

Cerda Dueñas, Carlos
La nota diplomática en el contexto del soft law y de las fuentes de derecho internacional
Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXX, núm. 2, diciembre, 2017, pp. 159-179
Universidad Austral de Chile
Valdivia, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173753621007>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

La nota diplomática en el contexto del *soft law* y de las fuentes de derecho internacional

*Carlos Cerdá Dueñas**

RESUMEN

En el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se establecen los instrumentos jurídicos que el Tribunal empleará para realizar sus interpretaciones y juzgamientos. Este mismo artículo ha sido la base de la teoría positivista respecto de las fuentes del derecho internacional y las que enlista comprendieron el paradigma supremo de la materia hasta la emergencia del fenómeno jurídico que ha sido llamado derecho blando, y más reconocido con el vocablo inglés soft law, por el que muchos académicos reconocieron nuevas fuentes en dicho ordenamiento, particularmente algunas resoluciones de los organismos internacionales y los actos unilaterales de los Estados. Recientemente, la Corte Europea de Derechos Humanos afirmó en una sentencia que la nota diplomática debía ser también considerada fuente, por lo que este artículo se enfoca a analizar el contexto en que se le otorga dicha categoría y la pertinencia de considerarle como tal.

Fuentes de derecho internacional – *soft law* – nota diplomática

Diplomatic note in the context of soft law and sources of international law

ABSTRACT

Article 38 of the Statute of the International Court of Justice contains legal instruments, which the Court will employ to interpret and judge. This article is basis for the positivist theory on the sources of international law considered also as paradigm. Emergence of the legal phenomenon called “soft law, whereby many scholars recognized new sources in international law, specifically resolutions of international organizations and unilateral acts of States. Recently the European Court of Human Rights stated that the diplomatic note should consider as source, so this article focuses on analyzing the context and relevance of it.

International law sources – *soft law* – diplomatic note

* Abogado, Universidad de Guadalajara. Doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires. Profesor del Departamento de Relaciones Internacionales y Derecho del Instituto Tecnológico de Monterrey, Campus Guadalajara. Correo electrónico: carlos.cerda@itesm.mx

Artículo recibido el 4.2.2016 y aceptado para su publicación el 10.7.2017.

INTRODUCCIÓN

En la terminología jurídica la principal acepción de fuente se refiere a los procesos de creación, transformación y extinción de las normas jurídicas, es decir, lo que comúnmente se llaman las fuentes formales que son parte de una clasificación que comprende también a las fuentes reales (factores y elementos que determinan el contenido de esas normas) y a las fuentes históricas (documentos que son antecedentes e inspiración de ciertas normas). El derecho general y cada uno de sus ramos poseen sus fuentes propias y la jerarquía que una de ellas pueda tener en determinado ramo puede ser muy diferente en otro.

Se afirma que el formalismo de las fuentes de derecho internacional tiene su origen en el período correspondiente al declive del derecho natural y que los juristas de inspiración positivista se comprometían cada vez más con la vía de la abstracción, formulando y utilizando las categorías formales para determinar las fuentes de derecho en la sociedad internacional¹. Generalmente, se tiene por indiscutible la consideración de que las fuentes formales de Derecho Internacional están contenidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y son los tratados; la costumbre; los principios generales del derecho y; como medio auxiliar, las decisiones judiciales y la doctrina de los publicitas de mayor competencia de las distintas naciones.

La limitación que hace esta lista ha provocado, de hace mucho tiempo, un debate acerca de la existencia de otras fuentes y por el valor jurídico de las mismas. En este mismo debate se considera que las fuentes del derecho son más que las establecidas en el Estatuto de la Corte y eso necesariamente ha planteado una nueva configuración de la teoría de las fuentes de derecho internacional debido a que se trata más que una serie de límites y jerarquías doctrinales. La doctrina de las fuentes es también una práctica argumentativa acerca de la autoridad o “naturaleza vinculante” de varios instrumentos legales². En este sentido, surgió la postura que conforma una clasificación de las fuentes entre el llamado derecho duro, *hard law*, y el derecho blando, *soft law*. La mayoría de la doctrina establece que las fuentes contenidas en el artículo 38 son derecho duro y que las nuevas constituyen el derecho blando. Una corriente de la doctrina señala que “el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no debería erróneamente ser referido como la regla universal que gobierna la lista finita de fuentes, teniendo en cuenta su demostrada obsolescencia y su insuficiencia”³. Y que la “‘sacralización’ del artículo 38 por la doctrina positivista encuentra una justificación en el problema

¹ Duplessis, I. “Le vertige et la soft law: réactions doctrinales en droit international”, en *Revue québécoise de droit international*, Montréal, Hors-Série 2007, pp. 253-254.

² Kennedy, D. “The sources of international law”, en *American University International Law Review*, Washington, v. 2, n. 1, 1987, p. 20.

³ Cárdenas, F. “A call for rethinking the sources of international law: soft law and the other side of the coin”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. México, v. XIII, 2013, p. 395.

legítimo de atenuar la propia incertidumbre de una sociedad internacional desprovista de una autoridad exclusiva y jerárquica en la producción del derecho”⁴.

Todavía no hay una definición única o que cuente con una amplia aceptación entre la doctrina jurídica de lo que significa el *soft law*. Alan Boyle lo define como “una simple descripción para una variedad de instrumentos no legales obligatorios empleados en las relaciones internacionales contemporáneas por los Estados y los organismos internacionales”⁵. Como ejemplos de este se consideran las resoluciones de los organismos internacionales y los actos unilaterales de los Estados. Algunas razones acerca de su consideración se sustentan en el hecho de que “la evolución política de la comunidad internacional y aún más sus fluctuaciones económicas son el origen de los cambios contemporáneos del derecho internacional”⁶, por eso resulta que la ampliación del espectro de las fuentes de derecho internacional no es una invención artificial de la doctrina sino algo cuyo reconocimiento se requiere de acuerdo con los evidentes cambios que han sucedido en la realidad⁷.

En este contexto, la intención de este artículo consiste en analizar la vigencia de la teoría tradicional de las fuentes del derecho internacional que se basa fundamentalmente en lo establecido en el artículo 38 del Estatuto de la Corte, así como revisar el “suramiento” de nuevas fuentes que reconfiguran esa teoría con la ampliación de ese listado. Considerará también el llamado fenómeno del *soft law*, pero de manera particular se enfocará en describir cómo la nota diplomática ha sido integrada en las nuevas fuentes, sobre todo a partir de lo establecido al respecto por la Corte Europea de Derechos Humanos.

I. LA TEORÍA TRADICIONAL DE LAS FUENTES DE DERECHO INTERNACIONAL

La noción de “fuentes” de derecho internacional ha sido creada para constituir un marco conceptual de referencia en esta rama del derecho. Se atribuye a los pensadores positivistas haber desarrollado la teoría de las fuentes del derecho internacional a principios del siglo veinte. Se supone que influidos por el esquema proporcionado por la formación de las normas en derecho interno, no obstante que la lógica de formación del derecho internacional y del orden jurídico interno son claramente diferentes en la medida que el derecho internacional resulta del encuentro de voluntades igualitarias e independientes de los Estados y no obedece a una lógica jerarquizada, formal y unilateral⁸.

⁴ Duplessis, I. *op. cit.*, pp. 253-254.

⁵ Boyle, A. “Soft Law in international law making”, en Evans, M. (Editor). *International Law*. 4th Edition. Oxford University Press, 2014, pp. 119-120.

⁶ Beurier, J. “L’influence de l’évolution du droit international sur ses sources”, en *Revue québécoise de droit international*. Montréal, v. 8, n. 2, 1993-1994, p. 216.

⁷ Cárdenas, F. *op. cit.*, p. 396.

⁸ Bossuyt, M. “Préface”, en Mulamba B. *Droit international public: les sources*. París, Editions L’Harmattan, 2012, pp. 9-13.

El artículo 38 tiene sus orígenes en el artículo que tenía el mismo número e idéntica redacción del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional que fue establecida bajo los auspicios de la Liga de las Naciones en 1921. Se podría suponer que la enumeración que hace el artículo 38 “fue presumiblemente considerada completa o suficientemente completa para los propósitos de las resoluciones judiciales”⁹ en la época de redacción del Estatuto, porque como bien señala Francisco Rezek “a cierta altura del texto repuntaba la necesidad de que se dijera cuál sería el derecho aplicable en el ámbito de la jurisdicción naciente”¹⁰. Ciertamente, el artículo 38 no describe las fuentes, simplemente refiere los instrumentos internacionales que la Corte de La Haya aplicará para resolver las controversias que le fueran sometidas, por esa razón se encuentra incluso a equidad. Hugh Thirlway llama a las fuentes contenidas en ese artículo “las fuentes formales reconocidas”¹¹.

Sin embargo, actualmente esa concepción parece haber cambiado, pues “ese dispositivo no significa que el derecho internacional no pueda ser encontrado en otros lugares o instrumentos, tampoco quiere decir que la Corte esté impedida de buscarlo”¹² o como afirmó el Juez de la Corte Internacional de Justicia, Mohammed Shahabuddeen, que el artículo parece no impedir descubrir el derecho internacional en otros medios¹³. En palabras coloquiales, en el artículo 38 no son todas las fuentes que están ni están todas las fuentes que son. En este escenario, una importante parte de la doctrina de la materia concuerda en que también se debe considerar a las resoluciones de los organismos internacionales, así como los actos unilaterales de los Estados.

Ahora bien, los antecedentes del artículo 38 se remontan a las dos Conferencias de la Paz de los años 1899 y 1907 que se realizaron en la ciudad holandesa de La Haya con el propósito de contener la carrera armamentista de esa época y debatir “los beneficios de una paz real y duradera”. La convocatoria a la Primera Conferencia fue iniciativa del zar de Rusia, Nicolás II, quien sugirió realizar el evento en La Haya porque, en su opinión, era aconsejable que no se realizara en la capital de una de las grandes “potencias”, cuyos intereses políticos podrían haber dificultado su progreso, aunque algunos historiadores consideran que obedeció a que en la visión eurocentrista de la época se consideraba a San Petersburgo una ciudad muy lejana, lo que podría desalentar a los convocados. Durante la Segunda Conferencia que se realizó del 15 de junio al 19 de octubre de 1907 se debatió el proyecto de una Convención Relativa al Establecimiento de un Tribunal de Presas que al final resultó en una de las trece convenciones que quedaron abiertas para la firma de los plenipotenciarios de los países hasta el 30 de junio de 1908.

⁹ Thirlway, H. *The sources of international law. Foundations of public international law*. Oxford. Oxford University Press. 2014, p. 19.

¹⁰ Rezek, F. *Direito internacional público. Curso elementar*. São Paulo. Editora Saraiva. 2000, p. 9.

¹¹ Thirlway, H. *op. cit.*, p. 5.

¹² Nasser, S. *Fontes e Normas do Direito Internacional: Um estudo sobre a Soft Law*. São Paulo, Editora Atlas, 2006, p. 61.

¹³ Shahabuddeen, M. *Precedent in the World Court*, Cambridge. Cambridge University Press, 2007, p. 81.

La cuestión del Tribunal sobre presas no estaba mencionada en el programa ruso, pero su incorporación no recibió objeciones durante la segunda sesión plenaria. La propuesta fue presentada por el barón Marschall von Bieberstein y sir Edward Fry. A su vez, el Instituto de Derecho Internacional había venido estudiando la cuestión por largo tiempo: en 1875, en sesión celebrada en La Haya, designó una Comisión para analizar y redactar un proyecto para la organización de un tribunal internacional de presas, pero no fue hasta 1887 que adoptó sus regulaciones respecto de presas marítimas.

El artículo 7 del proyecto presentado en la Conferencia de 1907 establece en el artículo 7 que “Si la cuestión jurídica litigiosa estuviese prevista en un convenio vigente entre el beligerante apresador y la potencia que sea parte en el litigio o a la cual pertenezca el súbdito litigante, el tribunal se atendrá a las disposiciones de este convenio. A falta de estas estipulaciones, el tribunal aplicará las normas del Derecho internacional. Si no hubiese reglas generalmente recibidas, resolverá el tribunal conforme los principios generales de la justicia y de la equidad. Las disposiciones anteriores se aplicarán también en lo referente al orden de las pruebas y a los medios jurídicos que puedan emplearse. Cuando el recurso se base, según el artículo 30., número 2 c), en la infracción de un precepto legal dictado por el beligerante apresador, el Tribunal aplicará este precepto. El Tribunal podrá no tomar en consideración los motivos de caducidad de derechos por defectos de procedimiento consignados en la legislación de la potencia beligerante apresadora, si entiende que sus consecuencias son contrarias a la justicia y a la equidad”¹⁴.

Los comentarios al artículo 7 que están consignados en los trabajos preparatorios respectivos no se refieren a las cuestiones que en la actualidad se relacionan con las fuentes del derecho internacional, sino que tienen que ver con las cuestiones relativas a casos de intervención del tribunal, es decir, su competencia para juzgar. Los considerandos del preámbulo se refieren a la creación de un tribunal internacional “cuya jurisdicción y procedimiento fueran cuidadosamente reglamentados”. Al final, la Convención del tribunal de presas, de 18 de octubre de 1907, no fue ratificada por ningún Estado, por lo que nunca entró en vigor.

Por otra parte, el artículo 14 del Pacto de la Liga de las Naciones encomendó al Consejo de la Liga analizar el establecimiento de una Corte Permanente de Justicia que tuviera autoridad para conocer y resolver cualquier controversia de carácter internacional que le fuera presentada por las partes en conflicto, además de crearle competencia para emitir opiniones consultivas acerca de cualquier controversia o consulta o cuestión que expusiera el Consejo o la Asamblea. En los primeros días de 1920, el Consejo nominó un Comité Asesor de Jurisconsultos y encargó a sus miembros la elaboración de un informe concerniente al establecimiento de la Corte. El Comité trabajó en la ciudad de La Haya, bajo la presidencia del barón Édouard Descamps, quien en agosto de ese mismo año presentó su informe que contenía el proyecto del Tribunal. El Consejo hizo unas modificaciones para después enviarlo a la Asamblea de la Liga de las Naciones

¹⁴ Brown, J. (Director). *The Proceedings of The Hague Peace Conferences*. The Conference of 1907, Volume I, Pleinany Meeting of the Conferences. New York. Oxford University Press, 1920, p. 191.

que a su vez instruyó a su Tercera Comisión para que examinara la constitución de la Corte. En diciembre de 1920, el Comité presentó su proyecto revisado a la Asamblea que finalmente lo aprobó por unanimidad. Este proyecto se convirtió en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional.

Como afirma Lucas Carlos Lima “los Estados solo iban a permitir la existencia de una Corte Permanente si identificaban precisamente cuál sería el derecho a ser aplicado por aquel tribunal. Si en el procedimiento arbitral era claro que las partes elegirían qué normas componían el litigio, en un procedimiento judicial esta prerrogativa no era traslúcida”¹⁵, debiéndose agregar que existió también discordancia entre los autores del Estatuto concerniente a un poder amplio de interpretación y apreciación que pudiera significar una capacidad legislativa¹⁶ y estas son entonces las principales razones por las que el Comité de Juristas redactó el artículo 38 en los siguientes términos:

“La Corte aplicará:

1. Las convenciones internacionales, sean generales, sean especiales, que establecen las reglas expresamente reconocidas por los Estados en litigio;
2. La costumbre internacional como prueba de una práctica general aceptada como siendo de derecho;
3. Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
4. Bajo reserva de lo dispuesto por el artículo 59, las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas más calificados, como medio auxiliar para la determinación de reglas de derecho.

La presente disposición es sin perjuicio de la posibilidad de que la Corte, si las partes están de acuerdo, pueda decidir *ex aequo et bono*”¹⁷.

Tras la creación de la Organización de las Naciones Unidas y la Corte Internacional de Justicia, a esta última se le dotó de un Estatuto que, como ya se mencionó, estableció con el mismo número y redacción el artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente. La doctrina comenzó entonces a considerar la postura positivista de que lo contenido en el artículo 38 enlistaba las fuentes del derecho internacional y así se constituyó la parte medular de la teoría de las fuentes de esta rama del derecho. Es evidente que “la redacción del artículo 38 es un reflejo de su tiempo y de las fuentes generalmente aceptadas por la comunidad internacional”¹⁸. También se ha considerado que “no debe verse como una camisa de fuerza que reprima la manifestación de la normatividad jurídica internacional, además que se deben tomar en cuenta los cambios sustanciales que se

¹⁵ Lima, C. “O surgimento da Corte Permanente de Justiça Internacional: formação europeia e fundamento voluntarista”, en *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. Santa Maria, RS, v. 8, n. 1.2013, p. 21.

¹⁶ Castañeda, J. *Obras Completas. I Naciones Unidas*. México, v. I, Colegio de México-Secretaría de Relaciones Exteriores, 1995, p. 172.

¹⁷ *Statut et Règlement de la Cour permanente de justice internationale : éléments d'interpretation*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1934, p. 272.

¹⁸ Duplessis, I. *op. cit.*, p. 254.

han producido en la relaciones internacionales... que son más complejas y se requiere una mentalidad más abierta para aceptar y entender las nuevas manifestaciones jurídicas internacionales”¹⁹. En esta perspectiva “la mayor crítica de la doctrina tradicional de las fuentes es que no es capaz de explicar ni regular la inmensa masa de actividad cuasilegalitativa que genera el derecho internacional que los Estados deben tomar en cuenta en sus actividades y relaciones día a día”²⁰. La anterior postura, desde luego, es motivo de debate, discusión y polémica. “La noción misma de ‘fuentes’ suscita así unos debates apasionados a tal punto que las ‘fuentes’ pueden parecer inencontrables”, como lo señala Marc Bossuyt²¹, quien parte de la idea de que la noción es rechazada por causa de su impacto doctrinal, por ejemplo, porque el plural generalmente utilizado denota la imposibilidad de conducir a un fundamento único que esté en un sentido histórico o lógico. También afirma que algunos autores subrayan la importancia de este análisis de las maneras tradicionales de formación del derecho internacional. ¿Se debe, en este sentido, abandonar la teoría positivista y considerar que existen fuentes adicionales?

II. LA IRRUPCIÓN DEL SOFT LAW

Bajo la óptica de la teoría tradicional de las fuentes de derecho internacional, este tiene tres fuentes principales que son los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho, teniendo como a los principales creadores de ellas a los mismos sujetos reconocidos por la disciplina jurídica internacional. Es de considerar que la sociedad internacional es esencialmente descentralizada. Los poderes de creación del derecho y de aplicación del derecho no pertenecen a una entidad centralizada. No existe un Estado mundial y los principales sujetos de derecho internacional son también los principales creadores del derecho²². En este contexto el *soft law* ha tenido un desarrollo doctrinal concebido para explicar un nuevo fenómeno con relación a la creación del derecho internacional²³.

La expresión *soft law* está consagrada dentro de la literatura jurídica desde fines de los años sesenta y el término habría sido acuñado en su origen por lord McNair para designar los principios abstractos en derecho en oposición al *hard law*, donde el derecho concreto, operativo, proviene de la prueba judicial. Isabelle Duplessis afirma que una parte de la doctrina reprocha al *soft law* de provocar una confusión conceptual en detrimento de la teoría de las fuentes enumeradas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte y que, en definitiva, el *soft law* perturba innegablemente la teoría tradicional de

¹⁹ Becerra, M. “Notas sobre el derecho internacional público a finales del siglo”, en *La Ciencia del Derecho durante el siglo XX*. UNAM, México, 1998, pp. 268-269.

²⁰ Thirlway, H. *op. cit.*, p. 28.

²¹ Bossuyt, M. *op. cit.*, pp. 9-13.

²² *Idem*.

²³ Cárdenas, F. *op. cit.*, p. 372.

las fuentes del derecho internacional²⁴. El jurista francés Allain Pellet establece que el derecho blando o *soft law* es también llamado por los juristas franceses como el derecho “verde”, “suave”, “declamatorio”, sin hablar de aquellos que son negadores de las expresiones “prederecho”, “paraderecho”, “metaderecho”, etc. “Estas apelaciones imaginadas describen una realidad única: la conjunción de una zona gris donde los juristas clásicos rechazan ver reglas jurídicas y que constituyen una normativa degradada entre el ‘buen derecho’ de los positivistas voluntaristas y el ‘no derecho’”²⁵.

Alan Boyle establece que existen diferentes razones porque los instrumentos del *soft law* representan una atractiva alternativa al tradicional *law making*. Es relevante mencionar, por ejemplo, primeramente, que puede ser más fácil alcanzar un acuerdo cuando la manera no es obligatoria y porque los instrumentos de *soft law* permiten a los Estados acordar previsiones más detalladas y exactas por sus compromisos legales y las consecuencias del no cumplimiento son más limitadas. Segundo, los Estados pueden eludir el proceso doméstico de ratificación o los controles legales o constitucionales, así como evitar la rendición de cuentas por los compromisos que hubieren acordado y; tercero, los instrumentos de *soft law* son flexibles y fáciles de enmendar o sustituir, especialmente en la dinámica de las organizaciones internacionales donde pueden ser sustituidos por una nueva resolución²⁶. Indiscutiblemente, su ventaja es ofrecer a los actores internacionales una mayor flexibilidad con relación a las fuentes tradicionales de derecho como el tratado o la costumbre. Una vez adoptado, el instrumento de *soft law* es susceptible de ser revisado o enmendado rápidamente²⁷.

Es muy obvio que el *soft law* no posee aceptación en la comunidad de estudiosos del derecho internacional. Se mantiene polémico y siempre lejos del consenso y la unanimidad. Por un lado, se habla en el derecho internacional de la existencia de una zona gris en la que hoy está llena de conceptos como *soft law* que es necesario investigar, por otro lado se afirma que es preciso observar que la mayoría de las “fuentes emergentes de derecho internacional escritas están contenidas dentro del concepto de *soft law*”²⁸. Aquí lo más importante es que aunque sea ocultado bajo la sombra del *soft law*, emerge un reconocimiento de nuevas fuentes de derecho internacional.

Según Pellet, algunos autores consideran que la expresión “derecho blando” se refiere de forma exclusiva a “la fuente de la regla considerada” y no a su contenido. En este caso, la expresión designa solamente el surgimiento de nuevos instrumentos que son incapaces de conferir en ellos mismos, por el solo hecho de su existencia, un valor obligatorio a las normas de las que son portadores. Así es el caso de la muy amplia variedad de instrumentos adoptados en el seno de los organismos internacionales: las

²⁴ Duplessis, I. *op. cit.*, pp. 248 y 252.

²⁵ Pellet, A. *Sources of International Law. Contre la tyrannie de la ligne droit. Aspects de la formation des normes en droit international de l'Economie et du Developpement*. Paris, Institute of Public International Law and International Relations of Thessaloniki, 1992, pp. 345-346.

²⁶ Boyle, A. *op. cit.*, p. 121.

²⁷ Duplessis, I. *op. cit.*, pp. 250-251.

²⁸ Cárdenas, F. *op. cit.*, p. 367.

resoluciones bajo sus diferentes nombres como declaraciones, recomendaciones, directivas, cartas, estrategias, programas, pero también las “conclusiones concertadas”, así como “los principios rectores”, “códigos de conducta” que pueden ser adoptados indistintamente en el marco de las organizaciones internacionales o de conferencias diplomáticas, sin olvidar las declaraciones interestatales, los comunicados conjuntos y otros “acuerdos de caballeros” y tratándose de derecho no escrito, los “padrones”, forma muy atenuada de las reglas consuetudinarias. Así, una resolución adoptada en ciertas condiciones puede ser considerada como un acuerdo en forma simplificada. En este mismo tenor, se podría agregar al acuerdo ejecutivo y a la nota diplomática como modalidades de los tratados, comprendiendo muchas de las características del *soft law* y, por tanto, creadores de derecho internacional. El caso particular de la nota diplomática se analizará más adelante.

A su vez, otros autores pretenden asemejar el *soft law* a la costumbre, como Jean Pierre Beurier cuando afirma que se trata de una concepción subjetivista del derecho, pero a pesar de toda esta regla creada así será “la prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”²⁹, pero otros señalan que siempre está contenido en documentos físicos, consecuentemente se hace imposible la aparición de *soft law* consuetudinario (o cualquier otra fuente no escrita)³⁰. Las posiciones contradictorias son más que evidentes y, entre los negadores, se ha dicho que el *soft law* sería derecho solamente cuando se convirtiera en *hard law*. Robyn Eckersley ha argumentado que hay temas importantes en el escenario internacional y que se requieren fuertes y ejecutables estructuras. Si las implicaciones del *soft law* están todavía a debate, entonces no es una apropiada herramienta para implementarlo³¹.

Se ha afirmado que los juristas deben integrar el *soft law* en sus reflexiones acerca del sistema jurídico. Deben exorcizar la herencia de la Escuela realista y sobreponer su exasperación inicial para reflejar la desidia del derecho. No significa que el recurso a los instrumentos de *soft law* esté llamado a sustituir completamente a las fuentes tradicionales de derecho internacional³².

¿Existen entonces nuevas fuentes de derecho internacional? Se considera como las expresiones más acabadas de *soft law* a las resoluciones de los organismos internacionales y los actos unilaterales de los Estados. La condición jurídica de los organismos internacionales dentro del tema de las fuentes ha sido muy estudiada en la doctrina del derecho internacional de hace mucho tiempo. Uno de los primeros en hacerlo fue el jurista mexicano Jorge Castañeda Álvarez de la Rosa, que en su obra *El valor jurídico de las resoluciones de las Naciones Unidas* señaló que la diversidad en las resoluciones y su valor jurídico desigual han vuelto muy difícil su apreciación como fuente del derecho

²⁹ Beurier, J. *op. cit.*, p. 224.

³⁰ Cárdenas, F. *op. cit.*, p. 394.

³¹ Eckersley, R., “Soft law, hard Politics, and the climate change treaty”, en REUS-SMIT, C. (Editor), *The Politics of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 80-105.

³² Duplessis, I. *op. cit.*, pp. 255 y 268.

internacional³³, pero se puede inferir en el pensamiento de Castañeda que aunque sea difícil esa apreciación, está concluyendo que algunas de ellas tienen categoría de fuente de derecho internacional. En este sentido se expresó también Grigory Tunkin, el mayor teórico del derecho internacional soviético, al señalar que “las resoluciones de las organizaciones internacionales son fuentes del derecho internacional si ellas han sido reconocidas por un Estado de forma que defina el lugar de esas resoluciones en el proceso de formación de las normas de derecho internacional”³⁴.

La consideración de los actos unilaterales como fuente es más complicada aunque se haya aseverado que parece ya insostenible intentar reducir la importancia, misma que es palpable “en el desarrollo de las relaciones internacionales y su influencia, directa o indirecta, en los procedimientos de formación de normas jurídicas internacionales”³⁵. El brasileño Salem Hikmat Nasser afirma que el tema de los actos unilaterales permanece siempre controversial³⁶. Asimismo, mucho tiempo la doctrina negó a los actos unilaterales “carácter jurídico y cualquier capacidad de poder vincular por sí mismos a los sujetos de derecho internacional”³⁷. Una definición de acto unilateral estatal en el contexto del derecho internacional quedó establecida en el artículo 1º del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas como “una manifestación inequívoca del Estado, formulada con la intención de producir efectos jurídicos en las relaciones con uno o varios Estados o una o varias Organizaciones Internacionales y que es del conocimiento de ese Estado o esa Organización Internacional”³⁸. Los actos unilaterales de los Estados que más frecuentemente se refieren son la notificación, el reconocimiento, la protesta, la renuncia y la promesa.

Nasser es también de la opinión que “en verdad, todos los comportamientos de los Estados pueden ser traducidos en términos de actos unilaterales, cada conducta en el cúmulo de la práctica consuetudinaria, cada acto realizado en el ámbito de una negociación y conclusión de un tratado, cada acto de cualquier naturaleza, jurídica o no. Todas las relaciones sociales pueden ser reducidas a átomos de actos unilaterales”³⁹ y que en ese sentido no queda duda de que los actos unilaterales participan ciertamente del proceso de formación del derecho internacional, aunque no le sea reconocida la condición de fuente formal del mismo. El español Fernando Mariño Menéndez establece que “el acto unilateral se adopta fundamentalmente para generar o extinguir derechos subjetivos, es decir, origina o extingue relaciones jurídicas entre sujetos determinados. Modificando

³³ Castañeda, J. *Obras Completas. I Naciones Unidas*. México, v. I, Colegio de México-Secretaría de Relaciones Exteriores, 1995, p. 172.

³⁴ Tunkin, G. *Theory of International Law*. (Edited and Translated by William E. Butler) Harvard University Press, 1974. En Kennedy, D. *op. cit.*, p. 10.

³⁵ Bondía, D. *Régimen jurídico de los actos unilaterales de los Estados*. Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2004, p. 13.

³⁶ Nasser, H. *op. cit.*, p. 75.

³⁷ Bondía D. *op. cit.*, p. 15.

³⁸ Bondía D. *op. cit.*, p. 205.

³⁹ Nasser, H. *op. cit.*, p. 76.

el orden jurídico internacional preexistente y, en ese sentido, dada su ‘autonomía’ se puede afirmar que se dirige a generar normas jurídicas”⁴⁰.

Ferhat Horchani afirma que “los actos unilaterales son muy variados y toman la forma de un documento generalmente escrito y enviado por medios diplomáticos”⁴¹. Actos unilaterales y actos declaratorios prueban cuánto el voluntarismo es el centro de la evolución del derecho internacional. En tanto, Beurier afirma que ahora se presenta una convergencia normativa del unilateralismo contra los polos de poder dominante de los Estados lejos de los principios generadores, creando un derecho funcional, evolutivo y subjetivo⁴². La Corte Internacional de Justicia sustenta en una Opinión Consultiva de 1974 acerca de las Pruebas Nucleares que las declaraciones unilaterales son obligatorias en la medida que expresan la intención del declarante de obligarse, pero ciertamente la Corte de Justicia se pronunció respecto de un acto unilateral (declaración) de un Estado (lo que también fue objeto de análisis y estudios por parte de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas que produjo el documento “Principios Guías Aplicables a las Declaraciones Unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones legales” dado a conocer en 2006⁴³). En esta opinión consultiva, el juez disidente Federico de Castro postuló que “solamente los actos unilaterales que son aceptados pueden obligar” y otra importante voz disidente en este sentido es la de Francisco Rezek, en su calidad de académico y no de juez de la Corte de La Haya que fue, al considerar que son pocos los autores que les conceden [a los actos unilaterales] la categoría de fuente de derecho internacional, siendo común el recuerdo de que no representan normas, sino actos jurídicos, dejando claro que si bien producen consecuencias jurídicas pues crean eventualmente obligaciones⁴⁴. En una posición que podría llamarse intermedia la ha sustentado el jurista danés Max Sorensen, formula el cuestionamiento de la naturaleza del artículo 38 bajo la disyuntiva de si debe considerársele declaratorio o exhaustivo. Concluyendo que si fuera declaratorio, no podría impedir la aparición de nuevas fuentes de derecho producidas por el desarrollo de la sociedad internacional y de su progresiva organización, empero, señala, que los nuevos métodos de producción del derecho, necesariamente, se encuentran vinculados a las fuentes enlistadas en el artículo 38, reconociendo sí la posibilidad de que se generen nuevas fuentes, pero negando la autonomía de estas⁴⁵.

⁴⁰ Mariño, F. *Derecho Internacional Público (Parte General)*. Madrid. Editorial Trotta. 1995, pp. 337-344.

⁴¹ Horchani, F. *Les Sources du Droit International Public*. Tunis: Centre de Publication Universitaire, 2008, p. 274.

⁴² Beurier, J. *op. cit.*, p. 217.

⁴³ En dicho documento, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas establece en los considerandos que “Observando que los Estados pueden resultar obligados por su comportamiento unilateral en el plano internacional” y que “Observando también que la cuestión de si un comportamiento unilateral del Estado obliga a este en una situación determinada depende de las circunstancias de cada caso”, en United Nations. *Yearbook of the International Law Commission 2006*. New York and Geneva, v. 2, part two, 2013, p. 161.

⁴⁴ Rezek, F. *op. cit.*, pp. 130-131. No es gratuito que este apartado del libro de Rezek lleve como título “Controversia”.

⁴⁵ Sorensen, M. *Manual de Derecho Internacional Público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 154.

Se debiera considerar que así como el derecho internacional ha experimentado el surgimiento de nuevos actores, es decir, los sujetos reconocidos por el mismo ordenamiento jurídico. Asimismo, ha tenido una significativa expansión en las materias que regula, entonces también es posible que hayan podido surgir otras fuentes. En este sentido, la doctrina reciente señala la formación del derecho en el orden internacional en lugar de fuentes de derecho internacional. Aun así, se analiza la relación entre la formación de las normas y la creación de derecho y obligaciones internacionales⁴⁶, sobre todo tomando en cuenta que “nada impide que nuevas fuentes sean incorporadas a un determinado ordenamiento”⁴⁷. Es un hecho que “la aparición de nuevas fuentes formales de derecho internacional se presenta más como una necesidad que como una extravagancia de la doctrina”⁴⁸ y que la evolución del derecho internacional va a influir en sus fuentes y es susceptible de cambiar la importancia factual de ellas⁴⁹.

Los autores discuten con frecuencia las nuevas fuentes del derecho internacional en forma que las caracterizan como duras o blandas. Cuando estas dos formas retóricas son utilizadas de esta forma, es difícil terminar la discusión de forma definitiva, no tanto porque las nuevas fuentes consideren las dos retóricas, sino porque cada una puede ser caracterizada como dura o blanda y tampoco esa sola caracterización parecer ser una base persuasiva para la autoridad de la nueva fuente. La retórica de las fuentes como un todo comprende la tensión entre duro y blando. El discurso acerca de cada fuente evita las dificultades de la dependencia enfocada a duro y blando repitiendo la maniobra porque cada una de las fuentes clásicas tiene una doble naturaleza, cada una aparece protegida por las deficiencias de las tendencias tanto dura como blanda⁵⁰. Aun considerando fueran duras o blandas, definitivamente se habla de nuevas fuentes de derecho internacional.

Se ha reconocido que hay una categoría de actos realizados entre Estados que son producto de la diplomacia y no necesariamente son obligatorios, citando como ejemplos a los *Gentleman Agreements* (Acuerdos de Caballeros), los Memorándum de Entendimiento, Declaraciones, Declaraciones Conjuntas, Actas Finales, Agendas y Programas de Acción y Recomendaciones⁵¹. Concordando en que son producto de la diplomacia y que su obligatoriedad puede depender de las circunstancias del caso, aquí es donde se podría agregar los denominados y muy utilizados acuerdos ejecutivos (que en los Estados Unidos se les llaman también *compacts*) y a la nota diplomática que no siempre son analizados

⁴⁶ Monroy, M. “Aproximación al concepto de fuentes de derecho internacional”, en *Revista Estudios Socio-jurídicos*, Bogotá, vol. 7, n. 2, Universidad del Rosario, julio-diciembre 2005, p. 90.

⁴⁷ Nasser, H. *op. cit.*, p. 60.

⁴⁸ Cárdenas, F. *op. cit.*, p. 365.

⁴⁹ Beurier, J. *op. cit.*, p. 216.

⁵⁰ Kennedy, D. *op. cit.*, p. 28-30.

⁵¹ Nasser, H. *op. cit.*, pp. 114-138. Se comparte la opinión de que el Acuerdo de Caballeros, así como el Memorándum de Entendimiento y los Comunicados Conjuntos tengan las mismas características en lo que respecta a la creación de derecho internacional, pero no deben ser clasificados en los actos unilaterales por el hecho de que son bilaterales o incluso multilaterales.

en los estudios del *soft law*, pero que sin ser resoluciones de organismos internacionales ni actos unilaterales poseen las mismas características de aquellos en lo que respecta a la formación de derecho internacional, sin perder de vista lo dicho por el juez De Castro en la ya referida Opinión Consultiva de la Corte (1974) en el sentido de que, desde una perspectiva, todos los actos legalmente obligatorios son unilaterales, hasta cierto punto que actos bilaterales o multilaterales están compuestos de promesas separadas y unilaterales consideradas obligatorias. Sea como fuere, aun actos que parecen unilateralmente obligatorios son bilaterales en el sentido de que solo pueden ser obligatorios si la otra parte demanda su cumplimiento⁵².

III. LA NOTA DIPLOMÁTICA EN LA ÓPTICA DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

Ya se ha mencionado y no se puede obviar que en el ámbito del derecho internacional prevalece una condición ambigua respecto de la categoría de las resoluciones de las organizaciones internacionales; de los actos unilaterales de los Estados y de algunos instrumentos análogos a los tratados (acuerdos ejecutivos, memorándum de entendimiento, comunicados conjuntos, por mencionar algunos ejemplos) como fuentes autónomas de derecho internacional, ni que aún no hay una postura definitiva acerca de este particular. Julio Barberis refiere que el problema es determinar hasta qué punto los negocios jurídicos productores de los efectos previstos en las normas de un determinado ordenamiento desempeñan en él un papel de fuente jurídica⁵³, por eso algunos solo les consideran una etapa en la formación de las fuentes y son vistos como que solo pueden facilitar precedentes jurídicos constitutivos de reglas consuetudinarias que habilitan a los Estados para ejercer determinadas competencias. “Uno de los modos de formación de la costumbre internacional, pudiendo ser estimado como una costumbre incipiente y, por consiguiente, llegar a ser generador de derechos y obligaciones”⁵⁴. Algunos académicos estiman que el carácter obligatorio de determinados actos no les constituye como fuente de derecho sino que solamente puede influir en la conformación de las fuentes del derecho. David Bondía afirma entonces que solamente pueden ser considerados “procedimientos de formación de normas jurídicas internacionales”⁵⁵.

Por otra parte, se señala que la validez de estos instrumentos no depende de otro acto jurídico, sea unilateral, bilateral o multilateral y que produce efectos jurídicos de conformidad con su contenido. Barberis afirma de igual modo que solo los actos unilaterales que reúnen determinadas características son generadores de normas jurídicas

⁵² Kennedy, D. *op. cit.*, p. 46.

⁵³ Barberis, J. *Formación del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994, pp. 281-288.

⁵⁴ Carrillo J. “Funciones del acto unilateral en el régimen jurídico de los espacios marinos”. *Revista Temis*. Zaragoza. 1959, p. 1. Citado en Bondía, D. *op. cit.*, p. 45.

⁵⁵ Bondía, D. *op. cit.*, pp. 15, 56-58.

internacionales, en este caso, de obligaciones para el autor y derechos para los beneficiarios⁵⁶. Como también se ha indicado “aunque frecuentemente sea reconocido que los actos unilaterales y las declaraciones en ocasiones crean obligaciones legales de carácter internacional. Queda claro que no todos lo hacen”⁵⁷, lo que es el mismo criterio que Jorge Castañeda atribuye a las resoluciones de los organismos internacionales, considerando la necesidad de analizar cada una de ellas para poder concluir si derivan obligaciones legales y, en consecuencia, poderles considerar fuentes de derecho internacional. Además de eso, se ha afirmado que “aun cuando el artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia no contempla a los actos unilaterales de los Estados como procedimientos de creación de las normas jurídicas internacionales, las transformaciones operadas en la sociedad internacional, cuya repercusión es evidente en los procesos de creación de las normas, inducen a considerarles fuentes de derecho internacional”⁵⁸.

Se puede cuestionar si fuera el caso agregar entonces a la nota diplomática en la categoría de fuente del derecho internacional considerando que es el sentido que le ha dado la Corte Europea de Derechos Humanos. Este tribunal con sede en Estrasburgo concluyó en el caso Medvedyev y otros vs. Francia (Aplicación 3394/03 del 29 de mayo de 2010) que “las notas diplomáticas son una fuente de derecho internacional comparables a un tratado o un acuerdo cuando formaliza acuerdos entre autoridades involucradas, una estancia común en cierta materia o aun, por ejemplo, la expresión de un deseo unilateral o un compromiso”⁵⁹. Cárdenas Castañeda afirma que en la cuestión de quién tiene la palabra final acerca de si el derecho consuetudinario ha surgido o no está reglamentado por el derecho internacional porque ese deber queda conferido a los sujetos de derecho internacional, pero a su parecer “tenemos que esperar hasta que un tribunal internacional reconocido declare su existencia”⁶⁰. Se podría establecer análogamente esta posición en el caso de la nota diplomática que expresamente ha sido reconocida por un tribunal internacional como fuente de derecho.

El caso en cuestión se originó de una aplicación contra la República Francesa incoada en la Corte Europea de Derechos Humanos, el 19 de febrero de 2002, por Oleksandr Medvedyev y Boris Bilenkin, de nacionalidad ucraniana; Nicolae Balaban, Puiu Dodica, Nicu Stelian Manolache e Viorel Petcu, ciudadanos rumanos; Georgios Boreas, griego y; los señores Sergio Cabrera León y Luis Eduardo Sage Martínez de nacionalidad chilena. Los demandantes sustentaban que habían sido arbitrariamente privados de su libertad por las autoridades francesas que habían detenido su embarcación y que no habían sido puestos de forma oportuna ante un juez u otra autoridad con facultades judiciales. La demanda fue enviada a la Quinta Sección de la Corte que la declaró admitida. Los demandantes solicitaron que el caso fuera atendido por la Gran Cámara de conformidad

⁵⁶ Barberis, J. *op. cit.*, pp. 281-288.

⁵⁷ Kennedy, D. *op. cit.*, p. 47.

⁵⁸ Bondía, D. *op. cit.*, p. 199.

⁵⁹ European Court of Human Rights. *Judgment. Case of Medvedyev and Others v. France*. 29 March 2010, par. 96.

⁶⁰ Cárdenas, F. *op. cit.*, p. 382. Aunque señala que preferiblemente sea la Corte Internacional de Justicia.

con el artículo 43 de la Convención Europea de Derechos Humanos, accediéndose a la solicitud el 1 de diciembre de 2008. La Audiencia Oral se celebró en la sede de la Corte en Estrasburgo el 6 de mayo de 2009.

Los hechos del caso tienen sus orígenes cuando las autoridades francesas encargadas del combate al narcotráfico pusieron atención en una embarcación de bandera camboyana llamada *Winner*, sospechando que el navío llevaba grandes cantidades de droga con la intención de cambiarla a otra embarcación en las islas Canarias de España y de ahí introducirla a Europa. En una nota diplomática fechada el 7 de junio de 2002, en respuesta a una solicitud de la embajada de Francia en Phnom Penh, el ministro de Relaciones Exteriores y Cooperación Internacional dio el consentimiento de su gobierno para que las autoridades francesas interviniieran, según los siguientes términos: “El Ministerio de Relaciones Exteriores y Cooperación Internacional presenta sus saludos a la Embajada francesa en Phnom Penh y, en relación a su nota número 507/2002 fechada el 7 de junio de 2002, tiene el honor de confirmar formalmente que el Gobierno Real de Camboya autoriza a las autoridades francesas para interceptar, inspeccionar y tomar acciones legales contra el navío *Winner*, enarbolando la bandera camboyana XUDJ3, perteneciente a la ‘Marina Sherlock’ en las Islas Marshall. El Ministerio de Relaciones Exteriores y Cooperación Internacional aprovecha la oportunidad para renovar las seguridades de su más alta estimación”⁶¹.

La embajada francesa en Phnom Penh informó lo anterior a su Ministerio de Defensa que procedió a la detención del navío. El 13 de junio de 2002, una fragata francesa interceptó al *Winner* en alta mar cerca de los mares de Cabo Verde. La tripulación comenzó a lanzar al mar paquetes que supuestamente contenían droga, algunos fueron recuperados por los marineros franceses que a su vez comenzaron a disparar tiros de advertencia hasta que la tripulación respondió la radio y consintió la detención de la embarcación. Los franceses abordaron el *Winner* donde la situación se tornó muy tensa orillando a los franceses a disparar de nuevo, resultando herido un miembro de la tripulación que murió días después en un hospital de Dakar, Senegal. El resto de la tripulación fue indiciada y trasladada a un juzgado en la ciudad de Brest, adonde llegaron el 26 de junio y fueron puestos a disposición de un juez. Los indiciados fundamentaron su defensa en el hecho de que Camboya no era parte de la Convención Única sobre Estupefacientes de 30 de marzo de 1961; tampoco de la Convención Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, concluida en Viena el 19 de diciembre de 1988 ni de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 y que, por tanto, las autoridades francesas carecían de bases legales para su detención y enjuiciamiento.

Después de haber pasado por las instancias judiciales que dispone el derecho francés, su caso llegó a la Corte Europea de Derechos Humanos por el hecho de que los procesados alegaban no haber sido puestos a disposición de juez en forma expedita, violentando

⁶¹ European Court of Human Rights. Grand Chamber. *Judgment*. Case of Medvedyev and Others v. France (Application no. 3394/03). Strasbourg, 29 March 2010, p. 3.

así el debido proceso. En el caso, los franceses argumentaron que estaban autorizados por el gobierno camboyano para actuar en virtud de la nota diplomática del 7 de junio de 2002 lo que fue rechazado por los demandantes que consideraban que se estaba haciendo una errónea interpretación por parte de Francia al considerar una delegación de jurisdicción. Francia afirmó que la nota diplomática hace las veces de un tratado *ad hoc* y justificó su participación en los términos establecidos por el derecho internacional. Este es el punto central de este artículo: si la nota diplomática genera derecho y por tanto se puede considerar fuente de derecho internacional y de esa forma reforzar la postura de la existencia de otras fuentes además de las enlistadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

La Gran Cámara de la Corte de Estrasburgo concluye que la nota diplomática de las autoridades camboyanas proveyó las bases legales para la intercepción y embarque del *Winner* por los franceses, no obstante, esto no aplica para el hecho de la privación de la libertad de los indiciados durante trece días. En el desarrollo del juicio, el gobierno francés sustentó que la nota diplomática de Camboya y su contenido habían hecho la intervención de la marina francesa perfectamente legal desde la perspectiva del derecho internacional y esta será también la posición que asumiría la Gran Cámara de la Corte Europea en su sentencia. En el procedimiento, la Corte de Estrasburgo establece como uno de los puntos de la litis determinar si la nota diplomática del Ministerio de Relaciones Exteriores de Camboya proporciona las bases legales para las medidas impugnadas. Fue entonces que la Corte estableció lo ya referido de que las notas diplomáticas son fuente de derecho internacional comparables a un tratado. La Corte coincidió con el gobierno francés en cuanto que la nota diplomática de las autoridades camboyanas oficializaba el consentimiento de su país para la intercepción del *Winner*, sustentando además la consideración de que Camboya tenía el derecho de cooperar con otros países fuera del marco de la Convención de Montego Bay y las convenciones relativas al combate al narcotráfico.

En la sentencia respectiva emitida el 29 de marzo de 2010, la Corte Europea de Derechos Humanos decidió unánimemente que los demandantes quedaran bajo la jurisdicción de Francia; por diez votos contra siete consideró que existía violación al artículo 5, parágrafo 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (que establece que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley); por nueve votos contra seis no consideró que el parágrafo tercero del mismo artículo hubiera sido violado (la persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1.c, del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento). Finalmente, la Corte determinó una indemnización para los demandantes. Los jueces que no consideraron la existencia de una violación al artículo 5, parágrafo 1, formularon una opinión disidente. En sus consideraciones se refieren al hecho de la nota diplomática del gobierno de Camboya y sustentaron que ese instrumento no reúne todas las condiciones para considerarla “derecho”, pero que un

intercambio de notas es comúnmente confidencial y que debe ser así para ser efectiva en circunstancias como las de este caso⁶².

Según un documento oficial del Departamento Federal de Relaciones Exteriores de la Confederación Suiza, la nota diplomática “es la forma de correspondencia más utilizada, tanto para los asuntos administrativos de rutina como para cuestiones políticas mayores. La nota es un instrumento de la correspondencia diplomática y un elemento constitutivo de un acuerdo internacional, susceptible de generar derechos y obligaciones de derecho internacional. En los dos casos, la forma es generalmente la misma”⁶³. También el mismo documento señala que la nota emana generalmente de una representación diplomática, del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado receptor o, más raramente, de un Ministerio técnico autorizado para negociar directamente con las Misiones diplomáticas ciertas cuestiones que son de su competencia. La nota es redactada solo en un idioma, en estilo impersonal en la tercera persona del singular. También se caracteriza porque se presenta rubricada y no firmada.

Ciertamente algunos instrumentos producidos por el ejercicio de la diplomacia crean derecho porque existe el acuerdo de los Estados en ese sentido y, cada vez más, un sector de la doctrina comparte la opinión de que estos instrumentos, como la nota diplomática, son muchas veces preferidos por los Estados debido a que son más informales y pueden ser acordados de forma más rápida y fácil, sin las solemnidades y los procedimientos requeridos por los tratados; que no deben ser publicados ni registrados; son más útiles en términos de confidencialidad, considerando también que en ocasiones no son obligatorios, cuestión que no es del todo cierta si se toma en cuenta la sentencia de la Corte Europea. No olvidar tampoco que muchos de estos actos no están previstos en los ordenamientos jurídicos nacionales y, por tanto, carecen de un control parlamentario o incluso de legalidad. Evidentemente, instrumentos como la nota diplomática serán cada vez más frecuentes y aprovechados por los sujetos de derecho internacional en detrimento de la utilización de los tratados formales como en su momento surgieron, particularmente en la década de los años treinta del siglo pasado en Estados Unidos, los llamados acuerdos ejecutivos o *compacts*, sobre todo en la medida que sean tenidos como generadores de obligaciones o como fuentes de derecho⁶⁴. Al final, como Grigory Tunkin

⁶² Al margen se podría comentar que la Gran Cámara de la Corte Europea está compuesta por diecisiete jueces, de los que en este caso solo uno, el griego Christos Rozakis, es especialista en derecho internacional, miembro incluso del Instituto de Derecho Internacional. La mayoría son constitucionalistas o penalistas.

⁶³ Confédération Suisse. Département fédéral des affaires étrangères. *La correspondance diplomatique*. Berne, 2009, pp. 2-3.

⁶⁴ Rudiger Wolfrum ha identificado cuatro debilidades comunes de los tratados para la implementación de un efectivo régimen legal: 1. Celeridad: los tratados no son capaces de responder a los nuevos desafíos en el nivel normativo; 2. Claridad y uniformidad: cuando una materia es demasiado especializada es difícil alcanzar un acuerdo entre las partes porque no quieren asumir obligaciones que no estén claramente definidas; 3. Universalidad de participación: en ocasiones es necesario la conformidad de las partes que carecen de capacidad para suscribir tratados bajo las reglas de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y; 4. Flexibilidad y adaptabilidad: adoptar o enmendar tratados puede tardar décadas. Wolfrum, R. “The Inadequacy of Law-Making by International Treaties: ‘Soft Law’ as an Alternative?”, en *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlín, Springer, 2005, p. 40. En Cárdenas, F. *op. cit.*, p. 388.

afirmaba, “la norma de derecho internacional resulta... solo cuando tiene concordancia de la voluntad de los Estados con relación al reconocimiento de una norma particular como norma de derecho internacional”⁶⁵. Delante de esta realidad, se ha afirmado que “si el sistema gana flexibilidad, habrá perdido precisión en la determinación de las obligaciones internacionales”⁶⁶ y en este mismo tenor se ha pronunciado Jean Pierre Beurier al afirmar que “la búsqueda del funcionalismo, en detrimento de la solemnidad, hace optar por las soluciones pragmáticas, dictadas por la urgencia de encontrar una solución”⁶⁷.

Resulta interesante señalar que en el caso referido como la Obligación de Negociar el Acceso al Océano Pacífico (Bolivia vs. Chile), la Corte Internacional de Justicia, en la resolución dictada respecto de objeciones preliminares, el 24 de septiembre de 2015, establece que a efectos de sustanciar la existencia de la alegada obligación, Bolivia se fundamenta en “acuerdos, práctica diplomática y una serie de declaraciones atribuibles a representantes chilenos de alto nivel”⁶⁸. En este sentido, la nota diplomática debe entenderse formando parte de esa referida “práctica diplomática”, pero, como ya se ha señalado, debe hacerse un examen de su contenido para determinar si es generadora de normativa o solo contenedora de disposiciones de carácter mayormente administrativo. Lo que además es expresamente rechazado por Chile al argumentar que en este caso la cuestión es “gobernada” exclusivamente por un tratado internacional, es decir, el Tratado de Paz de 1904⁶⁹.

En la referida aplicación, Bolivia refiere y anexa un par de notas diplomáticas, una de ellas, la Nota 686 del 19 de diciembre de 1975 suscrita por Patricio Carvajal Prado, Ministro de Relaciones Exteriores, en esta declaró que “Chile estaría preparado para negociar con Bolivia la cesión de una franja de territorio al norte de Arica a la Línea de la Concordia”. Lo que presenta de forma autónoma al resto del contenido de la Nota. Llegado el momento de la sentencia, se podrá analizar el valor que la Corte de La Haya le otorgue, debiendo quedar claro si se generan obligaciones específicas o normas jurídicas, o bien se subestime por razón del contexto y las objeciones ya presentadas por la parte chilena o, como bien se viene sosteniendo en este artículo, la creación de esas obligaciones o normas solo podrá ser resultado del análisis particular de la nota diplomática en estudio, de la misma forma, como ya se señaló, la doctrina se ha manifestado respecto de las resoluciones de los organismos internacionales.

⁶⁵ Kennedy, D. *op. cit.*, p. 10.

⁶⁶ Duplessis, I. *op. cit.*, p. 253.

⁶⁷ Beurier, J. *op. cit.*, p. 223.

⁶⁸ International Court of Justice. *Judgment. Obligation to negotiate access to the Pacific Ocean. Preliminary Objection.* The Hague, 24 september 2015. paras. 19, 31.

⁶⁹ *Ibídem.* Parágrafo 42.

IV. CONCLUSIONES

La teoría de las fuentes del derecho internacional no puede seguir teniendo como mayor referencia y base de su fundamento al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y debe considerar que algunas fuentes han aparecido como consecuencia del dinamismo de los sujetos que esta disciplina reconoce como tales y de la propia sociedad global. Es evidente que en el estudio de los procedimientos técnicos de creación de las normas jurídicas internacionales deben tomarse en cuenta ahora a los instrumentos que comprenden el fenómeno jurídico del *soft law* como ciertas resoluciones de los organismos internacionales y ciertos actos unilaterales de los Estados. Asimismo, debe incluirse a las figuras jurídicas análogas a las ya reconocidas fuentes, específicamente las modalidades de los tratados como los acuerdos ejecutivos y la nota diplomática, cuya categoría de fuente le fue conferida ya por un tribunal internacional. Siempre tomándose en cuenta que no todo lo que produce efectos jurídicos es, por tanto, fuente de derecho, es decir, se debe hacer un análisis previo del instrumento antes de atribuirle la categoría de fuente internacional. El hecho innegable es la existencia de nuevas fuentes en el derecho internacional.

Evidentemente, “el fenómeno contemporáneo de *soft law* ataca a un sistema notoriamente frágil, visible a los ojos de los realistas en su impotencia de cara a la importancia de los acontecimientos internacionales”⁷⁰, pero indudablemente es el resultado del dinamismo propio de la disciplina jurídica. Muchas soluciones se han propuesto para adecuar la teoría tradicional: Hugh Thirlway sugiere que los actos unilaterales debieran ser incorporados al artículo 38 del Estatuto “tal vez como una subdivisión de los tratados y las convenciones o como caso especial semejante a ellos”⁷¹. Cárdenas Castañeda expone que “el *soft law* no debiera ser llamado ‘soft’, sino que debería ser agregado a la lista de fuentes del ‘hard law’, empleando etiquetas como ‘resoluciones de las reconocidas organizaciones internacionales’, ‘declaraciones resultantes de cumbres mundiales’, etc.”. El mismo autor considera que “no obstante la clásica creencia de que el estudio de las fuentes del derecho internacional queda circunscrito a la lista del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, nuevas tendencias han emergido aduciendo que las actuales fuentes deben ser examinadas u otras candidatas debieran ser adicionadas a la lista”⁷². Simplemente se afirma que es de suprema importancia acelerar el debate en los cambios y ampliación de las fuentes de derecho internacional.

Se puede concluir que, sin necesidad de modificar el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, parece ha llegado el momento de no solo considerar fuentes de derecho internacional a las enlistadas en el artículo 38 y “oficializar, si fuere correcto el término, la consideración de fuentes, particularmente, a las resoluciones de los organismos internacionales, los actos unilaterales de los Estados y algunos instrumentos análogos a

⁷⁰ Duplessis, I. *op. cit.*, p. 267.

⁷¹ Thirlway, H. *op. cit.*, p. 44.

⁷² Cárdenas, F. *op. cit.*, p. 364.

los tratados (como los acuerdos ejecutivos, los memorándum de entendimiento y, como ha sido expuesto en este artículo, la nota diplomática) siempre con la diligencia de analizarles para determinar si de ellas se desprenden obligaciones jurídicas que puedan erigirse en fuentes de derecho internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- BARBERIS, J. *Formación del Derecho Internacional*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1994.
- BECERRA Ramírez, M. "Notas sobre el derecho internacional público a finales del siglo", en *La Ciencia del Derecho durante el siglo XX*. UNAM, México, 1998.
- BEURIER, J., "L'influence de l'evolution du droit international sur ses sources", en *Revue québécoise de droit international*. Montréal, v. 8, n. 2, p. 216-227, 1993-1994.
- BONDIA García, D. *Régimen Jurídico de los Actos Unilaterales de los Estados*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2004.
- BROWN Scott, J. (Director). *The Proceedings of The Hague Peace Conferences. The Conference of 1907, Volume I, Pleenary Meeting of the Conference*. Oxford University Press, New York, 1920.
- CÁRDENAS Castañeda, F. "A call for rethinking the sources of international law: soft law and the other side of the coin", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, UNAM, v XIII, México, 2013.
- CASTAÑEDA, J. *Obras Completas. I Naciones Unidas*. v. I, Colegio de México-Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1995.
- CONFÉDÉRATION Suisse. Département fédéral des affaires étrangères. *La correspondance diplomatique*. Berne, 2009. <https://www.bk.admin.ch/themen/lang/04929/05490/index.html>.
- D'ASPREMONT, J. *Formalism and the Sources of International Law. A Theory of the Asecertainment of Legal Rules*. Oxford University Press, Oxford, 2011.
- DUPLESSIS, I. "Le vertige et la soft law: réactions doctrinales en droit international", en *Revue québécoise de droit international*, Montréal, pp. 245-258. Hors-Série 2007,
- EUROPEAN Court of Human Rights. Grand Chamber. *Judgment. Case of Medvedev and Others v. France* (Application no. 3394/03). Strasbourg. 29 March 2010.
- EVANS, M. (Editor). *International Law*. 4th Edition. Oxford University Press, Oxford, 2014.
- HORCHANI, F. *Les Sources du Droit International Public*. Centre de Publication Universitaire, Tunis, 2008.
- INTERNATIONAL Court of Justice. *Judgment. Obligation to negotiate access to the Pacific Ocean. Preliminary Objection*. The Hague, 24 september 2015. En <http://www.icj-cij.org/docket/files/162/19020.pdf> Fecha de consulta: 20 de junio de 2016.
- KENNEDY, D. "The sources of international law", en *American University International Law Review*, v. 2, n. 1, p. 1-96, Washington, 1987.
- LIMA, C. "O surgimento da Corte Permanente de Justiça Internacional: formação europeia e fundamento voluntarista", en *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. Santa Maria, RS, v. 8, n. 1. 2013. En <http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/8724#.ViwlB3ldFjo>
- MARIÑO Menéndez, F. *Derecho Internacional Público (Parte General)*. Madrid. Editorial Trotta. 1995.
- MONROY Cabra, M. "Aproximación al concepto de fuentes de derecho internacional", en *Revista Estudios Socio-jurídicos*, Bogotá, vol. 7, n. 2, Universidad del Rosario, julio-diciembre. p. 77-91, Bogotá, 2005.

- MULAMBA Mbui, B. *Droit international public: les sources*. Editions L'Harmattan, Paris, 2012.
- NASSER, S. *Fontes e Normas do Direito Internacional: Um estudo sobre a Soft Law*, Editora Atlas, São Paulo, 2006.
- NOVAK Talavera, F. "La Teoría de los Actos Unilaterales de los Estados", en *Revista Agenda Internacional*, Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Vol. 1. n. 1. Lima, 1994.
- PELLET, A. *Sources of International Law. Contre la tyrannie de la ligne droit. Aspects de la formation des normes en droit international de l'Economie et du Developpement*. Paris, Institute of Public International Law and International Relations of Thessaloniki, Thessaloniki, 1992.
- REMIRO, A. *Derecho Internacional*, Madrid, McGraw Hill, 1997.
- REZEK, F. *Direito internacional público. Curso elementar*, Editora Saraiva, São Paulo, 2000.
- REUS-SMIT, C. (Editor), *The Politics of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- SHAHABUDDEEN, M. *Precedent in the World Court*, Cambridge University Press, Cambridge. 2007.
- SORENSEN, M. *Manual de Derecho Internacional Público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- STATUT et Règlement de la Cour Permanente de Justice Internationale: Éléments D'interpretation*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1934.
- THIRLWAY, H. *The Sources of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- UNITED Nations. *Yearbook of the International Law Commission 2006*, v. 2, part two, New York and Geneva, 2013.