



ACADEMIA DIPLOMATICA DEL PERU
Javier Pérez de Cuéllar

MAESTRÍA EN DIPLOMACIA Y RELACIONES INTERNACIONALES
MENCION EN DERECHO DE LOS TRATADOS

TESIS

“LOS INSTRUMENTOS ‘SOFT LA W’ Y SU MARCO NORMATIVO”

PARA OPTAR EL GRADO DE MAGÍSTER EN DIPLOMACIA Y RELACIONES INTERNACIONALES
MENCION EN DERECHO DE LOS TRATADOS

ALFREDO FORTES GARCÍA

LIMA – PERÚ

2017

RESUMEN

El derecho internacional viene adquiriendo nuevas formas de manifestación. Así, los actores internacionales –tradicionales y nuevos- promueven la búsqueda y creciente utilización de acuerdos de fácil conclusión, tales como acuerdos simplificados y demás instrumentos de tipo *soft law*. Ello propicia, en consecuencia, el empleo de formas no convencionales para la conclusión de acuerdos de carácter internacional.

Al respecto, el gran uso que se le viene dando actualmente a los instrumentos *soft law* hace necesario contar con un marco normativo que regule su uso de conformidad con el derecho internacional. Ello otorgaría una mayor certeza a los Estados sobre los compromisos que puedan estar asumiendo al suscribir este tipo de instrumentos y, asimismo, se contribuiría a evitar la banalización del derecho internacional. El presente trabajo busca plantear un conjunto de reglas aplicables a dichos instrumentos.

Palabras claves: *soft law*, derecho blando, acuerdos no convencionales, carácter no vinculante, relevancia jurídica, *hard law*, marco normativo.

ABSTRACT

International law is acquiring new forms of expression. International actors - traditional and new - are searching and favouring the use of easy-to-conclude agreements, such as simplified agreements and other soft law instruments. This new practice boosts the use of non-conventional forms for the adoption of international agreements.

In this regard, the current practice of soft law instruments makes it necessary to have a regulatory framework governing its use in accordance with international law. This would give States greater assurance of the commitments they may be making when adopting soft law instruments. It would also help in avoiding the trivialization of international law. This research paper seeks to propose a set of rules applicable to soft law instruments.

Key words: *soft law*, non-treaty agreements, non-binding character, legal relevance, *hard law*, regulatory framework

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO	8
1.1 Fundamentación del problema de investigación	8
1.2 Planteamiento del problema	9
1.2.1 Problema general	9
1.2.2 Problema específico 1	9
1.2.3 Problema específico 2	10
1.3 Objetivos	10
1.3.1 Objetivo general	10
1.3.2 Objetivo específico 1	10
1.3.3 Objetivo específico 2	10
1.4 Justificación de la investigación	10
1.5 Fundamentación y formulación de las hipótesis	11
1.5.1 Hipótesis general	12
1.5.2 Hipótesis específica 1	12
1.5.3 Hipótesis específica 2	12
1.6 Identificación y clasificación de las variables	12
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	13
2.1 Antecedentes de la investigación	13
2.1.1 Para la variable X (instrumentos <i>soft law</i>)	13
2.1.2 Para la variable Y (marco normativo)	14
2.2 Bases teóricas	17
2.2.1 Variable X (instrumentos <i>soft law</i>)	17
2.2.1.1 Definición del <i>soft law</i>	17

2.2.1.2	Clasificación del <i>soft law</i>	24
2.2.1.3	Distinción entre <i>soft law</i> y tratados internacionales	27
2.2.1.4	Resoluciones de organizaciones internacionales	33
2.2.1.5	Otras características del <i>soft law</i>	36
2.2.1.6	Efectos del <i>soft law</i>	40
2.2.1.7	Interpretación del <i>soft law</i>	49
2.2.1.8	Sanciones por incumplimiento	49
2.2.1.9	Conclusiones	52
2.2.1.10.	El Perú frente al fenómeno del <i>soft law</i>	53
2.2.2	Variable Y (marco normativo)	55
2.2.2.1	Introducción	55
2.2.2.2	Efectos del <i>soft law</i> en fuentes del derecho	
	Internacional	60
2.2.2.3	Reglas aplicables a las partes de acuerdo	
	no convencional	63
2.2.2.4	Rol de acuerdos no convencionales	
	en derecho internacional	75
2.3	Glosario de términos	77
CAPÍTULO III: METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN		80
3.1	Operacionalización de variables	80
3.2	Tipificación de la investigación	81
3.3	Diseño de investigación	81
3.4	Instrumentos de Recolección de datos	81
CAPITULO IV: RESULTADOS		
4.1	Presentación, análisis e interpretación de los datos	82
4.2	Proceso de prueba de hipótesis	82
4.3	Método estadístico de contraste	82

4.4 Planteo de hipótesis general	84
4.5 Discusión	89
CONCLUSIONES	82
RECOMENDACIONES	83
BIBLIOGRAFÍA	84

ÍNDICE DE ANEXOS

Anexo 1: Matriz de consistencia	99
Anexo 2: Matriz de operacionalización de variable X	101
Anexo 3: Matriz de operacionalización de variable Y	102

INTRODUCCIÓN

Las normas o instrumentos de tipo *soft law* son aquellos acordados por los Estados u otros sujetos de derecho internacional que no son vinculantes pero que tienen alguna relevancia jurídica.

El *soft law* existe independientemente de lo que se pueda pensar o de la validez jurídica que puedan tener sus normas. En ese sentido, es mejor buscar una regulación antes que siga creciendo desordenadamente y sembrando incertidumbre en las relaciones internacionales. Así, lo que se busca es evitar la banalización del derecho internacional.

El fin de una regulación y/o marco normativo para los instrumentos *soft law* debe ser siempre el de otorgar una mayor certeza a los Estados sobre los compromisos que puedan estar asumiendo al suscribir dichos instrumentos y, por consiguiente, brindar una mayor fluidez y certidumbre en las relaciones internacionales.

Al respecto, resulta pertinente una regulación de los instrumentos de tipo *soft law*, en la cual se establezca claramente sus alcances y repercusiones en el derecho y en las relaciones internacionales.

Los instrumentos *soft law* no han sido contemplados expresamente por la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, por lo que –en principio- no estarían regulados por el marco normativo contenido en dicha Convención.

La referida Convención no prevé el método para determinar el marco normativo de los acuerdos no convencionales. Las posibles soluciones a dicha interrogante en el derecho internacional no son claras y/o pueden diferir entre ellas. Sin embargo, algunos aspectos de la Convención de Viena –y principios

generales del derecho- podrían aplicarse al *soft law*. El presente trabajo busca determinar cuáles son esas reglas.

Para dicho fin, el presente trabajo ha sido esquematizado del siguiente modo:

En el Capítulo I, PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO, se formula y fundamenta el problema de la investigación. Igualmente, se plantea el problema principal, los problemas secundarios y sus objetivos específicos. Por medio de la justificación, se sustenta el valor científico de la tesis. Finalmente, se formulan la hipótesis y las variables de la investigación.

En el Capítulo II, MARCO TEÓRICO, se presentan los antecedentes de la investigación y las bases teóricas que permitirán el análisis de las variables de investigación.

En el Capítulo III, METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN, se presenta el tipo de investigación y, asimismo, se identifica la técnica e instrumentos de recolección de datos.

En el Capítulo IV, RESULTADOS, se presentan los resultados de acuerdo al análisis documental del estudio para otorgar una mayor certeza jurídica al *soft law* y, por consiguiente, una mayor fluidez y certidumbre en el derecho internacional y en las relaciones internacionales

Finalmente, se presentan las CONCLUSIONES y RECOMENDACIONES obtenidas en el desarrollo de la presente investigación, las cuales buscan proponer un marco normativo que regule el uso y aplicación de los instrumentos *soft law* en las relaciones internacionales.

Alfredo Fortes García

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO

1.1 Fundamentación del problema de investigación

Mediante el *soft law*, los actores internacionales buscan satisfacer sus intereses en materias de interés general o de temas relativamente nuevos que, por su naturaleza política, social o económica, no sea factible abordar en un acuerdo con carácter vinculante. Esto ocurre, entre otras, en las siguientes materias: protección del medio ambiente, protección internacional de los derechos humanos, las nuevas tecnologías de las comunicaciones y procesos de integración.

Así, tenemos que el *soft law* estaría surgiendo como consecuencia tanto del debilitamiento del proceso de codificación como de las ventajas que ofrece su aplicación: generan mayor consenso, mayor posibilidad de llegar a un acuerdo en temas sensibles al no tener carácter vinculante y ayudan a interpretar otros tratados internacionales.

Sin embargo, uno de los problemas que se genera con el creciente uso de instrumentos *soft law*, es la falta de regulación en cuanto a su aplicación y cumplimiento.

El problema de no regular los instrumentos *soft law* nos lo resume Mazuelos de la siguiente forma: *“Más compleja es la cuestión de si a los acuerdos que tratamos se les aplican principios generales del Derecho, si pueden interpretar tratados o modificarlos. El peligro a evitar en cualquiera de estos casos es permitir que caballos de Troya, se vuelvan contra las intenciones de los sujetos de mantenerse en los márgenes del Derecho o provoquen en éste cambios que no han seguido los cauces establecidos a tal efecto, disminuyendo así las garantías que ofrece un ordenamiento jurídico. Además, habrá que tener en*

*cuenta si, por estas circunstancias, los acuerdos se aproximan tanto a los tratados que se confundan con ellos o, en su caso, explicar cuáles serían las diferencias entre unos y otros instrumentos.*¹ Esto resalta claramente la importancia de establecer claramente los límites del *soft law* frente a los tratados internacionales.

En el presente trabajo nos limitaremos, específicamente, a determinar cuáles podrían ser las reglas que se aplicarían a los instrumentos *soft law*, es decir su marco normativo en cuanto a su celebración, interpretación, cumplimiento, enmienda, terminación, registro, etc.

1.2 Planteamiento del problema

1.2.1 Problema general

¿De qué manera un marco normativo de los instrumentos *soft law* otorgaría una mayor certeza sobre los compromisos asumidos y, al mismo tiempo, facilitaría su uso en las relaciones internacionales?

1.2.2 Problema específico 1

¿Cómo identificar los instrumentos *soft law*, tanto jurídicos como no jurídicos, y cómo diferenciarlos del *hard law*?

¹ Mazuelos Bellido, Ángeles: “¿Soft law: Mucho ruido y pocas nueces?”, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, No. 8, 2004, p. 23, disponible en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num8/articulos/soft-law-mucho-ruido-pocas-nueces> [visualizado el 23 de enero de 2017].

1.2.3 Problema específico 2

¿Cuáles son los problemas generados por el uso indiscriminado de instrumentos *soft law*?

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo general

Otorgar una mayor certeza jurídica al *soft law* y, por consiguiente, una mayor fluidez y certidumbre en el derecho internacional y en las relaciones internacionales.

1.3.2 Objetivo específico 1

Identificar claramente al *soft law*, diferenciándolo del *hard law* (especialmente de los tratados internacionales), para luego plantear un marco normativo.

1.3.3 Objetivo específico 2

Buscar una regulación mínima del *soft law* antes que siga creciendo desordenadamente y creando incertidumbre por su uso indiscriminado.

1.4 Justificación de la investigación

El *soft law* existe independientemente de la calificación que se le quiera dar o de la fuerza legal que tengan sus normas. En ese sentido, es mejor buscar una regulación antes que siga creciendo desordenadamente y creando

incertidumbre en las relaciones internacionales. Así, se debe evitar la banalización del derecho internacional.

El fin de una regulación y/o marco normativo para los instrumentos *soft law* debe ser siempre el de otorgar una mayor certeza a los Estados sobre los compromisos que puedan estar asumiendo al suscribir los referidos instrumentos y, por consiguiente, una mayor fluidez y certidumbre en las relaciones internacionales.

Al respecto, resulta pertinente una regulación de los instrumentos de tipo *soft law* en la cual se establezca sus alcances y repercusiones en el derecho y en las relaciones internacionales. En este punto también cabe analizar qué aspectos de la Convención de Viena de los Derecho de los Tratados y del derecho internacional podrían aplicarse a los instrumentos *soft law*.

Con ello se lograría evitar la propagación indiscriminada de instrumentos carentes de la eficacia o fuerza necesaria para ser relevantes en el derecho internacional, así como de instrumentos que pueden entrar en colisión con tratados en buena y debida forma, y que en muchos casos los modifiquen, ya sea a través de interpretaciones antojadizas o como consecuencia del *estoppel* o aquiescencia.

1.5 Fundamentación y formulación de las hipótesis

En principio, las reglas o marco normativo que se podrían aplicar a los instrumentos *soft law* son aquellas contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en cuanto le sean aplicables y, asimismo, determinados principios generales del derecho como el principio de buena fe. En ese sentido, el marco normativo propuesto otorgaría mayor claridad y facilitaría el correcto uso de los referidos instrumentos en las relaciones internacionales.

1.5.1 Hipótesis general

Un marco normativo del *soft law* brindaría una mayor certeza jurídica al derecho internacional y, por consiguiente, permitiría una mayor fluidez y certidumbre en las relaciones internacionales.

1.5.2 Hipótesis específica 1

La identificación y caracterización de los instrumentos *soft law* -y su diferenciación del *hard law*- es esencial para plantear un marco normativo que regule su aplicación.

1.5.3 Hipótesis específica 2

Una regulación mínima del *soft law* evitaría su crecimiento desordenado y la incertidumbre que crea por su uso indiscriminado.

1.6 Identificación y clasificación de las variables

Variable X: Instrumentos *soft law*

Variable Y: Marco normativo

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de la investigación

Para la presente investigación se ha consultado un gran número de libros, trabajos de investigación y artículos académicos, así como tratados y jurisprudencia internacionales. Al ser una temática poco tratada, especialmente la variable Y (marco normativo), la información más relevante fue encontrada en artículos académicos. A manera de ilustración, se pueden citar los siguientes trabajos académicos:

2.1.1 Para la variable X (instrumentos *soft law*):

- **Grnchalla-Wesierski, Tadeusz: "A Framework for Understanding "Soft Law"”, McGill Law Journal Vol No. 30, 1984.**

El objetivo del trabajo de Grnchalla-Wesierski es presentar un marco de referencia que facilite la comprensión del *soft law* y sus efectos.

El autor estudia el *soft law* incluyéndolo tanto en instrumentos jurídicos (tratados) como no jurídicos. Estos instrumentos, señala el autor, están caracterizados por la gran capacidad de discreción que se deja a las partes comprometidas por una obligación y, añade, que si bien sus normas son discrecionales por naturaleza, no están carentes de efectos jurídicos y políticos. Por su sola presencia, el *soft law* promueve cierto rigor en las relaciones internacionales. El autor también aborda las posibles sanciones por incumplimiento de obligaciones *soft law*, con especial énfasis en el caso del *soft law* no jurídico, es decir en aquel que no se encuentra contenido en tratados internacionales.

Si bien la aproximación del trabajo es teórica, el autor también incluye ejemplos de aplicación de normas *soft law*.

- **Mazuelos Bellido, Ángeles: “¿Soft law: Mucho ruido y pocas nueces?”**, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, No. 8, 2004, disponible en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num8/articulos/soft-law-mucho-ruido-pocas-nueces> [visualizado el 23 de enero de 2017].

El objetivo del trabajo, de aproximación teórica, es presentar el fenómeno del *soft law* analizando las resoluciones de las organizaciones internacionales, los acuerdos de actores no estatales y los acuerdos interestatales no vinculantes jurídicamente. Asimismo, la autora plantea diversas interrogantes y cuestionamientos sobre el uso del *soft law* en las relaciones internacionales.

Para la autora, el *soft law* es una expresión empleada con relación a instrumentos que inciden o tratan de incidir sobre conductas de sujetos y actores internacionales que, por alguna razón, no encajan como una fuente de derecho internacional, pero que sería demasiado estricto negarles cualquier trazo de juridicidad y calificarlos de “no Derecho”, sobre todo si tenemos en cuenta su impacto en fenómenos indiscutiblemente jurídicos y en las relaciones internacionales.

2.1.2 Para la variable Y (marco normativo):

- **Hillgenberg, Hartmut: “A Fresh Look at Soft Law”**, European Journal of International Law, Vol. 10, No. 3, 1999, pp. 499-515.

Hillgenberg se refiere a los instrumentos *soft law* como “acuerdos no convencionales (*non-treaty agreements*)”.

Para el autor, los acuerdos internacionales no concluidos como tratados no están cubiertos por la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, pero sí juegan un papel importante en las relaciones internacionales.

La relación de las partes que optan por obligaciones no convencionales puede ser descrita, sostiene Hillgenberg, como una de “Régimen Autónomo”, cuyas características dependerán de la intención de las partes para cada caso específico.

Los acuerdos no convencionales, advierte el autor, deben de diferenciarse de verdaderos pactos de caballeros que son sólo promesas de funcionarios y que no obligan a sus Estados. Lo mismo podría decirse de los acuerdos interinstitucionales. También se debe distinguir los acuerdos no convencionales de los acuerdos en forma de tratado que contienen –en todo o parte- obligaciones que no pueden ser aplicadas por su falta de especificidad.

El objetivo del trabajo, de corte teórico, es plantear la introducción de algunas reglas del derecho de los tratados y principios generales del derecho a dicho régimen autónomo (*soft law*).

- **Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto: “Un llamado para repensar las fuentes de derecho internacional: *soft law* y la otra cara de la moneda”**, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XIII, México, 2013, pp. 355-403.

El autor del presente trabajo, de aproximación teórica, cuestiona la concepción tradicional del estudio de las fuentes del derecho internacional haciendo un contraste con una de las nociones que

presenta grandes desafíos a la producción normativa internacional: el *soft law*.

Para dicho objetivo, el autor realiza una presentación general del concepto del *soft law* y de sus principales características y efectos legales. Finalmente, presenta una formulación de cuestionamientos cuyo fin principal es hacer un llamado sobre la necesidad de volver a la investigación de las fuentes de derecho internacional, las cuales considera el autor no deben permanecer estáticas sino que deben desarrollarse en la misma medida en que se dinamizan las relaciones internacionales contemporáneas.

2.2 Bases teóricas

2.2.1 Variable X (instrumentos soft law)

2.2.1.1. Definición del *soft law*

Actualmente, se pueden identificar hasta cuatro eslabones en el derecho internacional que van desde lo no legal hasta las normas *ius cogens*: 1. *non law* (sin efecto jurídico alguno), 2. Instrumentos *soft law*, 3. *hard law* (ej. Tratados internacionales) y 4. Normas *ius cogens* que no admiten pacto en contrario.

En el presente trabajo, nos enfocaremos en el segundo eslabón: los instrumentos *soft law*.

El derecho internacional viene adquiriendo nuevas formas de manifestación. Así, los actores internacionales –tradicionales y nuevos– promueven la búsqueda y creciente utilización de acuerdos de fácil conclusión, tales como acuerdos simplificados y demás instrumentos de tipo *soft law*, generando –en consecuencia– el empleo de formas no convencionales para la conclusión de acuerdos de carácter internacional.

Al definir este tipo de acuerdos, H. Thierry concluye que el Derecho internacional:

“comporte la catégorie des accords informels... c’est à dire des accords qui n’ont pas les mêmes effets contraignants que les traités internationaux mais doivent être respectés en vertu des exigences

*de la bonne foi qui président à tous les engagements pris pour le compte des Etats.*²

Cabe resaltar lo señalado por Julio Barberis con relación al orden internacional actual, el cual no constituiría “*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*”³. Tal podría ser el caso de los instrumentos o normas *soft law*.

En general, el *soft law* son aquellos actos o instrumentos de los Estados u otros sujetos de derecho internacional que no son vinculantes pero que tienen alguna relevancia jurídica.

Es comúnmente aceptado que el término *soft law* fue acuñado por Lord McNair y ya desde su origen ha sido interpretado de forma diversa. En un inicio el término se utilizaba básicamente para distinguir entre proposiciones *lex lata* y *lex ferenda*.

Asimismo, d'Aspremont diferencia entre el instrumento y el contenido del *soft law*:

“The softness of the instrumentum pertains to the choice made by the legal subjects of an instrument which lies outside the realm of law. When it concerns the content of their agreement, that is the

² H. Thierry, “L'évolution du droit international. Cours Général de droit international public”, 1990, pp. 44-5, citado en: Mazuelos Bellido, Ángeles: “¿Soft law: Mucho ruido y pocas nueces?”, 8 Revista Electrónica de Derecho Internacional Público, 2004, p. 23, disponible en: http://www.reei.org/reei8/MazuelosBellido_reei8_.pdf [visualizado el 23 de enero de 2017].

³ Barberis, Julio, “Formación de derecho internacional”, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 257.

negotium, it refers to a legal act cast in non-normative terms which do not, as such, fetter the freedom of their authors.”⁴

Este fenómeno internacional del *soft law* puede incluir una amplia gama de instrumentos internacionales tales como: resoluciones de organizaciones internacionales, recomendaciones e informes de organismos o conferencias internacionales, programas de acción, textos de tratados que no han entrado en vigor, declaraciones interpretativas de tratados, disposiciones programáticas o *non-self-executing*, acuerdos no normativos, acuerdos políticos (pactos de caballeros), códigos de conducta, estándares, etc.⁵

Hoy en día, el *soft law* aún no cuenta con una definición uniforme. Al respecto, Ángeles Mazuelos nos dice que:

“...por un lado se utiliza en relación con instrumentos heterogéneos en los que suelen concurrir dos elementos, el carácter no jurídicamente vinculante... y una cierta relevancia jurídica... Por otro lado, encontramos la expresión referida al contenido de instrumentos, bien jurídicamente vinculantes (legal soft law) o no (instrumentos entonces, doblemente “soft”). En conjunto se aprecia que la expresión se aplica a instrumentos cuya juridicidad es dudosa o cuya fuerza vinculante se cuestiona.”⁶

A su turno, Grnchalla-Wesierski propone la siguiente definición y elementos del *soft law*:

⁴ D’Aspremont, Jean: “Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials”, *The European Journal of International Law* Vol. 19, No. 5, 2008, pp. 1081-1082.

⁵ Del Toro Huerta, Mauricio Iván: “El Fenómeno del Soft Law y las nuevas Perspectivas del Derecho internacional”, *Anuario Mexicano de derecho Internacional*, Vol. VI, México, 2006, p. 534.

⁶ Mazuelos Bellido, Ángeles: “¿Soft law: Mucho ruido y pocas nueces?”, p. 2.

“Economic soft law norms are legal or non-legal obligations which create the expectation that they will be used to avoid or resolve disputes. They are not subject to effective third party interpretation, and their subject matter and formation are international in nature. The five main elements of this definition will be examined in detail: A) the international nature of the subject matter and means of formation; B) the inclusion of both legal and non-legal instruments; C) the creation of expectations; D) the purpose of avoiding or resolving disputes; and E) the difficulty of effective third party interpretation.”⁷

Asimismo, Shaw advierte sobre las limitaciones del *soft law* del siguiente modo:

“This terminology is meant to indicate that the instrument or provision in question is not of itself ‘law’, but its importance within the general framework of international legal development is such that particular attention requires to be paid to it. ‘Soft law’ is not law. That needs to be emphasized, but a document for example does not need to constitute a binding treaty before can exercise an influence in international politics.”⁸

En cuanto a definiciones de *soft law* en ordenamientos internos, podemos citar como ejemplo la definición “acuerdo internacional no normativo” contenida en el artículo 2, literal c, de la Ley española No. 25/2014, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales:

“c) «acuerdo internacional no normativo»: acuerdo de carácter internacional no constitutivo de tratado ni de acuerdo internacional

⁷ Gruchalla-Wesierski, Tadeusz: “A Framework for Understanding “Soft Law””, McGill Law Journal Vol No. 30, 1984, pp. 44-45.

⁸ Shaw, Malcom N.: “International Law”, Cambridge University Press, séptima edición, tercera impresión, Cambridge, 2015, pp. 83-84.

administrativo que se celebra por el Estado, el Gobierno, los órganos, organismos y entes de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, las Entidades Locales, las Universidades públicas y cualesquiera otros sujetos de derecho público con competencia para ello, que contiene declaraciones de intenciones o establece compromisos de actuación de contenido político, técnico o logístico, y no constituye fuente de obligaciones internacionales ni se rige por el Derecho Internacional.”

De esta última definición, ya podemos extraer algunas de las características más importantes de los instrumentos *soft law*:

- Carácter internacional.
- No constituye un tratado (carácter no normativo).
- No es fuente del derecho internacional ni está regido por este.
- Puede ser suscrito por el gobierno central, gobiernos regionales o locales y cualquier otro sujeto de derecho público.
- Contenido político, técnico o logístico.

Con relación a la preferencia del *soft law* sobre el *hard law* en determinadas situaciones, Alkoby resalta que:

“Studies of soft law initiatives often conclude with support for the view that soft law is a second-best solution for situations where hard law is not attainable. Therefore, when soft law comes short, the frequent conclusion is that a regime must resort to more precise commitments and to the heavy, coercive sanctions of ‘hard’ international law in order to become more effective. So while soft law is viewed by some as a useful category, resting on a continuum of normativity, the binary of soft/hard (understood as binding/non-binding) is maintained. The measure for the bindingness of

international law, therefore, is seen as reflected in the degree of its commanding nature as well as the coercive sanctions available for enforcing it.”⁹

En ese sentido, Galbraith y Zarin consideran que el actual surgimiento del *soft law* se debe –fundamentalmente- a lo siguiente:

“We attribute the rise of soft law to the pressures of globalization and the difficulties inherent in creating “hard” legal responses to it.”¹⁰

Asimismo, Galbraith y Zarin –sobre este mismo punto referido al incremento en el uso del *soft law*- nos recuerdan que:

“The use of soft law agreements has grown and changed significantly since the 1970s. Important soft law agreements before then dealt mainly with traditional matters of international affairs—the treatment of aliens, military alliances, diplomatic relations, and the like—and they were concluded by traditional diplomatic actors within the executive branch. More recently, however, soft law agreements have not only become more prevalent but have also emerged in areas of law classically associated more with domestic than with international affairs, such as financial regulation, consumer protection, and law enforcement.”¹¹

Igualmente, Dupuy resalta tres razones sociales por las cuales surge el fenómeno del *soft law*:

⁹ Alkoby, Asher: “Soft Law Initiatives and the Bindingness of International Law”, Paper presented at the ISA Annual Convention, Nueva York, 2009, p. 4.

¹⁰ Galbraith, Jean y Zaring, David: “Soft Law as Foreign Relations Law”, Cornell Law Review, Vol. 99, No. 4, mayo 2014, p. 744.

¹¹ Galbraith, Jean y Zaring, David: “Soft Law as Foreign Relations Law”, p. 747.

1. El surgimiento de instituciones permanentes, tanto universales (ONU) como regionales, al término de la segunda guerra mundial.
2. Diversificación de los componentes de la comunidad internacional: Países en desarrollo buscan modificar las reglas del orden mundial a través de instrumentos *soft law*.
3. Rápida evolución de la economía mundial y la creciente interdependencia estatal combinada con el progreso de la ciencia y tecnología: Necesidad de crear nuevas ramas como el derecho internacional económico y para la protección del medio ambiente.¹²

Finalmente, Combacau y Sur explican por qué se fortalece el uso del *soft law* –a pesar de su poca claridad- del siguiente modo:

“Ces instruments appartiennent au contexte des normes obligatoires, et il est aussi difficile de les écarter totalement de l’univers juridique que de définir précisément leurs effets. On peut déplorer les risques de confusion intellectuelle et juridique qui en résultent. Mais si les États entrent dans cette voie, c’est qu’ils y trouvent un intérêt. En dépit, on peut être à cause de l’imprécision de leur statut, elles remplissent à leurs yeux des fonctions utiles.”¹³

Como se ha podido observar, el surgimiento del *soft law* se produce como consecuencia de una necesidad de llegar a acuerdos de fácil conclusión y con muy pocas formalidades, habida cuenta el gran dinamismo actual de las relaciones internacionales, las cuales requieren soluciones y acuerdos específicos de forma casi inmediata.

¹² Dupuy, Pierre-Marie: “Soft Law and the International Law of the Environment”, Michigan Journal of International Law, Vol. 12, invierno 1991, pp. 420-421.

¹³ Combacau, Jean y Sur, Serge: “Droit international public”, Lextenso éditions, octava edición, Paris, 2008, p. 53.

2.2.1.2. Clasificación del *soft law*

Podemos distinguir, básicamente, entre dos clases o tipos de normas *soft law*:

1. **Soft law legal o jurídico**, es decir aquel que está contenido o forma parte de instrumentos *hard law*, como un tratado internacional, pero que tienen una naturaleza o contenido blando o *soft*.
2. **Soft law no legal o no jurídico**, es decir aquel que constituye por si mismo un instrumento internacional de tipo *soft law* y que, eventualmente, pueda mutar posteriormente a *hard law* por su progresivo desarrollo y aceptación internacional (Ej. Declaración Universal de Derechos Humanos).

En este punto cabe citar a Mauricio Del Toro, quien afirma que existe un “*soft law material*”, el cual está referido al contenido de los instrumentos internacionales, de tal forma que un tratado internacional puede contener por un lado disposiciones que generan obligaciones y, por otro lado, disposiciones vagas con un contenido materialmente *soft* que no establezca obligaciones para las partes¹⁴. Es lo que hemos calificado anteriormente como *soft law legal* o jurídico. Así, tenemos tratados internacionales que tienen tanto normas *hard* como *soft law*.

Con relación a las sanciones aplicables al *soft law legal* o jurídico y al *soft law no legal* o no jurídico para asegurar su cumplimiento, Grnchalla-Wesierski señala:

¹⁴ Del Toro Huerta, Mauricio Iván: “El Fenómeno del Soft Law y las nuevas Perspectivas del Derecho internacional”, p. 536.

“The sanctions available to enforce the objective element will depend in part on whether the soft law is legal or non-legal. Legal soft law is found in international agreements, or decisions of international organizations, which legally bind states which are parties to them. Legal sanctions are clearly available for legal soft law. Non-legal soft law, also found in international agreements, is not legally binding upon the parties. Non-legal soft law generally makes available only non-legal (political) sanctions.”¹⁵

El asunto referido a las sanciones por incumplimiento de instrumentos o normas *soft law* será estudiado en detalle en una acápite posterior.

Seguidamente, Cárdenas añade lo siguiente:

“The legal “soft law” consists of rules of conduct laid down in treaties, and subscribed under the rules of the Vienna Convention on the Law of the Treaties or in unilateral declarations, but without formulating a direct obligation of “do” “let do” or “do not do”. (...) On the other hand, non-legal soft law refers to the main meaning of “soft law” commonly used within the legal debate, as was explained above regarding the definition and characteristics. The non-legal soft law refers to non-binding instruments like political declarations, guidelines or reports of international organizations or NGO’s where there are rules worded in a legal fashion.”¹⁶

Si definimos al *soft law* en función del *hard law*, continua Del Toro, obtenemos la siguiente clasificación:

1. *Soft law* explicativo o interpretativo del *hard law*.

¹⁵ Grnchalla-Wesierski, Tadeusz: “A Framework for Understanding “Soft Law””, p. 40.

¹⁶ Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto: “Un llamado para repensar las fuentes de derecho internacional: *soft law* y la otra cara de la moneda”, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XIII, México, 2013, pp. 383-384.

2. *Hard law emergente*.
3. *Soft law* como *evidencia* de normas jurídicas.
4. *Soft law* paralelo al *hard law*.
5. *Soft law* como fuente de obligaciones internacionales.¹⁷

En el primer caso, tenemos claramente el caso de instrumentos que desarrollan o interpretan normas del *hard law*, como es el caso de resoluciones de organismos internacionales al aplicar disposiciones contenidas en una convención internacional.

Con relación al punto 2 (*Hard law* emergente), se podría producir el caso de acuerdos que en un inicio no eran vinculantes pero que, por un acto posterior, pueden adquirir la calidad de un tratado internacional (*lex in status nascendi*). Este es el caso de la Declaración de Santiago de 1952, concebida en un inicio como un instrumento *soft law* (proclamación de política marítima internacional de tres Estados del Pacífico Sur) y que, posteriormente, el Perú, Chile y Ecuador decidieron darle mayor peso, otorgándole el estatus de tratado al ser aprobado por sus respectivos congresos y, asimismo, su subsiguiente registro ante la Organización de las Naciones Unidas.

En el tercer tipo, tenemos normas o instrumentos *soft law* que evidencian la existencia de, por ejemplo, normas consagradas en la costumbre internacional. En ese sentido, el *soft law* podría proveer el elemento psicológico (*opinio iuris*) necesario para formar una norma de derecho internacional consuetudinario.

En el cuarto punto, tenemos instrumentos o normas *soft law* que sobreviven, en paralelo y en materias distintas, al mismo tiempo que el *hard law*.

¹⁷ Del Toro Huerta, Mauricio Iván: "El Fenómeno del Soft Law y las nuevas Perspectivas del Derecho internacional", p. 539.

Finalmente, vemos muy difícil que el *soft law* pueda ser considerado una fuente de derecho internacional, habida cuenta su carácter no vinculante y la actual falta de uniformidad con relación a su relevancia jurídica y a las reglas de uso que les serían aplicables. En ese sentido, las únicas fuentes reconocidas continuarían siendo solo aquellas recogidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia:

Artículo 38

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.

2.2.1.3. Distinción entre *soft law* y tratados internacionales

Al referirse a la distinción entre el *soft law* –específicamente compromisos políticos- y los tratados internacionales, Duncan Hollis concluye lo siguiente:

“Discerning what the participants intended –namely, a treaty or a political commitment- is not always easy. Many treaty texts make no mention that the parties intend to conclude one or that the agreement be governed by international law. In such cases, any manifestation of treaty intent rests on the term used, the surrounding circumstances, or even a baseline presumption that inter-State agreements are treaties absent evidence to the contrary. Agreement participants have, however, developed a variety of ways to manifest a contrary intent. Sometimes that intent is evidenced by the forum where the agreement is adopted (such as the G8 or OSCE) or the surrounding circumstances (eg the Copenhagen Accord). In other cases, however, participants may use a clause to signal their intentions. Some clauses disclaim any intention that the commitment be legally binding; others affirmatively characterized the commitment as a political one. Clauses indicating that the agreement will not be registered (which the UN Charter requires for all treaties) are an alternative vehicle for indicating a political commitment. The ability of these clauses to definitely deny an agreement treaty status remain unresolved. Nevertheless, to the extent participants wish to make clear non-treaty intentions at the outset, these types of clauses may offer the best available means for doing so.”¹⁸

Asimismo, debemos tener en cuenta que no necesariamente define la naturaleza de un instrumento –*soft* o *hard law*- la forma que adopte o el título que lleve. En ese sentido, la Corte Internacional de Justicia ha señalado lo siguiente –en el caso la Plataforma Continental del Mar Egeo- con relación a la forma adoptada por un comunicado conjunto:

¹⁸ Hollis, Duncan B. (editado por): “The Oxford Guide to Treaties”, Oxford University Press, primera edición, Oxford, 2014, p. 655.

“96. On the question of form, the Court need only observe that it knows of no rule of international law which might preclude a joint communiqué from constituting an international agreement to submit a dispute to arbitration or judicial settlement (cf. Arts. 2, 3 and 11 of the Vienna Convention on the Law of Treaties). Accordingly, whether the Brussels Communiqué of 31 May 1975 does or does not constitute such an agreement essentially depends on the nature of the act or transaction to which the Communiqué gives expression; and it does not settle the question simply to refer to the form -a communiqué- in which that act or transaction is embodied. On the contrary, in determining what was indeed the nature of the act or transaction embodied in the Brussels Communiqué, the Court must have regard above all to its actual terms and to the particular circumstances in which it was drawn up.”¹⁹

Daillier, Forteau y Pellet resaltan las diferencias del *soft law* respecto de los tratados internacionales del siguiente modo:

“L’absence de force obligatoire des actes concertés non conventionnels a d’importantes conséquences juridiques : leur non-respect n’engage pas la responsabilité internationale de leurs auteurs et n’eut peut faire l’objet d’un recours juridictionnel. N’étant pas des accords internationaux, ils ne sont pas soumis au respect des règles spécifiques du droit des traités, tant internationales qu’internes : ils n’ont pas vocation à être enregistrés auprès du Secrétariat des Nations Unies – ce que précise l’Acte final d’Helsinki du 1er août 1975 en ce qui le concerne: ils n’ont pas à être introduits dans les ordres juridiques nationaux conformément aux règles constitutionnelles concernant les engagements

¹⁹ Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1978, p. 39.

internationaux de l'Etat, ils ne peuvent être invoqués devant les tribunaux nationaux, etc."²⁰

Para Anthony Aust, un Memorandum de Entendimiento (MOU) –y que aplicaría a todos los instrumentos *soft law* en general- posee muchas ventajas sobre los tratados internacionales, a saber:

*"Because an MOU is not legally binding like a treaty, it does not have to be published (though a few are). As a result, MOUs offer greater chance of preserving confidentiality. Similarly, MOUs are generally more convenient to make than treaties; they are frequently less formal and can be quickly amended or terminated."*²¹

Asimismo, Galbraith y Zaring resaltan el proceso simplificado de aprobación interno de los instrumentos *soft law* del siguiente modo:

*"[S]oft law agreements have the advantage of avoiding the cumbersome ratification processes that domestic law can require of traditional treaties. In the United States, hard law agreements above a certain threshold of significance require strong support from the legislature: either the advice and consent of two-thirds of the Senate under the Treaty Clause of the Constitution or the approval of a majority of both Houses of Congress as a congressional-executive agreement. By contrast, soft law agreements "lie more completely within the domain of the executive branch of government."*²²

²⁰ Daillier, Patrick, Forteau, Mathias y Pellet, Alain: "Droit International Public", Lextenso éditions, octava edición, Paris, 2009, p. 428.

²¹ Aust, Anthony: "Modern Treaty Law and Practice", Cambridge University Press, tercera edición, Cambridge, 2013, p. 53.

²² Galbraith, Jean y Zaring, David: "Soft Law as Foreign Relations Law", p. 749.

Sin embargo, Aust también resalta también las desventajas del MOU –y que aplicaría a todos los instrumentos *soft law* en general- frente a los tratados:

*“On the other hand, MOUs do not supplant the treaty; treaty commitments will frequently have greater credibility, and there is less risk in treaty making of sloppy drafting or a lack of domestic implementation. But MOUs now reflect a significant component of state practice, and that will likely continue to grow in the years to come.”*²³

Asimismo, Peters y Pagotto resaltan la flexibilidad que brindan el *soft law* –tanto a potencias como a países políticamente débiles- para llegar a acuerdos beneficiosos:

*“A soft solution can overcome deadlocks in the relation of states when efforts at firmer solutions have failed. Powerful States may favor soft solutions which allow them to retain their liberty of action while at the same time displaying a co-operative attitude. Weak states might promote a soft law instrument on matters of concern to themselves as the best they can politically achieve.”*²⁴

Por otro lado, el proceso de creación del *soft law* permite también la participación de actores no estatales, como por ejemplo las ONGs, lo que podría otorgar mayor representatividad a las normas, ya que se contaría con la participación activa de la sociedad civil en las negociaciones.

Sin embargo, se debe tener cuidado con la participación de ONGs, pues éstas –en algunos casos- pueden representar los puntos de vista de

²³ Aust, Anthony: “Modern Treaty Law and Practice”, pp. 53-54.

²⁴ Peters, Anne y Pagotto, Isabella: “Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective”, New Modes of Government Project, 2006, p. 23, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1668531> [visualizado el 30 de enero de 2017].

aquellos países que financian su funcionamiento, con lo cual se estaría desnaturalizando su participación y la esperada mayor representatividad que deberían otorgar al proceso de creación del *soft law*.

Finalmente, también hay que tener en cuenta que la celebración de instrumentos *soft law* –a diferencia de los tratados- puede generar ciertos problemas en el derecho interno de algunos países. Así por ejemplo, Harrington –al referirse a EE.UU.- advierte lo siguiente:

“Political commitments are even more difficult to locate because they currently operate solely within the province of the Executive. Unlike treaties and congressional-executive agreements, which require consultation and agreement by at least one party of Congress, political commitments are negotiated, concluded, and observed without any congressional participation. And unlike sole executive agreements, the authority for which is ostensibly grounded in the text of the Constitution, there is no such authority for the Executive to conclude political agreements, much less authority to conclude these agreements solely on its own volition. The result is that without congressional action or public outcry, many of these agreements will remain murky or secret.”²⁵

En conclusión, podemos resumir las principales ventajas de las normas o instrumentos *soft law* frente a los tratados internacionales, mencionadas en este acápite, del siguiente modo:

- Permiten una mayor flexibilidad para tratar diversos temas de la agenda internacional.
- Inmediatez para atender temas de política exterior.

²⁵ Harrington, Ryan: "Understanding the "Other" International Agreements", Law Library Journal Vol. 108:3, 2016-17, p. 359.

- Requieren pocas formalidades y son innecesarias tanto la aprobación congresal como el registro ante las NN.UU.
- Garantizan la confidencialidad, de ser el caso, al no ser necesaria la publicación.
- Facilitan una mejor representación de las ONGs.
- Son de fácil enmienda y terminación.

Como principal desventaja podemos resaltar la considerable menor credibilidad y seguridad –cumplimiento por ausencia de carácter vinculante– que despiertan los instrumentos *soft law* con relación a los tratados internacionales. Esta característica del *soft law* será desarrollada en detalle más adelante.

2.2.1.4. Resoluciones de organizaciones internacionales

Por su relevancia y sus potenciales efectos jurídicos, en este acápite analizaremos un tipo específico de instrumentos *soft law*: aquellas resoluciones de organizaciones internacionales que si bien pueden tener un origen *soft*, posteriormente pueden generar obligaciones concretas para los Estados.

Según De la Guardia, las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas no constituyen tratados, a menos que el contenido importe derechos y obligaciones, pero con características singulares que no permiten fácilmente aplicarle la Convención de Viena de Derecho de los Tratados²⁶. Otros ejemplos son la Declaración sobre Principios de Derecho Internacional sobre las Relaciones Amistosas y de Cooperación entre los Estados de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas (Res. AGNU

²⁶ De la Guardia, Ernesto: “Derecho de los tratados internacionales”, Editorial de Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 117-118.

2625 (XXV) de 1970) y las convenciones sobre el derecho del mar, siempre y cuando los Estados no las ratifiquen ni adhieran²⁷.

Al respecto, un ejemplo clásico de un instrumento internacional que genera obligaciones para los Estados sería la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su origen era únicamente *soft law* y que, por consiguiente, para el derecho internacional no tenía un efecto vinculante u obligatorio. Sin embargo, con el paso del tiempo dicha Declaración adquiere fuerza jurídica y, hoy en día, nadie puede negar que genera obligaciones para todos los Estados. Se ha generado costumbre internacional.

Sobre este punto, De la Guardia señala que si bien la Declaración no contiene disposiciones estrictamente normativas en el sentido kelseniano, su peso moral es tan grande que se le considera un “cuasi-tratado” que los Pactos de Derechos de 1966 perfeccionaron en fondo y forma²⁸.

Asimismo, Crawford al referirse a las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas señala lo siguiente:

“...when they are concerned with general norms of international law, acceptance by all or most members constitute evidence of the opinions of governments in what is the widest forum for the expression of such opinions. Even when resolutions are framed as general principles, they can provide a basis for the progressive development of the law and, if substantially unanimous, for the speedy consolidation of customary rules.”²⁹

²⁷ Citado en: De la Guardia, Ernesto, Op. Cit., p. 119.

²⁸ De la Guardia, Ernesto: “Derecho de los tratados internacionales”, p. 117.

²⁹ Crawford, James: “Brownlie’s Principles of Public International Law”, Oxford University Press, octava edición, cuarta impresión, Oxford, 2012, p.42.

De otro lado, una de las ventajas del *soft law* de las resoluciones de organizaciones internacionales es que te permite llegar a acuerdos cuando las negociaciones para un tratado internacional se truncan, ya que al no tener un carácter vinculante los Estados no son tan reacios a lograr un acuerdo, con lo cual se logran importantes avances en diversas áreas, tales como en el derecho internacional del medio ambiente, derechos humanos y derecho internacional económico.

A su turno, Jorge Castañeda señala que si bien no existe una creación de derecho en las declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, puede haber un reconocimiento legal de que ciertas prácticas o principios constituyen normas consuetudinarias o principios generales del derecho.

Castañeda añade que la aplicación de las resoluciones no es en el fondo sino la aplicación de tratados, como la Carta de las Naciones Unidas, en los cuales se fundan las facultades para la adopción de resoluciones³⁰.

Finalmente, la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de las Naciones Unidas considera que existe una esperanza de que gradualmente por la práctica de los Estados, las declaraciones pueden llegar a ser reconocidas, por el uso, como instrumento que establece normas obligatorias para los Estados³¹.

³⁰ Castañeda, Jorge: "El valor jurídico de las resoluciones de las Naciones Unidas", Ed. El Colegio de México, México, 1967, págs. 2-6, citado en: Fernández Tomás, Antonio: "Derecho Internacional Público. Casos y Materiales". Tirant lo blanch, 5ª Edición, Valencia, 2001, p. 192.

³¹ Memorandum de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de las Naciones Unidas, presentado a la Comisión de Derechos Humanos en su 18º período de sesiones. Documentos Oficiales del ECOSOC, 34º período de sesiones, Supl. Nº 8 (E/3616/Rev. 1) prfº 105, citado en: Fernández Tomás, Antonio, Op. Cit., p. 193.

2.2.1.5. Otras características del *soft law*

En este apartado, presentaremos otras de las importantes características o particularidades de las normas o instrumentos *soft law*.

a. Principales materias sobre las que versa el *soft law*

Mediante el *soft law*, los actores internacionales buscan satisfacer sus intereses en materias de interés general o de temas relativamente nuevos que, por su naturaleza política, social o económica, no sea factible llegar a un acuerdo con carácter vinculante, es decir un tratado internacional.

Esto ocurre, sin ser una lista excluyente, en las siguientes materias: Protección del medio ambiente, protección internacional de los derechos humanos, derecho internacional económico, nuevas tecnologías de las comunicaciones y en los procesos de integración regionales, entre otros.

A manera de ejemplo, nos dicen Trubek y Trubek, un importante sistema normativo ha surgido en la Unión Europea, a través del llamado “Método abierto de Coordinación”, el cual emplea objetivos y guías no vinculantes en política social y otras áreas³². En tal sentido, a través de dicho Método se establecen códigos de conducta generales y abiertos en lugar de reglas propiamente dichas, que no tiene el carácter de justiciables y a los mismos se les considera *soft law*³³.

Asimismo, Trubek y Trubek resaltan el incremento de los híbridos *hard/soft law*, los cuales representarían una nueva modalidad legal para enfrentar nuevos retos y circunstancias que se presentan en la comunidad

³² Trubek, David M. y Trubek, Louise G.: “Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination”, *European Law Journal*, Vol. 11, No. 3, May 2005, p. 343.

³³ Trubek, David M. y Trubek, Louise G.: “Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination”, p. 344.

internacional. Un ejemplo de estos híbridos se da en la Unión Europea con el trabajo a tiempo parcial que pasó de la aproximación negativa del *hard law* hacia la estimulación del empleo e incremento de la competencia utilizando normas híbridas³⁴.

Sobre los híbridos *hard / soft law* que se producen en el derecho internacional, es importante conocer hasta donde es posible el uso de instrumentos *soft law* y cuáles serían sus márgenes de acción o de lo contrario se corre el peligro de un uso indiscriminado y sin sustento de instrumentos no convencionales de derecho internacional, que generen en consecuencia confusión, ineficacia e incertidumbre al momento de su aplicación.

b. Crecimiento desordenado y sin parámetros

El *soft law* existe independientemente de lo que se pueda pensar o de la fuerza normativa que tengan sus normas. Por ello, es mejor regularlo antes que siga creciendo desordenadamente y sin certeza jurídica. En ese sentido, Del Toro nos advierte que el uso caprichoso del *soft law* puede generar la banalización del derecho internacional³⁵.

A manera de ejemplo, resulta pertinente citar el “Nuevo Concepto Estratégico” de la OTAN, el cual habría modificado el Tratado de Washington. Sobre el particular, Remiro Brotóns concluye que:

“[n]o deja de ser inquietante que los miembros de la OTAN, sin modificar el Tratado del Atlántico Norte, se hayan dotado mediante acuerdos políticos -el Nuevo Concepto Estratégico- de mecanismos cuya aplicación puede ser incompatible con las obligaciones

³⁴ Trubek, David M. y Trubek, Louise G.: “Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination”, p. 364.

³⁵ Del Toro Huerta, Mauricio Iván: “El Fenómeno del Soft Law y las nuevas Perspectivas del Derecho internacional”, p. 544.

jurídicas de la Carta y del mismo tratado constitutivo de la Organización. El Nuevo Concepto conduce a la revisión de hecho del Tratado fundacional de la Alianza mediante un documento político que da cobertura a compromisos de los signatarios sin la autorización de la representación popular que las Constituciones estatales suelen exigir para la conclusión de los tratados.”³⁶

Si un tratado debe generar obligaciones jurídicas, argumenta Mazuelos, éstas se deben determinar a partir del contenido del instrumento, por lo que solo tras su análisis se puede concluir si es un tratado. Así, en primer lugar, la expresión *soft law* designaría tratados internacionales que no establezcan claramente derechos y obligaciones (Ej: Acuerdos de medio ambiente que enuncian principios para guiar a las partes)³⁷.

En segundo lugar, para dicha autora, la expresión *soft law* también se emplearía para identificar aquellos acuerdos internacionales que otorgan a las partes un amplio margen de discrecionalidad en el cumplimiento de sus obligaciones (Ej: Acuerdos en que las partes deben cumplir sus obligaciones en la medida de sus posibilidades o haciendo todos los esfuerzos posibles)³⁸.

Estas son situaciones que definitivamente generan -de una forma u otra- efectos jurídicos entre las partes, por lo que no podemos negarle un espacio en el derecho internacional. Por ello, sería aconsejable dotar al *soft law* de un significado y de límites por medio del desarrollo progresivo del derecho internacional.

³⁶ Citado en: Mazuelos Bellido, Ángeles: “¿Soft law: Mucho ruido y pocas nueces?”, p. 28.

³⁷ Mazuelos Bellido, Ángeles: “¿Soft law: Mucho ruido y pocas nueces?”, pp. 30-31.

³⁸ Mazuelos Bellido, Ángeles: “¿Soft law: Mucho ruido y pocas nueces?”, pp. 32-33.

c. Carácter legal internacional del *soft law*

Con relación al carácter internacional del *soft law*, Grnchalla-Wesierski nos advierte que la opinión está dividida sobre si el derecho internacional podría aplicarse a los acuerdos no convencionales. Sobre el particular, agrega acertadamente que:

*"It is submitted that the regime of international law governs at least some of the effects of non-legal agreements."*³⁹

De igual forma, Chinkin considera que el *soft law* puede ser una fuente de obligaciones jurídicas a través de la aquiescencia y el *estoppel*, incluso contra la intención originaria de las partes⁴⁰.

Los efectos legales del *soft law* serán debidamente analizados en el siguiente subcapítulo.

d. Exigibilidad política

Sobre esta característica, Grnchalla-Wesierski resalta la exigibilidad política del *soft law*:

*"Non-legal norms are not exigible by law, but they are indeed exigible by political means. Where there is an escape clause, however, there is no justification for enforcement of the norm, and thus, even political enforcement is prevented."*⁴¹

Sin duda, los Estados afectados pueden acudir a la presión política para hacer exigible un acuerdo de tipo *soft law*, incluso a través de represalias.

³⁹ Grnchalla-Wesierski, Tadeusz: "A Framework for Understanding "Soft Law"", p. 45.

⁴⁰ Chinkin, C.: "Normative Development in the International Legal System", 2000, p.31, citado en: Mazuelos Bellido, Ángeles, Op. Cit., p. 25.

⁴¹ Grnchalla-Wesierski, Tadeusz: "A Framework for Understanding "Soft Law"", pp. 49-50.

En ese sentido, si bien jurídicamente no sería exigible, el Estado o la parte que incumple el acuerdo puede sufrir graves consecuencias dependiendo de su grado de dependencia frente al otro Estado.

En este punto cabe resaltar que ésta y algunas otras de las características del *soft law* como son su confidencialidad, falta de formalidad, facilidad para realizar enmiendas, etc., serán vistas con mayor detalle en próximos subcapítulos.

2.2.1.6. Efectos del *soft law*

Sobre la eficacia jurídica del *soft law*, Manuel Díez de Velasco nos señala lo siguiente:

“Los acuerdos políticos estarían desprovistos de su núcleo jurídico esencial, es decir del principio pacta sunt servanda. No tendrían por finalidad crear normas jurídicas, aunque parece inevitable considerar que a pesar de la voluntad de las Partes tendrían alguna eficacia jurídica. Para todas las Partes conjuntamente, las relativas a un deber de comportamiento de buena fe respecto de lo acordado. Para cada Estado o para algunos de ellos unilateralmente y en función de su intención de obligarse, así como por las circunstancias y los términos empleados, podría dar lugar a su oponibilidad y, por tanto, a considerar la obligatoriedad de su comportamiento por el efecto estoppel propio de los actos unilaterales”⁴².

Asimismo, Pastor Ridruejo, al referirse a las fuentes del derecho internacional, considera que el *soft law*:

⁴² Díez de Velasco Vallejo, Manuel: “Instituciones de Derecho Internacional Público”, Tecnos, decimotava edición, Madrid, 2015, p. 195.

“[n]o tiene cabida en el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia. Pero de ahí a afirmar que no produce efecto alguno va mucha distancia. Entre los efectos jurídicos obligatorios y la ausencia absoluta de efectos existe una amplia gama intermedia, rica en matices, de la que no se puede desinteresar el jurista.”⁴³

En este punto es pertinente resaltar lo señalado por d’Aspremont al referirse a los efectos legales del *soft law*:

“It is undisputed, even by positivists, that acts with a soft instrumentum still produce legal effects. For instance, they can play a role in the internationalization of the subject-matter, provide guidelines for the interpretation of other legal acts, or pave the way for further subsequent practice which may one day be taken into account for the emergence of customary international norm.”⁴⁴

A su vez, en el caso *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, la Corte Internacional de Justicia, al referirse a las resoluciones de la Asamblea General de la ONU, señaló que: *“even if they are not binding, may sometimes have normative value.”⁴⁵*

Con relación a las expectativas que crea el *soft law* entre los Estados, Grnchalla-Wesierski concluye que:

“Soft law creates the expectation that it will be respected or that it is binding. It is either the precision of the obligation or its legal form

⁴³ Pastor Ridruejo, José Antonio: “Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales”, Tecnos, decimonovena edición, Madrid, 2015, p. 160.

⁴⁴ D’Aspremont, Jean: “Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials”, p. 1082.

⁴⁵ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, ICJ Reports 1996, p. 226, para. 70.

which induces this expectation (...) Just as law succeeds because it establishes regular procedures that do not change with each new application, it is clear that the intent of soft law is to create rules that are not to change with every application. It is true that soft law rules admit of subjective interpretation; however, it must be assumed that the state interpreting its own obligation will do so consistently. Thus, soft law rules tend to make each state's practice consistent, but not necessarily consistent with the practice of other states.”⁴⁶

Al respecto, a continuación nos referiremos específicamente a cada uno de los efectos generados por el *soft law*, para lo cual nos guiaremos por aquellos considerados por el referido autor en su trabajo de investigación titulado: “*A Framework for Understanding "Soft Law"*”, a saber:

a. Efecto legal directo:

- **Obligatoriedad en el *soft law* de las organizaciones internacionales:** Como bien señala el autor, si bien una resolución, como en el caso de las Naciones Unidas, no es vinculante para los Estados miembros sí lo es en el derecho interno de la organización internacional.

En ese sentido, los Estados miembros y los diferentes órganos de una determinada organización internacional deben respetar la resolución adoptada y aplicarla de conformidad con el marco legal multilateral del órgano emisor.

- **Valor del *soft law* como *opinio iuris*:** Para el autor, la *opinio iuris* (convicción de obligatoriedad jurídica de la norma) no puede proveer el elemento psicológico necesario para formar una norma de

⁴⁶ Grnchalla-Wesierski, Tadeusz: “*A Framework for Understanding "Soft Law"*”, pp. 46-48.

costumbre internacional con relación a Estados no partes, únicamente puede hacerlo respecto de Estados partes.

Sin embargo, esto es relativo, pues no es necesaria la práctica y *opinio iuris* de la totalidad de los Estados de la comunidad internacional para que se forme efectivamente una norma de derecho internacional consuetudinario. En ese sentido, como bien señala Joseph Rikhof, en áreas donde hay mucho en juego, como la protección internacional de los derechos humanos, poca práctica estatal es necesaria para que se forme la costumbre internacional. Y por el contrario, cuando estamos frente a temas económicos o políticos la práctica estatal debe ser considerablemente mayor.⁴⁷

- **Soft law que deslegitima una norma anterior:** Para Grnchalla-Wesierski, el *soft law* subsiguiente y, al mismo tiempo, contrario a una costumbre internacional podría ser una indicación que ya no existe una *opinio iuris* para una norma consuetudinaria y que la misma habría sido derogada. Para ello, sería necesario la posición de un número suficiente de Estados que justifique la falta de generalidad y uniformidad de la *opinio iuris* de una determinada norma consuetudinaria.
- b. **Efecto calificador:** Está referido al significado que el *soft law* le otorga a los actos subsiguientes.
- **Internacionalización de una materia:** Para el autor, “[i]t is a logical implication of soft law that a state be allowed to create laws which apply to its own subjects operating in the territory of another state, provided that the laws accord with the soft law and are not contrary to

⁴⁷ Rikhof, Joseph: “Crimes Against Humanity, Customary International Law and the International Tribunals for Bosnia and Rwanda”, N.J.C.L., 6:2, 1996.

*international law or to the internal law of the state in which they are to apply.”*⁴⁸

En ese sentido, por medio del *soft law* un Estado podría legislar sobre sus propios ciudadanos en territorios de otros Estados, siempre y cuando el mismo no sea contrario al derecho doméstico del país en cuestión ni al derecho internacional.

- **Actos subsecuentes podrían crear derecho internacional**

- **Practica de Estado:** En este punto, Grnchalla-Wesierski señala lo siguiente:

*“The qualification of subsequent acts as acts that may form international law is not the same as asserting that the adoption of a soft law norm is a state's opinio juris. As opinio juris, soft law would qualify the practice as being binding as law, but the interpretation of the practice would still have to be considered. However, when soft law qualifies the conforming acts as state practice, it is a norm that describes the practice. In other words, the first case is one in which an element of custom is provided. The second case is one in which no element is provided; rather, the soft law norm is a description of the rule of custom which subsequent practice may create.”*⁴⁹

En ese sentido, el *soft law* puede brindar el primer elemento – *opinio iuris*- para la formación de una norma de derecho internacional consuetudinario. Asimismo, también puede describir la norma consuetudinaria que la practica subsecuente –sin proveer

⁴⁸ Grnchalla-Wesierski, Tadeusz: “A Framework for Understanding “Soft Law””, p. 59.

⁴⁹ Grnchalla-Wesierski, Tadeusz: “A Framework for Understanding “Soft Law””, p. 61.

el segundo elemento para que surja la costumbre internacional puede crear.

➤ **Práctica que interpreta un tratado:** Cuando el *soft law* está contenido en un tratado, según Grnchalla-Wesierski, también califica la “*conforming practice*” como práctica que debe ser tomada en cuenta al interpretar el alcance de la obligación del tratado internacional.

➤ **Actos subsiguientes que pueden tener efectos legales:**

- **Buena fe:** El *soft law* califica un acto como hecho de buena fe cuando está en sintonía con él. En ese sentido, el autor agrega que:

*“Another way to say that acts done in accord with soft law must be in good faith is to say that soft law makes them legitimate. It is widely recognized that soft law “justifies” or “legitimizes” conforming conduct.”*⁵⁰

El principio de buena fe será analizado en detalle en el siguiente subcapítulo.

- **Estoppel:** Para el autor, el *soft law* no jurídico puede formar la base del *estoppel* en el derecho internacional. Agrega que al acordarse un instrumento de *soft law*, una parte espera que el mismo sea cumplido por las otras partes de dicho instrumento. Así, una parte induce a la otra parte a actuar en conformidad con el *soft law*.

⁵⁰ Grnchalla-Wesierski, Tadeusz: “A Framework for Understanding “Soft Law””, p. 62.

- **Abuso de derechos:** El efecto calificador del *soft law* también se extiende a los actos que son contrarios a las normas del *soft law*. Para ser considerado un abuso de derechos, concluye Grnchalla-Wesierski, dichos actos deben mostrar por lo menos mala fe, malicia o arbitrariedad.
 - **Violación de un tratado constituyente de una organización internacional:** Cuando un acto es contrario a una resolución o decisión de una organización internacional, señala el autor, estaríamos ante una violación del tratado constitutivo de dicha organización.
- c. **Efecto interpretativo:** Algunos instrumentos *soft law* pueden interpretar tratados internacionales e incluso normas y contratos internos.

Un claro ejemplo de esto se produce cuando las partes de un tratado, acuerdan en un posterior instrumento *soft law* una determinada interpretación de las disposiciones del tratado.

d. **Efecto político:**

- **Como norma:** El *soft law*, tanto jurídico como no jurídico, afecta directamente a las personas, resalta acertadamente el autor:
 - **Norma nacional:** Las partes de un contrato pueden incluir voluntariamente normas *soft law* en sus acuerdos. Los Estados también pueden optar por incorporar normas *soft law* como parte de su derecho interno.
 - **Norma internacional:** Cuando las partes incorporan *soft law* en sus tratados.

- **Coerción de conformidad:** Esto se produce cuando personas o Estados que no participaron en la adopción del *soft law*, lo incorporan en sus contratos o normas.
- **Consistencia y claridad:** El *soft law* es la articulación de una norma y, por ello, dependiendo de su precisión –señala el autor- tiene el importante efecto político de guiar la práctica de Estado, clarificar el derecho emergente y acelerar la práctica de Estado creadora de derechos y obligaciones.
- **Guía para negociación y solución:** El *soft law* también puede servir de guía para negociaciones y para la solución de disputas.

Asimismo, sobre los efectos normativos del *soft law*, es interesante citar a Peters y Pagotto:

“Soft law is a special type of law with special normative effects. It is in the penumbra of law... The various normative effects of soft law can be regrouped into a triad of functions, depending on its relation to hard law...: The pre-law function (1) is the preparation of hard law. The law-plus function (2) is the completion, complementation, the spelling out and the interpretation of hard law. The para-law function (3) is the substitution of non-available hard law.”⁵¹

En este punto es importante resaltar que no siempre el *soft law* puede ser una alternativa o complemento del *hard law*, también puede ser antagonista, como bien señalan Shaffer y Pollack:

⁵¹ Peters, Anne y Pagotto, Isabella: “Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective”, p. 28.

“[H]ard and soft law can operate, under certain conditions, not only as alternatives and complements, but also as antagonists, in two senses. First, from a legal perspective, hard and soft legal norms can be antagonistic in a conflict-of-laws sense; that is, a proliferation of legal norms can and often do lead to inconsistencies and conflicts among norms in the international legal order. Second, from a political perspective, states and non-state actors can strategically create and deploy hard and soft legal instruments to attempt to undermine, change, and reorient existing international law (...) the antagonistic interaction of hard and soft law can lead to the softening of hard law— that is, it can become less clear and precise in its meaning, thus reducing legal certainty and predictability.”⁵²

A continuación, Shaffer y Pollack concluyen que:

“[T]he antagonistic interaction of hard and soft law is now a fact of life in both the economic and security spheres, and is likely to shape these and other legal and policy debates for many years to come.”⁵³

Finalmente, es interesante resaltar el efecto que el *soft law* puede tener para la solución pacífica de controversias, a través de medios jurisdiccionales, como es la Corte Internacional de Justicia.

En ese sentido, en el caso *Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hungría / Eslovaquia) la referida Corte consideró con relación al principio de desarrollo sostenible lo siguiente:

⁵² Shaffer, Gregory C. y Pollack, Mark A: “Hard versus Soft Law in International Security”, *Boston College Law Review*, Vol. 52, 2011, p. 1148.

⁵³ Shaffer, Gregory C. y Pollack, Mark A: “Hard versus Soft Law in International Security”, p. 1241.

“[N]ew norms and standards have been developed, set forth in a great number of instruments during the last two decades. Such new norms have to be taken into consideration, and such new standards given proper weight, not only when States contemplate new activities but also when continuing with activities begun in the past.”⁵⁴

2.2.1.7. Interpretación del *soft law*

Con relación a la interpretación del instrumento *soft law*, Grnchalla-Wesierski considera que aquel que tiene la autoridad para interpretarlo es la que también tendrá el control. En ese sentido, agrega que mientras más imprecisa sea la redacción del *soft law* mayor será la discrecionalidad del destinatario de la obligación para interpretar subjetivamente el contenido de la misma⁵⁵.

Este importante tema será tratado más adelante en la sección referida a la variable Y (marco normativo).

2.2.1.8. Sanciones por incumplimiento

En este acápite analizaremos cuáles serían las sanciones disponibles en caso de incumplimiento de las normas o instrumentos *soft law*.

Al referirse al carácter no vinculante del *soft law*, Peters y Pagotto consideran que:

⁵⁴ Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary / Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, párrafo 140.

⁵⁵ Grnchalla-Wesierski, Tadeusz: “A Framework for Understanding “Soft Law””, p. 71.

“Because soft law is not directly binding, non-compliance with soft norms is not illegal in a traditional sense, but entails only “soft” illegality.”⁵⁶

Sobre este mismo punto, Gloria Alarcón García arriba a la siguiente conclusión:

“Un elemento interesante a destacar en relación con el soft law es la no aplicabilidad de sanciones como consecuencia de su incumplimiento. En relación con este extremo, es necesario poner de manifiesto que, si bien es cierto lo anterior, la realidad relativiza dicho aserto, pues aún cuando el incumplimiento de las disposiciones que integran el soft law no es sancionable mediante las formas tradicionales, existe lo que se viene denominando la soft coerción, la cual tiene sus propios canales de sanción.”⁵⁷

A su vez, con relación a las sanciones, Grnchalla-Wesierski concluye lo siguiente:

“There is no reason that expectations or actions would differ with respect to non-legal forms of soft law, except perhaps in degree. All that is necessary for sanctions to be triggered on the basis of reciprocity is a determination of non-compliance. This determination, as we have seen, is a result of the interpretative function. Only interpretation of the objective part of the obligation justifies sanctions. The basis of the sanctions is reciprocity. Thus,

⁵⁶ Peters, Anne y Pagotto, Isabella: “Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective”, p. 26.

⁵⁷ Alarcón García, Gloria: “El soft law y nuestro sistema de fuentes”, Versión pre-print 17.02.10, Contribución al Libro-Homenaje del profesor Alvaro Rodríguez Bereijo, 2010, p. 9.

the limitations put on interpretation likewise limit the reciprocal justification of sanctions.”⁵⁸

El referido autor añade que el *soft law* no jurídico podría ser inmediatamente suspendido con relación a la parte que hubiese violado el instrumento, por analogía del principio *non adimpleti contractus*. Asimismo, señala que:

“Other sanctions concern the possibility of recourse to counter-measures based on the failure of reciprocity. Two types of counter-measures recognized in international law are reprisals and retortion. Reprisals are a breach of international law that is justified by a prior breach of an international legal obligation by another. Retortion deals with the recourse to other measures that are not illegal in themselves, based on the prior breach of an international legal obligation. These concepts apply in breach of non-legal obligations as well.”⁵⁹

En resumen, vemos que es posible aplicar sanciones por incumplimiento de normas o instrumentos *soft law* mediante la reciprocidad, la suspensión justificada del cumplimiento de la otra parte(s) del acuerdo y, asimismo, mediante la aplicación de contramedidas como las represalias (actos ilícitos en respuesta a actos ilícitos) y la retorsión (actos lícitos pero inamistosos).

Analizaremos en mayor detalle todo lo relacionado con este tema y el cumplimiento de los acuerdos de tipo *soft law* en el siguiente subcapítulo referido al marco normativo.

⁵⁸ Grnchalla-Wesierski, Tadeusz: “A Framework for Understanding “Soft Law””, p. 80.

⁵⁹ Grnchalla-Wesierski, Tadeusz: “A Framework for Understanding “Soft Law””, pp. 82-83.

2.2.1.9. Conclusiones

A modo de resumen, presentamos la conclusión a que arriba Grnchalla-Wesierski, con relación al concepto de *soft law* y sus principales características:

“Soft law is distinguished by the way in which it works, and the subject matter it concerns. It is not the legal form of a soft law norm that determines the amount of control and the availability of justifiable sanctions. Sanctions may be justified, and control exercised, depending on the constraint of the norm, which is to say its precision, the action it prescribes, its burden of proof and any implied or explicit escape clauses it contains. The legal form is of secondary importance. It is the constraint of the norm that defines the element that is open to objective interpretation. The more subjective is the norm, the less is the control to which an addressee is subject. The less control to which the addressee is subject, the fewer are the situations in which sanctions against it may be justified.

The essence of an enforceable norm is its objectivity. Only its objective portion is subject to interpretation. In addition, it is only on the objective portion of the norm that sanctions against a non-complying party may be justified. (...)

Soft law has a much greater subjective component than does "harder" law. The subjective component is the key characteristic of soft law whether it is legal or non-legal in form. Interpretation of the subjective element can only be justified by another party which shares the same obligation. (...) An interesting side effect

is that, by exercising such control, the interpreting party makes his own obligation more objective.”⁶⁰

Como hemos mencionado anteriormente, los instrumentos de tipo *soft law* son aquellos actos o instrumentos de los Estados u otros sujetos de derecho internacional que no son vinculantes pero que tienen alguna relevancia jurídica.

Al respecto, hemos podido apreciar en este apartado todos los efectos legales o jurídicos –así como también los efectos políticos- de las normas o instrumentos *soft law*, que nos deja en claro que no constituyen meras declaraciones sin ninguna relevancia en el derecho internacional o en las relaciones internacionales.

2.2.1.10. El Perú frente al fenómeno del *soft law*

Si bien el presente trabajo de investigación no tiene como objetivo analizar las consecuencias del uso extendido y desordenado de normas o instrumentos *soft law* con relación a un Estado o una región en particular, dedicaremos algunos párrafos al impacto del *soft law* en potencias medianas o pequeñas como el Perú, incluyendo los beneficios y peligros que genera su uso en las relaciones internacionales.

Al respecto, consideramos que la utilización de normas o instrumentos de *soft law* puede resultar muy beneficiosa para potencias medianas como el Perú, especialmente con el fin de alcanzar acuerdos sobre los nuevos temas de la agenda internacional, que se encuentran en constante evolución (Ej. Cambio climático, derecho internacional económico, cooperación internacional, seguridad y desarme, etc.) y que de otra forma sería muy difícil de alcanzar mediante una negociación directa con las

⁶⁰ Grnchalla-Wesierski, Tadeusz: “A Framework for Understanding “Soft Law””, pp. 87-88.

grandes potencias con las formalidades y solemnidades propias de un tratado internacional.

En ese sentido, los países medianos y pequeños pueden aprovechar la escasa formalidad de los instrumentos *soft law* para celebrar provechosos acuerdos con las grandes potencias en temas sensibles para estas últimas y, al mismo tiempo, suscribirlos en periodos de negociación relativamente cortos. Así, gracias a estos instrumentos de fácil conclusión se gana inmediatez y fluidez en las relaciones interestatales.

Asimismo, el ámbito multilateral ofrece también grandes oportunidades para adoptar acuerdos en temas globales de gran impacto para países vulnerables como es el cambio climático, tema en el cual el Perú tuvo un rol protagónico durante la realización de la 20 Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático – COP, realizada en Lima, en 2014.

El mayor peligro del *soft law* para países como el Perú es, en general, el mismo que para cualquier Estado, ya sea una potencia grande, mediana o pequeña: la banalización del derecho internacional debido a la proliferación de acuerdos que los Estados pueden o no cumplir al no tener un carácter vinculante, lo que afecta –sin lugar a dudas- la credibilidad y certeza en las relaciones internacionales.

A ello se suma, la imposibilidad de recurrir a la interpretación o mediación de un tercero ante una desavenencia sobre el contenido de un instrumento *soft law*.

A continuación, abordaremos, precisamente, el marco normativo de lo que podrían constituir las reglas de uso del *soft law* y que podría brindar cierto orden y certeza en las relaciones interestatales y con otros actores internacionales.

2.2.2 Variable Y (marco normativo)

2.2.2.1. Introducción

Ante la situación descrita en el acápite anterior, consideramos que sería de gran utilidad contar con un marco normativo que regule la aplicación del *soft law*. Con ello, se coadyuvaría a evitar la propagación indiscriminada de instrumentos y normas carentes de la eficacia y/o fuerza necesaria para ser relevantes en el derecho internacional; así como de instrumentos que pueden entrar en colisión con tratados en buena y debida forma y que en muchos casos los modifiquen, ya sea a través de interpretaciones antojadizas o como consecuencia del *estoppel* o aquiescencia.

En ese sentido, el objetivo de un marco normativo para el uso del *soft law* sería el de otorgar una mayor certeza jurídica al derecho de los tratados, a las normas de derecho internacional y, por consiguiente, brindar una mayor fluidez y seguridad en las relaciones internacionales.

El problema de no regular los instrumentos *soft law* nos lo resume, acertadamente, Mazuelos de la siguiente forma:

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

*tratados que se confundan con ellos o, en su caso, explicar cuáles serían las diferencias entre unos y otros instrumentos.”*⁶¹

Esto nos deja en claro la importancia de establecer claramente los alcances, diferencias y límites del *soft law* frente a los tratados internacionales.

A su vez, Hillgenberg, quien se refiere se refiere a los instrumentos *soft law* como “acuerdos no convencionales” (*non-treaty agreements*), afirma que la relación de las partes que optan por obligaciones no convencionales puede ser descrita como una de “Régimen Autónomo”, cuyas características dependen de la intención de las partes para cada caso específico. Así, añade que la introducción de algunas reglas del derecho de los tratados y de principios generales del derecho a dicho régimen podría ser conveniente⁶².

Asimismo, Hillgenberg se pregunta si existe un área intermedia de acuerdos no convencionales pero obligatorios. El autor señala que es necesario clarificar hasta qué medida la Convención de Viena de Derecho de los Tratados influencia, de alguna forma, en el estatus legal de los acuerdos no convencionales⁶³. Como sabemos, dicha Convención se aplicaría únicamente a los acuerdos internacionales celebrados por escrito entre Estados y regidos por el derecho internacional (artículo 2 (1) (a) de la Convención).

Al no estar regido el *soft law* por el derecho internacional, la Convención no se le aplicaría. Sin embargo, para Hillgenberg esto no significa que los acuerdos no convencionales sólo deban guiarse por reglas políticas o morales y que no exista una disposición de derecho internacional que

⁶¹ Mazuelos Bellido, Ángeles: “¿Soft law: Mucho ruido y pocas nueces?”, p. 23.

⁶² Hillgenberg, Hartmut: “A Fresh Look at Soft Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 10, No. 3, 1999, p. 499.

⁶³ Hillgenberg, Hartmut: “A Fresh Look at Soft Law”, p. 503.

prohíba considerar a dichos acuerdos como fuentes de derecho (a menos que violen normas *ius cogens*)⁶⁴.

Igualmente, Gloria Alarcón considera necesario revisar la teoría tradicional de las fuentes del derecho internacional:

*“[E]l desarrollo del soft law se explica por la estructura y desarrollo de la sociedad contemporánea, la cual está determinada por elementos económicos, ideológicos y políticos, en cuyo seno se hace necesario revisar la teoría tradicional de las fuentes del derecho internacional y del papel y la influencia de las diferentes organizaciones internacionales.”*⁶⁵

Y agrega Alarcón, con relación a la influencia que ejerce el *soft law* en el derecho doméstico, que:

*“[N]osotros mantenemos que el soft law es tanto fuente del Derecho Internacional como de Derecho comunitario y del derecho español, a pesar de carecer de efecto vinculante. Ello implica que, aunque los agentes jurídicos no estén obligados a observarlo, en la práctica, no podrán desatenderlo como mínimo, en el plano interpretativo, siendo moneda corriente que el soft law sirva de inspiración a los Parlamentos nacionales en la adaptación de la legislación interna, tal y como hemos intentado poner de manifiesto en el caso de nuestro sistema fiscal.”*⁶⁶

Por su parte, Cárdenas resalta la necesidad de “formalizar” el *soft law* mediante la práctica internacional del siguiente modo:

⁶⁴ Hillgenberg, Hartmut: “A Fresh Look at Soft Law”, p. 503.

⁶⁵ Alarcón García, Gloria: “El soft law y nuestro sistema de fuentes”, p. 14.

⁶⁶ Alarcón García, Gloria: “El soft law y nuestro sistema de fuentes”, p. 32.

“[T]he need to formalize what today is considered informal based on the primary source of international law: international practice. Special reference will be made to the so-called soft law, suggesting that as soon as its permanent usage continues to increase it may cease to be soft.”⁶⁷

Hillgenberg asume que las partes de un acuerdo no convencional son conscientes de que si no están celebrando un tratado pues están excluyendo ciertas consecuencias legales de un tratado, principalmente las que tienen que ver con el incumplimiento (compensación y posibilidad de ejecución a través de medios de resolución de disputas y represalias). En ese sentido, señala el autor, normalmente en las negociaciones de acuerdos no convencionales, las partes se concentran en la sustancia y dejan de lado las reglas concomitantes de validez, interpretación, aplicación, consecuencias de incumplimiento o precondiciones para la terminación del acuerdo⁶⁸.

De igual forma, Hillgenberg nos recuerda que existen acuerdos bilaterales y multilaterales no convencionales que sí contienen reglas referidas a, por ejemplo, la relación de obligaciones individuales frente a la(s) otra(s) parte(s), el procedimiento para la identificación de incumplimiento de compromiso o para la revisión del acuerdo ante un cambio de circunstancias e incluso la denuncia del mismo⁶⁹.

El autor se pregunta en qué medida pueden introducirse reglas suplementarias que rijan la relación de las partes sin que el acuerdo sea visto como un tratado (que las partes expresamente no quieren que sea considerado como tal)⁷⁰.

⁶⁷ Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto: “Un llamado para repensar las fuentes de derecho internacional: soft law y la otra cara de la moneda”, p. 358.

⁶⁸ Hillgenberg, Hartmut: “A Fresh Look at Soft Law”, p. 506.

⁶⁹ Hillgenberg, Hartmut: “A Fresh Look at Soft Law”, p. 507.

⁷⁰ Hillgenberg, Hartmut: “A Fresh Look at Soft Law”, p. 507.

Sobre este punto, Fitzmaurice y Elias resaltan lo siguiente al referirse a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados:

“The question arises whether the canons of interpretation of the VCLT can be used to interpret the content of these types of instruments. It appears, in the light of the ICJ’s interpretation of the 1990 Minutes in the Qatar/Bahrain case, that the answer should be in the affirmative. In our view, however, the application of the VCLT rule of interpretation to non-binding instruments is not straightforward, since other principles of the law of treaties are not applicable, such as those relating to termination or registration. In fact, as noted above, these requirements are often the reason that States prefer to rely on “soft law” instruments in order to avoid strict procedural rules attached to treaties. Therefore, question may be asked why one particular set of rules (on interpretation) is applicable with the exclusion of all other rules.”⁷¹

Sobre este último punto, Fitzmaurice y Elias destacan lo afirmado por Schachter, quien argumenta que sería conveniente y razonable aplicar las reglas de interpretación de los tratados, siempre y cuando no se varié la naturaleza no vinculante de estos instrumentos⁷².

Como sugerimos más adelante, es factible aplicar las normas de interpretación y otras de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados a las normas o instrumentos *soft law*.

Para Hillgenberg, cuando en un documento se señalen acciones futuras de las partes podemos asumir que lo que se está buscando es un mayor

⁷¹ Fitzmaurice, Malgosia y Elias, Olufemi: “Contemporary issues in the law of treaties”, Eleven International Publishing, Utrecht, 2005, p.39.

⁷² Schachter, O.: “The Twilight Existence of Nonbinding Agreements”, 17 AJIL, 1977, pp. 302-303, citado por: Fitzmaurice, Malgosia y Elias, Olufemi: “Contemporary issues in the law of treaties”, p.39.

grado de compromiso que en aquel que constituye tan solo una mera declaración⁷³.

Por ello, dicho autor concluye que el derecho internacional puede abarcar obligaciones con mayor o menor grado de posibilidades de aplicación y, por eso, se podría hablar de una fuerza gradual de medios provistos por el derecho internacional para ejecutar acuerdos interestatales. En teoría, añade Hillgenberg, esto podría abrir la puerta más allá de la esfera de los tratados internacionales para acuerdos regidos por el derecho internacional pero con consecuencias menos significativas como protección limitada del derecho internacional⁷⁴.

Hemos visto como diversos autores plantean posibles normas o reglas que podrían ser aplicables a los instrumentos o normas *soft law*. En ese sentido, más adelante intentaremos esbozar un juego de posibles reglas aplicables al respecto. A continuación, presentaremos brevemente los efectos generados por el *soft law* en las distintas fuentes del derecho internacional.

2.2.2.2. Efectos del *soft law* en fuentes del derecho internacional

Antes de pasar a revisar las posibles reglas aplicables a los instrumentos *soft law*, pasaremos a analizar los efectos que genera el *soft law* sobre las fuentes de derecho internacional, para lo cual nos guiaremos por el trabajo de Fabián Cárdenas sobre el particular:

- **Efectos en tratados:** Los instrumentos *soft law* pueden ser importantes mecanismos auxiliares para la interpretación de tratados, su aplicación y desarrollo. Al respecto, Cárdenas añade que cuando algunas

⁷³ Hillgenberg, Hartmut: "A Fresh Look at Soft Law", p. 507.

⁷⁴ Hillgenberg, Hartmut: "A Fresh Look at Soft Law", pp. 508-509.

resoluciones de la Asamblea General de la ONU son aprobadas por aclamación, estas están referidas a tratados existentes y reiteran principios aceptados de derecho internacional; los entendimientos reflejados en las mismas tienen carácter vinculante⁷⁵. Asimismo, el *soft law* –asegura Cárdenas- puede modificar el significado, interpretación y contenidos de tratados en vigor⁷⁶.

Asimismo, Combacau y Sur señalan acertadamente –con relación a la interpretación de tratados- que:

“L’article 31 de la Convention de Vienne, relatif à l’interprétation des traités mentionne ainsi, comme éléments du contexte pertinent, les instruments ayant rapport au traité, les accords ultérieures qui y sont relatifs, et même les pratiques ultérieures établissant l’accord des parties. De tels instruments peuvent donc constituer le contexte de l’interprétation, ce qui, en principe, ne devrait tendre qu’à en éclairer le sens.”⁷⁷

- **Efectos en la costumbre internacional:** La mayoría de autores, nos recuerda Cárdenas, considera que el *soft law* puede legitimar la práctica de la comunidad internacional y corroborar la existencia de *opinio iuris*, el elemento necesario para confirmar la existencia de una costumbre internacional⁷⁸.

Al respecto, Daillier, Forteau y Pellet coinciden en señalar que –al igual que los tratados y las resoluciones de organizaciones internacionales-

⁷⁵ Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto: “Un llamado para repensar las fuentes de derecho internacional: *soft law* y la otra cara de la moneda”, p. 392.

⁷⁶ Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto: “Un llamado para repensar las fuentes de derecho internacional: *soft law* y la otra cara de la moneda”, p. 393.

⁷⁷ Combacau, Jean y Sur, Serge: “Droit international public”, p. 90.

⁷⁸ Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto: “Un llamado para repensar las fuentes de derecho internacional: *soft law* y la otra cara de la moneda”, p. 393.

los actos concertados no convencionales pueden contribuir a la formación de normas consuetudinarias⁷⁹.

En ese sentido, es pertinente recordar que en el caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, la Corte Internacional de Justicia concluyó lo siguiente:

“[I]t could not ignore any provision of the draft convention if it came to the conclusion that the content of such provision is binding upon all members of the international community because it embodies or crystallizes a pre-existing or emergent rule of customary law.”⁸⁰

- **Efectos en principios generales:** Para Cárdenas, los instrumentos *soft law* serían la base para la aplicación de principios existentes del derecho internacional tales como la buena fe y el estoppel; estos pueden proveer o informar sobre el grado de cumplimiento de dichos principios. Así, continua Cárdenas, se puede argumentar que sería contrario a la buena fe si una de las partes de un acuerdo de tipo *soft law* actúa en contra del mismo⁸¹.

Finalmente, sobre la posición del *soft law* en el derecho internacional, cabe citar la conclusión a la que arriba Cárdenas:

“All things considered, although there is not certainty as regards the position of “soft law” in international law, it seems that as it stands today it acquires legal value when it is attached somehow to the traditional sources of law. Even though, albeit its legal value may not have been totally specified there is a very strong argument to deem

⁷⁹ Daillier, Patrick, Forteau, Mathias y Pellet, Alain: “Droit International Public”, p. 430.

⁸⁰ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 18, párrafo 24.

⁸¹ Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto: “Un llamado para repensar las fuentes de derecho internacional: *soft law* y la otra cara de la moneda”, p. 393.

that soft law should also be governed and studied by international law rather than mere politics or international relations as the instruments adopted through “soft law” mechanisms.”⁸²

2.2.2.3. Reglas aplicables a las partes de acuerdo no convencional

Antes de entrar a describir las posibles reglas que se aplicarían al uso de acuerdos no convencionales o instrumentos de tipo *soft law*, a manera de introducción es pertinente citar a Cárdenas sobre el particular:

“[T]he main reason for resorting to soft law should not be the avoidance of the direct effects of legality such as obligatory force, executiability, and the final possibility of claiming international responsibility before an international dispute settlement body, that would bring indeed instability to the international legal system. It is posited here that in fact soft law has spontaneously appeared as a natural consequence of contemporary needs of law making like speedy regulation of important matters and requirement of prompt reaction before dynamic subjects like the environment. Notwithstanding, the acceptance of specific soft law rules as a novel manner of making law in the 21st century should not lead to legal anarchy, on the contrary it should lead to the formalization of new sources of international law.”⁸³

Asimismo, Alain Pellet –al referirse a las reglas del *soft law*- considera que dichos instrumentos:

⁸² Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto: “Un llamado para repensar las fuentes de derecho internacional: soft law y la otra cara de la moneda”, p. 394.

⁸³ Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto: “Un llamado para repensar las fuentes de derecho internacional: soft law y la otra cara de la moneda”, p. 389.

*“can be carefully elaborated through formal negotiations; they are written instruments, evidencing clearly (if so desired) what the negotiators had in mind; but they are not required to be ratified in accordance with complicated national constitution al processes before entering into force and they can be easily completed, modified or abandoned - although nobody really knows under exactly what conditions.”*⁸⁴

Hartmut Hillgenberg esboza las reglas del régimen autónomo (reglas que las partes desean aplicar a lo acordado) de instrumentos no convencionales o *soft law*, en el que las partes excluyen la aplicación de las reglas que fluyen del principio de *pacta sunt servanda* pero no del principio de *inadimplenti non est adimplendum* (una parte no necesita respetar su obligación si la otra no ha respetado la suya) y aquellas que están referidas a la elaboración, interpretación y enmienda de los acuerdos⁸⁵.

Ante la ausencia de un sistema desarrollado en la práctica internacional y/o codificado en un convenio multilateral, como en el caso de los tratados, es necesario recurrir principalmente –sugiere Hillgenberg- a la voluntad de las partes de un instrumento *soft law*⁸⁶.

La doctrina no aborda el tema y, al respecto, Munch recuerda acertadamente que:

*“Although authors generally admit that the phenomenon exists, much about it remains to be explained and delimited, not least the concomitant rules which govern it”*⁸⁷.

⁸⁴ Pellet, Alain: “A new International Legal Order: What Legal tools for what changes?”, publicado en: Francis Snyder y Peter Slinn eds., *International Law of Development: Comparative Perspectives*, Professional Books, Abingdon, 1987, pp. 117-135, p. 126.

⁸⁵ Hillgenberg, Hartmut: “A Fresh Look at Soft Law”, p. 509.

⁸⁶ Hillgenberg, Hartmut: “A Fresh Look at Soft Law”, p. 510.

⁸⁷ Munch, Fritz: “Non Binding Agreements”, *EPIL*, 1997, p. 609, citado en: Hillgenberg, Hartmut: “A Fresh Look at Soft Law”, p. 510.

A continuación, Hillgenberg propone, rudimentariamente, las siguientes reglas, las cuales hemos dividido por categorías para facilitar su presentación:

a. Celebración de acuerdos *soft law*

Con relación a la celebración de acuerdos no convencionales, Hillgenberg resalta que los plenos poderes no serían necesarios y que, en el caso de celebración de acuerdos multilaterales, se estila un procedimiento de consenso que por lo general excluye reservas. El autor añade que en este tipo de acuerdos se suele usar el lenguaje típico de los tratados y, al igual que estos, están abiertos a la adhesión de otros Estados⁸⁸.

Una regla adicional en esta categoría, sobre la forma escrita (mencionada anteriormente por Pellet), nos la sugiere Cárdenas:

“soft law” necessarily implies the existence of a written document: an instrumentum. Thus, it seems that “soft law” does not encompass verbal or norms which are not written, making impossible to talk rigorously about “soft customary law”⁸⁹

Asimismo, Aust destaca la ausencia de formalidades para el MOU –que aplicaría también a todos los instrumentos de tipo *soft law*- del siguiente modo:

“With an MOU, there is no need for elaborate final clauses or the formalities (international and national) that surround treaty making. More often that is the case with a treaty, an MOU will become effective on signature. Thus, an MOU can generally be

⁸⁸ Hillgenberg, Hartmut: “A Fresh Look at Soft Law”, p. 510.

⁸⁹ Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto: “Un llamado para repensar las fuentes de derecho internacional: soft law y la otra cara de la moneda”, p. 379.

negotiated, signed and come into effect more quickly than a treaty. Even when a treaty enters into force on signature, the internal procedures required before it can be adopted may be lengthy. In some cases, these problems may be such that the only practicable way of proceeding is by way of an MOU. Not being a treaty, an MOU is generally not subject to any constitutional procedures, such as presentation to the legislature, though that will depend on the constitution, laws and practice of each state.”⁹⁰

En resumen, en cuanto a la celebración de acuerdos o instrumentos *soft law*, podemos concluir que no se requieren mayores formalidades ni plenos poderes y tampoco es necesario un largo proceso interno de aprobación para que dichos instrumentos entren en vigor. La forma escrita en los instrumentos *soft law* sí es necesaria.

b. Interpretación de acuerdos *soft law*

Al aplicar los artículos 31 y siguientes de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, *mutatis mutandis*, considera acertadamente Hillgenberg, el contenido puede ser establecido interpretando la voluntad de las partes y aplicando el principio de buena fe, así como también examinando los trabajos preparatorios y la práctica subsecuente⁹¹.

Asimismo, Aust señala al referirse a la interpretación y aplicación del MOU –que aplicaría a todos los instrumentos de tipo *soft law*- lo siguiente:

⁹⁰ Aust, Anthony: “Modern Treaty Law and Practice”, p. 42.

⁹¹ Hillgenberg, Hartmut: “A Fresh Look at Soft Law”, p. 510.

“For the interpretation and application of MOUs, it is convenient and reasonable to apply, by analogy, the rules for the interpretation of treaties insofar as they are not at variance with the non-legally binding nature of MOUs. The travaux of an MOU may be as important as those of a treaty, though they may be even more difficult to find. In certain cases, an MOU might well constitute a subsidiary or subsequent agreement for the purposes of Article 31(2)(a) or (3)(a).”⁹²

Así, vemos que en el caso de las reglas de interpretación, resulta lógico –y práctico- aplicar *mutatis mutandis* las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados a los instrumentos *soft law*, los cuales –además- suelen utilizar el estilo de redacción típico de los tratados pero sin reflejar un carácter vinculante.

c. Cumplimiento de acuerdos *soft law*

Hillgenberg nos recuerda que los acuerdos no convencionales –*soft law*- no pueden alterar los tratados ni el derecho internacional que rige la relación entre las partes y que, al estar excluidos del derecho de los tratados, no es posible aplicar el principio *pacta sunt servanda* (artículo 26 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados). El referido autor añade que si bien las disposiciones de un acuerdo no convencional no sería observadas por una Corte como obligaciones emanadas de un tratado, los Estados sí pueden someter sus desacuerdos emanados de dichos acuerdos a procesos de solución de disputas, tal como lo demuestra la Convención del 15 de diciembre de 1992, Conciliación y Arbitraje dentro de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa – OSCE.

⁹² Aust, Anthony: “Modern Treaty Law and Practice”, p. 44.

Asimismo, como bien señala Hillgenberg, ante el incumplimiento de un acuerdo de una parte(s), la(s) otra(s) parte(s) puede ejercer presión por medio de represalias. En ese sentido, Hillgenberg considera que la presión política para que se cumpla un acuerdo de este tipo puede ser de gran magnitud y acarrear graves consecuencias para la parte que incumple⁹³. Un ejemplo de este tipo de presiones se produce con el Acta de Helsinki de 1975 (*soft law*), que si bien tuvo como fin aliviar las tensiones durante la Guerra Fría al reconocer la integridad territorial de la Unión Soviética, también contiene una parte sobre el respeto de los derechos humanos. Ello dio pie a que se formarán diversas ONGs, entre ellas, *Human Rights Watch*, para supervisar el cumplimiento del Acta, especialmente entre los miembros del Pacto de Varsovia.

Asimismo, continúa Hillgenberg, los acuerdos no convencionales pueden ser ejecutados de manera “*soft*” mediante la creación de mecanismos de control a los cuales las partes se remiten, voluntariamente, pero bajo presión política interna e internacional, y cuyos resultados pueden tener un impacto en la opinión pública. Añade el autor que la observancia de las obligaciones puede ser una precondition para la obtención de los servicios de los que dependa un Estado e, igualmente, las obligaciones *soft law* pueden ser complementadas por sanciones *soft* (Ej. Lineamientos de inversión del Banco Mundial)⁹⁴.

Sobre este punto, Díez de Velasco cita al gobierno español, en una respuesta a una interpelación parlamentaria sobre el Comunicado de Bruselas de 1984, en el cual reconoce que si bien el compromiso no está regido por el derecho internacional de los tratados:

“[n]o significa que dichos compromisos no deban ser respetados ni su cumplimiento no sea exigible; su observancia viene

⁹³ Hillgenberg, Hartmut: “A Fresh Look at Soft Law”, p. 511.

⁹⁴ Hillgenberg, Hartmut: “A Fresh Look at Soft Law”, p. 511.

impuesta por el principio general de la buena fe, que rige todo el actuar de los Estados, y su exigibilidad puede reclamarse por todas las vías no prohibidas por el Derecho Internacional (B.O.C.G. de 24 de abril de 1985)”⁹⁵.

En cualquier caso, los acuerdos deben ser cumplidos de buena fe. Esto se puede derivar, *mutatis mutandis*, afirma Hillgenberg, de la aplicación del artículo 18 de la Convención de Viena (obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor). Añade el autor que las acciones desarrolladas de conformidad con el acuerdo no pueden ser reclamadas de vuelta como un enriquecimiento injustificado por parte del beneficiario y, asimismo, que una elección realizada sobre la base de un acuerdo no convencional, sobre la distribución regional de asientos en órganos internacionales, no puede ser cuestionada como irregular por los participantes. La opinión general, concluye Hillgenberg, es que este resultado, como en el de las declaraciones unilaterales vinculantes, es obtenido aplicando los principios de *estoppel*, *non venire contra factum proprium* y la aquiescencia⁹⁶.

Asimismo, Daillier, Forteau y Pellet consideran que los actos concertados no convencionales, sin tener carácter obligatorio, sí están sometidos por el derecho internacional y tienen un alcance jurídico que está muy lejos de ser insignificante. Así, añaden los referidos autores que:

“- sans être liés par leurs dispositions, les États le sont par le principe de la bonne foi; leur non-respect n’engage pas, ipso facto la responsabilité de l’auteur du manquement, mais l’acte concerté non conventionnel a pu créer des expectatives, qui peuvent autoriser son ou ses partenaires à faire jouer le principe

⁹⁵ Diez de Velasco Vallejo, Manuel: “Instituciones de Derecho Internacional Público”, p. 195.

⁹⁶ Hillgenberg, Hartmut: “A Fresh Look at Soft Law”, pp. 511-512.

*d'estoppel et excluent que celui-ci se réfugie derrière le principe de non-intervention dans les affaires intérieures...*⁹⁷.

Finalmente, es interesante citar a Gloria Alarcón García quien considera al respecto que:

"[A]unque un instrumento soft law parezca, en un primer momento, un instrumento inútil y nacido para el fracaso, los efectos jurídicos que derivan de ellos son fundamentales en el mundo del Derecho. Cuando los actores emiten actos o acuerdos no vinculantes lo hacen con el ánimo de cumplirlos y observarlos en un futuro.

*Esto nos lleva a afirmar que, en ocasiones, las disposiciones soft law son más eficaces que el propio hard law."*⁹⁸

En resumen, podemos concluir que los acuerdos o instrumentos *soft law* si bien están excluidos de la aplicación del principio de *pacta sunt servanda*, sí deben ser observados o cumplidos de conformidad con el principio de buena fe.

En ese sentido, resulta claro y lógico que todo Estado que suscribe acuerdos, ya sean *hard* o *soft law*, lo hace con la intención –al menos en principio- de que sea debidamente observado y cumplido por todas las partes.

También es perfectamente posible que, por la propia voluntad de las partes de un instrumento *soft law*, se pacten mecanismos de control o de solución pacífica de controversias que garanticen el cumplimiento de los acuerdos no convencionales.

⁹⁷ Daillier, Patrick, Forteau, Mathias y Pellet, Alain: "Droit International Public", p. 430.

⁹⁸ Alarcón García, Gloria: "El soft law y nuestro sistema de fuentes", p. 33.

Asimismo, como hemos mencionado anteriormente, es posible aplicar sanciones por incumplimiento del *soft law* mediante la reciprocidad, la suspensión justificada del cumplimiento de la otra parte(s) y la aplicación de contramedidas como las represalias (actos ilícitos en respuesta a actos ilícitos) y la retorsión (actos lícitos pero inamistosos).

Finalmente, es importante resaltar que, efectivamente, un instrumento *soft law* puede constituir la base para configurar la doctrina de los actos propios, el estoppel o la aquiescencia.

d. Terminación de acuerdos *soft law*

Para Hillgenberg, la aplicación análoga de las causales de terminación de los tratados está descartada; los acuerdos no convencionales son por su naturaleza más inestables que los tratados y más dependientes de la continuación de la conformidad de intereses de las partes⁹⁹.

Si bien Hillgenberg considera que las pequeñas infracciones pueden ser tratadas de buena fe sin interrumpir la vigencia del acuerdo; el incumplimiento de promesas mayores sí generarían una dependencia mutua de acciones y la aplicación del principio general de derecho *inadimplenti non est adimplendum* (una parte no necesita respetar su obligación si la otra no ha respetado la suya). Un ejemplo de mutua dependencia resaltado por Hillgenberg es la justificación americana para exceder los techos del SALT II (Strategic Arms Limitation Talks) haciendo referencia a la infracción rusa del Tratado, a pesar que el mismo no había sido ratificado¹⁰⁰.

⁹⁹ Hillgenberg, Hartmut: "A Fresh Look at Soft Law", p. 512.

¹⁰⁰ Hillgenberg, Hartmut: "A Fresh Look at Soft Law", p. 512.

Hillgenberg considera que el retiro de un acuerdo multilateral convencional no está sujeto a las estrictas reglas del principio de *clausula rebus sic stantibus*, pero sí al principio de buena fe. La posibilidad de un retiro arbitrario, continua Hillgenberg, sería contraria a la intención limitada de las partes de estar obligadas al acuerdo en cuestión y agrega que los acuerdos no convencionales pueden incluir cláusulas de terminación, caso en el cual se debe poner énfasis en el principio de buena fe sobre la terminación prematura¹⁰¹.

Sobre el particular, Anthony Aust, al referirse al MOU, destaca lo siguiente que consideramos aplicaría también a todos los instrumentos *soft law*:

“The termination provisions of many MOUs can be quite similar to those found in treaties. A period of notice is usually provided for, although this may be less than six to twelve months commonly found in treaties, at least in multilateral treaties. Sometimes there is no provision for termination, especially when the MOU is supplementary to a treaty. Difficult questions can then arise. A free-standing MOU can probably be terminated by giving reasonable notice, although, since it is not a legally binding instrument, failure to give due notice may, at least as a matter of law, have no consequences...”¹⁰².

En conclusión, tenemos que los acuerdos o instrumentos *soft law*, al igual que los tratados, pueden contener disposiciones que regulan la terminación del acuerdo. Sin embargo, a diferencia de los tratados, al no contar con un carácter vinculante los instrumentos *soft law* pueden ser fácilmente terminados por una de las partes e incluso podría no ser necesario un aviso a la otra parte sobre el particular.

¹⁰¹ Hillgenberg, Hartmut: “A Fresh Look at Soft Law”, p. 512.

¹⁰² Aust, Anthony: “Modern Treaty Law and Practice”, p. 43.

A las reglas propuestas anteriormente por Hillgenberg, podemos agregar las siguientes:

e. No registro de instrumentos *soft law*

Anthony Aust, al referirse a la confidencialidad que caracteriza al MOU, destaca lo siguiente que consideramos aplicaría a todos los instrumentos *soft law*.

“An obvious reason for preferring an MOU to a treaty is confidentiality. Since an MOU is not a treaty, there is generally no national or international requirement, or indeed need, to publish it. In the United Kingdom, even an unclassified MOU is not published unless there is a special reason, such as the political importance of the subject or because it is closely associated with a treaty, though it cannot be published if the MOU is confidential. Being neither a ‘treaty’ nor an ‘international agreement’, an MOU is not required by Article 102 of the UN Charter to be registered with the UN. Of the many thousands of MOUs that have been concluded since 1945, only a handful appear in the United Nations Treaty Series, and then probably in error. In any case, the mere act of act of registration does not make them treaties.”¹⁰³

Así, vemos que los instrumentos *soft law* no son –ni deben- ser registrados ante las Naciones Unidas, como sí deben ser registrados los tratados internacionales en debida forma.

¹⁰³ Aust, Anthony: “Modern Treaty Law and Practice”, pp. 40-41.

Sin embargo, ello no impide que los referidos instrumentos sean debidamente registrados a nivel interno. Tal es el caso del Perú¹⁰⁴ y España¹⁰⁵, cuyas disposiciones al respecto citamos a pie de página.

f. Enmienda de instrumentos *soft law*

Finalmente, al ser la escasez de formalidades para su celebración una de las características principales del *soft law*, las enmiendas – especialmente en acuerdos bilaterales- son relativamente sencillas y rápidas de realizar.

Al respecto, Aust destaca la ventaja del MOU para la realización de enmiendas –que aplicaría a todos los instrumentos *soft law*- del siguiente modo:

*“A distinct advantage of the MOU is the ease with which it can be amended. Since it is not a treaty, any amendment can be effected with the same ease and speed with which the MOU itself was concluded. Even when a treaty has a built-in simplified procedure for amendment, this will still involve certain formalities.”*¹⁰⁶

¹⁰⁴ Artículo 129 (j) del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores que establece el registro, clasificación y archivo de tratados y demás instrumentos jurídicos internacionales celebrado por el Perú. En ese sentido, existe un “Archivo de Instrumentos No Vinculantes Suscritos por el Perú” y su correspondiente base de datos electrónica.

¹⁰⁵ Artículo 48 de la Ley española No. 25/2014, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales: Registro. De conformidad con la legislación en vigor, una vez firmado el acuerdo internacional no normativo, se remitirá una copia del mismo al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación para su inscripción en el registro administrativo de dichos acuerdos.

¹⁰⁶ Aust, Anthony: “Modern Treaty Law and Practice”, p. 43.

2.2.2.4. Rol de acuerdos no convencionales en derecho internacional

Hillgenberg nos recuerda que las partes de un acuerdo no convencional excluyen tanto la aplicación del derecho de los tratados (especialmente el principio *pacta sunt servanda*) como las consecuencias legales emanadas del incumplimiento de dicho principio y, al mismo tiempo, resalta que los referidos acuerdos no están regidos por el derecho internacional (art. 2(1)(a) de la Convención de Viena). En ese sentido, Hillgenberg concluye que si las partes reducen las consecuencias deseadas de su acuerdo a este alcance, el mismo no puede ser considerado como una fuente de derecho efectiva más allá del sistema cerrado que las partes han creado (régimen autónomo, cuyas características dependerán de la intención de las partes), a menos que el derecho internacional dote de un juego de reglas aplicables a los acuerdos que se desea tengan consecuencias limitadas; y, mientras este no sea el caso, estos acuerdos son sólo hechos y no fuentes de derecho. Asimismo, Hillgenberg advierte que estos acuerdos pueden constituir práctica ulteriormente seguida (art. 31(3)(b) de la Convención de Viena) para ser tomados en cuenta al momento de interpretar un tratado¹⁰⁷.

Finalmente, Cárdenas concluye que:

*“All things considered it is undeniable to settle that international law is already changing. The traditional foundations of the sources are being modelled by the supreme source of international law: international practice. Therefore, article 38 of the ICJ Statute should not be mistakenly continue to be referred as the universal secondary rule governing the finite list of the sources, taking into consideration its demonstrated obsolescence and insufficiency.”*¹⁰⁸

¹⁰⁷ Hillgenberg, Hartmut: “A Fresh Look at Soft Law”, p. 512.

¹⁰⁸ Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto: “Un llamado para repensar las fuentes de derecho internacional: soft law y la otra cara de la moneda”, p. 395.

Dicho esto, podemos concluir que mientras no exista un marco normativo adoptado por la comunidad internacional, por medio del desarrollo progresivo del derecho internacional¹⁰⁹, los acuerdos o instrumentos *soft law* continuaran generando incertidumbre y desorden en las relaciones internacionales.

Por ello, es absolutamente necesario buscar, a través del desarrollo progresivo del derecho internacional, la posibilidad de contar con un marco normativo del *soft law*, que vaya más allá de las reglas que puedan acordar las partes para un acuerdo (régimen autónomo), que facilite su uso y otorgue certeza y orden a las relaciones internacionales. En ese sentido, las fuentes tradicionales del derecho internacional, a futuro, no deberían ser consideradas como las únicas que tienen un peso jurídico.

¹⁰⁹ El desarrollo progresivo del derecho internacional consiste en la elaboración de proyectos de convenciones referidos a asuntos aún no cubiertos (o cubiertos insuficientemente) por el derecho internacional. Es parte del trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

2.3 Glosario de términos

- **Acuerdos no convencionales (*non-treaty agreements*):** Acuerdos contenidos en instrumentos que no constituyen tratados a la luz del derecho internacional (artículo 2 (1) (a) de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, el cual señala que se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional...).
- **Carácter no vinculante:** Que no tiene como característica la obligatoriedad en el cumplimiento de una obligación o acuerdo, en este caso, de tipo *soft law*. Esta es una de las principales características que diversos autores le atribuyen al *soft law*.
- ***Clausula rebus sic stantibus*:** Expresión latina que significa "mientras todo siga así" o "estando así las cosas". Cualquier alteración sustancial de las circunstancias puede dar lugar a modificaciones.
- **Convención de Viena de Derecho de los Tratados:** Suscrita en Viena, el 23 de mayo de 1969. Entró en vigencia el 27 de enero de 1980. Fue elaborada por una conferencia internacional, sobre la base de un proyecto preparado por la Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas. Su objetivo principal fue codificar el derecho internacional consuetudinario (costumbre) de los tratados.
- **Efectos jurídicos:** Son todas aquellas consecuencias que tienen interés para el derecho en virtud de la realización de un acto, hecho o acuerdo. Los efectos jurídicos consisten en la creación, modificación, conservación, declaración, transmisión y extinción de derechos y obligaciones.

- **Fuentes de derecho internacional:** El artículo 38 (1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia recoge las fuentes tradicionales de derecho internacional: “(...)
 - a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
 - c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
 - d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho (...)”

- **Hard law:** Este término está referido a instrumentos y derecho de carácter vinculante. El *hard law* otorga a Estados y otros actores internacionales derechos y obligaciones de cumplimiento obligatorio. Ejemplos: Tratados y costumbre internacionales.

- **Inadimplenti non est adimplentum:** Es una expresión latina que significa que una parte no necesita respetar su obligación si la otra no ha respetado la suya.

- **Ius cogens:** Es una locución latina del derecho internacional público para hacer referencia a aquellas normas de derecho imperativo o perentorio que son imperativas, es decir que no admiten ni la exclusión ni la alteración de su contenido, de tal modo que cualquier acto que sea contrario al mismo será nulo.

- **Lex ferenda:** Es una locución latina que significa “para una futura reforma de la ley” o “con motivo de proponer una ley”. Es decir, se trata de una recomendación a tener en cuenta en una próxima enmienda legislativa.

Usualmente, esta locución es utilizada para referirse a la necesidad de contar con una nueva legislación sobre una materia determinada.

- **Lex lata:** Es una locución latina que significa “según la ley existente”. Se utiliza esta locución para referirse a la legislación actualmente vigente sobre una materia determinada.
- **Marco normativo:** Conjunto general de normas, criterios y lineamientos que establece la forma en que debe desarrollarse el uso, en este caso, del *soft law*.
- **Mutatis mutandi:** Es una locución latina que significa “cambiando lo que haya que cambiar” o “haciendo los ajustes necesarios”.
- **Pacta sunt servanda:** Es una locución latina que significa “lo pactado obliga”. Es un principio referido a la obligación que existe de cumplir con los tratados internacionales.
- **Soft law (derecho blando):** El término *soft law* fue acuñado originalmente por Lord Mc Nair, para realizar una distinción entre las proposiciones de *lege lata* y *lege ferenda*. Según su punto de vista, el término era empleado para describir enunciados normativos formulados como principios abstractos que devenían operativos a través de su aplicación judicial. Actualmente, la expresión *soft law* busca definir la existencia de fenómenos jurídicos sin carácter vinculante pero que poseen alguna relevancia jurídica.
- **Soft law jurídico:** Esta referido a normas o disposiciones *soft law* contenidas en tratados internacionales.
- **Soft law no jurídico:** Esta referido a normas o disposiciones *soft law* que no se encuentran contenidas en tratados internacionales. Este es el caso de los acuerdos o instrumentos no convencionales.

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Operacionalización de variables

Variables	Dimensiones	Indicadores
Variable X (instrumentos soft law)	Soft law jurídico	En tratados internacionales
	Soft law no jurídico	En otros instrumentos internacionales: resoluciones de organizaciones internacionales, recomendaciones e informes de organismos o conferencias internacionales, programas de acción, textos de tratados que no han entrado en vigor, declaraciones interpretativas de tratados, disposiciones programáticas o <i>non-self-executing</i> , acuerdos no normativos, acuerdos políticos (pactos de caballeros), códigos de conducta, estándares, memoranda de entendimiento, etc.
Variable Y (marco normativo)	Celebración de acuerdos	No plenos poderes, adopción por consenso en acuerdos multilaterales, excl. reservas, lenguaje típico de tratados, abiertos a la adhesión de otros Estados, forma escrita. Carencia de formalidades.
	Interpretación de acuerdos	<i>Mutatis mutandis</i> artículos 31 y siguientes de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados.
	Cumplimiento de acuerdos	Principio de buena fe, creación de mecanismos de control, presión política, represalias.
	Terminación de acuerdos	Incumplimiento generaría dependencia mutua de acciones y aplicación del principio general de derecho <i>inadimplenti non est adimplendum</i> .
	No registro de acuerdos	A diferencia de los tratados, los instrumentos <i>soft law</i> no son inscritos en un registro público.
	Enmienda de acuerdos	Al carecer de formalidades para su celebración, se facilita la enmienda del <i>soft law</i> .

3.2 Tipificación de la investigación

El tipo de investigación es de “análisis documental”.

Al respecto, el tipo de investigación es de corte sustantivo y de nivel descriptivo. El estudio describe las diferentes circunstancias y factores de las variables bajo análisis y está destinado a aportar nuevos desarrollos que permitan un mejor uso de los instrumentos *soft law*.

3.3 Diseño de investigación

El presente trabajo de investigación es de carácter “no experimental” y de tipo “transversal”.

3.4 Instrumentos de Recolección de datos

En la presente investigación, se utilizó la guía de análisis documental como instrumento de recolección de datos para ambas variables.

CAPITULO IV: RESULTADOS

4.1 Presentación, análisis e interpretación de los datos

En la presente investigación se presentan los resultados de acuerdo al análisis documental del estudio para otorgar una mayor certeza jurídica al *soft law* y, por consiguiente, una mayor fluidez y certidumbre en el derecho internacional y en las relaciones internacionales.

La descripción de los análisis se presenta de acuerdo a las dimensiones de la variable de estudio, mediante el contraste de hipótesis, que permite presentar claramente y con eficacia los resultados obtenidos.

4.2 Proceso de prueba de hipótesis

De acuerdo a las hipótesis planteadas en la parte de la formulación, para efectos de demostrar la relación de los instrumentos *soft law* y el marco normativo que otorgaría una mayor certeza sobre los compromisos asumidos y, al mismo tiempo, facilitaría su uso en las relaciones internacionales, asumimos que la hipótesis nula (H_0) servirá de referencia al contrastarse con la hipótesis alterna (H_a), para determinar la significancia de los objetivos de la tesis.

4.3 Método estadístico de contraste

Se aplicó el modelo matemático de Correlación de Pearson creado por el estadístico inglés Karl Pearson para corroborar la hipótesis. Los objetivos de dicho análisis suelen ser:

- Determinar si las dos variables están correlacionadas, es decir si los valores de una variable tienden a ser más altos o más bajos para valores más altos o más bajos de la otra variable.
- Poder predecir el valor de una variable dado un valor determinado de la otra variable.
- Valorar el nivel de concordancia entre los valores de las dos variables.

El coeficiente de correlación oscila entre -1 y $+1$. Un valor de 1 indica una relación lineal o línea recta positiva perfecta. Un valor de -1 indica relación lineal perfecta negativa, un valor de cero indica relación lineal nula. Una correlación próxima a cero indica que no hay relación lineal entre las dos variables. La correlación permite medir el grado de dependencia existente entre dos o más variables, a través de la cuantificación por los coeficientes de correlación lineal de Pearson con su respectivo nivel de significación.

Calculamos el índice de Correlación de Pearson:

$$r_{xy} = \frac{\sum(X - \bar{X})(Y - \bar{Y})}{\sqrt{\sum(X - \bar{X})^2 \sum(Y - \bar{Y})^2}}$$

El coeficiente de correlación de Pearson es un índice que mide la relación entre dos variables aleatorias cuantitativas. Se representa por r y el cálculo se realiza dividiendo la covarianza de (X, Y) por el la raíz cuadrada del producto de las desviaciones de X y Y .

Dónde:

r : Es el coeficiente de correlación.

X : Es la variable relacionada

Y : Es la variable relacionada al Marco Normativa

En nuestra investigación tomaremos las escalas siguientes:

$r = 0$ Correlación nula

0.00 – 0.20 Ínfima correlación o correlación muy baja

0.20 – 0.40 Escasa correlación o correlación baja

0.40 – 0.60 Moderada correlación o correlación moderada

0.60 – 0.80 Buena correlación o correlación alta

0.80 – 1.00 Muy Buena correlación o correlación muy alta

$r = 1$ Correlación perfecta

4.4 Planteo de hipótesis general

1) Formulación de la hipótesis general:

Ha: Un marco normativo del *soft law* brindaría una mayor certeza jurídica al derecho internacional y, por consiguiente, permitiría una mayor fluidez y certidumbre en las relaciones internacionales.

Ho: Un marco normativo del *soft law* no brindaría una mayor certeza jurídica al derecho internacional y, por consiguiente, no permitiría una mayor fluidez y certidumbre en las relaciones internacionales.

Nivel de significancia a un nivel de confianza de 95%: = 5% = 0,05

Criterio de decisión

Si el valor p mayor o igual a 0.05, se aceptará la Ho (hipótesis nula),

Si el valor p menor a 0.05, se aceptará la Ha (hipótesis alterna).

Prueba estadística: Mediante el estadístico SPSS, se obtiene el siguiente resultado:

Tabla: Instrumentos de *soft law* entre marco normativo

	Instrumentos <i>Soft Law</i>	Marco Normativo
Instrumentos <i>Soft Law</i>	Correlación de Pearson Sig. (bilateral) N	de 1 ,816** ,000 20
Marco Normativo	Correlación de Pearson Sig. (bilateral) N	de ,816** 1 ,000 20
	N	20

** . La correlación es significativa en el nivel 0,01.

Toma de decisión:

Por consiguiente, a un nivel de confianza del 95% podemos rechazar la hipótesis nula (H0). Se utilizó el criterio del valor de $p = 0.05$.

Correlación entre la identificación y caracterización de los instrumentos *soft law* y su marco normativo

2) Formulación de la Hipótesis específica 1:

H1: La identificación y caracterización de los instrumentos *soft law* y su diferenciación del *hard law* es esencial para plantear un marco normativo que regule su aplicación.

Ho: La identificación y caracterización de los instrumentos *soft law* y su diferenciación del *hard law* no es esencial para plantear un marco normativo que regule su aplicación.

Nivel de significancia a un nivel de confianza de 95%: = 5%= 0,05

Criterio de decisión

Si el valor p mayor o igual a 0.05, se aceptará la Ho (hipótesis nula),

Si el valor p menor a 0.05, se aceptará la Ha (hipótesis alterna).

Prueba estadística: Mediante el estadístico SPSS, se obtiene el siguiente resultado:

Tabla: Correlación entre Identificación y caracterización de los instrumentos *soft law* y marco normativo

	Identificación y caracterización de los instrumentos <i>soft law</i>	Marco Normativo
Identificación y caracterización de los instrumentos <i>soft law</i>	Correlación de Pearson 1 Sig. (bilateral) ,796** N 20	,000 20
Marco Normativo	Correlación de Pearson ,796** Sig. (bilateral) ,000 N 20	1 20

** . La correlación es significativa en el nivel 0,01.

Toma de decisión:

Considerando que la correlación de Pearson es prueba de hipótesis y también es medida de correlación a través de su índice r de Pearson concluimos que el Índice correlación r de Pearson es de 0.606 es decir existe una buena correlación y además el Valor de p calculado es de 0,000 al nivel de significación de 0.05, muy por debajo del 5% y del 1% que es más exigente, entonces distinguimos que si existe correlación positiva y significativa.

Podemos concluir que: la identificación y caracterización de los instrumentos *soft law* y su diferenciación del *hard law* es esencial para plantear un marco normativo que regule su aplicación.

La correlación positiva encontrada entre ambas variables nos permite aceptar la H_1 y rechazar la H_0 .

Correlación entre regulación mínima del *soft law* y marco normativo

3) Formulación de la Hipótesis específica 2:

H2: Una regulación mínima de *soft law* evitaría su crecimiento desordenado y la incertidumbre que crea por su uso indiscriminado.

H₀: Una regulación mínima de *soft law* no evitaría su crecimiento desordenado y la incertidumbre que crea por su uso indiscriminado.

Nivel de significancia a un nivel de confianza de 95%: = 5%= 0,05

Prueba estadística: Mediante el estadístico SPSS, se obtiene el siguiente resultado:

		Regulación mínima de <i>Soft Law</i>	Marco de Normativo
Regulación mínima de <i>Law</i>	Correlación de Pearson Sig. (bilateral) N	1 20	,883** ,000 20
Marco Normativo	Correlación de Pearson Sig. (bilateral) N	,883** ,000 20	1 20

** . La correlación es significativa en el nivel 0,01

Criterio de decisión

Si el valor p mayor o igual a 0.05, se aceptará la Ho (hipótesis nula),

Si el valor p menor a 0.05, se aceptará la Ha (hipótesis alterna).

Toma de decisión:

En el cuadro considerando la regulación mínima del *soft law* y el marco normativo encontramos una buena correlación entre ambas variables; comprobada con lo que nos arroja la correlación de Pearson, ya que se observa una correlación positiva de 0.883. Encontramos un coeficiente significativo, puesto que hallamos un s. de 0.000 a un nivel de significación de 0.05. Con lo encontrado podemos decir que la regulación mínima del *soft law* se relaciona con el marco normativo.

La correlación positiva encontrada entre ambas variables nos permite aceptar la Ha y rechazar la Ho.

4.5 DISCUSIÓN

Coincido con Grnchalla (1984) cuando define, en su trabajo de investigación, el *soft law* incluyéndolo tanto en instrumentos jurídicos (tratados) como no jurídicos. Estos instrumentos, están caracterizados por que se deja una gran capacidad de discreción a las partes comprometidas por una obligación y, añade, que si bien sus normas son discrecionales por naturaleza, no están carentes de efectos jurídicos y políticos. Por su sola presencia, el *soft law* promueve cierto rigor en las relaciones internacionales.

Así también, concuerdo con Mazuelos (2004) quien presenta el fenómeno del *soft law*, analizando las resoluciones de las organizaciones internacionales, el *soft law* de los actores no estatales y los acuerdos interestatales no vinculantes jurídicamente. Asimismo, se plantean diversas interrogantes y cuestionamientos sobre el uso del *soft law* en las relaciones internacionales. Señala que el *soft law* es una expresión empleada con relación a instrumentos que inciden o tratan de incidir sobre conductas de sujetos y actores internacionales, que por alguna razón no encajan como una fuente de derecho internacional, pero que sería demasiado estricto negarles cualquier trazo de juridicidad y calificarlos de “no Derecho”, sobre todo si tenemos en cuenta su impacto en fenómenos indiscutiblemente jurídicos y en las relaciones internacionales.

A su vez, coincido con Hillgenberg (1999) cuando califica a los instrumentos *soft law* como “acuerdos no convencionales (*non-treaty agreements*)”. Indica que los acuerdos internacionales no concluidos como tratados no están cubiertos por la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, pero sí juegan un papel un importante papel en las relaciones internacionales. La relación de las partes que optan por obligaciones no convencionales puede ser

descrita como una de “Régimen Autónomo”, cuyas características dependen de la intención de las partes para cada caso específico.

En tal sentido, concuerdo con Cárdenas (2013) porque cuestiona la concepción tradicional del estudio de las fuentes del derecho internacional haciendo un contraste con una de las nociones que presenta desafíos a la producción normativa internacional: el *soft law*. Presenta una formulación de cuestionamientos cuya fin principal es hacer un llamado sobre la necesidad de volver a la investigación de las fuentes de derecho internacional, las cuales considera el autor no deben permanecer estáticas sino que deben desarrollarse en la misma medida en que se dinamizan las relaciones internacionales contemporáneas.

CONCLUSIONES

1. Conclusión I

Se logró el objetivo general del trabajo de investigación de plantear un marco normativo para la regulación de los instrumentos *soft law*, que otorgase una mayor certeza jurídica al *soft law* y, por consiguiente, una mayor fluidez y certidumbre en el derecho internacional y en las relaciones internacionales.

Por ello, es absolutamente necesario buscar, a través del desarrollo progresivo del derecho internacional, la posibilidad de contar con un marco normativo del *soft law*, que vaya más allá de las reglas que puedan acordar las partes para un acuerdo (régimen autónomo), que facilite su uso y otorgue beneficios mencionados.

2. Conclusión II

Se logró el objetivo específico 1 de establecerse, claramente, las características del *soft law* y de diferenciarlo del *hard law*, especialmente de los tratados internacionales. Alcanzar este objetivo ha sido fundamental pues nos ha permitido estar en condiciones de plantear un marco normativo de los instrumentos *soft law*.

Actualmente, la expresión *soft law* busca definir la existencia de fenómenos jurídicos sin carácter vinculante pero que poseen alguna relevancia jurídica.

3. Conclusión III

Se logró el objetivo específico 2 de plantear una regulación mínima del *soft law*, que tenga como fin evitar su crecimiento desordenado y la incertidumbre generada por su uso indiscriminado.

Al respecto, hemos podido identificar las siguientes reglas incipientes para el uso del *soft law*:

Celebración de acuerdos	<ul style="list-style-type: none">- No plenos poderes, adopción por consenso en acuerdos Multilaterales.- Reservas, lenguaje típico de los tratados, abiertos a la adhesión de otros estados- Carencia de formalidades.
Interpretación de acuerdos	<ul style="list-style-type: none">- <i>Mutatis mutandis</i> artículos 31 y siguientes de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados.
Cumplimiento de acuerdos	<ul style="list-style-type: none">- Principio de buena fe, creación de mecanismos de control, presión política, represalias.
Terminación de acuerdos	<ul style="list-style-type: none">- Incumplimiento generaría dependencia mutua de acciones y aplicación del principio general de derecho <i>inadimplenti non est adimplendum</i>.
No registro de instrumentos <i>soft law</i>	<ul style="list-style-type: none">- A diferencia de los tratados, los instrumentos <i>soft law</i> no son inscritos en un registro público.
Enmienda de instrumentos <i>soft law</i>	<ul style="list-style-type: none">- Al carecer de formalidades para su celebración, la enmienda puede ser realizada con facilidad.

RECOMENDACIONES

1. Buscar a través del desarrollo progresivo del derecho internacional, la posibilidad de contar con un marco normativo del *soft law*, que vaya más allá de las reglas que puedan acordar las partes para un acuerdo (régimen autónomo), que facilite su uso y otorgue certeza a las relaciones internacionales.
2. Realizar investigaciones adicionales para analizar los efectos que el *soft law* actualmente genera en el derecho internacional y en las relaciones internacionales entre los Estados y otros actores internacionales. Esto ayudaría a diferenciarlo del *hard law* y a identificar, con mayor facilidad, reglas o normas incipientes de este tipo de instrumentos.
3. Fomentar las investigaciones y estudios dirigidos a explorar un posible marco normativo sobre la materia, con miras a que las reglas identificadas –o por identificarse- puedan servir de base para su aplicación a los instrumentos *soft law* y que eviten su crecimiento desordenado y la incertidumbre generada por su uso indiscriminado.
4. Finalmente, se recomienda plantear negociaciones, a nivel multilateral, para una Convención sobre los instrumentos *soft law*, de la misma forma que ya existe un tratado internacional para el derecho de los tratados (Convención de Viena para el Derecho de los Tratados de 1969). En ese sentido, a través del desarrollo progresivo y de la codificación del derecho internacional sería aconsejable que la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas plantease un proyecto de Convención que recoja tanto aspectos que aún no han sido del todo desarrollados en esta materia, como aquellos sobre los cuales ya existe cierta práctica de los Estados.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

1. Alarcón García, Gloria: “El soft law y nuestro sistema de fuentes”, Versión pre-print 17.02.10, Contribución al Libro-Homenaje del profesor Alvaro Rodríguez Bereijo, 2010.
2. Alkoby, Asher: “Soft Law Initiatives and the Bindingness of International Law”, Paper presented at the ISA Annual Convention, Nueva York, 2009.
3. Aust, Anthony: “Modern Treaty Law and Practice”, Cambridge University Press, tercera edición, Cambridge, 2013.
4. Barberis, Julio: “Formación de derecho internacional”, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1994.
5. Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto: “A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin”, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XIII, México, 2013, pp. 355-403.
6. Crawford, James: “Brownlie’s Principles of Public International Law”, Oxford University Press, octava edición, cuarta impresión, Oxford, 2012.
7. Combacau, Jean y Sur, Serge: “Droit international public”, Lextenso éditions, octava edición, Paris, 2008.
8. Daillier, Patrick, Forteau, Mathias y Pellet, Alain: “Droit International Public”, Lextenso éditions, octava edición, Paris, 2009.

9. D'Aspremont, Jean: "Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials", *The European Journal of International Law* Vol. 19, No. 5, 2008.
10. De la Guardia, Ernesto: "Derecho de los tratados internacionales", Editorial de Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997.
11. Del Toro Huerta, Mauricio Iván: "El Fenómeno del Soft Law y las nuevas Perspectivas del Derecho internacional", *Anuario Mexicano de derecho Internacional*, Vol. VI, México, 2006.
12. Díez de Velasco Vallejo, Manuel: "Instituciones de Derecho Internacional Público", Tecnos, decimoctava edición, Madrid, 2015.
13. Dupuy, Pierre-Marie: "Soft Law and the International Law of the Environment", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 12, invierno 1991.
14. Fitzmaurice, Malgosia y Elias, Olufemi: "Contemporary issues in the law of treaties", Eleven International Publishing, Utrecht, 2005.
15. Galbraith, Jean y Zaring, David: "Soft Law as Foreign Relations Law", *Cornell Law Review*, Vol. 99, No. 4, mayo 2014.
16. Gruchalla-Wesierski, Tadeusz: "A Framework for Understanding "Soft Law"", *McGill Law Journal* Vol No. 30, 1984.
17. Harrington, Ryan: "Understanding the "Other" International Agreements", *Law Library Journal* Vol. 108:3, 2016-17.
18. Hollis, Duncan B. (editado por): "The Oxford Guide to Treaties", Oxford University Press, primera edición, Oxford, 2014.
19. Hillgenberg, Hartmut: "A Fresh Look at Soft Law", *European Journal of International Law*, Vol. 10, No. 3, 1999, pp. 499-515.

20. Mazuelos Bellido, Ángeles: “¿Soft law: Mucho ruido y pocas nueces?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No. 8, 2004, disponible en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num8/articulos/soft-law-mucho-ruido-pocas-nueces> [visualizado el 23 de enero de 2017].
21. Pastor Ridruejo, José Antonio: “Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales”, Tecnos, decimonovena edición, Madrid, 2015.
22. Pellet, Alain: “A new International Legal Order: What Legal tools for what changes?”, publicado en: Francis Snyder y Peter Slinn eds., *International Law of Development: Comparative Perspectives*, Professional Books, Abingdon, 1987, pp. 117-135.
23. Peters, Anne y Pagotto, Isabella: “Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective”, *New Modes of Government Project*, 2006, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1668531> [visualizado el 30 de enero de 2017].
24. Rikhof, Joseph: “Crimes Against Humanity, Customary International Law and the International Tribunals for Bosnia and Rwanda”, *N.J.C.L.*, 6:2, 1996.
25. Shaffer, Gregory C. y Pollack, Mark A: “Hard versus Soft Law in International Security”, *Boston College Law Review*, Vol. 52, 2011.
26. Shaw, Malcom N.: “International Law”, Cambridge University Press, séptima edición, tercera impresión, Cambridge, 2015.
27. Trubek, David M. y Trubek, Louise G.: “Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination”, *European Law Journal*, Vol. 11, No. 3, May 2005.

Jurisprudencia

28. Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary / Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7.
29. Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya): Judgment of 24 February 1982. ICJ Reports (1982): 18–94.
30. Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1978, p. 3.
31. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996, ICJ Reports 1996, p. 226.

Metodología de la investigación

32. Hernández, Fernández y Baptista: “Metodología de la Investigación Científica”, McGraw Hill, México, 2003.
33. Mejía, Elías: “La Investigación Científica”, Editorial Imprenta UNMSM, segunda edición, Lima, 2013.

ANEXOS

Anexo 1: Matriz de consistencia	99
Anexo 2: Matriz de Operacionalización de variable X	101
Anexo 3: Matriz de Operacionalización de variable Y	102

<p>2.- ¿Cuáles son los problemas generados por el uso indiscriminado de instrumentos <i>soft law</i>?</p>	<p>2.- Buscar una regulación mínima del <i>soft law</i> antes que siga creciendo desordenadamente y creando incertidumbre por su uso indiscriminado.</p>	<p>H₂ Una regulación mínima del <i>soft law</i> evitaría su crecimiento desordenado y la incertidumbre que crea por su uso indiscriminado.</p>		<p>4. Terminación de acuerdos: Incumplimiento generaría dependencia mutua de acciones y aplicación del principio general de derecho inadimplenti non est adimplendum.</p> <p>5. No registro de instrumentos <i>soft law</i>: A diferencia de los tratados, los instrumentos <i>soft law</i> no son inscritos en un registro público.</p> <p>6. Enmienda de instrumentos <i>soft law</i>: Al carecer de formalidades para su celebración, la enmienda puede ser realizada con facilidad.</p>	
---	--	---	--	--	--

Fuente: Elaborado por el investigador AFG

ANEXO 2: MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLE X: INSTRUMENTOS SOFT LAW

DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DIMENSIONES	INDICADORES
<p>El referirse a la definición de <i>soft law</i> Mazuelos nos dice que:</p> <p><i>“por un lado se utiliza en relación con instrumentos heterogéneos en los que suelen concurrir dos elementos, el carácter no jurídicamente vinculante... y una cierta relevancia jurídica... Por otro lado, encontramos la expresión referida al contenido de instrumentos, bien jurídicamente vinculantes (legal soft law) o no (instrumentos entonces, doblemente “soft”). En conjunto se aprecia que la expresión se aplica a instrumentos cuya juridicidad es dudosa o cuya fuerza vinculante se cuestiona.”</i></p> <p>Mazuelos Bellido, Ángeles: “¿Soft law: Mucho ruido y pocas nueces?”, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, No. 8, 2004, p. 2.</p>	<p>El <i>soft law</i> son aquellos actos o instrumentos de los Estados u otros sujetos de derecho internacional que no son vinculantes pero que tienen alguna relevancia jurídica.</p>	<p>Soft law jurídico</p>	<p>En tratados internacionales</p>
		<p>Soft law no jurídico</p>	<p>En otros instrumentos internacionales: resoluciones de organizaciones internacionales, recomendaciones e informes de organismos o conferencias internacionales, programas de acción, textos de tratados que no han entrado en vigor, declaraciones interpretativas de tratados, disposiciones programáticas o non-self-executing, acuerdos no normativos, acuerdos políticos (pactos de caballeros), códigos de conducta, estándares, memoranda de entendimiento, etc.</p>

Fuente: Elaborado por el investigador AFG

ANEXO 3

MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLE Y: MARCO NORMATIVO

DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DIMENSIONES	INDICADORES
<p>Hillgenberg se pregunta en qué medida pueden introducirse reglas suplementarias que rijan la relación de las partes sin que el acuerdo <i>-soft law-</i> sea visto como un tratado (que las partes expresamente no quieren). El autor esboza las reglas del régimen autónomo (reglas que las partes desean aplicar a lo acordado), en el que las partes excluyen la aplicación de las reglas que fluyen del principio de <i>pacta sunt servanda</i> pero no del principio de <i>inadimplenti non est adimplendum</i> (una parte no necesita respetar su obligación si la otra no ha respetado la suya) y que están referidas a la elaboración, interpretación y enmienda de los acuerdos</p> <p>Hillgenberg, Hartmut: "A Fresh Look at Soft</p>	<p>Conjunto general de normas, criterios y lineamientos que establecen la forma en que deben desarrollarse para el uso, en este caso, del <i>soft law</i>.</p>	Celebración de acuerdos	<p>No plenos poderes, adopción por consenso en acuerdos multilaterales, excluyendo reservas, lenguaje típico de los tratados, abiertos a la adhesión de otros Estados, forma escrita. Carencia de formalidades.</p>
		Interpretación de acuerdos	<p><i>Mutatis mutandis</i> artículos 31 y siguientes de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados.</p>
		Cumplimiento de acuerdos	<p>Principio de buena fe, creación de mecanismos de control, presión política, represalias.</p>
		Terminación de acuerdos	<p>Incumplimiento generaría dependencia mutua de acciones y aplicación del principio general de derecho <i>inadimplenti non est adimplendum</i>.</p>
		No registro de instrum. <i>soft law</i>	<p>A diferencia de los tratados, los instrumentos <i>soft law</i> no son inscritos en un registro público.</p>

Law“, European Journal of International Law, Vol. 10, No. 3, 1999, pp. 507 y 509.		Enmienda de instrumentos <i>soft law</i>	Al carecer de formalidades para su celebración, se facilita la enmienda del <i>soft law</i> .
---	--	---	---

Fuente: Elaborado por el investigador AFG