómo algunas resoluciones<sup>8</sup>, promovían la práctica estatal en una determinada dirección<sup>9</sup>. El contenido normativo de estas resoluciones no gozaba aún de valor obligatorio, si bien contenía el sustrato ético del Derecho internacional que aún no estaba sancionado por la práctica. Se trataba por lo demás de un contenido formulado a través de principios y objetivos y no de reglas detalladas y precisas<sup>10</sup>. En esta tesitura prefería el autor la expresión “Derecho-programa” a la de “leyes imperfectas”<sup>11</sup>.

Avanzando en la argumentación, este *soft law* podría constituir un expediente negador, o al menos difuminador de la distinción entre *lex ferenda* y *lex lata*, entre la *lex in status nascendi* y la norma u obligación elaborada. Desde esta perspectiva una de las críticas que se hacen al *soft law* es que difumina el umbral entre el “pre-Derecho” y el “Derecho”<sup>12</sup>.

Weil, en su conocido y polémico artículo *Vers une normativité relative en droit international?*<sup>13</sup>, frente al argumento de que determinadas resoluciones podían tener un

---

<sup>7</sup> *Op.c it* nota 2; en su versión inglesa, R. J. Dupuy, “Declaratory Law and Programmatic Law: From Revolutionary Custom to ‘Soft Law’”, en R. J. Akkerman, P. J. Van Krieken, y C. O. Pannenberg (eds.), *Declarations on Principles. A Quest for Universal Peace (Liber Röling)*, Leyden, A.W.Sijthoff, 1977, pp. 247-257.

<sup>8</sup> Que no asimilaba plenamente con las recomendaciones si bien tampoco con instrumentos declarativos.

<sup>9</sup> R.-J. Dupuy, “Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la ‘soft law’”, 1975, p. 145. En la misma línea se había pronunciado con anterioridad en su intervención en A. Kiss (composer), “The Protection of the Environment and International Law”, *Colloquium 1973 of the Hague Academy of International Law*, 1975, pp. 620-627, p. 624ss.

<sup>10</sup> Como se indica, “[i]l s’agit déjà d’un droit normatif, mais qui reste au niveau des objectifs et des principes sans descendre encore au plan de la réglementation détaillée qu’exigerait la matière pour être totalement maîtrisée.”, R.-J. Dupuy, “Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la ‘soft law’”, 1975, p. 145; también su intervención en A. Kiss (composer), “The Protection of the Environment and International Law”, 1975, pp. 620-627, p. 626.

<sup>11</sup> Expresión que emplea M. Lachs, “Some Reflections on Substance and Form in International Law”, en W. Friedman, L. Henkin, y O. Lissitzyn (eds.), *Transnational Law in a Changing Society: Essays in Honor of Philip C. Jessup*, New York, Columbia University Press, 1972, pp. 98-112, p. 105, aunque este autor pone de manifiesto cómo las resoluciones de organizaciones internacionales podían contribuir al desarrollo del Derecho. Acerca del carácter de *lex imperfecta* de las resoluciones de organizaciones internacionales, A. Pellet, “Le ‘bon droit’ et l’ivraie-plaidoyer pour l’ivraie”, en *Le droit des peuples à disposer d’eux mêmes. Méthodes d’analyse du droit international - Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, pp. 465-493, p. 491. Otros autores rechazan la expresión, G. Abi-Saab, “Cours Général de Droit International Public”, 1987, p. 211.

<sup>12</sup> Destacando el caso de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU), G. M. Danilenko, “Sources of International Law in a Changing International Community: Theory and Practice”, en W. E. Butler (ed.), *Perestroika and International law*, Dordrecht-Boston, Nijhoff-Norwell (Ma), 1990, pp.61-79, p. 67; G. M. Danilenko, *Law-making in the International Community*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p. 20. Entre los autores que se resisten a cifrar la juridicidad en la obligatoriedad y que reivindican la “pertinencia jurídica” del *Derecho en formación*, G. Abi-Saab, “Cours Général de Droit International Public”, 1987, pp. 207-9; G. Abi-Saab, “Éloge du droit assourdi: quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain”, 1993. En esta línea, A. Pellet, “Le ‘bon droit’ et l’ivraie-plaidoyer pour l’ivraie”, 1984, p. 487 ss.

<sup>13</sup> Publicado en la *Revue Générale Droit International Public*, 1982, vol. 86(5), pp. 5-47. Existe igualmente una versión inglesa de esta contribución, P. Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?”, *American Journal of International Law*, 1983, vol. 77, pp. 413-442.

valor “permisivo” o “abrogatorio”<sup>14</sup>, advertía acertadamente que de esta manera “[...] sans avoir le pouvoir de créer des normes nouvelles, la résolution aurait au moins celui d’abroger les normes existantes, laissant ainsi les États libres de ne plus respecter celles-ci. C’est là, a vrai dire, jouer sur les mots. Une norme permissive est une norme comme une autre, et seule une norme peut abroger une autre norme: accorder à certaines résolutions une valeur permissive ou abrogatoire c’est, sans le dire, leur reconnaître une valeur normative pleine et entière.”<sup>15</sup> Y servirse para este fin de un término tan vago e impreciso como el de “soft law” tampoco parece la opción más acertada<sup>16</sup>.

En estas posiciones subyace la controvertida cuestión de si puede una resolución no obligatoria legitimar –¿legalizar?– las conductas estatales. Algunos autores sostienen un “efecto justificatorio”, de manera que un Estado que vote a favor de una resolución no podrá ulteriormente alegar una violación del Derecho internacional si un Estado actúa en consonancia<sup>17</sup>. La oponibilidad de las resoluciones entre los Estados que hayan votado a favor se ha apoyado en el principio de buena fe<sup>18</sup> o en el de *estoppel*<sup>19</sup>. La

<sup>14</sup> Recordemos que Dupuy argumentaba de las resoluciones que trataba que “[n]on encore contraignantes, elles sont déjà justificantes [...] Ainsi peut-on dire que la résolution non encore obligatoire, est déjà libératoire.”, R.-J. Dupuy, “Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la ‘soft law’”, 1975, pp. 146-7; igualmente intervención de M. Dupuy en A. Kiss (composer), “The Protection of the Environment and International Law”, 1975, p. 627. Ciertamente es, por lo demás que Dupuy hacía también referencia a la distinción entre “legitimidad” y “legalidad”.

<sup>15</sup> P. Weil, “Vers une normativité relative en droit international?”, *Revue Générale Droit International Public*, 1982, vol. 86(5), pp. 5-47, p.11. En una línea crítica similar, G. M. Danilenko, “Sources of International Law in a Changing International Community: Theory and Practice”, 1990, pp. 66-68.

<sup>16</sup> Además de rechazar la postura propuesta, la disputa en torno a la expresión *soft law* se cifra también, a nuestro modo de ver, en el concepto de “Derecho” que se utilice. Así, Weil notaba cómo la expresión *soft law* se aplicaba, *inter alia*, a resoluciones de organizaciones internacionales para evocar un valor pre-jurídico (*valeur pré-juridique*), y en este sentido lo rechazaba “[...] car les obligations pré-juridiques ne sont ni de la *soft law* ni de la *hard law*: elles ne sont tout simplement pas *law* du tout.”, P. Weil, “Vers une normativité relative en droit international?”, p. 8 (nota 6). Por otro lado, acerca de la “soft law”, en tanto que etapa en la elaboración del derecho, para Abi-Saab “[...] il s’agit bien de «droit», avec certains effets juridiques immédiats indéniables [...]”, G. Abi-Saab, “Cours Général de Droit International Public”, 1987, p. 210.

<sup>17</sup> Así Seidl-Hohenveldern, en relación con las resoluciones de la AGNU, que advierte acertadamente que votar a favor de tal resolución por el Estado que ahora contesta su contenido habría supuesto también ignorar el Derecho internacional, I. Seidl-Hohenveldern, *International Economic Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 2<sup>nd</sup> ed. revised, 1992, p. 44. Recordemos en este sentido el “effeto di liceità” de las recomendaciones de organizaciones internacionales, que advierte Conforti, si bien cumpliendo una serie de condiciones y en el contexto de las relaciones entre los Estados de una organización internacional, B. Conforti, *Diritto Internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, V (con aggiornamenti), 1999, p. 179.

En un contexto más concreto, Lauterpacht sostuvo que si bien las recomendaciones de la AGNU no crean la obligación de cumplirlas, “[...] on proper occasions they provide a legal authorisation for Members determined to act upon them individually or collectively, [...]”, opinión individual al Dictamen de la CIJ en el asunto del *Sudoeste africano*, *ICJ Rep 1955*, p. 67, p. 115.

<sup>18</sup> Entre los Estados que hayan votado a favor se neutraliza la aplicación de la regla anterior, si bien no se podría fundamentar una reclamación en caso de incumplimiento, A. Pellet, “Le ‘bon droit’ et l’ivraie-plaidoyer pour l’ivraie”, 1984, p. 490.

<sup>19</sup> Acerca de las resoluciones que implican principios jurídicos, O. Schachter, “General Course in Public International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de la Haye*, 1982, p. 121; O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, Kluwer, 1991, pp. 92-93. Este autor advierte que este principio puede quedar subsumido en la buena fe y que los Estados asumen obligaciones

situación que se origina implica que las resoluciones no imponen obligaciones, pero que de su aceptación se derivan consecuencias jurídicas ¿inevitables? para los que votaron a favor. ¿Soft law?

El problema se plantea con crudeza (“sauvage”) sobre todo cuando una resolución propone un cambio normativo respecto de una norma u obligación vigente. Mientras el nuevo contenido normativo no adquiera estatus de *lex lata* perviven dos realidades imposibles de conciliar. Sztucki lo expone con claridad cuando explica que “[t]o say that such a resolution may lawfully be followed by those who wish to, would mean to permit the violation of still binding norms and the rights of others; for, a binding legal norm cannot be waived by the very fact of the adoption of a recommendation of an opposite contents.”. Ahora bien, sigue el mismo autor “[t]o say that such a resolution may not lawfully be followed [...] would mean to go against the very sense of making recommendations, which presupposes the expectation (indeed, even the desirability) of at least some degree of positive response.”<sup>20</sup>.

La propuesta que antes indicábamos de Dupuy debemos situarla en los debates doctrinales acerca del valor de las resoluciones no obligatorias de organizaciones internacionales, principalmente de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU)<sup>21</sup>, y su imbricación en el catálogo de “fuentes” del Derecho internacional<sup>22</sup>. En el pasado se examinó si las resoluciones de la AGNU daban lugar a un nuevo tipo de obligaciones o una suerte de costumbre instantánea o si la Asamblea General constituía un “legislador universal”<sup>23</sup>. Hoy es comúnmente aceptado que sus resoluciones no

---

de una manera informal. Trae a colación los asuntos resueltos por la Corte de la Haya en el asunto de *Groenlandia Oriental* y el de los *Ensayos Nucleares*. De aquí concluye que “[...] voting for non-binding resolutions can in some circumstances imply a limited obligation.”, (énfasis en el original) O. Schachter, “General Course in Public International Law”, 1982, p. 121; O. Schachter, 1991, pp. 92-93.

Una posición matizada en E. Zoller, *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pedone, 1977, pp. 180-1.

<sup>20</sup> Énfasis en el original, J. Sztucki, “Reflections on international 'Soft Law'”, en J. et al. Ramberg (eds.), *Festskrift till Lars Herner: Studies in International Law*, Stockholm, Norstedts, 1990, pp. 549-575, pp. 567-8.

<sup>21</sup> Efectivamente, como se ha indicado, “[e]l *soft law* es primordialmente un producto ideológico propiciado por aquellos que pretenden otorgar obligatoriedad a ciertas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales.”, J. A. Barberis, *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994, p. 288.

<sup>22</sup> Al referirnos a las “fuentes” lo hacemos en el sentido en que tradicionalmente se entiende, como referencia al art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), si bien hoy es generalmente aceptado que es necesario incluir las resoluciones obligatorias de las organizaciones internacionales y los actos unilaterales. Por añadidura, no debemos olvidar la relevancia jurídica de la acquiescencia ni el juego del principio de *estoppel*.

<sup>23</sup> Entre la numerosa bibliografía destacamos, F. B. Sloan, “The Binding Force of a 'Recommendation' of the General Assembly of the United Nations”, *British Yearbook of International Law*, 1948, vol. XXV, pp.1-33; R. A. Falk, “On the Quasi-Legislative Competence of the General Assembly”, *American Journal of International Law*, 1966, vol. 60, pp. 782-791; B. Cheng, “United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' Customary Law?”, *Indian Journal of International Law*, 1965, vol. 23 (V), pp. 23-48; S. A. Bleicher, “The Legal Significance of Re-citation of General Assembly Resolutions”, 1969; J. Castañeda, “La valeur juridique des résolutions des Nations Unies”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de la Haye*, 1970; M. Bedjaoui, *Towards a New International Order*, New York-London, Holmes and Meier, 1979; p. 131 ss, esp. 189 y p.192; B. Sloan, “General Assembly Resolutions Revisited

constituyen una nueva “fuente” de Derecho internacional y que, de reputarse obligatorias para los Estados miembros por su contenido, deben reconducirse a algunas de las “fuentes” reconocidas del Derecho internacional, principalmente los tratados<sup>24</sup> o la costumbre internacional<sup>25</sup>.

Las resoluciones no vinculantes de organizaciones internacionales (recomendaciones) despliegan una actividad normativa indirecta o exhortativa<sup>26</sup>, por cuanto proponen una conducta no obligatoria pero deseable. El carácter recomendatorio de las resoluciones de los órganos de organizaciones internacionales se puede establecer a partir de las competencias atribuidas por los tratados constitutivos. Los problemas pueden plantearse cuando los órganos constituidos gozan también de competencias decisorias, como es el caso de las Comunidades Europeas. El término *soft law* aplicado a las recomendaciones designaría instrumentos internacionales “[...] the contents of which reveals some, more or less pronounced, normative purport but which, according to the intention of the parties or as a consequence of inherently limited powers to bind States in law (as in the case of international organs having recommendatory powers), are of non-legal character.”<sup>27</sup>.

---

(forty years after)”, *British Yearbook of International Law*, 1987, vol. 58, pp. 39-150; G. I. Tunkin, “International Law and other Social Norms functioning within the International System”, en B. Cheng y E. D. Brown (eds.), *Contemporary Problems of International Law. Essays in Honour of Georg Schwarzenberger on his Eightieth Birthday*, London, Stevens, 1988, pp. 282-300; G. M. Danilenko, “Sources of International Law in a Changing International Community: Theory and Practice”, 1990, pp. 66-68.

<sup>24</sup> En esta dirección la temprana propuesta de O. Y. Asamoah, *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*, The Hague, Nijhoff, 1966, p. 70 o más matizadamente de J. Salmon, “Les accords non formalisés ou 'solo consensu’”, *Annuaire Français Droit International*, 1999, vol. XLV, pp.1-28, p. 18.

Compartimos la opinión acerca de las resoluciones de organizaciones internacionales de que “[v]otar afirmativamente un proyecto de resolución, sea cual sea su alcance y resultado, no puede alimentar la presunción de que entre sus partidarios se ha establecido una relación convencional.”, A. Remiro Brotóns, *Derecho Internacional Público. 2 Derecho de los tratados*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 31. En general, la intención de los Estados que votan en la Asamblea General no es la de concluir un tratado, I. Seidl-Hohenveldern, 1992, p. 42; sobre las recomendaciones en general, A. Pellet, “The Normative Dilemma. Will and Consent in International Law-Making”, *Australian Yearbook of International Law*, 1992, pp.22-53, p. 31. Otra cosa es que el acuerdo interestatal subyacente en una resolución de una organización internacional sea considerado un acuerdo no jurídico, M. Virally, “Résolution et accord international”, en J. Makarczyk (ed.), *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, La Haye, Nijhoff, 1984, pp.299-306, pp. 305-6. Ahora bien, en determinadas circunstancias, una resolución podría reputarse un acuerdo jurídicamente vinculante, J.-P. Jacqué, “Acte et norme en droit international public”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de la Haye*, 1991, p. 398, recayendo la carga de la prueba en quien lo alegue, que habrá de demostrar que tal era la intención de los sujetos, F. B. Sloan, “The Binding Force of a 'Recommendation' of the General Assembly of the United Nations”, 1948, p. 22.

<sup>25</sup> Se ha indicado que en ocasiones el contenido de las resoluciones de la AGNU puede devenir obligatorio en tanto que costumbre internacional, siempre que se verifiquen tanto la *opinio iuris* como la práctica necesaria, I. Seidl-Hohenveldern, 1992, p. 42.

<sup>26</sup> M. Virally, “A propos de la 'Lex ferenda’”, en, *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le Droit international: unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, pp. 519-533, p. 526.

<sup>27</sup> J. Sztucki, “Reflections on international 'Soft Law’”, 1990, pp. 552-3. La cuestión de si las recomendaciones son o no instrumentos jurídicos no deja de ser controvertida. La expresión *soft law* se ha empleado en relación con las recomendaciones (y en ocasiones con los dictámenes) referidas en el art. 249 Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, *inter alia* F. Beveridge y S. Nott, “A Hard Look at

El examen de las recomendaciones de organizaciones internacionales no debe detenerse en la constatación de su carencia de fuerza obligatoria o en su posible efecto justificatorio. Su verdadero problema estriba en la determinación de sus “efectos jurídicos” más allá de la imposibilidad de crear obligaciones jurídicas inmediatas<sup>28</sup>. Tales efectos se derivarían de las previsiones de los tratados constitutivos, y es necesario advertir que si implicasen obligaciones para los Estados miembros, éstas no se podrían generar a partir de las recomendaciones *per se*, sino de su conjunción con alguna fuente de obligaciones jurídicas. En esta línea haremos en primer lugar referencia a las obligaciones que dimanen del principio de buena fe que suele tener traducción en los tratados constitutivos de organizaciones internacionales o de otro modo está implícito en ellos. Excede por otro lado de nuestros propósitos el examen de los diversos tratados constitutivos a fin de determinar la relevancia jurídica de las recomendaciones. Ahora bien, al margen de las específicas previsiones convencionales, nos detendremos en dos aspectos en los que se suele traer a colación el carácter de *soft law*, la participación de las recomendaciones en el proceso de creación de normas y obligaciones internacionales, destacando la de determinadas resoluciones de la AGNU y el valor como instrumentos interpretativos de otros jurídicamente vinculantes. Más generalmente, el carácter de *soft law* se puede predicar de las resoluciones para indicar una zona intermedia digna de consideración entre los efectos jurídicos obligatorios de una norma y la completa ausencia de efectos<sup>29</sup>. Finalmente, no debemos olvidar el posible juego de la incorporación por referencia de las resoluciones en otros instrumentos<sup>30</sup>.

Las recomendaciones son instrumentos a través de los cuales se incita al logro de los objetivos de una organización internacional, por parte de los órganos facultados para ello. El principio de buena fe, expresión jurídica del principio de cooperación inherente a las organizaciones internacionales<sup>31</sup>, es fuente de obligaciones jurídicas para los Estados miembros que estarían obligados a apreciar de buena fe la posibilidad de

---

Soft Law”, en P. Craig y C. Harlow (eds.), *Lawmaking in the European Union*, London, Kluwer Law International, 1998, pp. 285-309; R. Alonso García, “El *soft law* comunitario”, 2001. Acerca del *soft law* en el ordenamiento jurídico comunitario pueden consultarse igualmente, K. C. Wellens y G. M. Borchardt, “Soft Law in European Community Law”, *European Law Review*, 1989 (14), pp. 267-321; F. Snyder, “Soft Law and Institutional Practice in the European Community”, en M. Stephen (ed.), *The Construction of Europe, Essays in Honour of Emile Noël*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer Academic Publishers, 1994, pp. 197-220; F. Snyder, “Interinstitutional Agreements: Forms and Constitutional Limitations”, en G. Winter (ed.), *Sources and Categories of European Union Law: A Comparative and Reform Perspective*, Baden-Baden, Nomos, 1996, pp. 453-466.

<sup>28</sup> M. Virally, “La valeur juridique des recommandations des organisations internationales”, en, *Le droit international en devenir*, PUF, 1990, pp. 169-194, p. 171.

<sup>29</sup> J.A. Pastor Ridruejo, “Le Droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, tome 274, 1998, p. 61.

<sup>30</sup> Acerca de esta técnica, P. Andrés Sáenz de Santamaría, “La incorporación por referencia en el Derecho de los tratados”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1985, pp. 7-39.

<sup>31</sup> En ocasiones reflejado en los tratados constitutivos como en la Carta de las Naciones Unidas, R. Kolb, *La bonne foi en droit international public*, Paris, PUF, 2000, p. 526.

observar lo recomendado<sup>32</sup>. Por lo demás, las obligaciones que se fundamenten en este principio deben ser de tipo procedimental o ancilar. No sería posible que “ce qui n’est pas soit”; en efecto, sería contrario al propio tratado constitutivo defender el carácter obligatorio de un instrumento que no lo es en virtud del propio tratado<sup>33</sup>.

En relación con la relevancia jurídica de las resoluciones de organizaciones internacionales en otros sentidos, debemos detenernos brevemente en las de la AGNU. Debido a su carácter recominatorio<sup>34</sup>, no generan –no pueden generar– por sí mismas una obligación de cumplimiento para los Estados miembros. Ahora bien, algunas resoluciones de la AGNU, por su contenido, circunstancias de su adopción y la práctica de los Estados, son especialmente relevantes en el proceso de elaboración del Derecho internacional. Se trata de resoluciones cuyo contenido se refiere a principios o normas jurídicas<sup>35</sup>. No es extraño, por tanto, que sean citadas repetidamente, evidenciando convicciones enraizadas en los Estados<sup>36</sup>. Se adoptan por unanimidad, consenso o mayorías representativas de la comunidad internacional<sup>37</sup>. Suelen ser el resultado de largas negociaciones<sup>38</sup>, su redacción es cuidada y se adoptan con menos frecuencia que las meras recomendaciones<sup>39</sup>.

---

<sup>32</sup> A. Remiro, R. Riquelme, J. Díez-Hochleitner, E. Orihuela, y L. Pérez-Prat, *Derecho Internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 301; C. Schreuer, “Recommendations and the Traditional Sources of International Law”, *German Yearbook of International Law*, 1977, vol. 20, pp.103-118, p. 118. Recordemos en este sentido, la argumentación propuesta por Lauterpacht en su opinión individual en el Dictamen de la CIJ en el asunto del *Sudoeste africano* sobre el deber de examen y motivación en relación con las recomendaciones de la AGNU, ICJ Reports 1955, p .67, pp. 118-9. Avanzando en este razonamiento, se sugiere que las obligaciones emanantes de la buena fe variarían en función del nivel de internacionalización del concreto ámbito de actuación concreto de que se trate, R. Kolb, 2000, p. 526-28.

<sup>33</sup> E. Zoller, 1977, p. 172.

<sup>34</sup> Artículos 10, 13(1) y 14 de la Carta de las Naciones Unidas. Un examen detallado de las resoluciones incluyendo las obligatorias, que de desenvuelven en el ámbito interno de la organización, B. Sloan, “General Assembly Resolutions Revisited (forty years after)”, 1987.

<sup>35</sup> A. Remiro, R. Riquelme, J. Díez-Hochleitner, E. Orihuela, y L. Pérez-Prat, *Derecho Internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 346.

<sup>36</sup> S. A. Bleicher, “The Legal Significance of Re-citation of General Assembly Resolutions”, 1969, p. 477. Se sugiere, además que la repetición puede conducir a la solidificación de los principios como reglas de derecho. La propia CIJ ha señalado no hace mucho que “the adoption *each year* by the General Assembly, by a large majority, of resolutions recalling the content of resolution 1653 (XVI), and requesting the member States to conclude a convention prohibiting the use of nuclear weapons in any circumstance, reveals the desire of a very large section of the international community to take, by a specific and express prohibition of the use of nuclear weapons, a significant step forward along the road to complete nuclear disarmament” (énfasis añadido), *Dictamen acerca de la Legalidad de la amenaza y uso de armas nucleares*, ICJ Reports 1996, p. 226.

<sup>37</sup> Se trata de un elemento importante a la hora de evaluar hasta qué punto pueden reflejar la *opinio iuris* internacional. Así, se recuerda, sobre todo para las resoluciones que pretenden cambiar el Derecho existente que “[l]e défaut d’acceptation d’une résolution par tous les groupes aux Nations Unies rend extrêmement difficile le passage à la deuxième phase [...] de l’analyse qui consiste à rechercher s’il y a *opinio juris*.”, E. Roucouas, “Engagements parallèles et contradictoires”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de la Haye*, 1987, pp. 183-4.

<sup>38</sup> La negociación de la Declaración sobre la definición de la agresión duró once años, E. Roucouas, “Engagements parallèles et contradictoires”, 1987, p. 175.

<sup>39</sup> J. Sztucki, “Reflections on international 'Soft Law'”, 1990, p. 565.

La determinación de la significación jurídica concreta de las resoluciones AGNU debe por tanto realizarse caso por caso. Por cuanto hace a su participación en la elaboración del Derecho internacional, en ocasiones es necesario disociar su estatus o apariencia formal –resoluciones no obligatorias de un órgano de Naciones Unidas– de su contenido material –que reflejaría el parecer de los Estados miembros que las han votado o al menos no se han opuesto. Así, la calificación formal de las resoluciones –no obligatorias– no lastra la consideración jurídica de su contenido<sup>40</sup>. Este dato es relevante si, como entendemos, estas resoluciones participan del proceso de creación del Derecho internacional consuetudinario. En este sentido se recuerda con pertinencia que “[...] leurs résolutions [de las organizaciones internacionales] ne doivent pas être considérées, aux fins de la formation de la coutume, en tant qu’actes de l’organisation mais comme la somme des actes des Etats qui participent à leur adoption.”<sup>41</sup>.

En ocasiones las resoluciones de la AGNU reciben el nombre de “Declaración”<sup>42</sup> o “Carta”<sup>43</sup>, lo cual no es indicativo *per se* de una estatus jurídico determinado y diferenciado de las más *frecuentes* resoluciones, si bien se llama la atención sobre la importancia de la materia tratada<sup>44</sup>; a veces se puede optar por estas denominaciones con el fin de hacerlas escapar a su destino jurídico de recomendaciones...<sup>45</sup>.

En cuanto a la significación jurídica de las resoluciones de la AGNU, se ha destacado su participación en la formulación del Derecho internacional. Contribuyen a la formación del Derecho consuetudinario, que pueden cristalizar, incitar a su formación<sup>46</sup> o

---

<sup>40</sup> G. Abi-Saab, “Éloge du droit assourdi: quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain”, 1993, p. 62.

<sup>41</sup> B. Conforti, “Cours Général de Droit International Public”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de la Haye*, 1988, p. 82.

<sup>42</sup> Así la *Declaración de los principios legales que rigen las actividades de los Estados en la exploración y en el uso del espacio ultraterrestre* adoptada por la Resolución 1962 (XVIII) de la Asamblea General el 13 de diciembre de 1963.

<sup>43</sup> Así la *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados*, adoptada por la Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General el 12 de diciembre de 1974.

<sup>44</sup> Acerca de la denominación “declaración” y “recomendación”, la Asesoría jurídica de la ONU notó que, “[...] 3. Según la práctica de las Naciones Unidas, la «declaración» es un instrumento oficial y solemne, adecuado para ocasiones muy especiales en las que se enuncian principios de importancia grande y permanente, como la Declaración Universal de Derechos Humanos. Una recomendación es menos formal. 4. Aparte de la distinción que se acaba de indicar, es probable que no haya ninguna diferencia entre una «recomendación» y una «declaración» en la práctica de las Naciones Unidas, en lo que se refiere al principio jurídico estricto. La «declaración» o «recomendación» se aprueba mediante una resolución de un órgano de las Naciones Unidas. Como tal, no puede obligar a los Estados Miembros en la misma forma en que un tratado o convención pueda obligar a las partes, simplemente por el hecho de que se emplee el término «declaración» en vez de «recomendación». No obstante, puede considerarse que el órgano que la aprueba abriga mayores esperanzas de que los Miembros de la comunidad internacional habrán de respetarla. En consecuencia, en la medida en que esa esperanza se justifica gradualmente por la práctica de los Estados, la declaración puede llegar a ser reconocida, por el uso, como un instrumento que establece normas obligatorias para los Estados.”, del Memorandum de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de las Naciones Unidas, E/361/Rev.1, recogido por A. Fernández Tomás, *Derecho internacional público. Casos y materiales*, Valencia, Tirant lo blanch, 5ª ed., 2001, p. 193.

<sup>45</sup> I. Seidl-Hohenveldern, 1992, p. 43.

<sup>46</sup> En una inversión del proceso habitual, donde la *opinio iuris* precedería la práctica estatal, intervención de M. Dupuy en A. Kiss (composer), “The Protection of the Environment and International Law”, 1975,

simplemente declarar. La Corte Internacional de Justicia (CIJ)<sup>47</sup>, algún tribunal arbitral<sup>48</sup>, el *Instituto de Derecho internacional*<sup>49</sup> y la doctrina<sup>50</sup> han confirmado esta acción *normativa*<sup>51</sup>. Por añadidura, las resoluciones pueden contribuir al proceso de conclusión de tratados<sup>52</sup>.

La participación en el proceso de creación de normas y obligaciones internacionales es igualmente predicable, *mutatis mutandis*, de las recomendaciones de organizaciones

pp. 624-5; R.-J. Dupuy, "Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la 'soft law'", 1975, pp. 144-5.

<sup>47</sup> En relación con la *Declaración 2625 (XXV) sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, resulta de interés la sentencia de la CIJ en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, *ICJ Reports 1986 p.14*, para.188. A propósito, la CIJ afirmaba que la actitud de los Estados respecto de relevantes resoluciones de la AGNU, entre las cuales la mencionada, evidenciaba la *opinio iuris* de respetar la regla formulada y así afirmar la existencia de una norma consuetudinaria. Para Chinkin, esta sentencia "[...] appears to represent a willingness by the Court to accept the transformation of soft law principles into hard law.", si bien manifiesta acertadamente las circunstancias que rodeaban el caso, esto es la reserva Vandenburg de los Estados Unidos en su aceptación de la jurisdicción de la CIJ a través de la cláusula facultativa. Así compartimos la opinión de que la postura de la CIJ en este caso no es fácilmente extrapolable a otros, C. M. Chinkin, "The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law", *International & Comparative Law Quarterly*, 1989, vol. 38, pp. 850-866, p. 858. Francioni nota que en este asunto la CIJ "softened" "[...] the standard of the proof of customary norms" y de la jurisprudencia de la Corte de la Haya deduce que la referencia al instrumentos "soft law" facilita el proceso de su transformación en "hard" law especialmente a través del elemento de la *opinio iuris* como en este asunto. También este autor insiste en las específicas circunstancias del caso, F. Francioni, "International 'Soft Law': a Contemporary Assessment", en V. Lowe y M. Fitzmaurice (eds.), *Fifty years of the International Court of Justice. Essays in honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, Cambridge UP, 1996, pp. 167-178, pp. 172-3. Resulta de interés la anotación a esta sentencia de J. Roldán Barbero, "El valor jurídico de las Resoluciones de la Asamblea General de la ONU en la Sentencia Nicaragua contra Estados Unidos de 16-6-86", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1990, vol. 42, pp.81-99. Más recientemente, la CIJ ha confirmado que, sin ser vinculantes, las resoluciones de la AGNU pueden probar la existencia de una regla o la emergencia de una *opinio iuris*, para lo cual hay que tener en cuenta su contenido y la circunstancias de su adopción así como si existe una *opinio iuris* acerca de su carácter normativo, Dictamen de la CIJ en el asunto relativo a la *Legalidad de la amenaza y uso de armas nucleares*, *ICJ Reports 1996*, p.226, para. 70.

Se ha destacado recientemente cómo "[l]a *soft law*, le «droit résolutoire» a parfois incontestablement, fermenté la jurisprudence internationale." *Société française pour le Droit international, Colloque de Lille. La juridictionnalisation du droit international*, Paris, 2003, pp. 306-7.

<sup>48</sup> *International Arbitral Tribunal: Award on the merits in the dispute between Texaco overseas petroleum company/California Asiatic Oil Company and the Gouvernement of the Lybian Arab Republic*, *ILM 17* (1978) 1.

<sup>49</sup> Sesión de El Cairo, pp. 274-289.

<sup>50</sup> Por todos, A. Remiro, R. Riquelme, J. Díez-Hochleitner, E. Orihuela, y L. Pérez-Prat, 1997, p.347-50.

<sup>51</sup> Argumento extensible al "soft law" conformado no sólo por resoluciones de la AGNU sino por declaraciones políticas, estándares, declaraciones conjuntas, etc., A. Cassese, *International Law*, New York, Oxford University Press, 2001, p. 160.

<sup>52</sup> Informe escrito de J.-Y. Morin recogido en A. Kiss (composer), "The Protection of the Environment and International Law", 1975, p. 347; O. Schachter, "General Course in Public International Law", 1982, pp. 111-2; H. Thierry, "L'évolution du droit international. Cours Général de droit international public", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de la Haye*, 1990, p. 71.

internacionales en general, y desde esta perspectiva se alude a “une certaine force obligatoire”<sup>53</sup>.

Superadas las pretensiones de que las resoluciones no obligatorias –básicamente de la AGNU– constituyan una nueva “fuente” de Derecho internacional, debemos preguntarnos si el término *soft law* refleja acertadamente la participación de las resoluciones de organizaciones internacionales en el proceso de producción normativa<sup>54</sup>. Partiendo de que “law” evoca la norma u obligación jurídica ya formada, la expresión no nos parece acertada por cuanto la resolución, *per se*, no obliga. Y no parece argumento suficiente que este “Derecho” esté modulado porque es “soft”<sup>55</sup>. Si lo que se pretende es indicar que una determinada resolución contribuye a la formación de una norma u obligación internacional nos parecen más pertinentes expresiones como *lex in status nascendi*<sup>56</sup>, o *derecho en agraz*<sup>57</sup>. Existiendo ya expresiones adecuadas ¿es necesario acuñar otras?<sup>58</sup> Por añadidura, estas apelaciones sólo podrán ser empleadas una vez que el proceso de creación de la norma u obligación haya concluido<sup>59</sup>, puesto que nada asegura que la norma “incoada” efectivamente madure<sup>60</sup>. En efecto, advertir que un instrumento está contribuyendo a la formación de una norma sin la seguridad de que efectivamente el proceso concluya satisfactoriamente, sería, cuando menos, inadecuado. Una vez que la norma exista claramente, ya no habrá razón de ser para calificarla de “soft” law. Será “law” sin necesidad de adjetivación. No nos parece,

---

<sup>53</sup> R. Ida, “Formation des normes internationales dans un monde en mutation: critique de la notion de soft law”, en *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 333-340, p. 336. Por su parte, junto a las resoluciones de la AGNU, Boyle refiere otras formas de “soft law” que participan igualmente en el proceso de creación del Derecho, como son las declaraciones de conferencias intergubernamentales, o directrices y recomendaciones de organizaciones internacionales en general, A. E. Boyle, “Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft law”, 1999, p. 902.

<sup>54</sup> Como plantea B. Sloan, “General Assembly Resolutions Revisited (forty years after)”, 1987, p. 108; uso que advierte, K. Zemanek, “General Course on Public International Law”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de la Haye*, 1997, p. 143; K. Zemanek, “Is the Term 'Soft law' convenient?”, en G. Hafner, G. Loibl, A. Rest, L. Sucharipa-Behrmann, y K. Zemanek (eds.), *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in Honour of his 80<sup>th</sup> Birthday*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, pp. 843-862, p. 858.

<sup>55</sup> En este sentido, la pertinente contribución de Mr. Arangio-Ruiz en A. Kiss (composer), “The Protection of the Environment and International Law”, 1975, p. 540.

<sup>56</sup> Como se ha empleado por, J.-Y. Morin, en A. Kiss (composer), “The Protection of the Environment and International Law”, 1975, p. 347. Como propone en esta tesitura R. Ida, “Formation des normes internationales dans un monde en mutation: critique de la notion de soft law”, 1991, p. 340.

<sup>57</sup> Expresión que tomamos de C. Gutiérrez Espada, *Derecho Internacional Público*, Madrid, Trotta, 1995, p. 618; C. Gutiérrez Espada, “La contribución del Derecho Internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho Internacional contemporáneo”, *Anuario Derecho Internacional*, 1998 (XIV), pp.113-200, p. 128.

<sup>58</sup> Como indica Barberis respecto de la distinción entre *lex lata* y *lex ferenda*, J. A. Barberis, *Formación del derecho internacional*, 1994, p. 285.

<sup>59</sup> K. Zemanek, “General Course on Public International Law”, 1997, p.143; K. Zemanek, “Is the Term 'Soft law' convenient?”, 1998, p.859; S. Murase, “Perspectives from International Economic Law on Transnational Environmental Issues”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de la Haye*, 1995, p. 314.

<sup>60</sup> Como recuerda con pertinencia Arangio-Ruiz en su contribución en A. Kiss (composer), “The Protection of the Environment and International Law”, 1975, p. 540.

tampoco que la expresión se justifique para evocar un proceso de formación de una costumbre internacional donde una resolución contenga el elemento intelectual, pero donde falte la práctica estatal en la misma dirección. Ahora bien, calificar con Dupuy este fenómeno de “droit vert” tiene la virtualidad de recabar una actitud positiva para actos de los cuales se suele indicar (casi exclusivamente) su carácter no obligatorio.

Por cuanto hace al carácter interpretativo de esta forma de *soft law*, se ha planteado, en relación con las resoluciones de la AGNU, si pueden constituir la interpretación de la Carta de las Naciones Unidas, siempre que hayan sido adoptadas por todos los Estados miembros<sup>61</sup>. La AGNU no es el supremo intérprete de la Carta, si bien por cuanto las resoluciones sean adoptadas por unanimidad o consenso, nada se opone a que efectivamente puedan constituir la interpretación auténtica de la misma en tanto que emanada de los autores del instrumento interpretado<sup>62</sup>. La Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>63</sup>, algunas resoluciones relativas a la descolonización<sup>64</sup> o las relativas al uso de la fuerza<sup>65</sup> cumplirían los requisitos necesarios. En cualquier caso, la Carta de las Naciones Unidas sería la fuente de obligaciones<sup>66</sup> y las resoluciones *simplemente* la dotarían de contenido, sin, en teoría, innovarla por difícil –¿o imposible?– que ello parezca<sup>67</sup>. Se podría convenir que las interpretaciones aceptadas por *todos* los Estados miembros de Naciones son interpretaciones auténticas, aunque algunos las pudieran considerar *en realidad* una modificación de la Carta<sup>68</sup>.

Recordemos además que el posible carácter de interpretación de los tratados se ha predicado del *soft law* en general<sup>69</sup>. Cuestión diferente es qué significaría emplear la

<sup>61</sup> Como interpretación auténtica, O. Schachter, “General Course in Public International Law”, 1982, p. 113, este autor recuerda que el argumento se ha aplicado también a las resoluciones “generalmente aceptadas” pues tal pareció ser la posición de los negociadores de la Carta de NNUU, según resulta de la Conferencia de San Francisco; O. Schachter, 1991, p. 86; o como interpretación vinculante, aplicándose no sólo cuando se adoptan por unanimidad, sino también por consenso o si votos en contra, L. B. Sohn, “The Development of the Charter of the United Nations: The Present State”, en M. Bos (ed.), *The Present State of International Law and other essays*, 1973, pp. 39-59, p. 50.

<sup>62</sup> Acerca de la interpretación auténtica de los tratados, C. Fernández de Casadevante Romaní, *La Interpretación de las Normas Internacionales*, Navarra, Aranzadi, 1996, p. 56.

<sup>63</sup> Resolución de la Asamblea General 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948. L. B. Sohn, “The Development of the Charter of the United Nations: The Present State”, 1973, p. 54.

<sup>64</sup> Se destaca cómo instrumentos “soft law” se utilizan como mecanismos de interpretación auténtica o amplificación de los términos de un tratado, destacando el caso de algunas resoluciones de la AGNU, A. E. Boyle, “Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft law”, 1999, p. 905. Podemos mencionar la *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales*, Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960, mencionada por la CIJ en el dictamen relativo al asunto del *Sahara Occidental*, *ICJ Reports (1975)*, p. 6, para.55. Francioni nota que en este asunto se confirma que aunque las resoluciones de la AGNU no poseen fuerza obligatoria *per se*, en este caso la adquirió por constituir la especificación del principio de libre determinación de la Carta, F. Francioni, “International ‘Soft Law’: a Contemporary Assessment”, 1996, p. 171.

<sup>65</sup> A. E. Boyle, “Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft law”, 1999, p. 905.

<sup>66</sup> O. Schachter, “General Course in Public International Law”, 1982, p. 113.

<sup>67</sup> J. Salmon, “Les accords non formalisés ou ‘solo consensu’”, 1999, p. 18.

<sup>68</sup> O. Schachter, “General Course in Public International Law”, 1982, p. 114.

<sup>69</sup> A. E. Boyle, “Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft law”, 1999, p. 905. Sobre la función del *soft law* como instrumento de interpretación de los tratados y costumbre, K. Zemanek, “General Course on Public International Law”, 1997, p. 144; K. Zemanek, “Is the Term ‘Soft law’

expresión *soft law* en tanto que referida a las recomendaciones si el contenido de instrumentos no obligatorios queda subsumido en actos jurídicamente obligatorios.

Aunque a veces se tenga la impresión de que el carácter de *soft law* de las recomendaciones deriva simplemente de su carácter formalmente no obligatorio, este rasgo (el elemento *soft*), es indisoluble de un cierto impacto jurídico de las recomendaciones (el elemento *law*), descartado en cualquier caso que den lugar *per se* a obligaciones jurídicas. De otro modo la expresión sería simplemente sinónima de falta de obligatoriedad jurídica y por ello, de escasa utilidad. Usualmente, el carácter de *soft law* se suele atribuir para reivindicar el papel de las resoluciones en la formación de las normas y obligaciones internacionales (pre-Derecho) que hemos indicado, puede descartarse en favor de apelaciones más adecuadas.

Desde otra perspectiva, se puede entender que el apelativo “law” hace referencia al carácter jurídico de estos actos, de manera que la expresión (reiv)indicaría la existencia de un Derecho (*law*) no vinculante (*soft*). Dos posturas encontradas parecen sostenerse respecto a la naturaleza de las recomendaciones. Por un lado, desde una perspectiva que asimile lo jurídico a lo obligatorio, se negaría su carácter jurídico debido a su falta de fuerza obligatoria. Por otro lado, nos parece posible afirmar su carácter jurídico sobre la base de que se trata de instrumentos previstos en tratados constitutivos de organizaciones internacionales, que se adoptan en el ejercicio de poderes conferidos y de acuerdo con un determinado procedimiento. Desde este punto, de vista la expresión *soft law* sería sinónima de instrumentos jurídicos no obligatorios, si bien entendemos que la expresión no debería utilizarse a la vista de la ambigüedad y excesiva versatilidad que, como iremos viendo, está mostrando, y en vista de que parece difícil que el elemento “law” no denote la obligación jurídica.

### **3. El *soft law* de los actores no estatales**

El *soft law* es también la única alternativa para los actores no estatales<sup>70</sup> dado que no tienen capacidad para crear normas y obligaciones jurídicas internacionales. Así, el *soft law* comprende, entre otros, “[...] statements prepared by individuals in a non-governmental capacity, but which purport to lay down international principles.”<sup>71</sup> Se

---

convenient?”, 1998, p. 860. Acerca del carácter interpretativo, si bien rebatible, de las recomendaciones de las obligaciones que incumben a los Estados miembros de una organización internacional, M. Virally, “La valeur juridique des recommandations des organisations internationales”, 1990, p. 186; en esta línea, en referencia a las resoluciones de la AGNU, J. A. Carrillo Salcedo, “Droit international et souveraineté des états. Cours Général de droit international public. Académie droit international”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de la Haye*, 1996, p. 167.

<sup>70</sup> M. E. O'Connell, “The Role of Soft Law in a Global Order”, en D. Shelton (ed.), *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, New York, Oxford University Press, 2000, pp.100-114, p. 109; A. Kiss, “Commentary and Conclusions on Chapter 5 'The Environment and Natural Resources'”, en D. Shelton (ed.), *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, New York, Oxford University Press, 2000, pp.223-242, p. 223.

<sup>71</sup> C. M. Chinkin, “The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law”, 1989, p. 851.

apunta que “[p]erhaps the most controversial claimants to international soft law status are those that emanate neither directly nor indirectly from states but are nonetheless intended to modify transnational behavior [...] The use of the non-legal form is dictated by lack of formal law-making capacity and the impact of a non-binding text depends upon the political and economic interests of the relevant players.”<sup>72</sup> Comparten de este modo con la mayoría de las resoluciones no obligatorias la causa de su carácter no vinculante, la falta de competencia para adoptar normas y obligaciones internacionales jurídicamente vinculantes. Igualmente, junto a la ausencia de obligatoriedad se pone de manifiesto el impacto de estos instrumentos en el ordenamiento internacional.

Los instrumentos adoptados por los actores no estatales bien tratan de incidir en las conductas de los sujetos de Derecho internacional y en los procesos de elaboración de normas y obligaciones internacionales, bien persiguen regular sus conductas ¿internacionales?, destacadamente en el caso de las empresas multinacionales y ONG<sup>73</sup>.

En relación con la primera cuestión se viene destacando la acción de los actores no estatales en los procesos de negociación de tratados multilaterales<sup>74</sup>, y nos vamos habituando a las *cumbres paralelas*<sup>75</sup>. Los actores no estatales se interesan igualmente por la aplicación del Derecho<sup>76</sup>. Deviene así oportuno articular la participación de los actores no estatales en el ordenamiento jurídico internacional. Queda efectivamente pendiente la cuestión de su subjetividad internacional<sup>77</sup> y la de otorgarles un estatuto determinado en los procesos de creación de las normas y obligaciones internacionales. En esta línea, ¿se debe comprender el *soft law* que ahora tratamos en el ordenamiento jurídico internacional<sup>78</sup>? Quizá contribuya este *soft law* a la realización de una sociedad internacional participativa con un Derecho negociado más que impuesto<sup>79</sup>. Las

<sup>72</sup> C. Chinkin, “Normative Development in the International Legal System”, en D. Shelton (ed.), *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, New York, Oxford University Press, 2000, pp.21-42, p. 29. Advierte la elaboración de “soft” law por parte de ONG, P.-M. Dupuy, “Soft Law and the International Law of the Environment”, *Michigan Journal of International Law*, 1991, vol.28, pp. 420-435, p. 423.

<sup>73</sup> Acerca de la interacción entre sociedad civil y Derecho internacional, hemos de destacar el interesante trabajo recientemente publicado por L. Pérez-Prat, *Sociedad civil y Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004; igualmente M. Abad Castelos, *¿Una alternativa solidaria frente a la barbarie?. Las ONG en la nueva sociedad global*, CIDEAL/ATD, Madrid, 2004.

<sup>74</sup> L. Doswald-Beck, “Participation of Non-Governmental Entities in Treaty-Making: the Case of Conventional Weapons”, en V. Gowlland-Debbas (ed.), *Multilateral Treaty-Making. The Current Status of Challenges to and Reforms Needed in the International Legislative Process*, Nijhoff, 2000, pp.41-44, p.42; L. Pérez-Prat, 2004, p. 237ss.

<sup>75</sup> L. Pérez-Prat, 2004, pp. 246-50.

<sup>76</sup> L. Pérez-Prat, 2004, Capítulo 7, p. 347 ss.; M Abad Castelos, p. 315 ss.

<sup>77</sup> P. Malanczuk, “Multinational Enterprises and Treaty-Making”, en V. Gowlland-Debbas (ed.), *Multilateral Treaty-Making. The Current Status of Challenges to and Reforms Needed in the International Legislative Process*, Nijhoff, 2000, pp.45-72, pp. 54-57.

<sup>78</sup> Como parece sugerir O’Connell, quien sostiene además que “[a]s the transition proceeds and global policy makers gain the authority to represent the common interest, it would follow that their decisions would have the authority of law.” M. E. O’Connell, “The Role of Soft Law in a Global Order”, 2000, p. 109.

<sup>79</sup> G. Abi-Saab, “Éloge du droit assourdi: quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain”, 1993, p. 60.

consideraciones anteriores acerca del empleo de la expresión en relación con los actos que contribuyen a la formación de normas y obligaciones internacionales se aplicarían *mutatis mutandis*.

Por lo que hace al fenómeno autonormativo, los actores no estatales frecuentemente regulan sus comportamientos a través de “códigos de conducta”<sup>80</sup>. Los códigos de conducta e instrumentos similares son en ocasiones elaborados por los propios sujetos afectados, pero también pueden ser propuestos a ellos por Estados u organizaciones internacionales. En principio, cualquiera de estos instrumentos puede ser considerado *soft law* siempre que se trate de instrumentos no (jurídicamente) vinculantes, que parece el rasgo ineludible de los instrumentos a los que se refiere<sup>81</sup>. En estas circunstancias, podemos cuestionar el empleo de la expresión por cuanto estaría ausente el elemento jurídico, a menos que el elemento “law” se predique de la capacidad regulativa de estos instrumentos.

Debemos además advertir que no se debe asumir *per se* el carácter no vinculante de los códigos de conducta autonormativos. En ocasiones devienen obligatorios para sus destinatarios a través del consentimiento expreso de éstos –como, por otro lado, es posible en otros tipos de instrumentos no vinculantes–, en cuyo caso habría que esclarecer si las partes entienden quedar vinculadas conforme a Derecho o al margen de éste. Al tratar el fenómeno autonormativo de actores no estatales, a veces se recurre a la expresión “obligaciones voluntarias” que en realidad no deja de ser tautológica puesto que, en definitiva, las obligaciones son libremente asumidas por los sujetos, no vienen impuestas por terceros. En realidad la expresión “obligaciones voluntarias” parece aludir al hecho de que se trata de conductas no exigibles jurídicamente.

#### **4. Acuerdos interestatales que no vinculan jurídicamente**

Los sujetos de Derecho internacional pueden regular sus conductas por acuerdos no jurídicos<sup>82</sup>. El debate acerca de la existencia de acuerdos que no obligan jurídicamente se desarrolló con intensidad con motivo de la adopción del Acta Final de Helsinki cuya naturaleza jurídica fue vivamente discutida. Hoy es mayoritariamente compartido que se trata de un acuerdo no jurídico.

---

<sup>80</sup> Acerca de esta figura, E.-U. Petersmann, “Codes of Conduct”, en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, 1992, pp. 627-632; E. Decaux, “Le forme et la force obligatoire des codes de bonne conduite”, *AFDI*, 1983, vol. 29, pp. 81-97. En relación con la sociedad civil, L. Pérez-Prat, 2004, p. 320 ss. Recientemente algunos autores exploraban la influencia del *soft law* en las conductas de multinacionales, D. M. Branson, “Teaching Comparative Governance: the Significance of 'Soft Law' and International Institutions”, *Georgia Law Review*, 2000, vol. 34, pp. 669-698. Advirtiendo la caracterización de *soft law* de los códigos de conducta de las corporaciones transnacionales, B. Sloan, “General Assembly Resolutions Revisited (forty years after)”, 1987, p. 107.

<sup>81</sup> A salvo el *soft law* de los tratados, *infra*.

<sup>82</sup> Ahora bien, el *Instituto de Derecho Internacional* nota cómo la oposición debe articularse entre acuerdos jurídicos y *simples* acuerdos políticos sobre la base de que los acuerdos jurídicos también tienen una dimensión política, M. Virally (rapporteur), “La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique. Rapport définitif”, 1983, pp. 328-371, p. 330 (nota 3).

Efectivamente, los instrumentos jurídicos no son los únicos que regulan la sociedad internacional. La normatividad jurídica coexiste con órdenes normativos diferentes del jurídico<sup>83</sup> de manera que podemos aventurar una suerte de “pluralismo normativo”<sup>84</sup>, que sin embargo no es unánimemente compartido<sup>85</sup>. Por lo demás, no todos los autores coinciden en excluir determinados acuerdos del ordenamiento jurídico internacional, y en este sentido se pone de manifiesto que los que algunos califican de no jurídicos despliegan “efectos jurídicos” si bien *limitados* o de una manera indirecta, por ejemplo a través de principios como el de buena fe o *estoppel*. Desde otra perspectiva, se sostiene que los acuerdos no jurídicos pueden tener relevancia jurídica, planteándose entonces la cuestión de la interacción entre órdenes normativos diferentes, y en última instancia si se puede entonces mantener su naturaleza no jurídica.

Si hemos traído a colación los acuerdos *no normativos* es porque también en relación con ellos se ha empleado la expresión “soft law”. Si se trata efectivamente de acuerdos que quedan fuera del ámbito jurídico, llama la atención el empleo de esta expresión, por cuanto evoca la existencia de obligaciones jurídicas o al menos de juridicidad<sup>86</sup>; salvo que con ella se quiera indicar su capacidad regulativa, las interrelaciones entre órdenes normativos o que pueden generar algún tipo de obligaciones jurídicas.

Estos acuerdos son *vinculantes*, si bien no *jurídicamente*, dependiendo tal circunstancia de la voluntad de las partes<sup>87</sup>. Como la voluntad de las partes de concluir un acuerdo jurídico o extrajurídico viene sólo excepcionalmente expresada<sup>88</sup>, es necesario deducirla de una serie de índices de evaluación conjunta, entre los cuales podemos mencionar<sup>89</sup> junto con el lenguaje, la denominación del texto<sup>90</sup>, las partes que lo concluyen, la

<sup>83</sup> De algunas consideraciones de la CIJ se podría deducir que existen órdenes normativos diferentes del jurídico, así en el dictamen sobre el *Estatuto Internacional del Sudoeste africano*, ICJ Reports 1950, p. 128, p. 140 y en la sentencia relativa a los casos de la *Plataforma Continental del Mar del Norte*, ICJ Reports 1969, p. 3, para .83.

<sup>84</sup> Z. Péteri, “The Role of Non-legal Norms in Law. General Report”, en, *XI Congreso Internacional de Derecho Comparado. 29 Agosto-5 Septiembre 1982*, Caracas, 1982, pp. 1-15, pp. 11-2. Este pluralismo normativo es diferente del de G. Teubner, “‘Global Bukowina’: Legal Pluralism in the World Society”, en G. Teubner, *Global Law without a State*, Dartmouth, 1997, o del examinado por F. Snyder, “Global Economic Networks and Global Legal Pluralism”, *EUI Working Paper Law No.99/6*, 1999, pp. 1-31.

<sup>85</sup> Destaquemos la sugerente contribución de Klabbers contra la existencia de órdenes normativos alternativos al Derecho, J. Klabbbers, 1996, capítulo V, pp .121-156.

<sup>86</sup> Se destaca desde esta perspectiva lo inapropiado de la expresión, C. Ingelse, “Soft Law?”, 1993, p. 82.

<sup>87</sup> Como se indica, “[e]s la *voluntad* de las partes la que determina la naturaleza, jurídica o no, de las obligaciones pactadas.” (énfasis en el original), A. Remiro, 1987, p. 32.

<sup>88</sup> Como ocurre en el Documento Final de Estocolmo, *Conference on Confidence and security-building measures and disarmament in Europe: Final Stockholm Document*, 26 ILM 190 (1987), para. 101; o con la *UNCED Non-legally binding authoritative statement of principles for a global consensus on the management, conservation and sustainable development of all types of forest*, 31 ILM 882 (1992); o finalmente con el *Acte Fondateur sur les Relations, la Coopération et la Sécurité Mutuelles entre l'OTAN et la Fédération de Russie*, 27 Mai 1997 <http://www.nato.int/docu/fonda/actfnd-a.htm> (mayo 2004).

<sup>89</sup> Por todos, A. Remiro, R. Riquelme, J. Díez-Hochleitner, E. Orihuela, y L. Pérez-Prat, 1997, pp. 186-7.

<sup>90</sup> Un examen de la denominación de los tratados a fin de verificar la consistencia entre el empleo de unos u otros términos en, D. P. Myers, “The Names and Scope of Treaties”, *American Journal of International Law*, 1957, vol. 51 (3), pp. 574-605.

presentación del texto, las formalidades seguidas para su adopción<sup>91</sup>, las cláusulas finales, la previsión o no de mecanismos de arreglo pacífico de controversias o la práctica subsiguiente. No se debe por tanto asumir que cuando dos o más sujetos de Derecho internacional acuerdan algo, lo hacen con la intención de acordar *jurídicamente*. Remiro Brotóns propone *diez mandamientos* a fin de redactar un instrumento que pudiera considerarse con éxito un acuerdo *no normativo*<sup>92</sup>.

Dado que presumiblemente se concluyen para ser respetados y para regular las conductas de los destinatarios, los acuerdos no jurídicos no deben ser aplicados menos estrictamente que los jurídicos<sup>93</sup>. Las obligaciones asumidas no tienen por qué ser más frágiles –salvo que por tal entendamos una mayor facilidad para terminarlos<sup>94</sup>– ni deberían considerarse en un nivel inferior a las jurídicas<sup>95</sup>.

Las razones que mueven a los Estados a concluir este tipo de acuerdos son variadas<sup>96</sup>. Destaquemos que su incumplimiento no compromete la responsabilidad internacional ni

---

La CIJ ha examinado en diferentes ocasiones si instrumentos de variada denominación constituían o no tratados, así un comunicado conjunto, (asunto de la *Plataforma Continental del Mar Egeo*, *ICJ Reports 1978*, p.3), o actas (asunto de la Delimitación Marítima y Terrestre entre *Qatar* y *Barhain*, jurisdicción y admisibilidad, *ICJ Reports 1994*, p.112). Francioni sostiene que en asunto del Mar Egeo la Corte tuvo que determinar los efectos jurídicos del *soft law*, pero que no clarificó la significación formal del compromiso “soft”, F. Francioni, “International ‘Soft Law’: a Contemporary Assessment”, 1996, p.171. Más recientemente la Corte ha examinado la Declaración de Maroua firmada por los jefes de Estado de Nigeria y Camerún en 1975, asunto relativo a la *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, sentencia de 10 de octubre de 2002, para. 263 ss.

<sup>91</sup> No registrar un acuerdo de acuerdo con el art. 102 Carta de las Naciones Unidas no implica necesariamente que un instrumento no sea un tratado. En principio sólo implicaría que no puede ser aplicado por órganos de Naciones Unidas, J. E. S. Fawcett, “The Legal Character of International Agreements”, *British Yearbook of International Law*, 1953, vol. 30, pp. 381-400 pp. 389-90; Podría, en cualquier caso ser un indicio en el sentido que indicamos, H. Hillgenberg, “A Fresh Look at Soft Law”, *European Journal of International Law*, 1999, vol. 3, pp. 499-516, p. 504.

<sup>92</sup> A. Remiro Brotóns, “De los Tratados a los Acuerdos no normativos”, en, *La celebración de tratados internacionales por España: problemas actuales*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, 1990, pp. 23-48, pp. 47-48.

<sup>93</sup> R. A. Mullerson, “Sources of International Law: New Tendencies in Soviet Thinking”, *American Journal of International Law*, 1989, vol. 83, pp. 494-512, p. 509.

<sup>94</sup> R. R. Baxter, “International Law in ‘Her Infinite Variety’”, 1980, p. 551.

<sup>95</sup> E. Roucouas, “Engagements parallèles et contradictoires”, 1987, p. 176.

<sup>96</sup> La mayoría de los autores que tratan estos acuerdos dan cuenta de las razones que mueven a los Estados a optar por ellos, o ponen de manifiesto sus diferencias en relación con los acuerdos jurídicamente vinculantes, destacamos, O. Schachter, “The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements”, *American Journal of International Law*, 1977, vol. 71, pp. 269-304, p. 304; M. Bothe, “Legal and Non-legal Norms - A Meaningful Distinction in International Relations?”, 1980, pp. 90-92; O. Schachter, “General Course in Public International Law”, 1982; M. Virally (rapporteur), “La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique. Rapport définitif”, 1983, pp. 337-8; A. Remiro Brotóns, 1987, p. 32; E. Roucouas, “Engagements parallèles et contradictoires”, 1987, p. 173; R. A. Mullerson, “Sources of International Law: New Tendencies in Soviet Thinking”, 1989, p. 510; A. Remiro Brotóns, “De los Tratados a los Acuerdos no normativos”, 1990, p. 43 ss; P. Weil, “Cours Général de Droit International Public”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de la Haye*, 1992, p. 236ss. En relación con los Memoranda of Understanding, A. Aust, 2000, p. 34ss. En relación con el Derecho internacional del medio ambiente, A.

por lo tanto se puede presentar una reclamación internacional, que el tratamiento doméstico de acuerdos de Derecho internacional y de acuerdos no jurídicos suele variar, o que la cláusula *rebus sic stantibus* ve su aplicación reforzada en el supuesto de los acuerdos no jurídicos. Se trata además de acuerdos que son observados en la práctica pero que se terminan por el deseo de las partes, lo cual puede tener lugar de manera expresa o implícita. A veces se opta por un acuerdo no jurídico para evitar el reconocimiento de la subjetividad internacional de alguna parte contratante o cuando se acuerda con un ente en que tal condición no concurre.

La negociación del texto en uno y otro caso también puede ser diferente<sup>97</sup>, aunque es presumible que los acuerdos no jurídicos se redacten tan cuidadosamente como los tratados, sobre todo cuando versan sobre materias sensibles; de ahí que la negociación no sea necesariamente menos dilatada.

La madurez de las materias reguladas y las expectativas que se tienen para el futuro pueden determinar la opción por el “hard” o el “soft” *law*<sup>98</sup>. Puede también ocurrir que los negociadores partan con la voluntad de concluir un tratado y las vicisitudes aboquen finalmente a un acuerdo *no normativo*.

La existencia de rasgos comunes entre los acuerdos jurídicamente vinculantes y los *no normativos* dificulta la conclusión de la naturaleza de los acuerdos entre Estados. Destaquemos que pueden versar sobre las mismas materias<sup>99</sup>, que la ausencia de mecanismos de exigibilidad puede concurrir en ambos casos, al igual que la vaguedad de los compromisos y la discrecionalidad conferida a las partes para cumplir las obligaciones. Por lo demás, la efectividad se predica en uno y otro caso porque las razones que llevan a un sujeto a cumplir un acuerdo *no normativo* pueden ser las mismas que le lleven a cumplir uno jurídico<sup>100</sup>.

---

Kiss, “Commentary and Conclusions on Chapter 5 'The Environment and Natural Resources'”, 2000, pp. 237-239.

<sup>97</sup> Además de la fase de elaboración (negociación), la distinción puede ser relevante en la fase de cumplimiento, sanción y terminación, J. Sztucki, “Reflections on international 'Soft Law'”, 1990, pp. 571-2.

<sup>98</sup> K. Zemanek, “Is the Term 'Soft law' convenient?”, 1998, pp. 861-862.

<sup>99</sup> Como recuerda Remiro Brotóns el ámbito material de los acuerdos *no normativos* no tiene fronteras, A. Remiro Brotóns, “De los Tratados a los Acuerdos no normativos”, 1990, p. 28. Ahora bien, en la práctica hay materias o cuestiones que se prestan más fácilmente a ser reguladas a través de acuerdos *no normativos*, como ocurre con las que están en constante evolución o son muy sensibles políticamente – sirvan de muestra las territoriales. Las negociaciones entre España y el Reino Unido acerca de Gibraltar se han desarrollado predominantemente a través de acuerdos *no normativos*, cuyo examen nos ofrece C. Izquierdo Sans, *Gibraltar en la Unión Europea*, Madrid, Tecnos-UAM, 1996, p. 98 ss.

<sup>100</sup> Y es que, en definitiva, para cualquier tipo de compromiso, lo relevante es “[...] su acierto para traducir continuamente intereses comunes, complementarios o recíprocos de las partes.”, A. Remiro Brotóns, 1987, p.32. Recientemente se recordaba lo difícil que resulta determinar hasta qué punto se cumplen las obligaciones jurídicas en mayor grado que las no jurídicas (o “soft” *norms*), debido, entre otros motivos, a que las razones para cumplirlas en uno y otro caso pueden coincidir, J. L. Charney, “Compliance with International Soft law. Commentary”, 2000, p. 116.

La doctrina se refiere a estos acuerdos con diferentes denominaciones. Así encontramos los referidos “acuerdos *no normativos*”<sup>101</sup>, los “pactos entre caballeros” (*gentlemen's agreement*)<sup>102</sup>, “acuerdos *de facto*”<sup>103</sup>, “acuerdos informales”<sup>104</sup>, “non-binding agreements”<sup>105</sup> o “actes concertés non conventionnels”<sup>106</sup>. Algunas expresiones deberían ser utilizadas con cautela por lo que indicamos a continuación.

Así, en relación con los “pactos entre caballeros”, originariamente estos acuerdos eran concluidos por personas (no por Estados)<sup>107</sup>, si bien la expresión se ha extendido ulteriormente y hoy día se utiliza comúnmente para designar acuerdos interestatales. Es generalmente aceptado que estos acuerdos no pertenecen al ámbito jurídico, si bien la opinión no es unánime<sup>108</sup>.

---

<sup>101</sup> A. Remiro Brotóns, “De los Tratados a los Acuerdos no normativos”, 1990; A. Remiro, R. Riquelme, J. Díez-Hochleitner, E. Orihuela, y L. Pérez-Prat, 1997, pp. 184-188; J. Laso Pérez, *La cooperación leal en el Ordenamiento Comunitario*, Madrid, Colex, 2000, p.167; J. D. Gonzalez Campos, L. I. Sánchez Rodríguez, y P. Andres Sáenz de Santa María, *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, Thomson/Civitas, Octava edición (3ª ed. revisada en Civitas), 2003, p. 179.

<sup>102</sup> E. Lauterpacht, “Gentleman's Agreements”, en, *Festschrift für A. Mann*, 1977, pp.381-398, p. 381; F. Münch, “Non-binding agreements”, en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, 1992, pp.606-612, p. 607; K. Zemanek, “General Course on Public International Law”, 1997, pp. 141-2; K. Zemanek, “Is the Term 'Soft law' convenient?”, 1998, p. 857; R. Kolb, 2000, p. 83.

Algunos autores se resisten a situar completamente al margen del Derecho internacional estos acuerdos. Los *gentlemen's agreements* fueron examinados por Eisemann, quien concluye que se regulan por el Derecho internacional, P. M. Eisemann, “Le Gentlemen's agreement comme source du droit international”, *Journal Droit International*, 1979, vol. 106, pp. 326-348, p. 344 y 347. En una línea similar, D. Carreau, *Droit International*, Paris, Pedone, 7<sup>ème</sup>, 2001, § 505ss, § 523; A. Pellet, “Le 'bon droit' et l'ivraie-plaidoyer pour l'ivraie”, en, *Le droit des peuples à disposer d'eux mêmes. Méthodes d'analyse du droit international - Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, pp. 465-493, p. 489; D. Nguyen Quoc, P. Daillier, y A. Pellet, 2002, § 250ss.

<sup>103</sup> F. Roessler, “Law, De facto Agreements and Declarations of Principle in International Economic Relations”, *German Yearbook of International Law*, 1978, vol. 21, pp. 27-59, p. 41. La expresión “acuerdo *de facto*” se ha empleado también para designar acuerdos internacionales llamados a ser efectivos a pesar de que legalmente no han sido firmados, como advierte L. McNair, *The Law of the Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 24 (nota 4).

<sup>104</sup> J. F. O'Connor, *Good Faith in International Law*, Aldershot, Dartmouth, 1991, pp. 112-3. Acerca de la posición de Thierry, *infra*.

<sup>105</sup> M. Bothe, “Legal and Non-legal Norms - A Meaningful Distinction in International Relations?”, 1980, p. 68; O. Schachter, “The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements”, 1977, p. 297; F. Münch, “Comments on the 1968 Draft Convention on the Law of Treaties. Non-Binding Agreements”, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1969, vol. 29, pp.1-11, p. 11; P. Weil, “Cours Général de Droit International Public”, 1992, p. 231 ss. En relación con la *Declaración sobre terrorismo internacional*, adoptada el 17 de julio de 1978, J. J. Busuttill, “The Bonn Declaration on International Terrorism: A Non-Binding International Agreement on Aircraft Hijacking”, *International & Comparative Law Quarterly*, 1982, pp. 474-487.

<sup>106</sup> Se trataría para algunos de acuerdos no jurídicos, O. Schachter, “Les actes concertés a caractère non conventionnel”, en M. Bedjaoui (rédacteur général.), *Droit international Bilan et perspectives*, Paris, Pedone, 1991, pp. 277-282; y para otros de instrumentos de concertación que no deben considerarse no-jurídicos, D. Nguyen Quoc, P. Daillier, y A. Pellet, 2002, § 250 ss.

<sup>107</sup> A. Remiro Brotóns, 1987, p. 32; P. M. Eisemann, “Le Gentlemen's agreement comme source du droit international”, 1979, pp. 327-8. La expresión podría en todo caso emplearse en este sentido originario, H. Hillgenberg, “A Fresh Look at Soft Law”, 1999, p. 500.

<sup>108</sup> *Supra* nota 102.

La expresión “acuerdos no vinculantes” induce a error si, como entendemos, los acuerdos no jurídicos no dejan de ser obligatorios. Hablar de acuerdos no vinculantes implica una contradicción en los términos puesto que un acuerdo manifiesta un compromiso cierto entre las partes<sup>109</sup>. De este modo, debería precisarse que se trata de acuerdos no vinculantes *jurídicamente*<sup>110</sup>.

Respecto los acuerdos *de facto*, se trata de una denominación que no refleja la dimensión normativa de los acuerdos, siendo así que la alternativa no está entre el derecho y el hecho, sino entre las obligaciones jurídicas y las obligaciones fuera de este ámbito<sup>111</sup>. Desde esta perspectiva coincidimos que serían preferibles términos como extra jurídico o “no jurídico”.

Finalmente, por lo que respecta a los “acuerdos informales”, en ocasiones se emplea la expresión en relación con acuerdos mediante los cuales las partes no buscan quedar jurídicamente vinculadas<sup>112</sup>, y se corresponderían con los acuerdos que describimos. Ahora bien, la misma expresión se ha empleado con otros significados. Así, se pueden verificar los “acuerdos internacionales informales” que creen derechos y obligaciones jurídicas aunque no se encuadren en las “fuentes” tradicionales de creación del Derecho internacional<sup>113</sup>. La expresión puede también referirse a acuerdos en forma simplificada regidos en principio por el Derecho de los tratados<sup>114</sup>. Recordemos que la CIJ no ha

---

<sup>109</sup> F. Roessler, “Law, De facto Agreements and Declarations of Principle in International Economic Relations”, 1978, p. 41. Este autor indica acertadamente que es inadecuado decir que los acuerdos son no vinculantes: los acuerdos vinculan si bien *no jurídicamente*. En esta línea, K. Zemanek, “General Course on Public International Law”, 1997, p. 142; K. Zemanek, “Is the Term 'Soft law' convenient?”, 1998, pp. 857-8; M. Bothe, “Legal and Non-legal Norms - A Meaningful Distinction in International Relations?”, 1980, p.68; M. Virally, “Résolution et accord international”, 1984, p. 305.

<sup>110</sup> Como se ha propuesto por E. Roucouas, “Engagements parallèles et contradictoires”, 1987, p.171 o como hacen autores como R. A. Mullerson, “Sources of International Law: New Tendencies in Soviet Thinking”, 1989, p. 509. A veces la expresión inglesa “non-binding agreement” se ha traducido al francés como “engagement non juridique” (P. Weil, “Cours Général de Droit International Public”, 1992, p.236) que nos parece más adecuada.

<sup>111</sup> M. Bothe, “Legal and Non-legal Norms - A Meaningful Distinction in International Relations?”, 1980, p. 68.

<sup>112</sup> A. Aust, “The Theory and Practice of Informal International Instruments”, *International & Comparative Law Quarterly*, 1986, vol. 35, pp.787-812, si bien posteriormente no se emplea esta terminología, A. Aust, 2000. Klabbers constata “[...] the emergence of «informal agreements» which are generally thought to be non-legally binding but, instead, are nonetheless binding as a matter of politics, morality or soft law.”, J. Klabbers, 1996, p. 234. Thierry los considera actos que no son tratados, ni están regidos por el Derecho de los tratados si bien los engloba dentro del Derecho internacional (p.45); afirma ulteriormente que al igual que el Derecho internacional comporta la categoría de las recomendaciones, comporta igualmente “[...] des accords qui n’ont pas les mêmes effets contraignants que les traités internationaux mais doivent être respectés en vertu des exigences de la bonne foi qui président à tous les engagements pris pour le compte des Etats.”, estos acuerdos los considera *soft law* y de aquí se concluye que “[l]a *soft law* est intermédiaire entre le droit et la morale.”, H. Thierry, “L’évolution du droit international. Cours Général de droit international public”, 1990, pp. 74-75.

<sup>113</sup> J. Salmon, “Les accords non formalisés ou 'solo consensu’”, 1999.

<sup>114</sup> Como ha advertido E. Roucouas, “Engagements parallèles et contradictoires”, 1987, p. 171.

excluido que un tratado pueda presentarse bajo formas heterogéneas<sup>115</sup>. Finalmente, para Lipson los acuerdos pueden ser informales “[...] to a greater or lesser degree, if they lack the state's fullest and most authoritative imprimatur, which is given most clearly in treaty ratification.”<sup>116</sup>

El punto de partida para examinar *jurídicamente* estos acuerdos es que no están llamados a obligar jurídicamente a las partes y, desprovistos de efectos jurídicos *per se*, en caso de violación no cabe reclamación internacional, no generan responsabilidad internacional, ni consideración por parte de tribunales llamados a decidir sobre acuerdos jurídicos.

A nuestro modo de ver es posible mantener la distinción entre los acuerdos no jurídicos, que serían efectivos, generarían expectativas (no jurídicas) de cumplimiento y los jurídicos. Por añadidura no es descartable una interacción normativa siempre que no se articulen expedientes para deducir de los acuerdos *no normativos* obligaciones jurídicas *contra la voluntad de los sujetos*. En esta misma línea, parece dudoso que acuerdos *no normativos* puedan *efectivamente* –válidamente– modificar instrumentos jurídicos al margen de los cauces establecidos a tal fin. Con estas premisas, examinaremos las diferentes posiciones doctrinales acerca del carácter de *soft law* de estos acuerdos y deteniéndonos en algunas de sus posibles implicaciones jurídicas.

En su importante contribución acerca de las fuentes del Derecho internacional, Van Hoof pone de manifiesto la existencia del *soft law*, término utilizado doctrinalmente 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”. Recurriendo a los términos de este autor, existiría una *zona gris* de *soft law* entre el *blanco* Derecho y la *negrura* del no-Derecho<sup>117</sup>. Se indica cómo determinados acuerdos son efectivos en la práctica, internalizados por los Estados, generan expectativas de cumplimiento e interactúan con instrumentos vinculantes<sup>118</sup>. Parece así que el *soft law* se deduce mayormente de la capacidad regulativa de determinados acuerdos. En este sentido no nos parece que la expresión sea la más acertada desde el momento en que “law” evoca mayormente la normatividad jurídica.

Por otro lado el carácter de *soft law* podría poner de manifiesto la participación de estos acuerdos en la formación del normas y obligaciones jurídicamente vinculantes. Se trataría “[...] the body of international instruments which *per se* do not make law (i.e., are of non-legal character) but which still possess –variable– regulatory force and even

---

<sup>115</sup> En línea con la definición de tratado de la CVDT, *supra* nota 90. Del asunto del Mar Egeo, se constata la existencia de “acuerdos informales” donde sólo un análisis caso por caso permitiría determinar su alcance jurídico, J.-P. Jacqué, “Acte et norme en droit international public”, 1991, p. 391.

<sup>116</sup> C. Lipson, “Why are some International Agreements Informal?”, *International Organization*, 1991, vol. 45, pp.495-538, p. 498. La “informalidad” vendría determinada por dos dimensiones relativas a quién ha realizado el compromiso (jefe de Estado u otros) y la forma del compromiso (escrito, oral o tácito).

<sup>117</sup> G. J. H. van Hoof, 1983, pp. 187-8.

<sup>118</sup> G. J. H. van Hoof, 1983, pp. 188-9.

*juridically are not irrelevant* insofar as they can –again, in varying degree– reflect a stage in the process of formation of legal norms.” (énfasis añadido)<sup>119</sup>. Efectivamente los acuerdos no jurídicos, –como las resoluciones de organizaciones internacionales o los actos adoptados por los actores no estatales– pueden participar en los procesos de creación de normas y obligaciones vinculantes<sup>120</sup>. Así, pueden provocar la adopción de legislación doméstica, pueden apuntar la necesidad de concluir un tratado<sup>121</sup>, o pueden convertirse con el tiempo en costumbre internacional<sup>122</sup>. El efecto jurídico se produce en este último caso a través de la práctica estatal basada en el texto no (jurídicamente) vinculante<sup>123</sup>. Nuevamente, la participación en la formación de normas y obligaciones internacionales sólo puede constatarse *ex post facto*; e igualmente el proceso no tiene *necesariamente* que culminar con éxito. Tal como antes manifestábamos, expresiones como *lex in status nascendi* o *derecho en graz* nos parecen más acertadas.

Aust parece cifrar la distinción entre los MOU<sup>124</sup> *soft law* y otros que no lo son en que los primeros constituyen instrumentos multilaterales, que buscan establecer normas universales, y son publicados y ampliamente difundidos, circunstancias que no concurren en los otros<sup>125</sup>. Así, el *soft law* se establece cuando un instrumento no es un tratado pero pretende enunciar normas de carácter general. En relación las posibles consecuencias jurídicas de estos acuerdos, Aust se detiene en la cuestión del *estoppel*, como veremos a continuación.

---

<sup>119</sup> Como advierte J. Sztucki, “Reflections on international ‘Soft Law’”, 1990, p. 573. En esta línea, Ingelse nota que los instrumentos de *soft law* son por un lado “infra legales” o “sub-legales” (*droit mou*) porque la intención de las partes es no establecer reglas jurídicas, si bien las partes les pueden atribuir (explícitamente, o no) una dimensión jurídica a los instrumentos, como sería el caso si contribuyesen a la formación del Derecho (*droit vert*), C. Ingelse, “Soft Law?”, 1993, pp. 77-8. P.M. Dupuy también evoca el valor de la “soft law” en la formación del Derecho, la *lex ferenda*, P.-M. Dupuy, 2000, § 397, 401. Gomaa advierte que un posible “efecto jurídico” de los acuerdos no jurídicos es su transformación en *lex lata*, M. M. Gomaa, “Non-binding agreements in International Law”, en L. Boisson de Chazournes y V. Gowlland-Debbas (eds.), *The International legal system in quest of equity and universality. L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité*, Martinus Nijhoff, 2001, pp. 229-250, pp. 243, 246-8. Entre nosotros, González Vega recuerda cómo el *soft law* puede englobar acuerdos que contribuyen a una “progresiva normativización” de un determinado sector que desemboque ulteriormente en Derecho, J. A. González Vega, “Los “Acuerdos de Niza”, la PESC y la arquitectura europea de seguridad y defensa”, *Suplemento BEUR*, 2001, vol. 9, pp. 11-28.

<sup>120</sup> En la medida en que estos acuerdos (y no sólo ellos, sino el *soft law* que englobaría también resoluciones declarativas de la AGNU y acuerdos de naturaleza económica complementarios de determinadas organizaciones internacionales) pueden ser considerados elementos de una costumbre o de un acuerdo, tendrían “eficacia normativa” (*efficacité normative*), F. Capotorti, “Cours Général de Droit International Public”, 1994, pp. 116-7.

<sup>121</sup> J. J. Busuttil, “The Bonn Declaration on International Terrorism: A Non-Binding International Agreement on Aircraft Hijacking”, 1982, p. 487.

<sup>122</sup> O. Schachter, “General Course in Public International Law”, 1982, p. 129; O. Schachter, 1991, p. 99; M. M. Gomaa, “Non-binding agreements in International Law”, 2001, p. 247.

<sup>123</sup> O. Schachter, 1991, p.99; O. Schachter, “Non-conventional Concerted Acts”, 1991, p. 267.

<sup>124</sup> Instrumento que no es jurídicamente vinculante.

<sup>125</sup> A. Aust, 2000, pp. 44-5. Este autor nota cómo, a pesar de la falta de acuerdo acerca de qué sea “soft law”, suele describir instrumentos internacionales que de acuerdo con los adoptantes no son tratados aunque empleen fórmulas imperativas, pero que tienen la intención de promulgar normas, no jurídicamente vinculantes, de aplicación universal, p. 44.

Por otra parte Thierry señala que el Derecho internacional “[...] comporte la catégorie des accords informels<sup>126</sup> [...] c’est à dire des accords qui n’ont pas les mêmes effets contraignants que les traités internationaux mais doivent être respectés en vertu des exigences de la bonne foi qui président à tous les engagements pris pour le compte des Etats.”, llegando a la conclusión de que “[l]a *soft law* es intermédiaire entre le droit et la morale. C’est là au demeurant ce que suggère cette expression”<sup>127</sup>. Y tal parecen ser para el autor citado los “efectos jurídicos” de los “acuerdos informales”, que son *soft law* si bien se encuadran en el Derecho internacional<sup>128</sup>.

En otro orden de consideraciones nada impide que un compromiso no jurídico adquiera relevancia jurídica a través de su incorporación a un texto jurídicamente vinculante por referencia<sup>129</sup>. En estas circunstancias puede reconocerse el carácter jurídicamente vinculante de un acuerdo que, en origen y por sí mismo, no lo era. Esta *nueva* naturaleza sin embargo deriva de la expresa intención de los sujetos del instrumento posterior y no se deduce *per se* del acuerdo originario.

Más compleja es la cuestión de si a los acuerdos que tratamos se les aplican principios generales del Derecho, si pueden interpretar tratados o modificarlos. El peligro a evitar en cualquiera de estos casos es permitir que *caballos de Troya*, se vuelvan contra las intenciones de los sujetos de mantenerse en los márgenes del Derecho o provoquen en éste cambios que no han seguido los cauces establecidos a tal efecto, disminuyendo así las garantías que ofrece un ordenamiento jurídico. Además, habrá que tener en cuenta si, por estas circunstancias, los acuerdos se aproximan tanto a los tratados que se confundan con ellos o, en su caso, explicar cuáles serían las diferencias entre unos y otros instrumentos.

En relación con los principios generales, el debate doctrinal estriba en si principios como el *estoppel*<sup>130</sup> o la buena fe<sup>131</sup> se aplican a acuerdos no jurídicos de manera que se generen consecuencias jurídicas<sup>132</sup>, que se podrían calificar en estas circunstancias de

---

<sup>126</sup> Definidos como acuerdos que no son tratados y no está regidos por el Derecho de los tratados si bien no estarían excluidos del ordenamiento internacional, H. Thierry, “L’évolution du droit international. Cours Général de droit international public”, 1990, pp. 44-5.

<sup>127</sup> H. Thierry, “L’évolution du droit international. Cours Général de droit international public”, 1990, p. 45.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>129</sup> M. M. Gomaa, “Non-binding agreements in International Law”, 2001, p. 247. Como advierte en relación con el *soft law*, G. M. Danilenko, 1993, p. 71.

<sup>130</sup> Acerca del debate de si se trata de un principio sustantivo o procesal, F. Jiménez García, *Los comportamientos recíprocos en Derecho Internacional*, Madrid, Dilex, 2002, p. 145.

<sup>131</sup> Sobre estos principios, en general, E. Zoller, 1977; J. F. O’Connor, 1991; R. Kolb, 2000.

<sup>132</sup> El debate acerca de la aplicabilidad de la buena fe o el *estoppel* a los acuerdos *no normativos* puede a su vez ampliarse al de la naturaleza misma de estos principios: ¿se trata de principios morales, políticos o jurídicos? ¿se puede sostener una dimensión política y otra jurídica del principio de buena fe? Sobre estas cuestiones, se pueden consultar las posiciones de, G. Gottlieb, “Global Bargaining: The Legal and Diplomatic Framework”, en R. Falk, F. Kratochwil, y S. H. Mendlovitz (eds.), *International law. A comparative Perspective*, Westview Press, 1985, pp.210-235, p. 226; F. Roessler, “Law, De facto Agreements and Declarations of Principle in International Economic Relations”, 1978, p. 40; M. Virally (rapporteur), “La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux

“indirectas” o “laterales”<sup>133</sup> o “secundarias”<sup>134</sup>. De este modo acuerdos *no normativos* devienen (jurídicamente) oponibles<sup>135</sup>. ¿Es en efecto jurídicamente protegible la expectativa de un tercero fundada en un acuerdo *no normativo*? Ciertamente es que se trata de comportamientos estatales, pero no lo es menos que estos acuerdos se concluyen al margen del Derecho internacional.

Compartimos la opinión del peligro que supone aplicar estos principios a los acuerdos no jurídicos si la consecuencia es que se creen obligaciones jurídicas. En efecto, Bothe sostiene que “[...] it would be going too far if, because compliance with non-legal rules can be expected, states were, as a general rule, estopped, i.e. legally prevented, from violating non-legal rules.” Ello implicaría, según este autor, “[...] letting law come in by the back door.” Previene que “[...] the qualification of non-legal obligations as obligations of good faith is somewhat dangerous. «Good faith» is a legal concept, and basing respect for non-legal obligations on a legal concept would not seem to be appropriate.”<sup>136</sup>

---

dépourvus de portée juridique. Rapport définitif”, 1983, p. 338; R. Kolb, 2000, pp. 82-85; C. Ingelse, “Soft Law?”, 1993, p. 84; J. Sztucki, “Reflections on international ‘Soft Law’”, 1990, p. 560.

<sup>133</sup> Según la terminología de G. Abi-Saab, “Cours Général de Droit International Public”, 1987, p. 213; M. M. Gooma, “Non-binding agreements in International Law”, 2001, p. 245.

<sup>134</sup> M. Virally (rapporteur), “La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique. Rapport définitif”, 1983, p. 343.

<sup>135</sup> Una consecuencia jurídica que se predica del principio de buena fe es que una parte no puede actuar contrariamente a un previo acuerdo si otras partes han confiado razonablemente en su compromiso. En esta línea, O. Schachter, “Non-conventional Concerted Acts”, 1991, pp. 267-8. En otra contribución Schachter sostiene que “[a] significant *practical* consequence of the «good faith» principle is that a party which committed itself in good faith to a course of conduct or to recognition of a legal situation would be estopped from acting inconsistently with its commitment or adopted position when the circumstances showed that other parties reasonably relied on that undertaking or position.” (énfasis añadido) O. Schachter, 1991, p. 100. Münch sostiene que los “acuerdos no vinculantes” son no vinculantes “[...] except that they are covered by the principle of estoppel as long as they are followed by both or all parties [...]”, F. Münch, “Comments on the 1968 Draft Convention on the Law of Treaties. Non-Binding Agreements”, 1969, p. 11.

Entre los autores que aceptando la aplicación del *estoppel* a los acuerdos no jurídicamente vinculantes, J. J. Busuttil, “The Bonn Declaration on International Terrorism: A Non-Binding International Agreement on Aircraft Hijacking”, 1982, p. 487; M. M. Gooma, “Non-binding agreements in International Law”, 2001, p. 245. En la línea de la aplicación del *estoppel*, se sostiene que si dos Estados deciden recoger los términos de la resolución de una disputa en un MOU (que no crea derechos y obligaciones jurídicas) en vez de en un tratado, “[...] they are clearly estopped from denying that the terms of the settlement are binding.”, más aún, “[w]here the terms of a MOU which implements a treaty are inconsistent with the treaty, estoppel may provide a basis for regarding the terms as effectively modifying the treaty.” A. Aust, 2000, pp. 45-6. Coherentemente este autor se pregunta entonces si existen diferencias entre los MOU y los tratados concluyendo afirmativamente, como veremos a continuación.

<sup>136</sup> M. Bothe, “Legal and Non-legal Norms - A Meaningful Distinction in International Relations?”, 1980, p. 95; en esta línea, J. F. O'Connor, 1991, p. 113 (aunque no excluye totalmente que se creen situaciones de *estoppel*); J. Klabbbers, 1996, pp. 111-2; Kolb (si bien no excluye que la confianza legítima no pueda ser aplicada ni que su único efecto sea el de conferir fuerza obligatoria), R. Kolb, 2000, pp. 391-2. Rouconas observa acertadamente que “[il y a une] tendance doctrinale de greffer sur l’acte juridiquement non contraignant les concepts de la bonne foi ou de l’*estoppel*. Or, faut-il le dire, la bonne foi ne peut transformer un acte non contraignant en contraignant, tandis que l’*estoppel* est une institution du droit anglo-saxon de caractère notamment procédural, qui risque de prendre ici des dimensions disproportionnées par rapport à son origine et à l’application qui lui est faite en droit international.”, E.

Chinkin llama la atención sobre la cuestión de fondo cuando nota que el *soft law* puede ser una fuente de obligaciones jurídicas a través de la aquiescencia y el *estoppel quizás contra* la intención originaria de las partes<sup>137</sup>. Pareciera que las consecuencias jurídicas por vía de estos principios son inevitables<sup>138</sup>. Quizás el expediente necesario en este caso sea disociar la dimensión subjetiva (dependiente de la intención de las partes) y la dimensión objetiva (no dependiente de la voluntad de las partes) de los acuerdos entre Estados<sup>139</sup>. Así los principios de buena fe y *estoppel* se aplicarían a acuerdos no jurídicos....

Si la aplicación del principio de buena fe a un acuerdo *no normativo* implica que las partes están legalmente obligadas a respetarlo, la distinción con los acuerdos jurídicamente vinculantes o tratados parece desvanecerse<sup>140</sup>, al menos en este aspecto, por lo demás esencial. Algunos autores insisten en cualquier caso en las diferencias entre los acuerdos jurídicos y los no jurídicos. Aust insiste en que los tratados crean derechos y obligaciones jurídicas y los MOU no, si bien éstos tienen en algunas circunstancias “consecuencias jurídicas”<sup>141</sup>. Schachter señala que los efectos jurídicos de los acuerdos políticos son *limitados*, y así no comprometen la responsabilidad internacional y no pueden ser objeto de una reclamación ante un tribunal sobre la base del Derecho internacional<sup>142</sup>.

---

Roucounas, “Engagements parallèles et contradictoires”, 1987, pp. 172-3. Laso Pérez participa de la opinión de que la aplicación del *estoppel* a los acuerdos no vinculantes no puede implicar que adquieran carácter jurídico, si bien no excluye que se generen efectos jurídicos, J. Laso Pérez, 2000, p. 168.

En una línea similar, en relación con la doctrina de los actos unilaterales Rubin argumentaba que “[...] since no concept of ‘good faith’ can make binding a policy declaration or other pronouncement that is *not* binding because not conceived as binding by any party concerned, to argue that ‘good faith’ alone creates the obligation is to argue in support of an obvious absurdity.”, (énfasis en el original) A. P. Rubin, “The International Legal Effects of Unilateral Declarations”, *American Journal of International Law*, 1977, vol. 71, pp.1-30, p. 9.

<sup>137</sup> La autora hace la afirmación acerca del *soft law* en general, C. Chinkin, “Normative Development in the International Legal System”, 2000, p.31.

<sup>138</sup> C. Ingelse, “Soft Law?”, 1993, p.84-85; M. Virally (rapporteur), “La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique. Rapport définitif”, 1983, pp.343-4.

<sup>139</sup> Distinción que señala Hillgenberg en su examen de los “non-treaty agreements” que, sin embargo, pueden no asimilarse completamente a los acuerdos extrajurídicos, H. Hillgenberg, “A Fresh Look at Soft Law”, 1999, pp. 505-6. Jiménez García sostiene que el principio de *estoppel* no otorga carácter obligatorio a los acuerdos que no lo son sino que, “[...] son estos instrumentos los que prueban la existencia de un «*estoppel* obligatorio» en la medida en que, junto a otros factores, reúnan las condiciones requeridas para que éste se produzca.”, se insiste por lo demás en la necesidad de examinar cada situación particular, F. Jiménez García, 2002, p. 289.

<sup>140</sup> Como acertadamente pone de manifiesto Laso, “[...] si se aceptase que la buena fe impone el deber de cumplir estos compromisos [acuerdos *no normativos* o *gentlemen’s agreements*], adquirirían de esta forma obligatoriedad jurídica aunque fuera de forma indirecta, y, en consecuencia, se difuminaría la distinción conceptual respecto de los Tratados internacionales [...]”, J. Laso Pérez, 2000, p. 168.

<sup>141</sup> A. Aust, 2000, p. 46; A. Aust, “The Theory and Practice of Informal International Instruments”, 1986, pp. 811-2.

<sup>142</sup> O. Schachter, “General Course in Public International Law”, 1982, p. 132; O. Schachter, “Non-conventional Concerted Acts”, 1991, p. 268; O. Schachter, 1991, p. 101.

Por nuestra parte encontramos pertinente insistir en que es la voluntad de los Estados la que debe determinar los efectos de los acuerdos de los sujetos de Derecho internacional y llamar la atención de que la excesiva juridificación de las conductas estatales puede provocar su paralización. Así, nos parece posible proclamar la existencia de diferentes órdenes normativos, y la interacción entre ambos con las cautelas antes indicadas. Respecto al principio de buena fe, nos parece igualmente posible distinguir entre la dimensión jurídica y política del mismo. Ahora bien, *en la práctica*, cumplir de buena fe con un acuerdo, jurídico o no, viene a ser lo mismo, de manera que podríamos preguntarnos con Schachter si existe alguna justificación para distinguir, en su caso, entre el sentido “jurídico” del principio del “político”<sup>143</sup>. Desde nuestro punto de vista la distinción se debe mantener para evitar la situación paradójica de que acuerdos no jurídicos den lugar a consecuencias jurídicas, supuestamente excluidas por las partes al optar por concluir un acuerdo al margen del ordenamiento jurídico internacional.

Nos preguntamos ahora si un acuerdo no jurídico puede constituir la interpretación de un acuerdo jurídico<sup>144</sup>. Se ha animado al positivismo jurídico a aceptar al *soft law* y otros instrumentos informales como expedientes interpretativos del Derecho, ya que una de las funciones del *soft law* sería precisamente la clarificación del Derecho, en cuanto éste refleje el consenso de los actores involucrados<sup>145</sup>. Importante en este sentido es el consenso entre las partes de instrumento interpretado tal como se refleje en el instrumento de *soft law*. La interacción entre tratados y (determinadas formas de) *soft law* se ha desarrollado de tal manera en el ámbito de los Derechos humanos que algunos cuestionan acertadamente la pertinencia de considerar como *soft law* instrumentos no jurídicamente vinculantes cuando justamente precisan el contenido del Derecho<sup>146</sup>. Parece que este razonamiento se adapta *naturalmente* a las resoluciones de organizaciones internacionales. Antes nos referíamos al carácter interpretativo de las resoluciones de la AGNU. Recordemos que no todos los autores coinciden en cuanto a su naturaleza jurídica, y así para algunos se trata de instrumentos no jurídicos (*non-legal*). La cuestión que plantea el fenómeno que tratamos es si un instrumento que interpreta normas y obligaciones jurídicamente vinculantes, o un instrumento jurídico en su caso, puede seguir siendo considerado un acuerdo no jurídico. ¿No deberían quedar reservados los acuerdos *no normativos* a aspectos en los que no existan acuerdos jurídicos previos? O, ¿no deberían considerarse que por la voluntad de las partes los acuerdos adquieren una naturaleza jurídica al quedar de alguna manera “incorporados” al texto que interpretan? ¿O considerarse acuerdos que, aún cuando originariamente fueran no jurídicos, la conducta ulterior de las partes ha provocado un cambio en su

<sup>143</sup> O. Schachter, “General Course in Public International Law”, 1982, p. 130, O. Schachter, “Non-conventional Concerted Acts”, 1991, p. 267.

<sup>144</sup> Eisemann distingue lo que él denomina “*gentlemen's agreements* interprétatif ou accord informel supplétif”; ahora bien, recordemos que para este autor los *gentlemen's agreements* no son ajenos al Derecho internacional, P. M. Eisemann, “Le Gentlemen's agreement comme source du droit international”, 1979, p. 344; en una línea similar D. Carreau, 2001, § 509-510.

<sup>145</sup> En esta línea, U. Fastenrath, “Relative Normativity in International Law”, *European Journal of International Law*, 1993, vol. 4, pp.305-340.

<sup>146</sup> Comentarios del Prof. Simma en R. De la Vega (reporter), “A Hard Look at Soft Law: a panel”, *Proceedings of the 82<sup>nd</sup> Annual Meeting of the American Society of International Law, Washington D.C.20-23 April 1988*, 1988, vol. 82, pp.371-395, p. 380.

naturaleza? Si se defiende expresamente el carácter no jurídico del acuerdo, entonces sólo impropriamente se podría mantener que interpreta un acuerdo jurídico puesto que nos encontraríamos ante instrumentos que pertenecen a diferentes órdenes normativos. A menos que entendamos que éste sería un supuesto de interrelación entre órdenes normativos.

Finalmente, debemos reflexionar acerca de si los acuerdos políticos pueden modificar tratados<sup>147</sup>. Es necesario en esta línea ser cautelosos puesto que como regla general, los tratados deben modificarse siguiendo los cauces establecidos en ellos a tal fin o de acuerdo con el Derecho internacional general.

Podríamos traer a colación la *modificación* operada en el Acuerdo del Fondo Monetario Internacional (FMI) para permitir la fluctuación de las monedas. Podría considerarse un ejemplo de acuerdo extrajurídico con “efectos jurídicos” puesto que se obvió un procedimiento legalmente establecido con la consiguiente modificación de un acuerdo jurídicamente vinculante<sup>148</sup>. Pareciera más apropiado considerar que un tratado se modificó por otro acuerdo jurídico ulterior que, a pesar de su “informalidad”, era jurídicamente vinculante<sup>149</sup>. Podríamos también preguntarnos si el *Compromiso de Luxemburgo* de 1966 entre los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea constituyó un “pacto entre caballeros” que *modificó* el Tratado de Roma<sup>150</sup>. Hoy es mayoritaria la opinión de que constituyó un acuerdo político<sup>151</sup> o no jurídicamente vinculante<sup>152</sup> que no alteró formalmente –no podría hacerlo– el procedimiento de

---

<sup>147</sup> Así parece sostenerlo Austo sobre la base del *estoppel*, A. Aust, 2000, p. 46.

<sup>148</sup> O. Schachter, “General Course in Public International Law”, 1982, p. 130; O. Schachter, 1991, pp. 99-100; O. Schachter, “Non-conventional Concerted Acts”, 1991, p. 267.

<sup>149</sup> Salmon lo observa desde el prisma de un consentimiento no formalizado; por lo demás, este autor recuerda que la CIJ no ha descartado el juego de la desuetudo, si bien no por el simple paso del tiempo, sino fundamentada en la voluntad de las partes, J. Salmon, “Les accords non formalisés ou 'solo consensu’”, 1999, p. 9. Goma también explica el supuesto del FMI como el de un acuerdo informal si bien jurídicamente vinculante, y no un acuerdo *no vinculante*, M. M. Goma, “Non-binding agreements in International Law”, 2001, p. 246.

<sup>150</sup> Como parece proponer Eisemann, si bien es cierto es que modula su aserción cuando explica que el Compromiso evitaba “de hecho” las regla de la mayoría prevista en el tratado, P. M. Eisemann, “Le Gentlemen's agreement comme source du droit international”, 1979, p.334; en cualquier caso debemos tener presente que para este autor este tipo de acuerdos no están excluidos de la aplicación del Derecho internacional.

<sup>151</sup> F. Snyder, “The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques”, *Modern Law Review*, 1993 (56), pp.19-54, p. 35; C. Schmitter, “Principe de l'équilibre institutionnel”, en A. Barav y C. Philip (eds.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, pp.473-489, p. 488; J. Temple Lang, “The Core of the Constitutional Law of the Community-Article 5 EC”, en L. Gormley (ed.), *Current and future perspectives on EC competition law a tribute to Professor M R Mok*, The Hague, Kluwer Law International, 1997, p. 69; J.-P. Jacqué, M. Haag, A. Càmia Marchini, F. Càmia Marchini, M. Ekelmans, J.-V. Louis, P.-A. Feral, G. Marchegiani, y L. La Marca, *Commentaire J. Mégret. Le droit de la CE et de l'Union Européenne. Vol. X*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2<sup>e</sup>ed., 2000, p. 177; J. Verhoeven, *Droit de la Communauté européenne*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2<sup>ème</sup> ed., 2001, p. 181.

<sup>152</sup> A. L. Teasdale, “The Life and Death of the Luxembourg Compromise”, *Journal of Common Market Studies*, 1993, pp. 567-579.

adopción de decisiones comunitario. Diferente es que, en la práctica, los acuerdos *no normativos* se respeten.

En esta línea debe cuestionarse si el *Nuevo Concepto Estratégico* de la OTAN ha modificado el Tratado de Washington. En efecto parece que *de facto* esto es lo que ha sucedido<sup>153</sup>. Advierte Remiro Brotóns que “[n]o deja de ser inquietante que los miembros de la OTAN, sin modificar el Tratado del Atlántico Norte, se hayan dotado mediante acuerdos políticos -el *Nuevo Concepto Estratégico*- de mecanismos cuya aplicación puede ser incompatible con las obligaciones jurídicas de la Carta y del mismo tratado constitutivo de la Organización. El *Nuevo Concepto* conduce a la revisión de hecho del Tratado fundacional de la Alianza mediante un documento político que da cobertura a compromisos de los signatarios sin la autorización de la representación popular que las Constituciones estatales suelen exigir para la conclusión de los tratados.”<sup>154</sup>.

En vista de lo anterior, podemos proponer que si los acuerdos extrajurídicos son, valga la redundancia, ajenos al Derecho internacional, la expresión *soft law* no nos parece pertinente<sup>155</sup>. Sin negar que se trata de acuerdos que pueden regular efectivamente la conducta de sujetos afectados, la expresión *soft law* incita a la confusión por cuanto evoca la normatividad jurídica. Ahora bien, la contradicción que advertimos quedaría salvada si con el carácter de *soft law* se pretendiese aludir a las consecuencias que estos acuerdos pueden tener en el ordenamiento jurídico internacional, sobre todo cuando lo que se predica es que de ellos se derivan obligaciones jurídicas para un sujeto (*law*), si bien de una manera indirecta y manteniendo divergencias con los tratados (*soft*).

Nos parece finalmente oportuno hacer un breve apunte acerca de instrumentos concertados entre Estados que no tengan carácter jurídico y donde, además, no se estipulen obligaciones para las partes. En efecto, no es descartable que los Estados, más que para asumir obligaciones recíprocas, adopten instrumentos a través de los que *expresan en común* directrices sobre futuras conductas, aspiraciones, etc. Aún existiendo una concertación, porque, en definitiva, las aspiraciones son comunes, no se trataría de acuerdos en sentido estricto. Estos instrumentos también quedarían englobados en el *soft law*<sup>156</sup>. En estos casos el elemento “law” se encuentra ciertamente difuminado, por cuanto incluso la propia capacidad regulativa no resulte claramente. En este orden de consideraciones, la expresión *soft law* se acomodaría con enorme dificultad.

---

<sup>153</sup> Se ha calificado este instrumento como de *aggiornamento* a través de actos de naturaleza política, J. A. González Vega, “Los “Acuerdos de Niza”, la PESC y la arquitectura europea de seguridad y defensa”, 2001, pp. 23-4.

<sup>154</sup> A. Remiro Brotóns, “Un Nuevo Orden contra el Derecho Internacional: el caso de Kosovo”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2001, vol. 4, pp. 89-105, p. 103. También disponible en la *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* n° 1, <http://www.reei.org>.

<sup>155</sup> En esta línea parece C. Ingelse, “Soft Law?”, 1993, p. 82.

<sup>156</sup> C. Chinkin, “Normative Development in the International Legal System”, 2000, pp. 28-29.

## 5. ¿Soft law material?

Los sujetos de Derecho Internacional pueden regir sus conductas a través de acuerdos internacionales cuya naturaleza jurídicamente vinculante no se ponga en cuestión. Si por *tratado* entendemos, con la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (CVDT) “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.”<sup>157</sup>, su carácter jurídico depende de la voluntad de las partes, y no se deduce por tanto de su denominación, de la precisión o incondicionalidad de su contenido, de la existencia de mecanismos de exigibilidad, cláusulas de salvaguardia, cláusulas de *opting in/out*, reservas, u otras circunstancias. Ahora bien, la presencia de algunos de estos rasgos ha llevado a predicar el carácter de “soft law” de las proposiciones de instrumentos jurídicamente vinculantes, o a constatar la existencia de un “soft law material” por cuanto se refiere al contenido de los instrumentos internacionales<sup>158</sup>. A su vez, se emplea la fórmula “soft law legal/jurídico” cuando se trata del contenido de tratados<sup>159</sup>. En estos casos, en ocasiones, el argumento subyacente es que hay diferentes grados en la fuerza obligatoria, al menos *material*. Si por el contrario un contenido “soft” se encuentra en un instrumento que no es jurídicamente vinculante, se constataría su carácter “doblemente” *soft*<sup>160</sup>, en ocasiones se emplea la expresión “soft law no-jurídico”<sup>161</sup>.

Hemos visto anteriormente que no todos los acuerdos concluidos entre sujetos de Derecho internacional son jurídicamente vinculantes. Así, indicábamos cómo distinguir los tratados de los acuerdos *no normativos*. Un acuerdo es *tratado* cuando produce obligaciones jurídicas, si bien, por su obviedad, tal aspecto no se indica expresamente en la definición de tratado que acabamos de recordar<sup>162</sup>. Así pues el rasgo distintivo de los tratados es que las relaciones entre los sujetos concernidos están regidas por el Derecho internacional. Existen obligaciones, jurídicas en este caso, cuando la libertad

---

<sup>157</sup> Artículo 2(1)(a) CVDT de 1969.

<sup>158</sup> P. Weil, “Cours Général de Droit International Public”, 1992, p. 216.

<sup>159</sup> C. Chinkin, “Normative Development in the International Legal System”, 2000, pp. 25-26; C. M. Chinkin, “The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law”, 1989, p. 851; C. Ingelse, “Soft Law?”, 1993, p. 81; incluyendo además decisiones vinculantes de organizaciones internacionales, T. Gruchalla-Wesierski, “A Framework for Understanding 'soft law'”, *McGill Law Journal*, 1984, vol. 30, pp. 37-88, p. 40 y 46.

El argumento se haría extensivo a los acuerdos regidos por el Derecho internacional. Recordemos en este sentido que acuerdos internacionales de los surjan obligaciones jurídicas no son sólo los *tratados* en el sentido del art. 2.1.a) CVDT. El artículo 3 de la propia CVDT no excluye la juridicidad de otros acuerdos. En una interesante contribución, Salmon ha recordado recientemente la existencia de acuerdos no formalizados (*accords non formalisés*) o “solo consensu”, J. Salmon, “Les accords non formalisés ou 'solo consensu'”, 1999. Además, antes mencionábamos que no todos los autores coinciden en mantener ajenos al Derecho internacional los *gentlemen's agreements* o los “actes concertés non conventionnels”. Resulta también pertinente recordar la contribución acerca de los “non-treaty agreements”, H. Hillgenberg, “A Fresh Look at Soft Law”, 1999.

<sup>160</sup> E. Roucouas, “Engagements parallèles et contradictoires”, 1987, p. 176; P. Weil, “Cours Général de Droit International Public”, 1992, pp. 216.

<sup>161</sup> C. M. Chinkin, “The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law”, 1989, p. 851 (nota 2).

<sup>162</sup> A. Remiro Brotóns, 1987, p. 32.

de la partes queda limitada en algún sentido<sup>163</sup> o cuando se produce una innovación de una situación dada. Respecto de cláusulas indeterminadas o vagas contenidas en los tratados, un criterio para afirmar la existencia de obligaciones *jurídicas* es la posibilidad material de constatar el cumplimiento por un observador externo. En estas circunstancias se propone que “[...] l’expression de «soft law», ou droit doux, bien qu’elle soit extrêmement expressive (et peut-être parece qu’elle l’est trop) ne doit être maniée qu’avec une extrême prudence, si elle n’est pas complètement bannie.”<sup>164</sup>.

El argumento de que los tratados pueden constituir *soft law* o contener *soft law* debe manejarse con prevención. En efecto, si un tratado debe generar obligaciones jurídicas éstas se determinan a partir del contenido del instrumento en cuestión, por lo que sólo tras su análisis podemos concluir que es un *tratado*. Así podríamos encontrarnos con que un instrumento *aparece* como tratado<sup>165</sup> cuando en *sustancia* no lo es.

A partir de estas premisas, y con las consideraciones que siguen, debemos preguntarnos en qué medida existe el “*soft law* material”, al menos en su vertiente *legal*, para lo cual examinaremos primero qué circunstancias determinan el carácter “soft” de un tratado o acuerdo de Derecho internacional.

En primer lugar la expresión “soft law” designaría tratados internacionales de cuyo contenido resulta difícil establecer derechos y obligaciones<sup>166</sup>. Así por ejemplo cuando los acuerdos internacionales recogen normas programáticas o declarativas que determinan los derechos y deberes de las partes de una manera general<sup>167</sup>, o cuando se emplea una terminología imprecisa<sup>168</sup>. Se pueden incluir en este grupo los tratados que

<sup>163</sup> R. Dehousse and J. H. H. Weiler, “EPC and the Single Act: From Soft Law to Hard Law?”, 1991, p. 14.

<sup>164</sup> M. Virally (rapporteur), “La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique. Rapport définitif”, 1983, p. 335-6.

<sup>165</sup> Debido a la informalidad del Derecho internacional, esto ocurrirá cuando se emplea la denominación “tratado”.

<sup>166</sup> O. Elias y C. Lim, “General Principles of Law’, ‘Soft Law’ and the Identification of International Law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, 1997, vol. 28, pp. 3-49, p. 45; O. A. Elias y C. L. Lim, *The Paradox of Consensualism in International Law*, The Hague, Kluwer, 1998, p. 230; P.-M. Dupuy, “Soft Law and the International Law of the Environment”, 1991, p. 429; P. Weil, “Cours Général de Droit International Public”, 1992, p. 216; G. Abi-Saab, “Éloge du droit assourdi: quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain”, 1993, pp. 61-2; A. Aust, 2000, p. 44 (nota 70); M. M. Gomaa, “Non-binding agreements in International Law”, 2001, p. 239. Como indica Charney existen provisiones en acuerdos jurídicamente vinculantes que “[...] may lack sufficiently normativity to create definitive rights or obligations for the parties to such agreements. Thus, within international agreements, one may find «soft» provisions that may not amount to a right or obligation under international law.”, J. L. Charney, “Compliance with International Soft law. Commentary”, 2000, p. 115.

<sup>167</sup> Como advierten F. V. Kratochwil, *Rules, Norms and Decisions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 203; o R. A. Mullerson, “Sources of International Law: New Tendencies in Soviet Thinking”, 1989, p. 511.

<sup>168</sup> Como advierte C. M. Chinkin, “The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law”, 1989, p. 851. Abbot y Snidarl definen el “hard law” como “[...] legally binding obligations that are precise (or susceptible of being made precise by adjudication or detailed regulation) and that delegate authority for interpreting and implementing the law”. De aquí que el *soft law* se verifique cuando se debilita sea la obligación, sea la precisión, sea la delegación, K. W. Abbott y D. Snidarl, “Hard Law and

enuncian los principios que están llamados a guiar la conducta futura de las partes como suele ser el caso de las convenciones marcos, de recurso frecuente en el Derecho internacional del medio ambiente<sup>169</sup>. Estas convenciones sientan los grandes principios de acción, dejando para un momento posterior la especificaciones de las obligaciones<sup>170</sup>. Se trata de instrumentos que aportan gran flexibilidad al proceso de creación del Derecho internacional, donde se articula un sistema de “doble” fase: primero se acuerdan los principios y más tarde se especifican las reglas<sup>171</sup>. Por añadidura, en ocasiones los tratados medioambientales remiten a anexos regulaciones técnicas o detalladas y establecen mecanismos simplificados de su modificación sin necesidad de alterar el texto principal<sup>172</sup>.

La indefinición del contenido de los tratados es una nota común y diríamos, inevitable<sup>173</sup>, incluso intencionada<sup>174</sup>. El empleo de una terminología abierta a diferentes interpretaciones es de especial relevancia en el ámbito del Derecho internacional económico o del Derecho internacional del medio ambiente, sea por permitir abordar situaciones difíciles de prever<sup>175</sup>, sea por el incipiente carácter de la regulación internacional, sea porque constituye el contenido mínimo consensuado. No es tampoco infrecuente que los acuerdos internacionales contengan estándares en el sentido de conceptos vagos cuya determinación llevan a cabo órganos jurisdiccionales

---

Soft law in International Governance”, *International Organization*, 2000, vol. 54 (3), pp. 421-456, pp. 421-22.

<sup>169</sup> Este tipo de convenciones permiten irse acomodando a los avances tecnológicos. Un ejemplo de este tipo de acuerdos es la Convención marco de Naciones Unidas sobre el cambio climático. Acerca de la vaguedad e imprecisión de algunas de sus obligaciones, C. Gutiérrez Espada, “La contribución del Derecho Internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho Internacional contemporáneo”, 1998, p. 136. Acerca de las convenciones marco como originadoras de *soft law*, P. W. Birnie, “Legal Techniques of Settling Disputes: The ‘Soft Settlement’ Approach”, en W. E. Buttler (ed.), *Perestroika and International Law*, Martinus Nijhoff, 1990, pp. 177-195, p. 183 y 186.

<sup>170</sup> Esto encierra un cierto riesgo porque puede que las especificaciones no tengan lugar y que los textos continúen siendo no ejecutables. Sin embargo la mera existencia de las convenciones es en sí un logro por cuanto hacen público el marco de referencia de las cuestiones reguladas, C. Gutiérrez Espada, “La contribución del Derecho Internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho Internacional contemporáneo”, 1998, p. 137.

<sup>171</sup> C. Redgwell, “Multilateral Environmental Treaty-making”, en V. Gowlland-Debbas (ed.), *Multilateral Treaty-Making. The Current Status of Challenges to and Reforms Needed in the International Legislative Process*, Nijhoff, 2000, pp. 89-107, p. 94. Acerca de las convenciones marco como originadoras de *soft law*, P. W. Birnie, “Legal Techniques of Settling Disputes: The ‘Soft Settlement’ Approach”, 1990, p. 183 y 186.

<sup>172</sup> A. Kiss y D. Shelton, *International Environmental Law*, 2ª ed., Transnational Publishers, Ardsley, New York, 2000, p. 36.

<sup>173</sup> Como acertadamente pone de manifiesto Schachter, “[i]f one were to apply strict requirements of definiteness and specificity to all treaties, many of them would have all or most of their provisions considered as without legal effect.”, añadiendo que “[...] imprecision and generalities are not unknown in treaties of unquestioned legal force.” O. Schachter, “The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements”, 1977, p. 298; P. Weil, “Cours Général de Droit International Public”, 1992, p. 219. Asimismo, Gomaá nota que los acuerdos internacionales pueden contener “*soft provisions which make them seem devoid of legal content*” (énfasis añadido), M. M. Gomaá, “Non-binding agreements in International Law”, 2001, p. 235.

<sup>174</sup> K. W. Abbott and D. Snidarl, “Hard Law and Soft law in International Governance”, 2000, p. 423.

<sup>175</sup> I. Seidl-Hohenveldern, 1992, p. 43; P. Sarcevic, “Unification and ‘Soft Law’”, 1990, p. 93 ss.

principalmente<sup>176</sup>. En ocasiones se hace hincapié en la imposibilidad de ejecutar las normas “soft” debido a su falta de especificidad<sup>177</sup>. En efecto, si bien la precisión no es una condición para declarar el carácter jurídicamente vinculante de un acuerdo, sí lo sería para la exigibilidad de una obligación<sup>178</sup>.

El carácter abstracto o indefinido del contenido de los tratados pudiera llevar a deducir su carácter no vinculante o dudar de su juridicidad o de la de las obligaciones y normas que contengan<sup>179</sup>. Compartimos en este punto la opinión de que la *juridicidad* no está en relación directa con la *especificidad* de las obligaciones<sup>180</sup>. Por otro lado, como se recuerda, “[e]ven vague language such as that requiring co-operation or «friendly acts» can be construed as legal obligation, with the important implication that a party is not entirely free to interpret the legal instrument for itself”<sup>181</sup>. Recordemos en esta línea que un tratado puede ser interpretado, y establecer así su contenido normativo, con la ayuda de las reglas codificadas en la CVDT a tal efecto.

En segundo lugar, la expresión *soft law* también se emplearía en relación con acuerdos internacionales que confieren a las partes un amplio margen de discrecionalidad en el cumplimiento de las obligaciones asumidas<sup>182</sup>, de manera que no se imponen

<sup>176</sup> P. Weil, “Cours Général de Droit International Public”, 1992, p. 214. Acerca de los estándares, E. Riedel, “Standards and Sources. Farewell to the Exclusive of the Sources Trial in International Law?”, *European Journal of International Law*, 1991, vol. 2 (2), pp. 58-84.

<sup>177</sup> H. Hillgenberg, “A Fresh Look at Soft Law”, 1999, p. 500; C. Ingelse, “Soft Law?”, 1993, p. 77; W. M. Reisman, “The Supervisory Jurisdiction of the International Court of Justice: International Arbitration and International Adjudication”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de la Haye*, 1996, p. 181. Simma nota que los tratados de derechos humanos tienen un contenido “soft” de manera que es difícil verificar su violación, R. De la Vega (reporter), “A Hard Look at Soft Law: a panel”, 1988, p. 378.

<sup>178</sup> F. Münch, “Comments on the 1968 Draft Convention on the Law of Treaties. Non-Binding Agreements”, 1969, p. 8. Se trataría de una falta de exigibilidad por razones “endógenas”. En efecto, Abi-Saab advierte que “[...] la justiciabilité peut être présentée en fonction de facteurs endogènes (ayant trait au contenu de la règle ou des différends qui s’y réfèrent) ou exogènes (de par l’absence d’habilitation juridictionnelle pour connaître de ces différends). Le résultat reste cependant le même”, G. Abi-Saab, “Cours Général de Droit International Public”, 1987, p. 208, (nota 151); G. Abi-Saab, “Éloge du droit assourdi: quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain”, 1993, p. 63 (nota 8).

<sup>179</sup> *Contra*, P. Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?”, 1983, p. 414; Mullerson expresa la opinión de que él “[...] do not consider as political and not legal those norms which are in formal, legally obligatory instruments but which do not impose strict and clear obligations on states [...] In some sense, of course, they are «softer» than other norms of international law, but they are not the «purely political» norms I have been discussing.”, R. A. Mullerson, “Sources of International Law: New Tendencies in Soviet Thinking”, 1989, p. 512; R. Ida, “Formation des normes internationales dans un monde en mutation: critique de la notion de soft law”, 1991p. 335. Tampoco Hillgenberg comparte la opinión de que el carácter obligatorio o no de un acuerdo dependa de la precisión, sin embargo, una terminología imprecisa podría acercar un acuerdo a sus “non-treaty agreements”, H. Hillgenberg, “A Fresh Look at Soft Law”, 1999, pp. 500-1.

<sup>180</sup> A. Remiro Brotóns, 1987, p. 33.

<sup>181</sup> O. Schachter, 1991, p. 98. En esta línea, Simma en R. De la Vega (reporter), “A Hard Look at Soft Law: a panel”, 1988, p. 378.

<sup>182</sup> Como advierten R. Ida, “Formation des normes internationales dans un monde en mutation: critique de la notion de soft law”, 1991, p. 335; E. Roucouas, “Engagements parallèles et contradictoires”, 1987, p. 176; A. J. P. Tammes, “Soft Law”, en *Interuniversitair Instituut voor Internationaal Recht TMC Asser*

obligaciones estrictas. Así por ejemplo cuando las partes deben cumplir sus obligaciones “tan pronto como y en la medida de sus posibilidades”<sup>183</sup>, o cuando las partes tienen que hacer “todos los esfuerzos posibles”<sup>184</sup> en una dirección determinada. Ciertamente es que el margen de discrecionalidad puede derivar también de la propia terminología imprecisa<sup>185</sup>. En ambos casos el resultado es el mismo, esto es, que las partes mantienen el control acerca de cómo cumplir sus obligaciones, de manera que el cumplimiento depende en gran medida de su intención. En estos supuestos resulta imposible verificar más allá de un cierto punto su cumplimiento a través de un tercero ajeno a la relación<sup>186</sup>.

Cuando Weil describe la “*soft law material*”, explica el recurso, “[...] à des règles dotées d’une faible substance contraignante, alors même qu’elles seraient insérées dans des instruments de valeur incontestablement normative tels des traités internationaux en vigueur.”<sup>187</sup>. Así, de cláusulas como las que indicábamos, se concluía que “[...] la règle existe à coup sûr, elle a pleine et entière valeur normative, mais elle est d’un contenu faible, voire nul: elle oblige certes, mais elle n’oblige à rien, ou à presque rien.”<sup>188</sup>

Lo determinante en estos casos es poder verificar la existencia de obligaciones. En un marco diferente pero relevante a nuestros efectos, recordemos la crítica que se hizo a la “reserva automática” de algunas declaraciones de aceptación de la jurisdicción de la CIJ sobre la base de que no constituía ninguna obligación puesto que era el declarante el que determinaba en última instancia la existencia de su obligación llegándose a dudar del carácter jurídico de tal declaración<sup>189</sup>. Efectivamente, si se deja total discreción a las partes en la determinación de la obligación, podemos dudar de que exista una obligación y, caso de que tal sea todo el contenido del instrumento, del carácter de *tratado* del instrumento que las incorpore<sup>190</sup>. Siguiendo a Barberis, para que una obligación sea tal

---

Instituut, *Essays on International and Comparative Law in Honour of Judge Erades*, The Hague, Nijhoff, 1983, pp. 187-195, p. 189. Por lo demás, mantener la discrecionalidad y el mantenimiento del control de una situación es un punto de atracción del *soft law*, P. W. Birnie, “Legal Techniques of Settling Disputes: The ‘Soft Settlement’ Approach”, 1990, p. 183-4. Estos acuerdos se han denominado también “compromiso de buena voluntad”, M. Virally (rapporteur), “La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique. Rapport définitif”, 1983, p. 332.

<sup>183</sup> V. I. I. Lukashuk, “Recommendations of International Organizations in the International Normative System”, en W. E. Butler (ed.), *International Law and the International System*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987, pp. 31-45, p. 38; I. Seidl-Hohenveldern, 1992, p. 42.

<sup>184</sup> A. Pellet, “The Normative Dilemma. Will and Consent in International Law-Making”, 1992, p. 28.

<sup>185</sup> M. Virally (rapporteur), “La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique. Rapport définitif”, 1983, p. 332.

<sup>186</sup> G. Abi-Saab, “Cours Général de Droit International Public”, 1987, p. 212; G. Abi-Saab, “Éloge du droit assourdi: quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain”, 1993, p. 67.

<sup>187</sup> P. Weil, “Cours Général de Droit International Public”, 1992, p. 216.

<sup>188</sup> P. Weil, “Cours Général de Droit International Public”, 1992, p. 218.

<sup>189</sup> Opinión individual de H. Lauterpacht a la sentencia CIJ en el *Asunto de ciertos empréstitos noruegos*, *ICJ Reports 1957*, p. 9, p. 48 ss. En esta línea crítica, A. Remiro Brotons, *Derecho Internacional Público. I Principios fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2ª reimpr. (1982 1ª ed.), 1987, p. 258.

<sup>190</sup> R. Dehousse and J. H. H. Weiler, “EPC and the Single Act: From Soft Law to Hard Law?”, 1991, p. 15. Podemos preguntarnos si existen obligaciones, J.-P. Jacqué, “Acte et norme en droit international public”, 1991, p. 392.

tiene que existir una estructura normativa, no puede tratarse de una obligación potestativa cuyo cumplimiento esté a disposición de las partes<sup>191</sup>. Una obligación existe cuando un comportamiento tiene que ser obligatoriamente seguido con independencia de que en un momento determinado el sujeto obligado no desee hacerlo.

El examen detenido de un acuerdo puede evidenciar que se trata de un “acuerdo vacío de contenido”<sup>192</sup>. Al margen del valor que estos acuerdos puedan tener como articuladores de las relaciones entre las partes<sup>193</sup>, el problema que plantean es si no constituyen *lex simulata*<sup>194</sup>, en tanto en cuanto les faltase el contenido obligatorio indispensable. Ahora bien, no siempre será fácil encontrar este tipo de acuerdos ya que (asumimos) los Estados concluyen acuerdos a fin de alcanzar metas comunes; además, no debe perderse de vista que los órganos jurisdiccionales pueden delimitar el alcance de cláusulas convencionales que dan la impresión de estar vacías de contenido<sup>195</sup>.

Enlazando con lo anterior, las obligaciones de comportamiento son obligaciones “soft”<sup>196</sup>, frente a las de resultado por cuanto la realización completa de la prestación depende de demasiados factores externos<sup>197</sup> o por cuanto el esfuerzo que se requiere para cumplir la obligación es menor. Los *pacta de contrahendo* o *de negotiando*, ofrecerían ejemplos en este sentido puesto que no exigen de las partes la aceptación de las sugerencias que se proponen por la otra parte<sup>198</sup>. Ahora bien, ¿significa esto que se trata de “obligaciones que obligan parcialmente?”<sup>199</sup>

<sup>191</sup> J. A. Barberis, *Formación del derecho internacional*, 1994, p. 286.

<sup>192</sup> Siguiendo la sugerente terminología de R. Torrent, *Derecho y Práctica de las Relaciones Exteriores en la Unión Europea*, Barcelona, Cedecs, 1998, p. 214ss.

<sup>193</sup> R. Torrent, 1998, pp. 216-19.

<sup>194</sup> Como ponía de manifiesto I. Brownlie, “[s]ome treaties are treaties in form but are really simply pieces of State conduct involving expressions of good will, with the element of actual performance very minor indeed [...] In other words, even when something is flying the flag of obligation or *lex lata* in particular respects, when you look at it closely, you may find that the normative content is very small and perhaps almost completely absent.”, en A. Cassese y J. H. H. Weiler, *Change and Stability in International Law-Making*, Berlin, Walter de Gruyter, 1988, p. 70.

<sup>195</sup> J. Klabbers, 1996, p. 242.

<sup>196</sup> Como advierten D. Shelton, *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, New York, Oxford University Press, 2000, p. 10; P. Weil, “Cours Général de Droit International Public”, 1992, p. 218; J. Gold, “Strengthening the Soft International Law of Exchange Arrangements”, *American Journal of International Law*, 1983, vol. 77, pp. 443-489, p. 456. Se trata en ocasiones de cláusulas constituye una suerte de “versión edulcorada de la obligación de resultado”, P.-M. Dupuy, 2000, § 398 (nota 1).

<sup>197</sup> G. Abi-Saab, “Cours Général de Droit International Public”, 1987, p. 212; G. Abi-Saab, “Éloge du droit assourdi: quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain”, 1993, p. 67.

<sup>198</sup> F. Münch, “Comments on the 1968 Draft Convention on the Law of Treaties. Non-Binding Agreements”, 1969, p. 8. Se trata por lo demás, de obligaciones a cumplir de “buena fe”, que podían vaciarse de contenido si no se articulan mecanismos para determinar si un Estado ha negociado o no de tal modo, R. R. Baxter, “International Law in ‘Her Infinite Variety’”, 1980, p. 552, se trataría de “soft” *law* de acuerdo con este último autor, p. 554.

<sup>199</sup> A. Debbie Efrain, *Sovereign (In)equality in International Organizations*, The Hague, Martinus Nijhoff, 2000, p. 285.

La proliferación de obligaciones de comportamiento es una característica de la época actual de Derecho internacional (de cooperación) frente al período clásico donde predominaban las obligaciones de resultado, las prohibiciones y los deberes de abstención<sup>200</sup>. En esta misma línea, la asunción de obligaciones vagas o con gran flexibilidad se debe a la estructura de la propia sociedad internacional<sup>201</sup>. Cuando los Estados asumen “hacer todo lo posible” asumen en definitiva obligaciones<sup>202</sup>, que hay que cumplir de buena fe. Es oportuno recordar igualmente que las obligaciones pueden ser concretadas por órganos jurisdiccionales.

Se ha percibido también en el Derecho internacional un proceso de “debilitación de las obligaciones” debido a la existencia de cláusulas de *opting-out* o estándares diferenciados<sup>203</sup>, o, se dice, las obligaciones firmes de los tratados se “debilitan” con la inclusión de cláusulas de escape<sup>204</sup>. El razonamiento se hace extensivo a la formulación de reservas<sup>205</sup>. También Weil advertía que “[...] tous les domaines du droit international sont à l’heure actuelle envahis par la pratique de dispositions normatives à part entière par leur forme, mais dont le contenu normatif est d’une minceur extrême puisque assorti de clauses de sauvegarde, de soupapes de sûreté, d’échappatoires de toutes sortes.”<sup>206</sup>

Con la incorporación de este tipo de cláusulas los Estados se reservan un margen de libertad para no comprometer su responsabilidad pero la conclusión de un acuerdo evidencia que existe un interés cierto de hacer o no hacer en las partes que lo han concertado. Se trata de cláusulas a menudo necesarias para que el acuerdo sea adoptado; técnicas de flexibilización de las obligaciones<sup>207</sup> que faltan en pocos tratados.

Por último la expresión se ha empleado para describir acuerdos a los que les falta un mecanismo obligatorio de resolución de controversias<sup>208</sup>. Más aún, los tratados que son *de facto* no exigibles, son, por esta razón, no efectivos, y por tanto, se indica, serían “soft” con independencia de su estatus formal<sup>209</sup>.

---

<sup>200</sup> G. Abi-Saab, “Cours Général de Droit International Public”, 1987, pp. 211-2; G. Abi-Saab, “Éloge du droit assourdi: quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain”, 1993, p. 67.

<sup>201</sup> P. Weil, “Cours Général de Droit International Public”, 1992, p. 219.

<sup>202</sup> H. Thierry, “L’évolution du droit international. Cours Général de droit international public”, 1990 p. 70.

<sup>203</sup> Acerca de tratados sobre medio ambiente, C. Redgwell, “Multilateral Environmental Treaty-making”, 2000, p. 99.

<sup>204</sup> I. Seidl-Hohenveldern, 1992, p. 42.

<sup>205</sup> A. Pellet, “The Normative Dilemma. Will and Consent in International Law-Making”, 1992, p. 28.

<sup>206</sup> P. Weil, “Cours Général de Droit International Public”, 1992, p. 217.

<sup>207</sup> Acerca de la flexibilidad en los tratados, recientemente, P. J. Martín Rodríguez, *Flexibilidad y tratados internacionales*, Madrid, Tecnos, 2003.

<sup>208</sup> Como advierte, A. E. Boyle, “Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft law”, 1999, p. 902.

<sup>209</sup> Comentarios del Prof. Handl, R. De la Vega (reporter), “A Hard Look at Soft Law: a panel”, 1988; R. De la Vega (reporter), “A Hard Look at Soft Law: a panel”, 1988, p. 372. Sin embargo, este autor también nota que existen documentos que son formalmente no normativos que se han verificado muy efectivos internacionalmente y deben quedar comprendidos en el ordenamiento internacional.

Diferente sería la caracterización de *soft law* de las cláusulas de los tratados que establecen aspiraciones o declaraciones de intenciones por cuanto, estas sí, no establezcan obligaciones<sup>210</sup>. Es en relación con estas cláusulas, y en la medida en que se incluyan en un tratado, cuando podría cuestionarse su naturaleza vinculante, y, de constituir todo el contenido normativo, la naturaleza del instrumento mismo que las vehicula. Ahora bien, tampoco la expresión sería pertinente si asumimos que “law” evoca la normatividad jurídica.

A la vista de lo anterior podemos llegar a algunas conclusiones.

Los tratados o acuerdos internacionales jurídicamente vinculantes están regidos por el Derecho internacional y dar lugar a derechos y obligaciones jurídicas. La existencia de estos acuerdos se verifica a través del examen de la voluntad de las partes (expresa o implícita). El derecho se expresa, tomando la expresión del juez Baxter, en *infinitas diversidades*<sup>211</sup>, que incluyen principios (y no sólo reglas), la creación de instituciones comunes, el establecimiento de pautas de conducta, obligaciones de comportamiento y de resultado, *pactum de contrahendo*, *de negotiando* etc. Por lo demás se puede emplear una terminología no siempre precisa, dar un margen de discrecionalidad a las partes, permitir la formulación de reservas, cláusulas de salvaguardia, incorporar textos por referencia, etc. En estas circunstancias, la expresión *soft law* no nos parece pertinente. En primer lugar porque se trata de circunstancias que concurren en la mayoría, si no en todos los tratados. En segundo lugar porque tampoco son equivalentes todas las circunstancias para englobarlas sin distinción bajo un único “soft law”<sup>212</sup>. En tercer lugar porque la expresión parece denotar que el carácter obligatorio está sometido a grados (algo es *menos obligatorio que*), siendo así que se trata de obligaciones de diferente tipo. Adjetivar la obligación jurídica en estos casos puede llevar a confusión.

A nuestro modo de ver, la expresión es rechazable, además, si se entiende que el adjetivo “soft” en estos casos pone en cuestión la naturaleza jurídica de los tratados, o el carácter vinculante de algunas obligaciones, o si se trata sugerir que algunas obligaciones de los tratados son una suerte de Derecho “inadecuado”<sup>213</sup>. Desde otro punto de vista, tampoco es adecuada la expresión si se asume que sólo el fenómeno no obligatorio debe entrar en el concepto de *soft law*<sup>214</sup>.

En relación con el hecho de que la expresión *soft law* pudiera sugerir la existencia de una “normatividad variable” en el sentido de que haya normas que son “más o menos”

<sup>210</sup> Por ejemplo, las cláusulas redactadas en condicional que a veces se las considera *soft law* como ponen de manifiesto J. Sztucki, “Reflections on international 'Soft Law'”, 1990, p. 551; C. Ingelse, “Soft Law?”, 1993, p. 77.

<sup>211</sup> R. R. Baxter, “International Law in 'Her Infinite Variety'”, 1980.

<sup>212</sup> R. Ida, “Formation des normes internationales dans un monde en mutation: critique de la notion de soft law”, 1991, p. 336.

<sup>213</sup> Acerca de estos argumentos, véanse las apreciaciones de C. Ingelse, “Soft Law?”, 1993, p. 82; P. W. Birnie, “Legal Techniques of Settling Disputes: The 'Soft Settlement' Approach”, 1990, p. 183; P. Weil, “Cours Général de Droit International Public”, 1992, p. 234 o I. I. Lukashuk, “Recommendations of International Organizations in the International Normative System”, 1987, p. 38.

<sup>214</sup> En esta línea parece situarse P.-M. Dupuy, 2000, § 398 (nota 1).

obligatorias o vinculantes<sup>215</sup> o de que existan diferentes grados en la fuerza de obligar de las normas jurídicas, entendemos oportuno un breve apunte. Posiblemente, la contribución más conocida acerca de la “normatividad relativa” en Derecho internacional sea la de Weil<sup>216</sup>. Este autor criticaba ciertas tendencias del Derecho internacional que parecían establecer unas normas “más obligatorias” que otras, si bien en este punto su crítica se dirigía no ya al “soft law” sino a la distinción entre *jus cogens* y otras normas de Derecho internacional<sup>217</sup>.

Acerca de la cuestión de la gradación de la obligatoriedad de las normas jurídicas, compartimos la opinión de Klabbers de que “[...] law itself, for all its binariness, is capable of reflecting a whole spectre of subtleties and nuances; they must be explained by claiming that law itself can accommodate various shades of grey without losing its binary character.”<sup>218</sup>, añadiendo que “[o]ur binary law is well capable of handling all kinds of subtleties and sensitivities; within the binary mode, law can be more or less specific, more or less exact, more or less determinate, more or less wide in scope, more or less pressing, more or less serious, more or less far-reaching; the only thing is cannot be is more or less binding.”<sup>219</sup>.

La expresión *soft law* podría admitirse si con ella se pretenden reflejar que *materialmente* las obligaciones para las partes varían en unos casos y otros<sup>220</sup>; sin parecernos en cualquier caso la opción más feliz, sería necesario hacer las advertencias oportunas.

## II. ... ¿Y POCAS NUECES?

Del examen anterior nos parece posible concluir que el *soft law* no nace en el ordenamiento (jurídico) internacional el vacío sino relacionado con las “fuentes” reconocidas de Derecho internacional. Nos encontramos así con una expresión empleada en relación con instrumentos que inciden o tratan de incidir sobre las conductas de los sujetos y actores internacionales, que por una u otra circunstancia no encuadran en aquéllas pero para los que parece demasiado estricto negarles cualquier trazo de juridicidad y calificarlos de “no Derecho”, sobre todo en vista de su impacto en fenómenos indiscutiblemente jurídicos. O, en segundo término, la expresión se aplica al contenido de los instrumentos internacionales.

---

<sup>215</sup> J. Klabbers, 1996, p. 157.

<sup>216</sup> P. Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?”, 1983. Se trata por lo demás de una acepción diferente de la U. Fastenrath, “Relative Normativity in International Law”, 1993, como el propio Klabbers advierte, J. Klabbers, 1996, pp. 139-40 (nota 68).

<sup>217</sup> P. Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?”, 1983, p. 421; P. Weil, “Vers une normativité relative en droit international?”, 1982, p. 17. La misma línea en P. Weil, “Cours Général de Droit International Public”, 1992, esp. capítulo VII dedicado a “La crise de la normativité internationale: les normes à autorité renforcée”, p. 261 ss.

<sup>218</sup> J. Klabbers, “The Redundancy of Soft Law”, 1996, p. 180.

<sup>219</sup> *Ibid.*, p. 181.

<sup>220</sup> R. Ida, “Formation des normes internationales dans un monde en mutation: critique de la notion de soft law”, 1991, p. 336.

El análisis del *soft law* deja una cierta insatisfacción puesto que, en definitiva, el expediente terminológico no resuelve las cuestiones sustantivas sobre las que, por otro lado llama la atención. En efecto, sigue sin resultar fácil determinar en ocasiones el “umbral del Derecho” y es innegable que en la formación de normas y obligaciones internacionales participan diversos instrumentos. ¿Puede por otro lado una resolución no obligatoria abrogar una previa obligación existente? ¿Resulta jurídicamente oponible entre los que votaron a favor? ¿Deben considerarse las recomendaciones instrumentos jurídicos? ¿Cómo articular la participación de los actores no estatales en el ordenamiento jurídico internacional? ¿Pueden los Estados evitar la juridificación de los acuerdos no jurídicos a través de los principios de buena fe y *estoppel*? ¿Es razonable dar entrada al mundo jurídico a acuerdos que no lo son a través de estos principios? ¿Sobre qué base y en qué circunstancias existen acuerdos jurídicos internacionales que no despliegan la totalidad de los efectos de los tratados? ¿Cuál es el límite de las implicaciones jurídicas de los acuerdos no jurídicos? ¿Se puede evitar que los Estados redacten los tratados de una manera vaga e imprecisa o introduzcan en ellos cláusulas de diferente tipo a través de las cuales evitar la responsabilidad internacional? ¿Existen normas más o menos obligatorias? La respuesta a todos estos interrogantes parece ser *soft law*.

El *soft law* puede tener efectos perniciosos cuando la opinión pública tiene la impresión de que un asunto está siendo evaluado internacionalmente cuando no existe en realidad una voluntad clara de actuar<sup>221</sup>.

Debemos además constatar que el que parece ser el significado más extendido de *soft law* es el que se refiere a instrumentos no obligatorios. Ahora bien, ha quedado manifiesto que no hay unanimidad acerca de la expresión, y son además diferentes las perspectivas desde las que se juzga. Apuntemos pues la necesidad de definir previamente el término cuando se vaya a emplear<sup>222</sup>.

A la hora de valorar la utilidad de la expresión habremos de tener en cuenta, su capacidad de conformar una categoría jurídica a la que adscribir un determinado régimen jurídico. En este sentido no parece que se trate de un término de gran utilidad. Se trata en definitiva de una categoría descriptiva que engloba fenómenos heterogéneos donde, referido a los instrumentos internacionales, concurre un mínimo denominador, la falta de obligatoriedad jurídica, –que no siempre es un mínimo *común* puesto que en ocasiones falta la obligatoriedad (recomendaciones de organizaciones internacionales<sup>223</sup>), otras falta la juridicidad (acuerdos *no normativos*, ¿instrumentos de actores no estatales?)– y la relevancia jurídica (a su vez manifestada de diferentes maneras). Tratándose del contenido de los instrumentos, se emplea bien en relación con

<sup>221</sup> Como advierte Arangio-Ruiz, se puede convertir en este sentido en el *opio de la opinión pública*, intervención en *Change and Stability in International Law-Making*, 1988, p. 81.

<sup>222</sup> Algunos autores llaman la atención sobre la confusión que ocasiona el empleo de una misma expresión para realidades diferentes, sobre todo cuando se aplica al contenido de instrumentos jurídicamente vinculantes y a las resoluciones no obligatorias o a los acuerdos *no normativos*. En esta línea, P. Weil, “Vers une normativité relative en droit international?”, p. 9 (nota 6).

<sup>223</sup> Asumiendo que se trate de instrumentos jurídicos.

instrumentos jurídicamente vinculantes o no. En el primer caso, se trata de destacar circunstancias de los tratados que concurren, si no en todos, en la mayoría de ellos.

Por añadidura, dependiendo qué sea lo determinante para establecer el carácter de *soft law*, éste sólo se puede en ocasiones predicarse *ex post facto*. Se ha advertido igualmente que la noción aduce falta de rigor cuando la ciencia jurídica se caracteriza por su precisión y exactitud<sup>224</sup>. Finalmente, en ocasiones existen expresiones alternativas que reflejan con mayor exactitud el fenómeno referido.

Por lo que hace a la pertinencia de la expresión va a estar determinada en parte por el concepto de “Derecho” que se maneje. En efecto, llevado a sus últimas consecuencias, las discusiones en torno al *soft law* implican un debate acerca del concepto de Derecho. Así puede o no constituir una *contradictio in terminis*. Por añadidura, aún cuando, desde alguna perspectiva determinada no evidencie tal contradicción, resulta difícil emplear hoy día la expresión desvinculada de las múltiples acepciones que ha recibido, por lo cual pareciera mejor obviarla.

En ocasiones, las críticas que se hacen a la expresión traen causa de identificar el Derecho (*law*) sea con el fenómeno obligatorio, que a su vez en ocasiones se asimila a lo jurídicamente exigible, sea con el fenómeno normativo. Desde esta perspectiva el término “law” no debería emplearse ni para las recomendaciones, ni para los instrumentos no exigibles, ni para los acuerdos *no normativos*.

Por el contrario, si el fenómeno jurídico no es sólo el resultado (vinculante) de un proceso sino que se puede predicar la juridicidad de actos que participan en su elaboración, se reivindicará la “pertinencia jurídica” del *Derecho en formación*, que sería *soft law*. En el caso de las recomendaciones, la expresión puede referirse a un tipo (no obligatorio) de Derecho. ¿Dónde cifrar entonces el carácter jurídico de las recomendaciones? Quizás en que se trata del producto de la voluntad de un sujeto de Derecho internacional, en el ejercicio de competencias conferidas y de acuerdo con un procedimiento previamente establecido<sup>225</sup>. Quedaría también salvada la contradicción terminológica si el *soft law* alude a la existencia de fenómenos oponibles jurídicamente pero que *per se* no originan obligaciones jurídicas inmediatas.

En el caso del “*soft law material*”, en cuanto que referido al contenido de los acuerdos jurídicamente vinculantes, dudamos de su pertinencia por cuanto evoque distinciones entre unos tipos de obligaciones y otras, o cuando ponga en tela de juicio la juridicidad de acuerdos jurídicamente vinculantes.

El examen anterior, nos lleva, si no a excluir la expresión, a emplearla muy cautelosamente. No quiera esto entenderse como una negación de la realidad que trata de aprehender. Posiblemente su mayor virtualidad es llamar la atención sobre

---

<sup>224</sup> R. Ida, “Formation des normes internationales dans un monde en mutation: critique de la notion de soft law”, 1991, p. 340.

<sup>225</sup> Se plantearía entonces la cuestión de si existen los actos no jurídicos en el seno de las organizaciones internacionales.

fenómenos controvertidos. Ahora bien, a menudo la palabra es reveladora de algo más. Desde este punto de vista, evitemos las expresiones que *debiliten* la estructura del ordenamiento internacional, y demos la bienvenida a las que revelan la necesidad de un cambio en el mismo.