

Lecciones y Ensayos, Nro. 95, 2015

FELER, Alan M., “*Soft Law* como herramienta de adecuación del derecho internacional...”, pp. 281-303

SOFT LAW COMO HERRAMIENTA DE ADECUACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL A LAS NUEVAS COYUNTURAS*

ALAN MATÍAS FELER**

Resumen: El presente trabajo comenzará a partir del abordaje del Derecho Internacional, desde una perspectiva dinámica, imperiosa en el contexto global actual. Tras focalizarse en la idea de una normatividad graduada, el análisis se centrará en el terreno del *soft law*, destacando la necesidad de flexibilidad a nivel internacional. Previo a ello, se caracterizará al *hard law* desde la teoría de las fuentes y en la ineludible interacción con el primero. Luego, se exhibirán las principales controversias que el uso de *soft law* ha suscitado, así como también las ventajas que ha proporcionado en torno a su conveniencia. Por último, se examinarán instrumentos concernientes al Derecho Internacional del Medio Ambiente, teniendo en cuenta las características particulares que presentan –en comparación con otros– a la luz del *soft law*.

Palabras clave: derecho internacional – normatividad graduada – *hard law* – *soft law* – interacción normativa – motivaciones de los estados – derecho internacional del medio ambiente

Abstract: The following paper begins with an approach to the nature of the International Law, from a dynamic perspective, compulsory in the actual global context. After focusing on the idea of a scale of regulations, the analysis will concentrate on the land of the *soft law*, emphasizing the need for flexibility at the international level. Previous to that, *hard law* will be characterized from the

* El trabajo ha sido realizado en el marco de la asignatura “Fuentes del Derecho Internacional”, a cargo de la Prof. Claudia Gasol Varela en la Facultad de Derecho (UBA).

** Estudiante de Abogacía (UBA). El autor desea expresar su profundo agradecimiento a la Mag. Claudia G. Gasol Varela y a Natalia Pérez Marín, como así también al resto de los integrantes de la comisión, que desde sus respectivos roles han sabido acompañar y apoyar este proyecto, tanto durante como después del curso, despertando el interés y el anhelo de profundizar conocimientos.

theory of the sources of International Law and the unavoidable interaction with soft law. Subsequently, it will be exhibited the main controversies that the use of soft law has provoked, as well as the advantages that has provided, regarding its convenience. Finally, different International Environmental Law instruments will be examined, taking into account the specific features they present – in comparison with other instruments – in the light of soft law.

Key words: international law – scale of regulations – hard law – soft law – interacting rules – states incentives – international environmental law

I. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y SU VISIÓN DINÁMICA

El ordenamiento jurídico internacional está compuesto por normas que regulan las relaciones entre los diferentes sujetos internacionales. Basado en la igualdad soberana de los Estados, estos son capaces de obligarse manifestando su voluntad en forma coordinada para ello, conforme reza la máxima *par in parem not habet imperium*.

Cabe mencionar que reviste un carácter descentralizado (frente a la inexistencia de un único órgano legislador y un órgano jurisdiccional obligatorio), cuya naturaleza está dotada de una diversidad de fuentes. Por las mismas pueden entenderse, como advierte Gutiérrez Posse, “[...] tanto las razones que llevan a la adopción de una determinada norma jurídica como los procedimientos de creación de esas normas o los medios para verificar la existencia de una concreta regla positiva de derecho”.¹

En un contexto de continuas transformaciones de las relaciones internacionales, nuevos procesos de creación normativa reclaman su reconocimiento. Como ha advertido Julio Barberis, el “[...] orden internacional actual no constituye un sistema cerrado en el que existe un número determinado y limitado de modos de creación de normas jurídicas. Los miembros de la comunidad internacional pueden acordar nuevas fórmulas para crear el derecho de gentes”.²

De esta forma, negarle al derecho internacional su carácter dinámico

1. GUTIERREZ POSSE, H. D. T., *Guía para el Conocimiento de los Elementos de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, La Ley, 2010.

2. BARBERIS, J. A., *Formación del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994, p. 257.

supondría su incapacidad de adaptarse a las nuevas realidades que la sociedad internacionalmente continuamente atraviesa. Como consecuencia, devendría inevitable el ensanchamiento de la separación entre derecho y realidad.

Así lo ha reconocido la Corte Internacional de Justicia en el Caso “Barcelona Traction”,³ al determinar que la existencia de la ley está subordinada al motivo de la misma, consagrando el principio *cessante ratione legis cessat ipsa lex*.

Contribuye a esta visión la óptica sistémica para examinar al ordenamiento jurídico internacional. Según la misma, las normas que lo conforman se encuentran en permanente interacción entre sí, ya sea a través del complemento, modificación, derogación o, asimismo, sirviendo como pautas de interpretación de otras reglas. De este modo, conforman un sistema interrelacionado, que se opone a la idea de conjunto normativo.

Tras estos postulados iniciales, debe consignarse que la hipótesis que sustenta este trabajo es que en el estado actual de la comunidad internacional, es posible construir un vínculo entre la concepción de *soft law* y la teoría de las fuentes del Derecho Internacional. Ello, sobre la base de la participación que la primera tiene en el proceso de creación de normas convencionales y consuetudinarias de Derecho Internacional, sin que ello implique erigirla como fuente. Si bien el *soft law* tiene incidencia en la aplicación de la norma, tanto sus rasgos distintivos como su funcionalidad deben ser estudiados en el ámbito de creación de la norma. Ello se exhibirá con claridad en el carácter de algunos de los instrumentos de Derecho Internacional del Medio Ambiente.

II. LA NORMA DE DERECHO INTERNACIONAL Y LA NORMATIVIDAD GRADUADA

Difícilmente pueda encontrarse en algún documento de derecho internacional una enumeración taxativa de las normas que conforman el ordenamiento. Dicha idea sería contraria a la concepción dinámica que este trabajo sostiene.

3. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Caso relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited” (Bélgica c. España), 5 de febrero de 1970.

El renombrado art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁴ tal vez ofrezca, desde la práctica, una aproximación hacia aquellas normas de derecho internacional que son aceptadas como tales por la comunidad internacional. Empero, la teoría de las fuentes del Derecho Internacional ha reconocido, a rasgos generales, tres teorías principales sobre la creación de la norma. En primer lugar, Hans Kelsen sostuvo el ordenamiento jurídico internacional está estructurado jerárquicamente, siendo la norma de carácter superior la que da lugar a la creación de normas inferiores. A su vez, erige a la costumbre como la primera fuente de todo el ordenamiento. Por su parte, Hart afirma que "[...] la validez de las normas internacionales se decide simplemente por la circunstancia de 'si son aceptadas y funcionan como tales'".⁵ A partir de ello, concluye que el derecho internacional no tiene fuentes. En otro orden de ideas, se sigue de la tesis de Roberto Ago que el sistema de normas de Derecho Internacional se encuentra creado por procesos formales y también espontáneos, sin que su expresión escrita sea un elemento constitutivo de la norma. El autor del presente trabajo encuentra en esta última formulación, una conciliación armónica entre la teoría y la práctica del Derecho Internacional.

De este modo, la espontaneidad en el desarrollo normativo permite que el orden jurídico internacional se componga de cauces cada vez más diversificados. Por lo tanto, no cabría restringirle el carácter de normas vigentes a aquellas no enumeradas en el estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Es así que, en vista de la existencia de diferentes normas en el plano internacional, ha surgido la concepción de la normatividad graduada en función de la obligatoriedad de estas, independientemente de su forma de creación. De conformidad con la misma, existirían grados de obligatoriedad en la norma. En dicha escala progresiva, se encuentran ubicados de menor a mayor nivel de exigencia: *non-law*, *soft law*, *hard law* e *ius cogens*. En tanto el primero signa el terreno de lo no jurídico (asimilando este último término a lo no obligatorio) y se evidencia en cuestiones tales como el intercambio de notas reversales; la última categoría está compuesta por aquellas reglas que son inmodificables e inderogables por la importancia que el valor tutelado reviste para la comunidad interna-

4. Órgano previsto en la Carta las Naciones Unidas, 1945.

5. BARBERIS, *ob. cit.*

cional. Las clases intermedias serán analizadas en profundidad en el presente trabajo.

Cabe mencionar la existencia de doctrina que se ha expresado en contrario a lo explicado *ut supra*. Tal es el caso de Jan Klabbers, quien sostiene que “[...] en todo orden jurídico existen algunas normas más importantes que otras, más o menos precisas pero nunca más o menos obligatorias (traducción del subscrito)”.⁶ Dicha postura no es compartida por el autor de este trabajo, por los fundamentos que se mencionarán a continuación.

III. HARD LAW

III.A. Carácter

Tradicionalmente, se utiliza el término *hard law* o simplemente *law*, para referirse a aquellas normas dispositivas del Derecho Internacional. Dan lugar a derechos y obligaciones exigibles a las partes involucradas en la misma, según el alcance de sus términos. Su nota distintiva es que la obligatoriedad de las mismas no se encuentra discutida.

Del Toro Huerta define el término como “instrumentos o prácticas generales con carácter obligatorio cuyo incumplimiento puede ser exigido por las vías instituciones de solución de conflictos y derivar en la responsabilidad internacional del Estado”.⁷

En opinión del autor del trabajo, es dable mencionar otro elemento que caracteriza a la norma de *hard law* como tal: su proceso de formación. Este se encuentra regido por pautas claras que intentan reducir el margen discrecionalidad a la hora de intentar calificar a una norma como tal.

A modo de ejemplo, tanto las normas convencionales como las consuetudinarias presentan reglas propias de creación. En tanto las primeras encuentran su procedimiento establecido en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969),⁸ las segundas están dadas a partir de ele-

6. KLABBERS, J., “The redundancy of soft law”, en *Nordic Journal of International Law*, 1996, vol. LXV, N° 2, pág. 181.

7. DEL TORO HUERTA, M. I., “El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2006, vol. VI, p. 528.

8. Debe considerarse que la citada Convención ha tenido por función sistematizar y codificar normas consuetudinarias.

mentos constitutivos como lo son la práctica y la *opinio iuris*. Lo señalado ha sido expuesto por la Corte Internacional de Justicia en el “Caso Relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua”,⁹ y en el “Caso relativo al Derecho de Paso por Territorio Indio”.¹⁰

III.B. Conveniencia de su utilización: arma de doble filo

Sin dudas, la norma de *hard law* constituye un medio seguro para las relaciones entre los sujetos de derecho internacional, al proveer un marco de previsibilidad en las expectativas de las partes involucradas, así como también en terceros. Al establecer derechos y obligaciones, otorga cierto nivel de certeza sobre las conductas futuras y demuestra compromiso entre los sujetos, con relación al ámbito material de aplicación.

Asimismo, provee mecanismos para asegurar su cumplimiento, así como vías admisibles para reclamar en caso de un eventual incumplimiento.

Sin embargo, en todo acuerdo internacional, los beneficios que supone su efectividad deben contrastarse con los costos que incurrir en conductas violatorias conlleva para los sujetos. Según parte de la doctrina anglosajona, la ley internacional funciona porque existen sanciones asociadas a su violación, que están ligadas a las Tres “R”: reputación, represalias y reciprocidad.¹¹

En opinión del autor del presente trabajo, si bien no debe estimarse que los acuerdos internacionales sean efectivos únicamente por el temor a la sanción, esta sí constituye un fundamento a tener en cuenta para analizar las conductas de los sujetos.

Pese a su coercitividad, la exigibilidad de las normas internacionales de *hard law* ante instancias jurisdiccionales encuentra problemas que cuestionan precisamente su naturaleza *hard*.

9. CIJ, “Caso Relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua” (Nicaragua c. los Estados Unidos de América), 27 de junio de 1986.

10. CIJ, “Caso relativo al Derecho de Paso por Territorio Indio” (Portugal c. India), 12 de abril de 1960.

11. GUZMAN, A. T. y MEYER, T. L., “International Soft Law”, en *Journal of Legal Analysis*, Forthcoming, 2010.vol. II, N° I, p. 20, explican que “To the extent international agreements are effective, however, it must be because they make it costly for states to engage in violative conduct. Put differently, if international law works it must be because there are sanctions associated with violating that law. Those sanctions correspond to the ‘Three Rs of Compliance:’ reputation, retaliation, and reciprocity”.

IV. ¿SOFT LAW COMO FUENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL?

IV.A. Flexibilidad como necesidad

La evolución del derecho internacional en contextos de permanente cambio impone, en determinadas circunstancias, cierta necesidad de flexibilidad. Así lo ha sostenido Timothy Meyer, estableciendo que existe una amplia gama de mecanismos que le permiten a los Estados aumentar la flexibilidad en sus acuerdos, tales como las cláusulas de escape, renegociaciones planeadas y *soft law*.¹²

A modo ilustrativo, las primeras se definen como un camino legal que habilitaría al Estado a abandonar el tratado, frente a presiones domésticas que lo llevarían a una violación del mismo. Por su parte y a pesar de su factibilidad, las renegociaciones planeadas permiten enfrentar incertidumbres futuras con relación a los efectos de un determinado documento, reduciendo los costos de su enmienda. Tal es el caso del Tratado Antártico.

Cabe hacer una mención especial a las reservas de los tratados. Al facultar a los Estados a no ceñirse en forma íntegra por el texto de un acuerdo, brindan un margen de elasticidad.¹³ Empero, su flexibilidad está mayormente relacionada con la distribución inicial de sus preceptos coercitivos, que con la eficiencia subsecuente de esas obligaciones.

12. MEYER, T. L., “Soft Law as delegation”, en *Fordham International Law Journal*, 2009, vol. XXXII, p. 11 sostiene que “States have at their disposal a variety of ways in which to increase the flexibility of international agreements, as well as tools to increase the credibility of their substantive commitments. Examples of the former include escape clauses, (...) planned renegotiation, and soft law”.

13. A tal respecto, cabe recordar lo dispuesto por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), sobre las reservas a los tratados: “Artículo 19. Formulación de reservas. Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos: a) Que la reserva esté prohibida por el tratado; b) Que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o c) Que, en los casos no previstos en los apartados a y b, la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado. Asimismo, a los fines ampliatorios acerca de la temática, se recomienda consultar la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en su 63° período de sesiones (2011).

IV.B. Origen del concepto: hacia una noción amplia

Como señala Mazuelos Bellido, el término *soft law*, acuñado por Lord McNair, desde su origen ha sido interpretado de forma diversa. En sus inicios, el concepto se refería a principios abstractos cuya operatividad era dada a partir de su aplicación judicial. Entonces, no parecería que su aplicación hubiera sido la de distinguir “entre el derecho y el ‘no derecho’, ni entre instrumentos vinculantes y los simplemente recomendatorios, ni entre instrumentos jurídicos y no jurídicos”.¹⁴

En otras palabras, podría decirse que su funcionalidad no apuntaba primordialmente a describir una coyuntura propia del Derecho Internacional.

Julio Barberis, célebre doctrinario argentino en la materia, enumera en su obra los usos más comunes que la comunidad internacional le ha dado a la expresión *soft law*, a saber: “[...] normas que se encuentran en proceso de formación y aun no han adquirido validez jurídica. [...] normas jurídicas de contenido vago o difuso en las que resulta difícil precisar si sus disposiciones han sido o no cumplidas debidamente. [...] normas que se hallan en resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, [...] en los acuerdos políticos entre los gobiernos [...]”¹⁵ No obstante, tras efectuar la enunciación, critica estas acepciones, por diversas razones. Con respecto a la primera, afirma que la distinción no es novedad dado que ya existen las categorías de *lex data* y *lex ferenda*. Entonces, mediante este empleo se estaría intentando atribuirle valor a normas que aún no son tales, lo que no es admitido en la práctica. Sobre la segunda, plantea que la obligatoriedad de las normas es igual para cualquiera de ellas, independientemente del lenguaje en que hayan sido formuladas. Ello, a pesar de que pueda resultar más dificultosa la comprobación acerca de su incumplimiento. Por último, en lo relativo al tercer uso descrito por Barberis, el autor sostiene que parte de la comunidad internacional ha construido la noción de un orden jurídico intermedio, compuesto por normas pertenecientes a un derecho “blando”. A su juicio, dicha noción debe ser tachada de irrazonable, pudiendo esas normas formar parte de otro orden normativo pero ciertamente no jurídico.

14. MAZUELOS BELLIDO, A., “Soft Law: ¿mucho ruido y pocas nueces”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2004, N° VIII, p. 2.

15. BARBERIS, *ob. cit.*, pp. 282-288.

En la actualidad, diferentes doctrinarios han acuñado las acepciones de *soft law* que enumeró Barberis, no obstante la crítica efectuada por el mismo y su posterior conclusión, en la que afirma que “El *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”.¹⁶

Por su parte, Meyer afirma que la nota distintiva entre *hard law* y *soft law* es que la segunda puede crear obligaciones del tipo de la primera en otros sistemas legales distintos al internacional, tales como el doméstico. Al mismo tiempo, el *soft law* afecta el modo en que las obligaciones de tipo *hard* son interpretadas o implementadas. Excluye de su definición a los acuerdos políticos.¹⁷

Por el contrario, Del Toro Huerta amplía la esfera de alcance del término, sosteniendo que se trata de un término utilizado por la doctrina, que “[...] busca describir la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante aunque no carentes de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica”.¹⁸

La tarea de colmar de significado único al concepto no está libre de obstáculos, dada la proliferación de documentos internacionales que podrían conformar ejemplos de *soft law*. Empero, la opinión del autor resulta más aproximada a la de Del Toro Huerta, por tratarse de aquella que engloba bajo su órbita una variada gama de documentos internacionales, lo que ulteriormente redundaría en la diversificación de los pilares que componen al Derecho Internacional, dotándolo del dinamismo necesario que su propósito requiere.

IV.C. Conflicto en la ausencia de consecuencia jurídica. ¿Intrascendencia para el Derecho Internacional?

En la medida en que sea aplicada la estructura tradicional de la norma jurídica (esto es: un supuesto de hecho que origina la consecuencia

16. *Ibid.*, p. 287.

17. MEYER, *ob. cit.*, p. 18, propone “(...) this article offers a new definition of soft law: those agreements that are not themselves legally binding, but are given the force of law through either domestic law or other international agreements. This definition thus excludes non-binding agreements that are purely hortatory, as well as purely political agreements”.

18. DEL TORO HUERTA, *ob. cit.*, p. 519.

jurídica), cabe considerar cuál sería la consecuencia jurídica frente al incumplimiento de una norma de *soft law*. Si se pretende asimilar lo jurídico a lo obligatorio, la consecuencia es la negación del carácter jurídico a la consecuencia.

Con todo, la ausencia de fuerza vinculante en la norma de *soft law* no conlleva a que la misma esté exenta de relevancia jurídica, especialmente en los procesos de creación de la norma. Ello, atento su influencia en otros niveles del ordenamiento jurídico internacional, tales como la proyección de comportamientos deseables o el puntapié inicial para lo que eventualmente se transformará en una norma de *hard law*; así como también en el marco de pautas interpretativas. Téngase en consideración que estos puntos serán desarrollados *ut infra*.

Además, se ha dicho que la idea de una normatividad graduada puede devenir en “[...] un fenómeno patológico que amenace la naturaleza positiva del derecho internacional”.¹⁹ A pesar de ello, en este campo debe señalarse que la teoría dista de la realidad. Es decir, si bien el debate está presente en la doctrina, se ha evidenciado que los Estados, en la práctica, no han tenido mayores dificultades en reconocer la diferencia entre normas jurídicas y aquellas que no resultan exigibles.

En virtud de lo expuesto, el autor del presente trabajo no concuerda con lo propuesto por Del Toro Huerta, quien sostiene que “[...] la relativización de la normativa internacional puede derivar también en la relativización de los derechos y obligaciones internacionales, lo que supone un evidente riesgo de minimizar las obligaciones internacionales y difuminar los sujetos obligados”.²⁰

En conclusión, para intentar un abordaje desde las fuentes del Derecho Internacional, es menester no plantear la discusión en términos binarios entre *soft law* y *hard law*. Verlos como opuestos conllevaría una visión reduccionista, centrada exclusivamente en los procesos formales de creación de las normas, lo que tendría por resultado una concepción estática del Derecho Internacional, contraria a la que este trabajo propone.

19. *Ibid.*, p. 520.

20. *Ibid.*

IV.D. Sujetos activos no estatales en la producción de *soft law*

Como ha sido señalado por Barberis, uno de los usos de *soft law* apunta a resoluciones de carácter recomendatorio, emanadas de organismos internacionales. Es menester aclarar que no toda norma originada en el seno de estas organizaciones conlleva ese carácter, por lo que se trata de una especie dentro del género. Ello, debido a la existencia de resoluciones que sí resultan obligatorias para los Estados que las integran, tales como las emitidas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Habiendo asumido el rol preponderante que poseen los sujetos de Derecho Internacional en la producción de *soft law*, resta indicar la participación de aquellos actores de las relaciones internacionales, que no ostentan el carácter de sujetos. Este conjunto lo conforman, según Chicharro, “[...] entidades que no poseen subjetividad jurídica internacional, aunque sí son capaces de influir en las relaciones que tienen lugar más allá de las fronteras estatales”.²¹ A modo ilustrativo, pueden mencionarse: empresas multinacionales y Organizaciones No Gubernamentales. Su práctica y discurso, expresados predominantemente en términos *soft law*, en muchas oportunidades representa un incentivo para que los Estados adopten legislación interna acorde o se vean en la necesidad de concertar un tratado. De este modo, influyen en el desarrollo del Derecho Internacional, por medio del comportamiento que estimulan en los sujetos.

V. INTERACCIÓN ENTRE *HARD LAW* Y *SOFT LAW*

V.A. *Soft law* material

Esta especie dentro género *soft law*, descrita por Barberis en la segunda acepción que efectúa sobre el término (no obstante su desacuerdo), refiere a algunos contenidos de los tratados que están redactados con términos vagos o indeterminados o tienen por objeto “[...] establecer obligaciones de carácter programático o declaraciones generales y, por lo tanto,

21. CHICHARRO, A., “El carácter de *soft law* de los instrumentos internacionales sobre desarrollo sostenible”, en *I Congreso Internacional de Estudios del Desarrollo, Red Española de Estudios del Desarrollo* (REEDES), 14 al 16 de noviembre de 2012, p. 14.

tener un contenido materialmente *soft* que no establezca obligaciones para las partes”.²²

La polémica en torno a estas expresiones se genera en virtud de tratarse de un instrumento esencialmente coercitivo pero cuyos efectos vinculantes están en discusión. Por causa de esto, la opinión del autor estima que se trata de una categoría intermedia, entre la norma de *hard law* con obligaciones operativas y el instrumento puramente *soft*. El grado de cumplimiento de los preceptos de *soft law* material se encontraría, en principio, sujeto a la discrecionalidad de los Estados. Pero en caso de un incumplimiento notorio, le será exigible por los medios estipulados en el tratado, ya sea por la contraparte o por el órgano designado para ello.

A los fines metodológicos, la investigación a continuación se centrará en los instrumentos internacionales de *soft law*, excluyendo de ese modo lo relativo a la faz material.

V.B. Proyección de comportamientos deseables: cristalización en futuras normas *hard law*

Un acuerdo de *soft law*, si bien no es obligatorio, demuestra el compromiso de los Estados con respecto a una causa determinada. En ese sentido, denota una intención incipiente de orientar los esfuerzos hacia el logro de determinados objetivos, a través de expectativas comunes de conducta.²³

Lo indicado encuentra su fundamento en los principios generales de derecho, tal como lo es el de buena fe, lo que explica la utilidad y cumplimiento de estos acuerdos.

En relación a las fuentes del Derecho Internacional, en opinión del autor, resulta necesario reconocerle al *soft law* su participación como antecedente. Consecuentemente, obligaciones que inicialmente no eran exigibles, acaban transformándose en la base de tratados futuros. Además, ocasionalmente el *soft law* refleja el estado del desarrollo de normas consuetudinarias, al permitir inferir con cierto grado de certeza, el

22. DEL TORO HUERTA, *ob. cit.*, p. 536.

23. DUPUY, P. M., “Soft Law and the International Law of the Environment”, en *Michigan Journal of International Law*, 1991, vol. XII:CDXX, p.428, afirma que “(...) ‘soft law’ creates and delineates goals to be achieved in the future rather than actual duties, programs rather than prescriptions, guidelines rather than strict obligations”.

sentido y propósito de preceptos que no estaban escritos. Entonces, es evidente que estas obligaciones morales pueden llegar a convertirse en verdaderas normas jurídicas.

Por otra parte, si se logra que los Estados se obliguen a algunos mínimos estándares por medio de la concertación de acuerdos de tipo *hard*, estaría elaborando un piso de derechos y obligaciones en forma conjunta, sobre el que es aplicable el principio de no regresividad. En este sentido, una vez plasmadas determinadas bases comunes, los acuerdos de tipo *soft law* podrán ser empleados para aportar las metas futuras a ser alcanzadas, a través de textos con cláusulas no forzosas, que apunten el camino a seguir (estándares máximos) pero no de manera imperativa.

V.C. Motivaciones de los Estados para inclinarse por *soft law*: razones políticas y dimensiones de poder

Podría comenzarse el presente apartado a partir del siguiente interrogante: ¿Por qué las partes cooperarían y negociarían para llegar a un pacto por el que no se quieren obligar?

En primer lugar, frente a la dificultad que supone alcanzar un acuerdo que satisfaga a las partes, es preferible lograr un entendimiento en términos no obligatorios que abandonar la discusión con las manos vacías. Ello se hace más evidente en tratados multilaterales.

La observancia de las normas está mayormente motivada por el interés propio de los Estados en asegurarse un mundo estable, en el que les sea más fácil perseguir sus metas políticas y económicas. Ello se manifiesta en el anhelo por mantener patrones de comportamiento predecibles, que en definitiva contribuye más al nacimiento de obligaciones que la posibilidad de sanciones.

Siguiendo dicho razonamiento y a pesar de que el compromiso de *soft law* quede en el terreno de los pactos políticos, que el Estado participe en su creación hace conjeturar que lo respetará a pesar de la falta de obligatoriedad del mismo. A ello se agrega que si el Estado no respetara el contenido del acuerdo, su reputación se verá afectada, disminuyendo el nivel de confiabilidad en sus compromisos futuros.

Por otro lado, el instrumento de *soft law* resulta óptimo cuando, para un mismo ámbito material, los beneficios marginales en términos de credibilidad entre *soft law* y *hard law* son modestos. Ello, en virtud de los costos y sanciones que la violación del segundo traería aparejados.

En otro orden de cosas, empero formalmente se sostenga la igualdad soberana entre los Estados en el orden jurídico internacional, en la práctica son indiscutibles las asimetrías de poder e influencias entre estos. En virtud de ello, cabe analizar si la importancia que ostenta un Estado influye en su decisión de optar por un acuerdo *soft law* o *hard law*.

El nivel de poder del Estado juega un rol preponderante en el diseño de la formación e implementación de obligaciones internacionales. Piénsese, verbigracia, en los tratados de paz. Constituyen suerte de contratos de adhesión en los que la parte poderosa es aquella que se ha fortalecido tras el conflicto armado y ofrece a la débil una oferta que, dada su situación, difícilmente pueda rechazar.

Lo apuntado cobra una mayor relevancia a la luz de las “*unilateral amendments*”,²⁴ construcción teórica de Meyer y Guzmán para referirse a una nueva interpretación sobre una regla existente; o un viraje en la conducta considerada de conformidad con un acuerdo legal existente, ambos efectuados por el Estado. La posibilidad de realizarlas es mayormente aceptada en los acuerdos *soft law*. Considérese un instrumento bilateral de *soft law* entre un Estado poderoso y uno débil. Si bien ambos pueden efectuar una *unilateral amendment*, el primero conseguiría hacerlo con mayor facilidad si deseara aproximar el acuerdo hacia terrenos que le resulten más favorables. Ello, sin que su reputación se vea comprometida en el ámbito internacional, puesto que su poderío seguirá siendo determinante para que otros Estados continúen coordinando sus conductas con él.

Sin embargo, si la *amendment* fuese promovida por el Estado débil, sería fácil de suponer que ello será tenido en cuenta por otros Estados a la hora de negociar con este, viendo mermada su confiabilidad en la comunidad internacional. Debe señalarse que en los tratados, la enmienda constituye un proceso conjunto, jamás unilateral. Entonces, debe seguirse que siempre que existan asimetrías de poder, los Estados débiles se inclinarán por acuerdos obligatorios, cuyas reglas estén claras y donde sea menor el margen de maniobrabilidad para que el poderoso logre una *unilateral amendment* que lo favorezca. En cambio, el último optará por un instru-

24. Si bien la traducción exacta es enmiendas unilaterales, se preferirá en este trabajo la expresión en inglés, dada la confusión que podría conllevar su uso en español, atento la definición de enmiendas de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), arts. 39 y ss.

mento de *soft law* por el nivel de discrecionalidad que su influencia y poder le concede.²⁵

En conclusión, la reputación internacional constituye una de las razones que llevan a los Estados a optar por *hard law* o *soft law*. Sin embargo, la afectación de la reputación en caso de incumplimiento repercute diferente según la importancia del Estado de que se trate.

V.D. La discrecionalidad en el nivel de cooperación y compromiso: incertidumbre sobre cumplimientos futuros

Entre las razones que llevan a los Estados a adoptar acuerdos de tipo *soft law*, la incertidumbre sobre la eficiencia futura de las normas ocupa un lugar primordial. A mayor imprevisibilidad en el devenir de los acontecimientos, el riesgo de violar un acuerdo *hard law* se acrecenta, por lo que el costo de una eventual violación debe considerarse al momento de suscribir un instrumento de ese tipo. Por ello, si la duda es alta, los Estados se inclinarán por instrumentos susceptibles de ser modificados con facilidad.²⁶ De todos modos, deben distinguirse las dudas sobre la futura eficiencia de normas de la incertidumbre de la incertidumbre sobre el deseo de una parte de cumplir.

No debe olvidarse que donde una amplia gama de conductas pueden apreciarse como cumplimiento de un acuerdo, el contenido de las obligaciones se vuelve impreciso y pantanoso.

Frente a esta cuestión, el valor de la flexibilidad vuelve a ser foco de debates entre quienes sostienen que disminuye el mérito del acuerdo y quienes, como Meyer, afirman que realza la eficiencia a través del tiempo, manteniendo constantes los niveles esperados de cumplimiento, al permitir el ajuste de las normas y expectativas.

La posición del autor del trabajo es coincidente con la segunda. Si bien es cierto que con el *soft law* los Estados tienen mayor discrecionalidad so-

25. MEYER, *ob. cit.*, p. 19, describe esta situación “(...) where a single state or group of states enjoys a comparative advantage in setting legal rules and can act as a focal point for reCOORDINATING legal expectations under a soft law regime”.

26. MEYER, *ob. cit.*, p. 21, propone “If uncertainty about the future efficiency of legal rules is sufficiently high, state will wish to create legal rules that are easier to modify. States effectively trade a less credible commitment today for the benefits of being unable to get out from under inefficient legal rules tomorrow”.

bre el nivel de profundidad de su compromiso, no por ello los acuerdos de este tipo dejan de ser un horizonte a ser alcanzado.

V.E. Interpretación, complemento y modificación

Asimismo, cabría concederle una función interpretativa a los instrumentos de *soft law*, como una herramienta de utilidad en la función jurisdiccional a la hora de analizar *hard law*. Ello, dada su capacidad de clarificar normas internacionales al reflejar el consenso de los actores involucrados.²⁷

En otro orden de ideas, una de las funciones del *soft law* está dada por el estímulo hacia los Estados para que adopten legislación interna. Así lo ha entendido Dupuy, quien afirma que los Estados prefieren definir, por común acuerdo, programas de acción que los inviten a adoptar material adecuado y medidas regulatorias, comenzando en el nivel nacional.

V.F. Economizar recursos estatales

Merecen ser destacados los beneficios que los acuerdos de tipo *soft law* generan en el terreno de las formalidades estatales. No solo provee de mecanismos ágiles y dúctiles con requisitos modestos, sino que además permite el ahorro de procesos complejos e intrincados, tanto en las etapas de celebración como de aplicación. Además, debe señalarse que los costos de renegociación de *soft law* son significativamente menores a los de tratados, lo que dota a la primera categoría de una mayor eficiencia.

A diferencia de un tratado internacional, un acuerdo no obligatorio no precisa de exhibición de plenos poderes, ni de métodos de autenticación del texto. Por otra parte, elimina los esfuerzos diplomáticos o procesos judiciales hasta lograr su efectivo cumplimiento, como así también las instancias burocráticas y formalidades que conllevan el reconocimiento de responsabilidad internacional.

27. En tal sentido, puede mencionarse un ejemplo que ilustra con claridad lo expuesto: la Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

VI. *SOFT LAW* Y SU APOORTE A LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DESARROLLO SUSTENTABLE

Los ámbitos materiales con mayor presencia de documentos *soft law* se caracterizan por tratarse de temas nuevos o sensibles para la comunidad internacional en los cuales es difícil llegar a un acuerdo general con carácter obligatorio entre los Estados. Muestras de lo dicho pueden encontrarse en lo relativo al Derecho Internacional del Desarrollo, Medio Ambiente y Proliferación Nuclear, entre otros. Además, su presencia es clara en áreas cuyo plexo de derechos se encuentra subordinado a una alta disponibilidad de recursos económicos para satisfacerlos. Por consiguiente, no debería asombrar que en los próximos años se desarrollen instrumentos *soft law* en materia de nuevas tecnologías y el conflicto relacionado a la libertad de información frente al derecho a la privacidad.

Centrando el análisis en el derecho al desarrollo sostenible, es menester aportar una definición del mismo: es aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias. En ese sentido, el objeto consiste en la protección y el cuidado del medio ambiente en combinación con la máxima eficiencia de recursos, frente al deterioro creciente a causa de la contaminación, los desastres y el cambio climático.

Existen una variedad de fundamentos que justifican la ligazón entre los rasgos descritos en este trabajo sobre *soft law* y el Derecho Internacional del Medio Ambiente. En primer lugar, se trata de una vertiente relativamente nueva en el desarrollo de los derechos humanos, por lo que la asunción de compromisos por parte de los Estados no está exenta de riesgos. Por consiguiente, será preferible para ellos efectuar acuerdos no vinculantes que reflejen cuáles son los comportamientos deseables en materia de protección medioambiental, antes que concretar obligaciones cuyo cumplimiento no pueden asegurar.²⁸

Es oportuno señalar que la cuestión medioambiental escapa con cierta frecuencia al control estatal. Ello se fundamenta en la presencia de poderosas empresas multinacionales con intereses supra estatales, que en aras a maximizar sus ganancias, se desenvuelven con indiferencia en relación al deterioro que producen en el medio ambiente. De manera que si resulta

28. Ver párrafo V.D. del presente trabajo.

escaso el control ejercido por los Estados, la voluntad de obligarse con respecto a sucesos que no pueden manejar del todo, será menor.

En segundo lugar, la fijación de estándares de comportamiento esperables en un Estado diligente configura un común denominador entre los acuerdos *soft law* sobre medio ambiente (ver *supra* 2.4.2). Sin embargo, suscita controversias la cuestión de su falta de obligatoriedad, lo que tiene por efecto la falta de tutela judicial o arbitral efectiva para ser reclamados. A su vez, el carácter de principios o proclamas le brindan una amplia maniobrabilidad al Estado para que este determine por sí mismo en qué medida ha cumplido con lo preceptuado (ver *supra* 2.4.4.). Sobre ello puede sostenerse, como lo hace Dupuy, que los Estados no parecen estar muy interesados en establecer disputas en esta área, confiándole la resolución de la misma a terceros. Ello, atento a que el Estado víctima de contaminación transfronteriza de hoy, puede convertirse en el contaminador de mañana.

Pese a todo, estos estándares sí pueden ser considerados por jueces locales para interpretar otras obligaciones.²⁹ Asimismo, si se examina la situación de la Argentina, que con la reforma constitucional de 1994 ha consagrado el derecho a gozar de un ambiente sano, resulta innegable el rol del *soft law* en la producción de legislación interna.³⁰

En tercer lugar, la repetición juega un papel trascendental en el proceso de construcción de instrumentos legales *soft* de esta materia. Esta consiste en la reiteración constante de ciertos principios tales como el de información y consulta, así como también el de no discriminación. El primero apunta a que los Estados, antes de involucrarse en actividades o iniciativas que puedan causar contaminación transfronteriza, deben informarse y consultarse entre sí, para que estos puedan tomar en consideración las manifestaciones hechas por otros. El segundo principio incita a los Estados a no diferenciar entre su propio medio ambiente y el de otros, en vista a la sanción de normas relativas al cuidado de los mismos. Estos postulados están enunciados en diferentes instrumentos de carácter recomendatorio, tanto en ámbitos regionales como internacionales, a los que se referirá *ut infra*. La frecuente aparición de estas directrices, sin dudas relevantes ju-

29. DUPUY, *ob. cit.*, p. 431, con claridad establece: “States do not appear to be very keen on setting disputes in this area by entrusting them to independent third parties. (...) a country victimized by transboundary pollution today could very well end up being the polluter of tomorrow”.

30. Ver párrafo V.E.

rídicamente, tiene por efecto la asimilación a largo plazo, por parte de los Estados, de estas conductas como obligatorias. Por esta razón, estos principios se cristalizan lentamente en futuras normas *hard law*, tanto en tratados como en el elemento de *opinio iuris* de la norma consuetudinaria. En resumen, el *soft law* establece cuál es el piso mínimo, para que a través del fenómeno de la repetición, los Estados se muevan progresivamente hacia estándares más altos de protección.

VI.A. Instrumentos de *soft law* de Derecho Internacional del Medio Ambiente

A la hora de referirse a esta clase de documentos, no puede faltar la mención de la Declaración de Estocolmo de 1972, adoptada en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas en el Medio Ambiente. En palabras de Dupuy, constituye el programa normativo para la comunidad mundial en este campo. Si bien no es obligatoria, ha influenciado la conducta subsiguiente de los Estados, determinando sus derechos y obligaciones.

A partir de la Declaración mencionada, se han sucedido diferentes instrumentos que con carácter de proclama, han expresado los deseos de los Estados en vistas al desarrollo ambiental. Como ejemplos de ello deben destacarse la Declaración de Bergen sobre Desarrollo Sustentable de 1990, que estableció compromisos a largo plazo con respecto a la disminución en la emisión de gases; y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, que actualizó los principios elaborados en Estocolmo. A nivel regional, pueden señalarse algunos compromisos asumidos en la reciente III Cumbre de jefas y jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños, celebrada el 28 y 29 de Enero de 2015 en Belén, Costa Rica.

Por otro lado, desde el lugar que ocupan las organizaciones internacionales, el *soft law* ha representado una herramienta vital que les permitió efectuar sus aportes. A través de sus proclamas carecientes de fuerza coercitiva pero con efecto declarativo y/o recomendatorio, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha emitido diversas resoluciones. Ejemplo de ello constituyen la 3129/XXVIII, referida a Cooperación en el campo del medio ambiente en materia de recursos naturales compartidos por dos o más Estados; la resolución 38/165, relativa a la Cooperación internacional en lo relativo al medio ambiente y, por último, la 38/161, que hace referencia al Proceso de elaboración de la perspectiva ambiental hasta el Año 2000

y más adelante. Sin dudas, del análisis de la última se puede concluir que a todas luces resulta una proyección de comportamientos deseables, rasgo propio del *soft law*.

Muchas de estas resoluciones, y otras que no se han nombrado, encuentran su base en la actividad desplegada por el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente³¹, órgano de la Asamblea General dedicado a la promoción de leyes regionales y universales sobre medio ambiente.

A nivel regional europeo, la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo³² ha adoptado una serie de recomendaciones que pretenden continuar con el rumbo delineado por la Declaración de Estocolmo.

Por último, merecen ser mencionadas las Organizaciones No Gubernamentales como entidades que interactúan en la comunidad internacional, cuyo accionar también puede condensarse en instrumentos *soft law*.

VII. CONCLUSIONES Y REFLEXIÓN FINAL DEL AUTOR

A partir de la exploración de la palabra de reconocidos doctrinarios, en conjunto con el análisis propio del autor acerca de ellas, se ha procurado construir una concepción de *soft law* que intenta alejarse de quienes lo juzgan y estigmatizan por su falta de obligatoriedad.

Habiendo caracterizado a la norma *hard law*, se intentó demostrar que el hecho de que sea la utilizada con mayor reiteración no la convierte automáticamente en la más conveniente para toda ocasión. A continuación, se buscó definir al *soft law* por lo que aporta y seguirá aportando del Derecho Internacional, en lugar de explicarlo por oposición a la primera. En este sentido, se ha exhibido el innegable rol que desempeña el proceso de creación de la norma internacional, ya sea como antecedente de la misma, como proyección de comportamientos deseables o proposición de objetivos comunes a ser alcanzados, entre otros. Todo ello, sin perjuicio de afirmar el *soft law* no constituye, en sí misma, fuente del Derecho Internacional.

De este modo, de imaginarse al ordenamiento jurídico internacional como una máquina en constante movimiento, debe entenderse al *soft law*

31. En inglés se lo conoce como UNEP (United Nations Environmental Programme).

32. OECD, por sus siglas en inglés (Organization for Economic Cooperation and Development).

como un engranaje fundamental de la misma. En el marco de una comunidad internacional signada por la interdependencia y la globalización, es imprescindible asumir los nuevos paradigmas para generar herramientas adaptables a las nuevas dinámicas.

En este contexto, debe estimarse que el *soft law* no solo es útil en sí mismo, al iluminar el camino que recorrerán los Estados en ciertos ámbitos; sino que además sus beneficios pueden comprobarse en relación a normas *hard law*, ya sea como pauta de interpretación o incluso como antecedente de las mismas.

Por otro lado, es el arma más poderosa con el que cuentan los sujetos de Derecho Internacional para expresarse y diseñar políticas a largo plazo. Si bien inicialmente serán recomendaciones, su repetición en instrumentos podrá paulatinamente generar una idea de obligatoriedad alrededor de ellas.

En lo que respecta al medio ambiente, se trata de uno de los campos donde se puede evidenciar con mayor claridad la presencia de *soft law* y las razones para ello. Representa un terreno fértil para instrumentos de este tipo, que se explica en los cuidadosos pasos que los llevan a asumir pocas obligaciones exigibles y se traduce en las declaraciones enunciadas.

En ese sentido, cabe tener presente, como señala Del Toro Huerta, que el objeto del Derecho Internacional es “[...] promover y asegurar ciertos valores que se consideran fundamentales para la convivencia de la comunidad internacional”.³³ Ello debe tenerse claro en vistas a la incorporación de la protección del medio ambiente como un derecho esencial de la humanidad.

En conclusión, es menester entender al *soft law* como el símbolo y producto de la permanente cooperación multilateral entre los miembros de la comunidad internacional, como una herramienta cuya existencia no puede negarse y cuya utilidad apenas ha comenzado a descubrirse.

33. DEL TORO HUERTA, *ob. cit.*, p. 533.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos

- AGO, Roberto, *Scienza giuridica e Diritto internazionale*, Milán, 1950;
"Diritto positivo e diritto internazionale", *Scritti di Diritto internazionale in onore di Tomasso Perassi*, Milán, 1957, vol. I.
- BARBERIS, Julio A., *Formación del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994.
- CHICHARRO, Alicia, "El carácter de soft law de los instrumentos internacionales sobre desarrollo sostenible", en *I Congreso Internacional de Estudios del Desarrollo, Red Española de Estudios del Desarrollo* (REEDS), 14 al 16 de Noviembre de 2012.
- DEL CASTILLO, Lilian, *El derecho internacional en la práctica argentina. Constitución – Territorio - Organismos*, 1era. Edición, Editorial Errepar, Buenos Aires, 2012.
- DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván, "El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del derecho internacional", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2006, vol. VI, pp. 513-549.
- DUPUY, Pierre-Marie, "Soft Law and the International Law of the Environment", en *Michigan Journal of International Law*, 1991, vol. XII:CDXX, pp. 420-435.
- GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D.T., *Guía para el Conocimiento de los Elementos de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, La Ley, 2010.
- GUZMAN, Andrew T. & MEYER, Timothy L., "International Soft Law", en *Journal of Legal Analysis*, Forthcoming, 2010, vol. II, N° I. (disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1353444)
- KELSEN, Hans, *Principles of International Law*, Nueva York, 1952.
- KLABBERS, Jan, "The redundancy of soft law", en *Nordic Journal of International Law*, 1996, vol. LXV, N° 2, pp. 167-182.
- MAZUELOS BELLIDO, Ángeles, "Soft Law: ¿mucho ruido y pocas nueces?", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2004, N° VIII. (disponible en <http://www.reei.org/index.php/revista/num8/articulos/soft-law-mucho-ruido-pocas-nueces>).
- MEYER, Timothy L., "Soft Law as delegation", en *Fordham International Law Journal*, 2009, vol. XXXII.

Jurisprudencia

Corte Internacional de Justicia, “fallo relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited” (Bélgica c. España), 5 de febrero de 1970.

Corte Internacional de Justicia, “Caso relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua” (Nicaragua c. los Estados Unidos de América), 27 de junio de 1986.

Corte Internacional de Justicia, “Caso relativo al Derecho de Paso por Territorio Indio” (Portugal c. India), 12 de abril de 1960.

Instrumentos de Derecho Internacional

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969.

Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo, 5 al 16 de junio de 1972.

Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Rio de Janeiro, 3 al 14 de junio de 1992.

Declaración Política de Belén, III Cumbre de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de la CELAC, 28 y 29 de enero de 2015.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, prevista en la Carta las Naciones Unidas, 1945.