

## NECESITAMOS CORTARLE LA CABEZA AL REY: ENFOQUES PASADOS, PRESENTES Y FUTUROS SOBRE EL *SOFT LAW* INTERNACIONAL\*

MATTHIAS GOLDMANN<sup>1</sup>

---

**RESUMEN:** Este artículo examina algunos enfoques contemporáneos sobre el *soft law*, tales como diversos tipos de positivismo jurídico, el realismo jurídico, la teoría o el análisis crítico del derecho y el derecho administrativo global. Se escrutina en qué medida el concepto de derecho promovido por cada uno de estos enfoques es capaz de abordar dos retos generados por la propagación del *soft law* como un medio de gobernanza: (1) el hecho de que actualmente el *soft law* internacional es con frecuencia un equivalente funcional de los tratados internacionales, y (2) las impugnaciones de la legitimidad del *soft law*. Se concluye que los enfoques discursivos que enfatizan el carácter público del derecho internacional parecen ser prometedores, porque relacionan amplios conceptos de derecho con consideraciones sobre legitimidad. Sin embargo, dado que las instituciones internacionales ejercen hoy una autoridad pública, no sólo a través del derecho *soft* o *hard* sino también a través de instrumentos no-jurídicos como la información, el artículo sostiene que en última instancia uno necesita disociar conceptualmente al concepto de derecho internacional del de autoridad pública.

**PALABRAS CLAVE:** *Teoría del discurso; positivismo jurídico; teoría jurídica; autoridad pública; soft law.*

---

\* Este artículo fue inspirado por un seminario en torno a la historia y teoría del derecho internacional impartido por Robert Howse y Liam Murphy en la Universidad de Nueva York. Me gustaría agradecer a Jean d'Aspremont, John von Bernstorff, Benedict Kingsbury y al árbitro anónimo por sus valiosos comentarios. Originalmente se publicó con el título "We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present and Future Approaches to International Soft Law", en *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, no. 2, Cambridge, Cambridge University Press, Junio de 2012, pp. 335-368.

<sup>1</sup> Dr. Iur., Universidad de Heidelberg, Investigador del Instituto Max Planck para Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, en Heidelberg, Alemania. Correo electrónico: <goldmann@mpil.de>. Traducción de Pedro Alejandro Villarreal Lizárraga.

**ABSTRACT:** This article surveys contemporary approaches to international soft law, such as various types of legal positivism, legal realism, critical legal studies, and global administrative law. It scrutinizes to what extent the concept of law endorsed by each of these approaches is able to tackle two challenges caused by the spread of soft law as a means of governance: (1) the fact that international soft law is today often the functional equivalent of international treaties and (2) the contestations of the legitimacy of soft law. It concludes that discursive approaches that stress the public character of international law appear very promising, because they link broad concepts of law with considerations of legitimacy. However, since international institutions today exercise public authority not only through soft law or hard law, but also through non-legal instruments like information, the article argues that one ultimately needs to conceptually dissociate the concept of international law from the concept of public authority.

**KEY WORDS:** *Discourse theory; legal positivism; legal theory; public authority; soft law.*

**SUMARIO:** I. El *soft law* y el concepto de derecho internacional: Problemas y retos. II. positivismo jurídico: el *soft law* visto desde el punto de vista interno. III. Positivismo sociológico: El *soft law* visto desde el punto de vista externo. IV. Análisis crítico del Derecho: Descartar el positivismo. V. Reconstrucciones posmodernas. VI. Reconstrucciones posmodernas. VI. Hacia un concepto de autoridad pública.

## 1. EL *SOFT LAW* Y EL CONCEPTO DE DERECHO INTERNACIONAL: PROBLEMAS Y RETOS

**E**s muy conocido el hecho de que las organizaciones internacionales, ya sean las formales como las Naciones Unidas o las informales como el G8, cada vez más adoptan reglas que sus creadores no consideran como jurídicamente vinculantes, aun cuando tienen todas las características textuales de los tratados internacionales o resoluciones vinculantes de las organizaciones internacionales.<sup>2</sup> Por ejemplo, el Acuerdo sobre Créditos de Expor-

<sup>2</sup> Para diversos ejemplos y estudios de caso, véanse las contribuciones de Dinah Sheldon, (ed.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in*

tación (*Export Credits Arrangement*) de la OCDE estipula, en un estilo cuasi-jurídico, todos los requerimientos detallados, tanto sustantivos como procedimentales, que necesitan observar los estados cuando otorgan créditos o garantías crediticias a sus empresas a fin de facilitar exportaciones a los estados en vías de desarrollo. En términos políticos, el referido Acuerdo ha sido un gran éxito. La mayoría de los estados lo acatan la mayor parte del tiempo.<sup>3</sup> Sin embargo, la Sección 2 del Acuerdo en cita estipula que se trata de un “pacto de caballeros” no vinculante.<sup>4</sup> En un nivel doctrinal, se han entendido bien las ramificaciones de las reglas internacionales que no son vinculantes, a las que se alude de manera genérica como *soft law*. El *soft law* puede evidenciar la formación de costumbre jurídica, guiar la interpretación de los tratados, autorizar la acción de organizaciones internacionales y dar lugar a deberes de buena fe como el deber de consideración.<sup>5</sup> Por otra parte, la inobservancia del *soft law* no conlleva las mismas consecuencias jurídicas de una violación del derecho internacional vinculante, comúnmente denominado *hard law*. Particularmente, no genera una responsabilidad estatal, ni da lugar a una causa de acción ante la Corte Internacional de Justicia.

---

*the International Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2000; John J. Kirton y Michael J. Trebilcock, *Hard Choices, Soft Law*, Aldershot/Burlington, Ashgate, 2004; Gregory C. Shaffer y Mark A. Pollack, “Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance”, en *Minnesota Law Review*, vol. 94, Mineápolis, Minnesota School of Law, 2010, p. 706; Armin von Bogdandy, et. al. (eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions: Advancing International Institutional Law*, Heidelberg, Springer, 2010.

<sup>3</sup> Andrew Moravcsik, “Disciplining Trade Finance: The OECD Export Credit Arrangement”, 43 *International Organization*, vol. 43, no. 1, Cambridge, Cambridge University Press/The IO Foundation, 1989, p. 173.

<sup>4</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, “Arrangement on Officially Supported Export Credits”, Doc. de Revisión No. TAD/PG/2010, Enero de 2010, p. 2.

<sup>5</sup> C.F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 175.

Sin embargo, en un nivel teórico, el *soft law* ha sido un enigma, aun cuando de ninguna manera es un fenómeno totalmente novedoso —de hecho, los ejemplos más antiguos de esta figura son casi tan viejos como los primeros tratados multilaterales modernos—.<sup>6</sup> Ello implica un doble reto para el concepto de derecho. Primeramente, ¿por qué debería excluirse al *soft law* de la definición de derecho internacional si parece ser, y básicamente funciona como derecho internacional? Tal concepto no es un presupuesto natural. Su definición es una cuestión prudencial y depende de los propósitos específicos para los que uno desea definir qué es el derecho internacional.<sup>7</sup> Puesto que, para una amplia cantidad de violaciones de derecho internacional, la responsabilidad estatal y los procedimientos judiciales son meramente opciones teóricas, y en tanto algunos tratados internacionales vinculantes contienen disposiciones que son demasiado vagas para guiar de manera efectiva la conducta estatal o dar lugar a la responsabilidad estatal, uno podría cuestionar la pertinencia de las actuales definiciones estándar de derecho internacional. ¿Para qué sirve una definición de derecho que enfatiza las diferencias que quizá tienen poco impacto práctico, o que relega al *soft law* al ámbito de las reglas “políticas” o “morales” aun cuando a menudo se asemejan más a un régimen jurídico sofisticado que las reglas políticas o morales que normalmente son muy

---

<sup>6</sup> El término *soft law* fue creado a fin de diferenciar entre ciertos acuerdos y el derecho de los tratados. Este último concepto se remonta al último tercio del siglo diecinueve; véase Miloš Vec, *Recht und Normierung in der Industriellen Revolution*, Frankfurt, Klostermann, 2006, p. 112. Entre los ejemplos más antiguos de *soft law* entendido de esta manera, se encuentran los “voeux” contenidos en las Actas Finales de las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907; véase *Conférence Internationale de la Paix*, La Haya, 18 de Mayo-29 de Julio de 1899, Anexos, p. 5; *2ème Conférence Internationale de la Paix*, La Haya, 15 de Junio-18 de Octubre de 1907, Actes et documents, Vol. I, p. 700.

<sup>7</sup> Sobre las implicaciones normativas de elegir un concepto de derecho, véase Liam Murphy, “Better to See Law This Way”, en *New York University Law Review*, vol. 83. Nueva York, New York University School of Law, 2008, p. 1088.

abstractas y generales? En segundo lugar, en atención a que el *soft law* ha sido sometido a muchas críticas por su supuesta ilegitimidad o legitimidad inferior, ¿acaso el concepto de derecho dibuja —o debería hacerlo— una línea importante entre las normas que son más legítimas y las que lo son menos? En la tradición del liberalismo, la designación de una regla como jurídica normalmente implica algún grado de legitimidad.

Ambos retos podrían requerir de alguna clarificación adicional. En cuanto al primero, la actual definición estándar de derecho internacional vinculante en la práctica internacional básicamente corresponde a la tríada de fuentes del Artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (el cual se asume que también incluye resoluciones “vinculantes” de organizaciones internacionales y actos unilaterales). Ya que el *soft law* se ha convertido en un instrumento ubicuo de gobernanza que desempeña, en muchos casos, un papel funcionalmente equivalente al derecho internacional vinculante, esta definición podría parecer inadecuada y arbitraria. La equivalencia funcional del *soft law* también podría justificar situarlo a la par del derecho internacional vinculante a fin de poder reflejar de mejor manera la realidad de la gobernanza internacional contemporánea en el marco conceptual. No parece tener mucho caso el realizar una distinción conceptual entre dos tipos de normas que tienen poca relevancia práctica, especialmente porque la ejecución o aplicación del derecho internacional “vinculante” no siempre está disponible.

Un contraargumento obvio a esta propuesta sería el señalar el hecho de que los estados pretendían que estas dos clases de normas fuesen diferentes. Este argumento podría ser rechazado si se cuestiona su presunción axiomática, consistente en que la definición de derecho internacional sólo reproduce la intención de los estados. No obstante, el equiparar al derecho *hard* del *soft* debido a su equivalencia funcional implicaría cuestionar la distinción entre instrumentos jurídicos de ambos tipos, por un lado, e instrumentos enteramente no-jurídicos como la información, las estadísticas,

etcétera, por el otro. Este último tipo de instrumentos puede también asumir funciones y producir efectos en las relaciones internacionales similares a las del derecho internacional. Por ejemplo, el Programa Internacional para la Evaluación de Estudiantes de la OCDE (PISA), consiste en una encuesta de estudiantes de 15 años que se publica cada tres años a través de un *ranking* de países. Dicha encuesta se basa en un concepto particular de educación, y aunque los reportes publicados no llevan a cabo ninguna recomendación, sí conducen a los estados de manera efectiva hacia adoptar un concepto particular de educación, a menos de que deseen ser avergonzados cada tres años.<sup>8</sup> Ahora bien, si el concepto de derecho pretende ser significativo del todo, los reportes de PISA no pueden ser considerados como derecho, ya que éste establece, confirma, o destruye las expectativas normativas, y no sólo las cognitivas.<sup>9</sup> Los reportes PISA abordan primeramente expectativas cognitivas. Es cierto que pueden generar debates públicos que dan lugar a expectativas normativas, pero, a diferencia de éstas, las cognitivas podrían ser superadas o vencidas por expectativas contrarias del mismo tipo, como ocurriría si se demostrara que los reportes PISA están equivocados. No necesitarían ser formalmente abolidos, por lo cual la equivalencia funcional no puede ser la única razón que oriente a la definición del concepto de derecho.

Por estas razones, algunos consideran que es mejor reemplazar la distinción binaria y categórica entre lo que es derecho y lo que no lo es con una escala móvil, o un modelo de pasos múltiples que sea capaz de retratar las diferencias graduales entre los distintos tipos de instrumentos emitidos por las organizaciones internacionales.

<sup>8</sup> Armin von Bogdandy y Matthias Goldmann, “Taming and Framing Indicators: A Legal Reconstruction of the OECD’s Programme for International Student Assessment (PISA)”, en K. E. Davis *et al.* (eds.), *Governance by Indicators: Global Power through Quantification and Rankings*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

<sup>9</sup> Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1992, p. 349; Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1993, p. 92, especialmente en la p. 134.

Pero, ¿valdría la pena sacrificar la racionalidad particular que sería inherente a una distinción binaria entre lo que es derecho y lo que no lo es, sólo en aras de poseer una reflexión más adecuada de la práctica?

En cuanto al segundo reto: diversos enfoques en la teoría jurídica reconocen que hay una conexión innata entre derecho y legitimidad, y en ese sentido, el derecho aspira a ser una expresión de autoridad legítima.<sup>10</sup> Esta óptica es incluso compartida por positivistas excluyentes como Joseph Raz. Aunque él considera que la moral de una norma jurídica no tiene impacto alguno en su validez, cada norma jurídica al menos aspira a tener una autoridad legítima,<sup>11</sup> mientras que otros más afirman que el sistema jurídico en su totalidad tiene esta aspiración.<sup>12</sup> Sin embargo, la legitimidad del derecho internacional vinculante se enfrenta a retos, y con mayor razón la del *soft law*. Tradicionalmente, la base de la legitimidad del derecho internacional es el consentimiento estatal, pero éste resulta problemático en sí mismo como base para la legitimidad si se asume que los individuos, y no los estados, son la entidad suprema a partir de las cuales necesita derivar cualquier decisión legítima.<sup>13</sup> Ahora, incluso si se acepta al consentimiento estatal como un recurso para legitimar el derecho, hay que reconocer sus deficiencias en las relaciones internacionales contemporáneas. El consentimiento estatal

---

<sup>10</sup> Para la tradición kantiana, véase Habermas, *supra* nota 8, pp. 47-49. Para una visión opuesta, véase H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 202; Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Nueva York, Cambridge University Press, 1832, reimpresión de 2001, p. 5.

<sup>11</sup> Joseph Raz, "Authority, Law, and Morality", en Joseph Raz (ed.), *Ethics in the Public Domain*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press/Clarendon Press, 2001, especialmente en las pp. 215-220.

<sup>12</sup> David Dyzenhaus, "Hobbes and the Legitimacy of Law" en *Law and Philosophy*, vol. 20, no. 5, Dordrecht, Holanda, Kluwer Academic Publishers, 2001, p. 461.

<sup>13</sup> J.H. H.Weiler, "The Geology of International Law: Governance, Democracy and Legitimacy", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 64, Heidelberg, Alemania, Max Planck Society, 2004, p. 547.

sólo está presente de forma muy indirecta en el caso de órganos no-plenarios como el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en el caso de cadenas largas de delegación, o en el de votos mayoritarios, y éstos son particularmente comunes para adoptar *soft law*. Más aún, a diferencia de los tratados internacionales, el *soft law* no necesita ser ratificado; empero, a menudo es efectivo y en ocasiones incluso tiene un impacto en estados que no participaron de manera activa en su adopción. Esto podría obedecer a que otras instituciones, como la OMC o las financieras internacionales, integran al *soft law* en su marco jurídico, o debido a que un instrumento particular de *soft law* contribuye a ubicar el discurso en un área temática determinada.<sup>14</sup> A la luz de estas consideraciones, uno podría pensar en definir el concepto de derecho internacional en una manera que promueva su mayor legitimidad. Podría considerarse que sólo son derecho aquellos instrumentos que cumplen con ciertas condiciones además de, o en vez de, el consentimiento estatal, lo que dotaría al concepto de derecho de la función de identificar ejercicios legítimos de autoridad y distinguirlos de aquellos que lo son en menor grado.

A modo de reacción frente al surgimiento del *soft law*, han surgido una gran variedad de posturas en la doctrina jurídica internacional, y cada una de ellas propone un concepto específico de derecho internacional. El propósito de este artículo es, primeramente, sistematizar estas posturas de acuerdo con la tradición particular de pensamiento sobre el derecho internacional que representan. En segundo lugar, el artículo analiza de qué manera cada una de estas posturas responde a los dos retos fijados anteriormente, y se explica de qué manera algunos enfoques recientes que enfatizan la publicidad del derecho internacional público son muy prometedores. Pero yo sostengo que, en última instancia, estos enfoques sólo serán exitosos al enfrentarse a esos dos retos si el concepto de derecho se disocia de, y complementa por, un concepto de autoridad públi-

---

<sup>14</sup> Véase Martti Koskenniemi, "Global Governance and Public International Law" en *Kritische Justiz*, vol. 37, Frankfurt, Alemania, Nomos, 2004, p. 241.

ca internacional. Esta idea se inspira en la aportación de Michel Foucault en cuanto a que, en el transcurso de la modernidad, la actividad estatal se expandió más allá de la creación de derecho, y en estos momentos, abarca una gran variedad de instrumentos que le permiten a los gobiernos influir en la conducta de la población al reconocer e influir en sus deseos y su manera de pensar, entre los cuales se encuentran los esquemas de incentivos, la información estadística, o los programas educativos.<sup>15</sup> Desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, y cada vez más desde el surgimiento de la globalización, las actividades de las instituciones internacionales también se han desplazado en esta dirección, al producir más y más *soft law* e instrumentos totalmente no-jurídicos. A la luz de esto, yo sostengo que el concepto de derecho debería ser eximido de la función de definir y delimitar el ámbito de la autoridad pública internacional. Es sólo bajo esta condición que el concepto de derecho podrá recuperar una función relevante que esté en línea con los dos retos apenas mencionados.

El siguiente análisis distingue entre tradiciones jurídicas a través de una mezcla de factores históricos y analíticos. En cuanto a los primeros, considero que el surgimiento de la corriente del análisis o teoría crítica del derecho y su recepción en el derecho internacional fue un punto de inflexión en la historia de la doctrina jurídica internacional (sección 4). Algunas de las posturas casi no toman en cuenta las implicaciones del análisis crítico del derecho (secciones 2 y 3), mientras que otras sí lo hacen (sección 5). De manera analítica, y tras adoptar la terminología acuñada por H.L.A. Hart,<sup>16</sup> distingo entre posturas que permiten abordar al derecho internacional desde un punto de vista interno (positivismo jurídico) y aquellas que se concentran más bien en sus efectos externos (positivismo sociológico o realismo jurídico). Las posturas internas se interesan en los

---

<sup>15</sup> Michel Foucault, “La gouvernementalité”, en Daniel Defert y F. Ewald (eds.), *M. Foucault: Dits et Écrits, Vol. 2*, París, Gallimard, 2002, p. 635.

<sup>16</sup> Véase Hart, *supra* nota 10, p. 55.

prerequisitos y efectos normativos del derecho, específicamente en cuestiones de obligación jurídica. Las perspectivas externas se interesan en los requisitos y efectos sociales del derecho, y concretamente en cuestiones empíricas. Asimismo, las posturas adoptan diferentes ópticas respecto de la existencia de un orden internacional y sus fundamentos de legitimidad. Algunos consideran que los estados son el elemento sustancial, el principio y el fin. Otros le dan un papel más fuerte a los individuos, y en ocasiones incluso llegan a respaldar la existencia de una comunidad internacional de ciudadanos. Finalmente, algunas posiciones consideran que el derecho es una categoría binaria que se apega a un esquema de sí o no, mientras que otros aceptan la normatividad relativa. Así, el definir el concepto de derecho de acuerdo con una postura particular también determina la postura que adoptan sus adherentes respecto del *soft law*, por lo que no debería sorprender al distinguido lector que este artículo versa, en gran medida, sobre conceptos divergentes de derecho.

## II. POSITIVISMO JURÍDICO: EL *SOFT LAW* VISTO DESDE EL PUNTO DE VISTA INTERNO

Todos los positivistas jurídicos comparten un punto de vista interno.<sup>17</sup> Las posturas del positivismo jurídico también coinciden en que las reglas pueden guiar la conducta y descartar las dudas presentadas contra esta postura por los estudios críticos del derecho. Pero adoptan perspectivas diferentes en cuanto a los sujetos y los mecanismos a partir de los cuales el derecho internacional deriva su legitimidad. Esto conduce a conceptos de derecho y respuestas a estos dos retos muy diferentes entre sí.

---

<sup>17</sup> Véase la sección I, *supra*. La distinción entre el positivismo jurídico y el sociológico no se corresponde con la distinción entre los enfoques positivistas y los no-positivistas. Esta última distinción versa sobre los requerimientos de validez, mientras que aquélla aborda la cuestión sobre si las cuestiones de validez tienen alguna importancia.

## 1. ESTATALIDAD SOBERANA O DEMOCRÁTICA: EL POSITIVISMO JURÍDICO TRADICIONAL

Por positivismo jurídico tradicional, me refiero a ciertos enfoques en la teoría del derecho internacional que conciben al derecho internacional estrictamente como el producto del consentimiento estatal. Hay una variante más antigua y una más moderna de este enfoque. Cada una de ellas tiene un motivo diferente para enfatizar el consentimiento estatal. La variante más antigua se remonta a la última parte del siglo XIX y primera parte del XX.<sup>18</sup> Tiene sus orígenes en los escritos de autores predominantemente alemanes, como Bergbohm, von Holtzendorff, Jellinek o Triepel. Estos autores se enfrentaron a un reto particular: tuvieron que proporcionar una teoría del derecho internacional sobre la base de una idea Hegeliana del estado, la ideología prevaleciente en su país en ese momento.<sup>19</sup> Esta idea del estado puede parecer incompatible con la idea del derecho internacional, porque visualiza al estado como un requerimiento indispensable para la libertad individual y una vida ética (*sittliches*).<sup>20</sup> Consecuentemente, el estado es el único sujeto que puede crear derecho de forma legítima, y ningún orden normativo legítimo puede existir más allá del estado. No es de sorprender que Hegel niega la existencia del derecho internacional propiamente dicho y lo único que acepta es un “derecho externo del estado”, el cual no tiene una fuerza vinculante *vis-à-vis* otros estados.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Ulrich Fastenrath, *Lücken im Völkerrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1991, p. 52, llama a esta variante “positivismo jurídico psicológico”.

<sup>19</sup> Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 181, 194.

<sup>20</sup> George Wilhelm F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlín, 1821, párr. 257.

<sup>21</sup> *Ibid.*, párr. 330. Hobbes adoptó la misma perspectiva bajo fundamentos racionalistas, más orientados hacia el poder; véase Thomas Hobbes, *Leviathan*, 1651, Capítulo XIII.

No ocurre así con los juristas de la vertiente más antigua del positivismo jurídico tradicional, quienes sostienen que es posible basar un orden jurídico internacional únicamente a partir de la estatalidad soberana, específicamente en el consentimiento estatal.<sup>22</sup> Esta reconciliación entre los polos aparentemente irreconciliables de soberanía estatal absoluta y el derecho internacional vinculante requiere de una gran cantidad de trabajo y ajustes teóricos. Koskenniemi opina que sólo un entendimiento específicamente alemán del consentimiento, caracterizado por una deontología kantiana, podría haberlo hecho.<sup>23</sup> Los autores adoptan diferentes rutas para alcanzar su meta. Por un lado, Triepel idealiza (o “trascendentaliza”, por así decirlo) el consentimiento correspondiente de dos o más estados, a partir del cual considera que debería surgir una nueva e independiente voluntad común (*Gemeinwille*).<sup>24</sup> En contraste, Jellinek considera que la fuerza vinculante del consentimiento es un fenómeno psicológico –con el matiz importante de que este fenómeno sólo tendría lugar en la medida en que la regla consentida esté en concordancia con el propósito objetivo del estado.<sup>25</sup> Estas construcciones le permiten a los autores rechazar tanto las teorías de derecho natural sobre el derecho internacional y las perspectivas de aquellos que niegan la existencia del derecho internacional,<sup>26</sup> dado que sostienen que el derecho internacional existe y es válido cuando es consentido. Esto implica que el derecho internacional no debería carecer de lagunas, sino limitarse estrictamente a aquellas reglas respecto de las cuales se otorgó un consentimiento. Esta pos-

<sup>22</sup> Koskenniemi, *supra* nota 19, p. 189.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 191.

<sup>24</sup> Heinrich Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, C.L. Hirschfeld, 1899, pp. 31, 70, 82.

<sup>25</sup> Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, Springer, 1922, p. 376; J. v. Bernstorff, “Georg Jellinek: Völkerrecht als modernes öffentliches Recht im fin de siècle?”, en Stanley L. Paulson y M. Schulte (eds.), *Georg Jellinek: Beiträge zu Leben und Werk*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, p. 189.

<sup>26</sup> Sobre Bergbohm, véase Koskenniemi, *supra* nota 19, p. 186.

tura se reflejó en el célebre caso Lotus de la Corte Permanente de Justicia Internacional.<sup>27</sup>

Autores más recientes que parecen adoptar esta línea de pensamiento se emancipan de la idea hegeliana del estado. La motivación que les sirve de guía para su insistencia en el consentimiento del estado como el único fundamento del derecho internacional no radica en la idea de soberanía, sino más bien en la de democracia. Toda vez que las instituciones internacionales no cumplen con los estándares domésticos de democracia, las normas jurídicas vinculantes siempre tienen que estar interconectadas con procesos democráticos de toma de decisión en el ámbito doméstico.<sup>28</sup> De lo contrario, el derecho internacional se convertiría en el instrumento de un poder ejecutivo desenfrenado.<sup>29</sup> Otros van un paso más lejos y sostienen que la creación de un derecho internacional sin consentimiento estatal requeriría de un sustrato social en la forma de una comunidad internacional a la que pudiera atribuírsele este derecho (como la nación en el ámbito doméstico), lo cual, si bien es teóricamente posible, se cree que no existe en este momento.<sup>30</sup> La habilidad del consentimiento estatal de dar pie a obligaciones jurídicas vinculantes, que creó tantas preocupaciones para anteriores generaciones de juristas, parece estar presente en menor medida en la reciente literatura que sigue esta tradición. Jan Klabbbers da por supuesto que los acuerdos jurídicos tienen efecto vinculante debido a la falta de una mejor alternativa. Los acuerdos morales y

---

<sup>27</sup> Corte Permanente de Justicia Internacional, *SS Lotus (Francia c. Turquía)*, Fallo, PCIJ Rep., (7 de Septiembre de 1927) Serie A No. 10, p. 19.

<sup>28</sup> Esta línea argumentativa está presente en la resolución del Tribunal Constitucional Federal de Alemania sobre la constitucionalidad del Tratado de Lisboa, véase 2 BvE 2/08, *BVerfGE 123*, 30 de Junio de 2009, p. 380 (nota marginal 296).

<sup>29</sup> Jan Klabbbers, "The Undesirability of Soft Law" en *Nordic Journal of International Law*, vol. 67, 1998, p. 387.

<sup>30</sup> De manera explícita, Prosper Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?", en *American Journal of International Law*, vol. 77, Washington, D.C., Estados Unidos, The American Society of International Law, 1983, p. 441.

políticos no podrían ser vinculantes de la misma manera. Klabbers considera que el negociar y adoptar principios morales de la misma manera en que uno negocia y adopta tratados internacionales sería irreconciliable con la naturaleza de la moral. También arguye que la política no tiene sistema normativo alguno además del derecho. Por esta razón, no podría haber un acuerdo político sin que haya también uno jurídico.<sup>31</sup>

Los autores que concuerdan con el punto de vista del positivismo jurídico tradicional llevan a cabo una distinción categórica y binaria entre lo que es derecho y lo que no lo es. No hay normatividad legal relativa para ellos, ya que un acuerdo o bien forma parte del derecho internacional vinculante, o no es derecho del todo, sino más bien un acto de importancia política o moral.<sup>32</sup> Otros lo plantean con un tono más moderado, al clasificar el *soft law* como un *fait juridique*, esto es, un hecho jurídicamente relevante.<sup>33</sup> ¿Cuáles son las razones de ser de este concepto estrictamente binario de derecho internacional? No parece resultar de una preocupación sobre la falta de aplicación o ejecución centralizada del *soft law*, pues resulta ser cierto también de buena parte de las reglas internacionales vinculantes. Algunos autores proporcionan razones que no son totalmente convincentes y, por lo tanto, podrían esconder las verdaderas razones. En *The Concept of Treaty*, Klabbers efectúa un argumento puramente negativo a favor de un concepto binario de derecho. Él considera que los defensores de la normatividad relativa

---

<sup>31</sup> J. Klabbers, *The Concept of Treaty in International Law*, La Haya, Kluwer Law International, 1996, p. 143.

<sup>32</sup> W. Heusel, "Weiches" Völkerrecht: Eine vergleichende Untersuchung typischer Erscheinungsformen, Baden-Baden, Nomos, 1991, p. 275; de forma similar, Anthony Aust, "The Theory and Practice of Informal International Instruments" en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, no. 4, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1986, p. 787.

<sup>33</sup> Jean d'Aspremont, "Softness in International Law: A Self-Serving Quest", en *The European Journal of International Law*, Florencia, European University Institute, vol. 19, no. 5, 2008, p. 1079.

no lograrían su objetivo al aceptar el *soft law* como una forma de derecho. De ser ese el caso, surgiría una nueva distinción binaria entre lo que es *soft law* y lo que no lo es.<sup>34</sup> Sin embargo, este razonamiento no toma en cuenta que el reconocer un solo tipo de derecho binario estructurado, o dos o más, debería hacer una diferencia.

Por estas consideraciones, yo supongo que tiene que haber una razón más profunda para la aversión hacia el positivismo jurídico tradicional en contra de la normatividad jurídica relativa. Esta razón podría estar relacionada con el reto de combinar la soberanía (o la democracia doméstica) con la idea de un orden jurídico internacional. La idea de un soberano que no está sometido al derecho, tal como fue acuñada durante el absolutismo,<sup>35</sup> es compatible únicamente con la idea de un orden jurídico (internacional) si se considera que el soberano está obligado a ejercer su poder a través del derecho,<sup>36</sup> a la vez que se imagina al derecho como autónomo de la política, la moral y la religión. Esta estrategia encontró su expresión más obvia en la idea metafórica de las “fuentes del derecho”, que es ampliamente compartida entre los proponentes de esta postura:<sup>37</sup> De acuerdo con la teoría de las fuentes, así como el agua emana en cierto punto del manantial de una montaña (en alemán, *Quelle*, es decir, fuente o manantial), las reglas jurídicas sólo tienen un punto de origen. La afluencia dentro de la montaña es invisible, y está confinada en la voluntad del soberano. En contraste, desde el momento de su creación en la fuente, la regla se convierte en jurídica, con lo que es autónoma de la política, la moral y la religión. Su interpretación y aplicación son consideradas como una cuestión de

---

<sup>34</sup> See Klabbbers, *supra* nota 31, p. 158; más adelante añadió un argumento positivo (véase la nota 29, *supra*).

<sup>35</sup> En el contexto del derecho doméstico (“*civil law*”), véase Hobbes, *supra*, nota 21, Parte 2, Capítulo XXVI, párr. 2 [6], p. 174

<sup>36</sup> Habermas, *supra* nota 8, p. 118.

<sup>37</sup> Armin von Bogdandy, *Gubernative Rechtsetzung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, p. 156.

quehacer o práctica jurídicos, de un entendimiento correcto, y no un asunto político, moral o religioso. Así, conforme a la teoría de las fuentes, sólo hay un vínculo puntual entre el derecho y otros sistemas normativos, y este vínculo se encuentra bajo el control total del soberano. Lo que legitima una regla jurídica no es el procedimiento, no son las afluencias, sino sólo el consentimiento del soberano.<sup>38</sup>

La idea de las fuentes del derecho todavía ocupa un lugar destacado en los trabajos de Montesquieu y Austin, aun cuando ellos consideran que el pueblo es el verdadero soberano y, por tanto, reinterpretan la teoría de las fuentes con un giro democrático.<sup>39</sup> Considero que este es también el punto de vista de los representantes contemporáneos del positivismo jurídico tradicional. Como consecuencia, consideran que el *soft law* es una amenaza a la doctrina de las fuentes —y, por ende, una amenaza a la autonomía del derecho y un peligro indeseable para la democracia doméstica—. Sirve para corroborar esta opinión, la evidencia consistente en el hecho de que el *soft law* en ocasiones es susceptible de tener decisiones mayoritarias, lo cual podría favorecer a los estados poderosos,<sup>40</sup> o bien el que no requiere de ratificación por los actores domésticos. Tales consideraciones dieron forma a algunas diatribas en contra del *soft law* que culminaron en la afirmación de que debería dispensarse de él en su totalidad.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> Luhmann, *supra* nota 8, pp. 523-4; Thomas Vesting, *Rechtstheorie*, Munich, C. H. Beck, 2007, nota al pie 146.

<sup>39</sup> Innovador en este tema: A. Ross, *Theorie der Rechtsquellen: Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, F. Deuticke, 1929, p. 34 sobre Montesquieu, p. 90 en cuanto a Austin; sobre la soberanía popular, véase C. de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, París, 1758, Libro II, Capítulo II.

<sup>40</sup> Weil, *supra* nota 30, at p. 441.

<sup>41</sup> *Ibid.*; Alberto Székely, “Non-Binding Commitments: A Commentary on the Softening of International Law Evidenced in the Environmental Field”, en Organización de las Naciones Unidas (ed.), *International Law on the Eve of the Twenty-First Century*, Nueva York, Organización de las Naciones Unidas, 1997, p. 173; Klabbers, *supra* nota 29.

En cambio, para esta postura, el acuerdo internacional ideal es el tratado. Algunos mantienen esta visión aun cuando reconocen las dificultades para distinguir entre normas vinculantes y no-vinculantes: uno necesita derivar la intención de obligarse a partir de sus manifestaciones externas, las cuales nunca son directas o evidentes.<sup>42</sup> Esta postura también se enfrenta a problemas con respecto al derecho consuetudinario, los principios generales del derecho, y las normas perentorias, pues derivan del consentimiento de los estados sólo de manera indirecta.<sup>43</sup> Más aún, las respuestas que otorga esta postura a los dos retos enumerados al inicio son menos que satisfactorias. El llamado para la eliminación del *soft law* nos recuerda a la lucha de Don Quijote en contra de los molinos de viento. También le resta importancia al hecho de que el *soft law* puede tener ventajas, como una alta flexibilidad o la posibilidad de poner a prueba ciertas reglas antes de celebrar un tratado internacional, sea como sea el modo en que uno los ponga en balance frente a los riesgos. Y, al deslegitimar el *soft law* en su totalidad, se pasa por alto que el derecho internacional vinculante a menudo se enfrenta a retos similares.

## 2. LA COMUNIDAD INTERNACIONAL DE ESTADOS: EL POSITIVISMO JURÍDICO MODERNO

Desde hace algunas décadas, una forma modernizada de positivismo jurídico ha proporcionado el concepto estándar de derecho internacional en la práctica y en la academia. Al igual que el positivismo jurídico tradicional, enfatiza el consentimiento y la soberanía estatal como las bases del derecho internacional. Pero modifica estas asunciones en un punto decisivo: Sostiene que el derecho vinculante requiere de una norma jerárquicamente superior, una

---

<sup>42</sup> Klabbers, *supra* nota 31, p. 70.

<sup>43</sup> Véase el intento de Hobbes, *supra* nota 21, Parte 2, Capítulo XXVI, párr. 5[9], de interpretar el derecho consuetudinario como un mandato del soberano.

especie de norma fundante básica (*Grundnorm*) a partir de la cual se deriva el efecto vinculante del derecho. Alfred Verdross presentó este argumento hace mucho tiempo.<sup>44</sup> A diferencia de Jellinek, esta postura acepta un orden normativo superior por encima del estado, específicamente una comunidad internacional de estados. Las opiniones divergen respecto de la estructura en sí de este orden, y abarcan todo el espectro de la tradición universalista en la teoría política.<sup>45</sup> Algunos ubican la base del orden internacional en la naturaleza humana, de manera similar a la idea de Grocio del *appetitus socialis*,<sup>46</sup> mientras que otros apelan a valores universales<sup>47</sup> o, como Kant, a la razón.<sup>48</sup> Todavía otros, como Kelsen y Verdross, consideran que el principio *pacta sunt servanda* es la norma fundante básica (*Grundnorm*) cuya validez no requiere de ulterior justificación.<sup>49</sup>

Este punto de partida no despoja a la soberanía estatal de su importancia para las relaciones internacionales, particularmente para la creación del derecho internacional; sin embargo,

---

<sup>44</sup> Alfred Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Berlín, Springer, 1926, p. 21; su crítica de Jellinek parece ser injustificada. Jellinek no basa la validez del derecho internacional sólo en el consentimiento estatal, sino más bien en los propósitos *objetivos* que cada estado persigue con el tratado y que él cree que vincula al estado; véase Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 129, nota al pie de página 251.

<sup>45</sup> Armin von Bogdandy y Sergio Dellavalle, "Universalism and Particularism as Paradigms of International Law", *International Law and Justice Working Papers*, Nueva York, University of New York, 2008, p. 37.

<sup>46</sup> Hugo Grotius, *The Rights of War and Peace*, Libro 1 (1625, reimpresión de 1738), Discurso Preliminar, p. xv.

<sup>47</sup> Christian Tomuschat, "Obligations Arising for States without or against Their Will", *Recueil des cours*, vol. 241, La Haya, Holanda, Academia de Derecho Internacional de La Haya, 1994, p. 237.

<sup>48</sup> Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten* (1797, reimpresión de 1968), Gruyter, Berlín, párr. 61 (A 227/B 257).

<sup>49</sup> Verdross, *supra nota* 44, p. 32.

sí disminuye su importancia relativa. La soberanía ya no es un supuesto absoluto, sino más bien una parte integral de la idea de una comunidad de estados.<sup>50</sup> Esto da cuenta de una diferente comprensión del derecho. La importancia del consentimiento estatal se reduce y, por ejemplo, esta posición no tiene dificultades para subsanar las lagunas en el derecho internacional a través de la analogía.<sup>51</sup>

Aun así, esta postura asume en términos generales una noción binaria del derecho internacional, que excluye al *soft law* del ámbito del derecho vinculante. Un acuerdo internacional sólo es jurídico si sus autores concordaron con su carácter jurídicamente vinculante, lo cual puede inferirse a partir de su forma, su contenido, y el contexto de su conclusión.<sup>52</sup> Por ejemplo, un indicador relativamente seguro de la naturaleza jurídica de un acuerdo es el que contenga una cláusula que le otorga a las partes el derecho a incoar procedimientos ante la Corte Internacional de Justicia en caso de una violación del acuerdo por la otra parte.<sup>53</sup> Cualquier acuerdo que no tenga un carácter jurídico vinculante no puede ser considerado como derecho a menos de que uno modifique la norma fundante básica (*Grundnorm*). Por lo tanto, si bien el *soft law* puede

---

<sup>50</sup> P. ej., M. Knauff, *Der Regelungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, p. 45 y ss.

<sup>51</sup> Véase, p.ej., Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933, p. 51; en cuanto a este punto, Koskenniemi, *supra* nota 19, p. 361.

<sup>52</sup> Michel Virally, “La distinction entre textes internationaux ayant une portée juridique dans les relations mutuelles entre leurs auteurs et textes qui en sont dépourvus: Rapport définitif”, en *Annuaire de l’Institut de Droit International*, 60-I, París, A. Pedone, 1983, p. 341.

<sup>53</sup> Michel Virally, “La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique: Rapport provisoire” en *Annuaire de l’Institut de Droit International*, 60-I, París, A. Pedone, 1983, p. 245. Esta no es una característica común a todos los tratados internacionales; véase Klabbers, *supra* nota 31, p. 89.

tener relevancia política o moral,<sup>54</sup> el término en última instancia es inapropiado.<sup>55</sup>

¿Cuál es la razón para la insistencia en un concepto binario de derecho? Me parece que tiene que haber algo más detrás de esta visión en cuanto a la circularidad de los argumentos de aquellos que apelan a la “lógica”<sup>56</sup> o a algún concepto axiomático de derecho que evade esta cuestión.<sup>57</sup> Además, las líneas de argumentación puramente negativas usualmente no son concluyentes. Por ejemplo, Blutman descarta la idea de que el *soft law* que funciona como *hard law* debería ser reconocido como derecho. Él afirma, en primer lugar, que los estados no se sienten obligados a acatar el *soft law* (lo cual es una presuposición); segundo, que sería difícil distinguir entre el *soft law* y otras “normas no vinculantes” (lo cual podría ser solucionado al establecer estándares formales o procedimentales claros para el *soft law*); y, tercero, que la tendencia anti-formalista del *soft law* es irreconciliable con la idea de derecho (lo cual ignora el alto grado de formalidad de buena parte del *soft law* de hoy).<sup>58</sup> Además, Blutman expone que las repercusiones jurídicas del *soft*

---

<sup>54</sup> O. Schachter, “The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements”, en *American Journal of International Law*, vol. 71, Washington, D.C., Estados Unidos, The American Society of International Law, 1977, p. 300; Michael Bothe, “Legal and Non-Legal Norms: A Meaningful Distinction in International Relations?”, en *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 11, Diciembre de 1980, p. 95; Tadeuz Gruchalla-Wesierski, “A Framework for Understanding “Soft Law””, en *McGill Law Journal*, Montreal, Canadá, McGill Faculty of Law, 1984, p. 37; Virally, *supra* nota 53, pp. 186–8; Knauff, *supra* nota 50, p. 228, parece asumir que el *soft law* da lugar a una obligación *sui generis*, pues rechaza un entendimiento tanto político como moral de las obligaciones que derivan de él.

<sup>55</sup> Bothe, *supra* nota 54, p. 95.

<sup>56</sup> Sin embargo, véase Virally, *supra* nota 53, p. 242.

<sup>57</sup> Heusel, *supra* nota 32, p. 275, cree que la naturaleza no-jurídica del *soft law* es un hecho “trivial”. Tal conclusión sólo es posible si uno ignora completamente el punto de vista externo. Su conclusión no es trivial, sino circular.

<sup>58</sup> László Blutman, “In the Trap of a Legal Metaphor: International Soft Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, no. 3, Londres, Inglaterra, British Institute of International and Comparative Law, 2010, p. 615.

*law*, tales como su papel en la constatación de una *opinio juris*, no eran suficientes para justificar la atribución de un carácter jurídico al *soft law*. Todas estas repercusiones podrían ser explicadas a la vez que se mantiene una separación estricta entre los acuerdos legales y los no-legales (es decir, de *soft law*).<sup>59</sup> Sin embargo, esto no aborda lo que he denominado el primer reto para el concepto de derecho: Aunque a uno puede no agradarle el *soft law*, a menudo parece ser funcionalmente equivalente a un *hard law*.

De hecho, mi impresión es que los defensores de esta postura están realmente preocupados con la efectividad del derecho internacional. Ellos temen que un concepto relativo de derecho relativizaría la importancia del derecho internacional y reduciría su impacto en el actuar de los estados.<sup>60</sup> Lo que podría explicar esta ansiedad es el contexto del momento en el que fue formulado el concepto de derecho defendido por esta corriente. En sus orígenes, este concepto de derecho fue contrastado con la visión escéptica del derecho internacional presentada de forma enérgica por Carl Schmitt.<sup>61</sup> Incluso más adelante, después de la Segunda Guerra Mundial, cuando el *soft law* se convirtió en un fenómeno recurrente por primera vez, los defensores de esta postura se enfrentaron a la escuela de pensamiento realista. En aquellos días más fríos de la Guerra Fría, muchos estimaron que el resurgimiento realista de las teorías de Tucídides,<sup>62</sup> Hobbes<sup>63</sup> y Schmitt eran la explicación preferible para

---

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 617.

<sup>60</sup> Véase Virally, *supra* nota 53, p. 246; véase también, Ulrich Fastenrath, "Relative Normativity in International Law", en *The European Journal of International Law*, vol. 4, Florencia, European University Institute, 1993, p. 308.

<sup>61</sup> C. Schmitt, *Politische Theologie*, Duncker & Humblot, Berlín, 1922, reimpresión de 1993.

<sup>62</sup> Véase la disputa entre Atenas y Mytilene en Tucídides, *The Peloponnesian War*, traducido por D. Grene, 1959.

<sup>63</sup> Hobbes, *supra* nota 21, Capítulo XIII.

la situación imperante en las relaciones internacionales.<sup>64</sup> Frente a este panorama, aquellos que favorecían una perspectiva moderna de positivismo jurídico tenían razones suficientes para distinguir entre el derecho internacional y cualquier cosa que se asemejara a la “política”, como el *soft law*, de forma tan clara como fuese posible, pues considerar al *soft law* como una forma válida de derecho habría sido llevar agua al molino de los realistas.

Por lo tanto, en consonancia con esta asunción, los representantes del positivismo jurídico moderno no rechazan el *soft law* como si fuera un desarrollo peligroso, lo que sí hacen los positivistas jurídicos tradicionales.<sup>65</sup> Primeramente, reconocen que el *soft law* representa cuando menos una cierta forma de consentimiento estatal, aunque incipiente en comparación con el derecho vinculante. En segundo lugar, el consentimiento estatal en sí mismo se vuelve menos importante bajo las premisas de esta teoría, puesto que el derecho en última instancia se basa en una regla (o un hecho) que precede al consentimiento. En tanto disminuye la importancia del consentimiento estatal, aumenta la de las varias etapas que conducen a una regla vinculante, esto es, la de las afluencias, para seguir con la metáfora de las fuentes. En este proceso, el *soft law* podría desempeñar un papel como fuente “material” que contenga a una determinada regla, aunque no en la forma que se requiere para el *hard law*<sup>66</sup> o bien como una fuente para el reconocimiento de las reglas jurídicas vinculantes.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> Innovador en este tema: Hans J. Morgenthau, *Politics among Nations: The Struggle for Power and Peace*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1949; Kenneth N. Waltz, *Theory of International Politics*, Nueva York, McGraw-Hill, 1979, especialmente en la p. 102.

<sup>65</sup> Godefridus J. H. van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, Deventer/Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983, p. 187, denomina a esto el “enfoque del *soft law*”.

<sup>66</sup> Fastenrath, *supra* nota 18, p. 84.

<sup>67</sup> Esto presupone que teóricamente es posible llevar a cabo una distinción entre las fuentes del derecho y los medios subsidiarios para su determinación, como lo sugiere el Art. 38, párr. 1(d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Aun así, el positivismo jurídico moderno no considera que el *soft law* sea propiamente derecho internacional. Así como los físicos sólo abordan a la materia oscura a través de su interacción con la materia visible, los positivistas jurídicos modernos sólo entienden al *soft law* a partir de su conexión con el *hard law*. Así, aparte de ser un indicador para el surgimiento o desarrollo del derecho consuetudinario, el *soft law* podría guiar la interpretación del derecho vinculante o conducir a casos de estoppel. Estos aspectos del *soft law* han recibido una cobertura extensa en la literatura, tanto por los seguidores del positivismo jurídico moderno como por los positivistas más tradicionales que son escépticos respecto de las virtudes del *soft law* pero a la vez son demasiado realistas como para creer que basta con desear su inexistencia.<sup>68</sup>

No obstante, un enfoque tan indirecto sobre el *soft law* deja de lado algunas de sus funciones importantes. Primeramente, tiende a ignorar el hecho de que muchos instrumentos no vinculantes son redactados como si fuesen derecho internacional vinculante, proporcionan una base para la argumentación jurídica y la solución de disputas, y tienen un impacto significativo en el área de que se trate. Básicamente, no difieren en realidad del derecho internacional vinculante, en particular del derecho secundario de las organizaciones

---

Aun aquellos que no consideran que tal distinción sea posible, podrían estar de acuerdo en que las fuentes y los medios subsidiarios pueden ser distinguidos por los diferentes papeles que desempeñan en el discurso jurídico.

<sup>68</sup> Véase, *inter alia*, Ingrid Detter, *Law Making by International Organizations*, Estocolmo, P.A. Norstedt y Söner, 1965, p. 207; Bothe, *supra* nota 54; Ignaz Seidl-Hohenveldern, “International Economic Soft Law”, (1979 [1980]), *Recueil des cours*, La Haya, Holanda, Academia de Derecho Internacional de La Haya, p. 165; D. Thurer, “Soft Law” en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, 4a. edición, Amsterdam, Elsevier, 2000, p. 452; sobre las Declaraciones de las Naciones Unidas, véase O. Y. Asamoah, *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1966, 19, p. 227; Virally, *supra* notas 52 y 53; Klabbbers, *supra* nota 31, p. 188.

internacionales,<sup>69</sup> excepto por el hecho de que son oficialmente “no vinculantes”.<sup>70</sup> Más bien, hay varios casos de *soft law* que se ven más como el “derecho” que caracteriza al ámbito doméstico, que algunos tratados internacionales ampliamente desarrollados que mantienen una terminología muy vaga.<sup>71</sup> En segundo lugar, ¿cómo podría explicarse el efecto vinculante que se reconoce frecuentemente al *soft law* dentro de una organización internacional?<sup>72</sup> ¿Acaso el orden interno de una organización internacional no forma parte del derecho internacional? Tercero, el enfoque indirecto no puede explicar el carácter dinámico de muchos instrumentos de *soft law*, ya que sólo los visualiza como la vanguardia de la legalización en un proceso que puede conducir del derecho soft al hard.<sup>73</sup> Sin embargo, esta es sólo una de las funciones del *soft law*. La formación de costumbre en el derecho internacional es un proceso largo y arriesgado. Si esto fuese el único propósito del *soft law*, no podría explicarse la razón por la cual las organizaciones internacionales recurren tanto a él y actualizan los instrumentos relativos de ma-

---

<sup>69</sup> Estos instrumentos son actualmente reconocidos como fuentes de derecho; véase J. D. Aston, *Sekundärgesetzgebung internationaler Organisationen zwischen mitgliedstaatlicher Souveränität und Gemeinschaftsdisziplin*, Duncker & Humblot, Berlín, 2005; Markus Benzing, “International Organizations or Institutions, Secondary Law”, en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, 2007.

<sup>70</sup> Van Hoof, *supra* nota 65, p. 184. Uno no puede resolver este problema sólo con limitar el concepto de soft law a aquellos instrumentos que interactúan con el derecho vinculante (véase, sin embargo, Timothy Meyer, “Soft Law as Delegation”, en *Fordham International Law Journal*, vol. 32, Nueva York, Fordham University, 2009, p. 888). También es difícil imaginar un instrumento (político) no vinculante que no interactúe con el derecho vinculante internacional o doméstico.

<sup>71</sup> Heusel, *supra* nota 32, p. 279.

<sup>72</sup> Joachim A. Frowein, “The Internal and External Effects of Resolutions by International Organizations”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 49, Heidelberg, Alemania, Max Planck Society, 1989, pp. 779–81.

<sup>73</sup> Cf. Heusel, *supra* nota 32, p. 275; en el mismo sentido, José E. Alvarez, *International Organizations as Law-Makers*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 61.

nera frecuente. Entender esta circunstancia requiere reconocer al *soft law* como un equivalente funcional del derecho internacional vinculante.

En conclusión, el positivismo jurídico moderno no puede dar una respuesta satisfactoria a los distintos papeles que asumen los instrumentos de *soft law* en las relaciones internacionales contemporáneas. Aunque abarca algunas de las funciones y de la importancia del *soft law*, aun así pasa por alto demasiado. Además, el positivismo jurídico moderno no puede efectuar ninguna contribución relevante al debate sobre la legitimidad del *soft law*, ya que en esencia, se apoya únicamente en el consentimiento estatal. Si esto fuera convincente, no existiría ningún debate en torno a la legitimidad del *soft law*.

### 3. HACIA UNA COMUNIDAD INTERNACIONAL DE CIUDADANOS: LAS PROPUESTAS DE REFORMA POSITIVISTAS

A la luz de estas razones, algunos autores proponen reformulaciones del concepto positivista de derecho y consideran que ciertos tipos de *soft law* son derecho. La mayoría de estas reformulaciones son motivadas por las transformaciones del orden internacional a partir del final de la Segunda Guerra Mundial,<sup>74</sup> particularmente a raíz de dos desarrollos: Primero, la descolonización en la última parte de la Guerra Fría creó una comunidad internacional de estados que es menos europeo-norteamericana o “del Norte” y más heterogénea; segundo, el individuo ingresó a la escena como un sujeto de derecho internacional. Los individuos ahora gozan de derechos y tienen obligaciones. En conjunto, estos dos desarrollos compactan considerablemente la idea de soberanía estatal.<sup>75</sup> No sólo los estados, sino todos los individuos conforman juntos una comunidad

---

<sup>74</sup> P. M. Eisemann, “Le gentlemen’s agreement comme source du droit international”, en *Journal du droit international*, Juris-Classeur, París, 1979, p. 344.

<sup>75</sup> R. A. Falk, “On the Quasi-Legislative Competence of the General Assembly”, en *American Journal of International Law*, vol. 60, Washington, D.C.,

internacional<sup>76</sup> —una idea anticipada por Immanuel Kant hace mucho tiempo—. <sup>77</sup>

De acuerdo con esta perspectiva, el *soft law* permite una articulación a la vez más amplia y más matizada de la voluntad de la comunidad internacional tal como se expresa, por ejemplo, en las decisiones mayoritarias o las que se adoptan sin intención alguna de crear derecho internacional “vinculante”. Entonces, los defensores de esta postura consideran que no resulta satisfactorio el confinar al *soft law* a un nivel de obligaciones estrictamente políticas o morales.<sup>78</sup>

Aunado a lo anterior, aquellos que mantienen esta postura señalan la irrelevancia práctica de la distinción entre un derecho *soft* y uno *hard*. De ser violados, ciertos tratados internacionales “vinculantes” difícilmente podrían acarrear consecuencias además de protestas diplomáticas o pérdidas de reputación. Sus disposiciones son demasiado vagas o controvertidas como para que otro estado exija la reparación de daños o emprendan represalias. Quizá la única consecuencia consistiría en sanciones reputacionales —las cuales pueden ser utilizadas también en los casos de *soft law*—. Algunos de estos instrumentos incluyen mecanismos de ejecución como procedimientos de evaluación de pares (*peer-review*). Ejemplo de esto es la Declaración del Milenio de la Asamblea General de la ONU,<sup>79</sup> en la

---

Estados Unidos, The American Society of International Law, p. 785; Van Hoof, *supra* nota 65, p. 66; Asamoah, *supra* nota 68.

<sup>76</sup> Con un énfasis en el *jus cogens*, véase J. Tasioulas, “In Defence of Relative Normativity: Communitarian Values and the Nicaragua Case”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 16, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 85.

<sup>77</sup> Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten* (1797, reimpresso 1968), párr. 62; Immanuel Kant, „Perpetual Peace: A Philosophical Sketch” (1796), en H. Reiss (ed.), *Kant's Political Writings*, 2a. edición, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, p. 105 (tercer artículo definitivo sobre la paz perpetua).

<sup>78</sup> W. Wengler, “Nichtrechtliche Verträge zwischen Staaten”, en *Archiv des Völkerrechts*, vol. 22, Tübingen, Alemania, Mohr Siebeck, 1984, p. 307.

<sup>79</sup> UN Doc. A/RES/55/2, 18 de Septiembre de 2000.

que cada cinco años, los estados evalúan el progreso logrado hacia el obtención de los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Asimismo, tanto el derecho soft como el hard usualmente son el resultado de procedimientos de creación normativa formales, lo que los distingue de las obligaciones morales basadas en la razón, la naturaleza, el discurso, etcétera, por lo que relegar al *soft law* al ámbito de las obligaciones políticas o morales no parece ser una estrategia prometedoras.

Al igual que con el positivismo moderno, para esta postura, el elevar al *soft law* al rango de derecho no menoscaba la soberanía, pues ésta es meramente considerada como una herramienta conceptual para la delimitación de facultades entre estados y organizaciones internacionales. Pero, a diferencia del positivismo jurídico moderno, las propuestas del positivismo reformista no le temen al riesgo de que considerar al *soft law* como derecho le reste peso al derecho internacional formal o *hard* y comprometa su efectividad. Más bien, sostienen que las ventajas que el *soft law* le ofrece a la comunidad internacional sobrepasan a los riesgos.

Sin embargo, estas consideraciones no explican exactamente qué tipo de derecho es el *soft law*. Ello requiere un replanteamiento del concepto de derecho internacional. En este punto, las distintas propuestas eligen rutas y teorías alternas. Algunas de ellas mantienen la distinción binaria tradicional entre lo que es derecho y lo que no lo es, mientras que otras definen el *soft law* como una o varias categorías separadas de derecho (enfoques binarios y pluralistas).

#### A. ENFOQUES BINARIOS

En opinión de aquellos que eligen enfoques binarios, sólo hay un tipo de derecho internacional. No obstante, consideran a algunos tipos de *soft law* como instrumentos jurídicos internacionales. Algunos escritores ofrecen un fundamento voluntarista para este concepto de derecho. Asamoah arguye que algunas resoluciones de la Asamblea General de la ONU expresan una forma de consentimiento estatal

que es idéntica al consentimiento requerido para el derecho internacional vinculante.<sup>80</sup> Abi-Saab llega al mismo resultado, pero enfatiza el procedimiento de toma de decisiones, más que el voto final, que conducen a determinadas resoluciones. Deliberadamente deja abierta la cuestión sobre la fuente de su naturaleza vinculante.<sup>81</sup>

Godefridus van Hoof propone una teoría no-voluntarista. Adopta la idea de H.L.A. Hart del derecho como las reglas identificadas por una regla de reconocimiento que se apoya en la aceptación por la comunidad internacional.<sup>82</sup> De acuerdo con Hart, el derecho internacional es lo que la regla de reconocimiento aceptada por la práctica estatal identifica como una norma jurídica internacional. Van Hoof sostiene que la práctica estatal actual reconoce una regla como de derecho internacional si se basa en el consentimiento de los estados que participan en su creación. Este consentimiento se puede manifestar de diferentes maneras, no sólo a través del derecho de los tratados o la costumbre internacional.<sup>83</sup> Dadas las transformaciones geopolíticas mencionadas, ello también puede expresarse a través de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Van Hoof propone cinco “puntos de reconocimiento” que guían la búsqueda de este consentimiento estatal en un

---

<sup>80</sup> Asamoah, *supra* nota 68, p. 66.

<sup>81</sup> G. Abi-Saab, “Les sources du droit international: Essai de déconstruction” en Manuel Rama-Montaldo (ed.), *International Law in an Evolving World: Festschrift für E. Jiménez de Aréchaga, Vol. I*, Montevideo, Fundación de Cultura Univ., 1994, pp. 32 y 38.

<sup>82</sup> Van Hoof, *supra* nota 65; en el mismo sentido, M. Bos, “The Recognized Manifestations of International Law: A New Theory of “Sources”, en *German Yearbook of International Law*, vol. 20, Berlín, Duncker & Humblot, 1977, p. 9.

<sup>83</sup> Van Hoof, *supra* nota 65, p. 53; Fastenrath, *supra* nota 18, p. 54, nota al pie de página 174, quien afirma que Van Hoof adopta un enfoque voluntarista. Sin embargo, Van Hoof no considera que el consentimiento estatal sea la razón definitiva para la validez del derecho, sino el reconocimiento actual de una regla secundaria que estipula que el consentimiento estatal es el criterio decisivo.

instrumento determinado,<sup>84</sup> específicamente el nivel de abstracción del instrumento (que él considera particularmente alto en el caso de las declaraciones de la Asamblea General); los *travaux préparatoires*; el texto del instrumento, particularmente su designación; la existencia de mecanismos de seguimiento; y la práctica estatal subsecuente a la adopción del instrumento.<sup>85</sup>

De esta manera, cada una de las tesis binarias concluye que ciertos tipos de *soft law*, como las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas –que son claramente el fenotipo de la razón por la cual el *soft law* obtiene la mayor parte de la atención– puede ser parte del derecho internacional vinculante. El atractivo de esta perspectiva radica en que es compatible con la doctrina de las fuentes. Parece haber un acuerdo generalizado en cuanto a que el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no estipula una lista enumerativa de fuentes, sino que sólo refleja el estado de la doctrina jurídica internacional en el momento de su creación.<sup>86</sup> La Corte Internacional de Justicia confirmó esta afirmación al reconocer a los actos unilaterales como fuentes de derecho internacional que no están incluidos en el Artículo 38.<sup>87</sup> Adicionalmente, la mayoría de los autores citados proponen definiciones genéricas, las cuales tienen la ventaja de que no todos los nuevos instrumentos que quedan más allá de las fuentes tradicionales requieren de la reinención de la rueda.<sup>88</sup> No obstante, estos argumentos continúan manteniendo en la oscuridad cuál es la naturaleza de una canti-

<sup>84</sup> Estas nuevas manifestaciones complementan a las fuentes establecidas de derecho internacional y podrían modificarlas con el transcurso del tiempo; véase Van Hoof, *supra* nota 65, p. 208.

<sup>85</sup> Van Hoof, *supra* nota 65, pp. 215–79.

<sup>86</sup> Abi-Saab, *supra* nota 81, p. 36; véase también Fastenrath, *supra* nota 60, p. 322. De acuerdo con Fastenrath, *supra* nota 18, p. 88, originalmente se pretendía que el Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia fuera enumerativo.

<sup>87</sup> *Caso Relativo a los Ensayos Nucleares (Australia c. Francia)*, Fallo de 20 de Diciembre de 1974 [1974], CIJ Rep. 253, párr. 46.

<sup>88</sup> Van Hoof, *supra* nota 65, p. 187.

dad algo amplia de instrumentos de *soft law*, aun cuando podrían ser funcionalmente equivalentes a tratados internacionales. Esto es una consecuencia de la estructura binaria del concepto propuesto de derecho internacional. El considerar que todos los instrumentos jurídicos internacionales son iguales significa restringir el ámbito de instrumentos que podrían ser clasificados como jurídicos. Algunas de las consecuencias jurídicas de esta reclasificación, particularmente el deber de reparar los daños en el caso de una violación, son simplemente inapropiados para una serie de instrumentos de *soft law* que de otro modo son funcionalmente equivalentes a los tratados internacionales. Por ejemplo, evitar el pago de daños podría ser la razón por la cual el Acuerdo sobre Créditos a las Exportaciones se declara a sí mismo como un “pacto de caballeros” (*gentlemen’s agreement*), aunque de otro modo es muy similar a un tratado internacional.<sup>89</sup> Por lo tanto, en muchos aspectos los enfoques binarios no son aptos para facilitar la conceptualización jurídica del *soft law*.

En cuanto a las cuestiones de legitimidad, la tesis positivista binaria sí aborda algunas de ellas, en tanto atribuye el estatus de derecho vinculante a ciertas declaraciones consideradas no-vinculantes por la doctrina tradicional debido a su alto grado de legitimidad. Sin embargo, tienden a ignorar otras tantas de estas inquietudes, como las que presentan los instrumentos de *soft law* que afectan a los estados y a los individuos que no tuvieron participación en la toma de decisiones.

## B. ENFOQUES DUALISTAS

Aquellos que se adhieren a las posturas dualistas consideran que el *soft law* es una categoría separada del derecho internacional. A diferencia del *hard law*, no conlleva consecuencias jurídicas específicas por transgresiones, como sería el deber de pagar daños o el derecho a recurrir a represalias o procedimientos ante la Corte Internacional de Justicia. Aparte de esto, el *soft law* compartiría todas las caracte-

---

<sup>89</sup> *OECD Arrangement on Export Credits*, TAD/PG(2011)4, 3 de Marzo de 2011, párr. 2.

rísticas de las reglas jurídicas, como su naturaleza vinculante, y el amplio rango de derecho internacional general le sería aplicable.<sup>90</sup> La mayoría de los autores respaldan su visión en una línea de razonamiento voluntarista, al enfatizar que los estados deliberadamente eligieron crear instrumentos de diferente cualidad.<sup>91</sup>

Este concepto de derecho toma en cuenta el hecho de que el *soft law* podría ser funcionalmente equivalente al *hard law*. A diferencia de la tesis binaria, permite clasificar a una amplia cantidad de instrumentos de *soft law* como derecho; aunque, por otro lado, el ubicar a todos los instrumentos de *soft law* en la misma canasta arroja un resultado relativamente crudo, y no dar una explicación de las diferencias en los efectos sociales que tiene cada uno de ellos. Entonces, los instrumentos técnicos de *soft law* que son aplicados o ejecutados por mecanismos de control, son equiparados a las normas altamente políticas, vagas y aspiracionales.

En cuanto a las preocupaciones sobre legitimidad, no hay diferencia entre esta perspectiva y la tesis binaria, pues no somete la cualificación de un instrumento a su legitimidad, excepto por el hecho de que el *soft law* pueda ser adoptado por una mayoría. El enfoque dualista no parece ser más que un giro semántico del positivismo jurídico moderno, pues mientras que éste distingue entre lo que es derecho y lo que no lo es, los enfoques dualistas distinguen entre derecho *hard* y *soft*. Cualquier objeción en contra de la legitimidad del *soft law* sigue siendo aplicable.

---

<sup>90</sup> Wengler, *supra* nota 78, p. 316; en cuanto al Acuerdo Final de Helsinki, Julia Marquier, *Soft Law: Das Beispiel des OSZE-Prozesses*, Bonn, Universität Bonn, 2004, p. 193.

<sup>91</sup> A primera vista, esta perspectiva se asemeja a la tesis de que el *soft law* es vinculante en virtud del principio de buena fe (p.ej. Eisemann, *supra* nota 74, p. 345; T. O. Elias, “Modern Sources of International Law” en Wolfgang G. Friedmann et. al. [eds.], *Transnational Law in a Changing Society* [En honor de Philip C. Jessup] Columbia University Press, [1972], p. 52). Empero, esta última tesis está basada en el positivismo jurídico moderno.

## C. ENFOQUES PLURALISTAS

Otro grupo de autores modifica las posturas dualistas, pues aunque mantiene la distinción general entre derecho internacional vinculante y no-vinculante, divide a su vez las normas no-vinculantes en subcategorías, lo que se erige en una definición pluralista de las normas jurídicas.

René-Jean Dupuy propone dos categorías de derecho no-vinculante, que son: El derecho declarativo y el programático de las organizaciones internacionales. El declarativo se refiere a las resoluciones de dichas organizaciones que confirman la costumbre jurídica, mientras que el programático incluye a los instrumentos aspiracionales que aspiran a un mayor desarrollo del derecho internacional. Para identificar el derecho programático, propone una serie de criterios, como el de un patrón de votación que muestre un apoyo generalizado del instrumento, el grado de precisión, y la presencia de mecanismos de seguimiento.<sup>92</sup> En comparación con los enfoques dualistas, la propuesta en comento especifica todavía más la conceptualización jurídica del *soft law*; empero, Dupuy se centra en la interrelación entre el derecho internacional *soft* y el *hard*. El *soft law* que no aspira a crear derecho vinculante no es incluido en esta propuesta.

Hillgenberg enfrenta el reto de considerar también como derecho a aquellos instrumentos de *soft law* que no tienen como propósito el contribuir a la formación del derecho *hard* o vinculante, sino que operan con independencia de estos efectos. Él sostiene que cada instrumento jurídico *soft* establece un régimen autónomo que produce determinados efectos jurídicos y fácticos, y para el cual resultan aplicables un grupo específico de reglas de derecho internacional general.<sup>93</sup> Desde una óptica de legitimidad, este enfoque parece ser prometedor. Permitiría

---

<sup>92</sup> R. J. Dupuy, "Declaratory Law and Programmatic Law: From Revolutionary Custom to "Soft Law", en Robert J. Akkerman *et al.* (eds.), *Declarations on Principles*, Springer, 1977, pp. 255-6.

<sup>93</sup> Hartmut Hillgenberg, "A Fresh Look at Soft Law", vol. 10, no. 3, Florencia, European University Institute, 1999, p. 499.

fijar criterios más específicos para cada régimen, lo que aseguraría su legitimidad. Pero Hillgenberg no explora este potencial y se apoya completamente en el consentimiento estatal para la legitimidad del *soft law*.

La “compartimentación” del *soft law* que lleva a cabo Hillgenberg también sufre de un bajo grado de abstracción conceptual, puesto que aborda a cada instrumento en lo individual y no produce grupos significativos de instrumentos que sean más amplios. Esto requiere de reinventar una y otra vez la rueda para cada instrumento, puesto que no hay ninguna plantilla que pudiera indicar cuáles principios jurídicos son aplicables a un instrumento específico de *soft law*. Así, Hillgenberg renuncia al potencial racionalizador de clasificar un instrumento como jurídico. Además, la transferencia del concepto doctrinal de regímenes autónomos no funciona a nivel teórico. No puede adoptarse una nueva fuente de derecho como si se tratase de un tratado internacional que crea un régimen autónomo, sino más bien requiere de repensar la regla de reconocimiento.<sup>94</sup> Hillgenberg no explora estos cuestionamientos, sino que las presupone de manera cuestionable. Por ejemplo, ¿por qué deberían los acuerdos internacionales no vinculantes tener la cualidad de derecho, pero no así las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas?<sup>95</sup> Al adoptar el concepto de regímenes autónomos como compás, Hillgenberg ignora el reto teórico que está implícito.

#### 4. CONCLUSIONES INTERMEDIAS

Las propuestas de reforma positivistas sólo compensan las deficiencias del positivismo jurídico moderno hasta cierto punto. No cuestionan que el consentimiento estatal sea la base de la legitimidad del derecho internacional; además, la mayoría de ellas no le hacen justicia a todo el espectro de instrumentos de *soft law*, y proponen

---

<sup>94</sup> Sobre la distinción entre el concepto de fuentes y las fuentes específicas, véase Van Hoof, *supra* nota 65, p. 59.

<sup>95</sup> Hillgenberg, *supra* nota 93, pp. 504, 515.

distinciones relativamente crudas que no parecen coincidir con la realidad social compleja del *soft law*.

### III. POSITIVISMO SOCIOLÓGICO: EL *SOFT LAW* VISTO DESDE EL PUNTO DE VISTA EXTERNO

La dificultad de los enfoques positivistas para apreciar la realidad condujo a una rama importante en el pensamiento jurídico que termina por abandonar el paradigma del positivismo jurídico y la perspectiva interna centrada en la validez. Me refiero a ellos en este espacio como los enfoques positivistas sociológicos, aunque algunos prefieren el término de realismo jurídico. Al igual que los sociólogos, los defensores del positivismo sociológico conciben al derecho en primera instancia como un hecho social<sup>96</sup> y usualmente las definen por sus efectos. Sin embargo, más allá de esto las distintas ópticas no tienen mucho en común y disienten entre sí en cuanto al concepto de derecho internacional. De nuevo, este desacuerdo surge a partir de ideas divergentes sobre las propiedades del orden internacional.

#### 1. LA COMUNIDAD INTERNACIONAL DE ESTADOS: EL FUNCIONALISMO Y LAS TEORÍAS DEL CUMPLIMIENTO

Los enfoques funcionalistas se apegan a una idea del orden jurídico internacional similar a la del positivismo jurídico moderno. Ambos consideran que la comunidad internacional de estados es el actor central en el ámbito internacional; no obstante, en el plano de la teoría jurídica, los enfoques funcionalistas se acercan a la tradición del realismo jurídico estadounidense. De acuerdo con éste, las reglas jurídicas son mucho más indeterminadas de lo que admite el positivismo jurídico. El derecho por sí solo no le proporciona a los tribunales un fundamento

---

<sup>96</sup> Émile Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, Bibliothèque de la philosophie contemporaine, 1919, p. 5.

para tomar una decisión, sino que los jueces siguen sus propias ideas de equidad y justicia, y tratan de justificar sus decisiones con argumentos jurídicos hasta después de que ya han sido tomadas. La academia jurídica, entonces, debería analizar cuáles fueron las razones que realmente determinaron una decisión.<sup>97</sup> En este contexto, los enfoques funcionalistas asumen que el derecho internacional público y las organizaciones internacionales son herramientas de los estados para cumplir con un propósito particular que los legitime.<sup>98</sup> Centran su atención a la política en y sobre el derecho y las instituciones internacionales en vez de en las cuestiones sobre validez o interpretación.<sup>99</sup> ¿Por qué los estados y otros actores internacionales celebran acuerdos *soft* o *hard*?<sup>100</sup> ¿Cuándo o por qué cumplen los estados con normas internacionales tanto vinculantes como las que no lo son?<sup>101</sup> No debe sorprender el que algunos denominen a este enfoque “gerencial” (managerial).<sup>102</sup>

No hay un concepto funcionalista común del derecho internacional, sino que a menudo se presenta un concepto relativo de norma-

---

<sup>97</sup> Brian Leiter, “American Legal Realism”, *Public Law Research Paper* (2002).

<sup>98</sup> Sobre el funcionalismo, véase Alvarez, *supra* nota 73, p. 17.

<sup>99</sup> David Kennedy, “The Move to Institutions”, en *Cardozo Law Review*, vol. 8, no. 5, Nueva York, Benjamin Cardozo School of Law, 1987, p. 843.

<sup>100</sup> Sobre la profusa literatura en este tema, véase tan sólo Charles Lipson, “Why Are Some International Agreements Informal?” en *International Organization*, vol. 45, no. 4, Cambridge, Cambridge University Press/The IO Foundation, 1991, p. 495; C. Brummer, “Why Soft Law Dominates International Finance - and Not Trade”, en *Journal of International Economic Law*, vol. 13, no. 3, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 623.

<sup>101</sup> P. ej. A. Chayes y A. Handler Chayes, “On Compliance” en *International Organization*, vol. 47, no. 2, Cambridge, Cambridge University Press/The IO Foundation, 1993, p. 175; H. K. Jacobson y E. Brown Weiss, “Strengthening Compliance with International Environmental Accords: Preliminary Observations from a Collaborative Project”, *Global Governance*, vol. 1, no. 1, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 1995, p. 119; Shelton, *supra* nota 1.

<sup>102</sup> Sobre este concepto, véase, p. ej., Jan Klabbers, “Two Concepts of International Organizations”, en *International Organizations Law Review*, vol. 2, no. 1, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2005, p. 280.

tividad jurídica, el cual rara vez es teorizado.<sup>103</sup> Los términos *soft law* y *hard law* son utilizados frecuentemente en un sentido heurístico y no deberían considerarse como señales de una comprensión dualista. En su lugar, algunos autores proponen un continuo fluido de normatividad jurídica, mientras que otros favorecen categorías más amplias.

La teoría del proceso jurídico transnacional se localiza en el lado más fluido del espectro. Aunque este enfoque evolucionó históricamente de la escuela de New Haven, no comparte la convicción normativa de dicha escuela en cuanto a que el derecho debería ser empleado para la realización de objetivos sociales.<sup>104</sup> La referida teoría del proceso jurídico transnacional asume que el derecho se encuentra en un proceso constante de evolución en el que la normatividad de reglas específicas aumenta y disminuye. La labor de la doctrina jurídica no es caracterizar cierta regla en un momento determinado, sino el comprender este proceso de cambio y sus efectos sobre la realidad social.<sup>105</sup>

Pero la mayoría de los enfoques funcionalistas conciben al derecho como un fenómeno social más estable y tratan de conceptualizar distintas categorías de derecho internacional.<sup>106</sup> Kenneth W. Abbott y sus coautores proponen tres diferentes etapas de legaliza-

---

<sup>103</sup> P. ej., C. M. Chinkin, "Normative Development in the International Legal System", en Dinah Shelton (ed.), *Commitment and Compliance*, *supra*, nota 1, p. 21; Pierre-Marie Dupuy, "Soft Law and the International Law of the Environment", en *Michigan Journal of International Law*, vol. 12, Ann Arbor, University of Michigan, 1990-91, p. 431; John J. Kirton y Michael J. Trebilcock, "Introduction: Hard Choices and Soft Law in Sustainable Global Governance", en John J. Kirton y Michael J. Trebilcock (eds.), *Hard Choices, Soft Law*, *supra*, nota 1, p. 3; Alvarez, *supra* nota 73, p. 258, donde se enfatiza la necesidad de una nueva teoría de las fuentes.

<sup>104</sup> Véase la sección 3.2, *infra*.

<sup>105</sup> H. H. Koh, "Transnational Legal Process", *Nebraska Law Review*, vol. 75, Lincoln, University of Nebraska, 1996, p. 184.

<sup>106</sup> P. ej., Falk, *supra* nota 75, p. 786; Shelton, *supra* nota 1; S. Toope, "Formality and Informality", en Daniel Bodansky et. al. (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 108.

ción, y esta cuantificación de la normatividad jurídica proporciona un marco conceptual para su investigación sobre las condiciones bajo las cuales los estados eligen formas específicas de cooperación.<sup>107</sup> Cada una de estas tres etapas está formulada a manera de tipo ideal y es definida por el grado de obligación, precisión y delegación que están involucrados en un régimen jurídico. La “legalización *hard*” incluye un alto grado de obligación y delegación, al igual que las reglas y regulaciones del derecho público doméstico. Todos los regímenes que no cumplen con este umbral son considerados como una “legalización *soft*”, siempre y cuando al menos uno de los parámetros sea fuerte. De otro modo, no hay “legalización” alguna, lo que constituye al tercer tipo ideal.<sup>108</sup> Al final, esto parece ser poco más que una reproducción de la distinción tradicional entre derecho *soft* y *hard*.

En teoría, los enfoques funcionalistas deberían ser capaces de producir una categorización o tipología más detallada del derecho *soft* y el *hard* que la del positivismo jurídico, porque se centran en la realidad social y en los efectos de las reglas, no en sus cualidades formales. Pero, hasta donde puedo observar, no hay propuestas que se ubiquen entre el concepto amorfo de derecho favorecido por la teoría del proceso jurídico transnacional y las categorías amplias de la escuela de la legalización. Quizá esta falta de tipologías significativas se debe a su énfasis en los efectos sociales, lo que está plagado de una serie de dificultades. Hay poco mérito en considerar como derecho únicamente a aquellas reglas que influyen en la conducta estatal. Nunca es posible señalar cuándo los estados acatan una regla porque es una regla, porque resulta que coincide con sus intereses, o porque la regla prescribe lo que siempre han hecho de todas formas. La mayoría de los autores funcionalistas

<sup>107</sup> Kenneth W. Abbott *et al.*, “The Concept of Legalization”, en *International Organization*, vol. 54, Cambridge, Cambridge University Press/The IO Foundation, 2000, p. 401; Kenneth W. Abbott and Duncan Snidal, “Hard and Soft Law in International Governance”, en *Ibid*, p. 421.

<sup>108</sup> Abbott *et al.*, *supra* nota 107, p. 402.

consideran como norma jurídica cada promesa que genera una expectativa de cumplimiento y, con ello, incrementan la posibilidad de un cumplimiento real.<sup>109</sup> Pero este enfoque es difícil de aplicar en la práctica, ya que la generación de expectativas es una cuestión intersubjetiva, que depende tanto del emisor como del receptor de una promesa, así como de sus interpretaciones sobre la base textual de la norma.<sup>110</sup> La doble contingencia del derecho parece socavar las aspiraciones objetivistas del funcionalismo.<sup>111</sup>

Los autores que identifican al derecho como una cierta práctica o modo de argumentación evitan estas dificultades.<sup>112</sup> Sin embargo, esto conduce a un concepto completamente amorfo de derecho, como lo muestra el ejemplo de la teoría del proceso jurídico transnacional, que es de muy poco uso práctico.<sup>113</sup> La función principal del concepto de derecho —la distinción entre actos legales e ilegales/jurídicos y no jurídicos— requiere de una evaluación de una regla jurídica en un momento determinado. Por lo tanto, un concepto difuso no resulta útil para los abogados a menos de que estén dispuestos a renunciar a su ámbito primordial de competencia.

---

<sup>109</sup> Véase Andrew T. Guzman, *How International Law Works: A Rational Choice Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 71; Andrew T. Guzman, “A Compliance-Based Theory of International Law”, *California Law Review*, vol. 90, Berkeley, University of California, 2002, p. 1878; C. Chinkin, “A Hard Look at Soft Law”, *Annual Proceedings of the American Society of International Law*, vol. 82, Washington, D.C., American Society of International Law, 1988, p. 393.

<sup>110</sup> Rob Howse y Ruti Teitel, “Beyond Compliance: Rethinking Why International Law Really Matters”, 2010 1 en *Global Policy*, vol. 1, no.2, London School of Economics and Political Science, 2010, p. 127.

<sup>111</sup> Véase Niklas Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt, Suhrkamp, 1984, p. 148.

<sup>112</sup> Falk, *supra* nota 75, p. 783.

<sup>113</sup> N. Onuf, “Do Rules Say What They Do? From Ordinary Language to International Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 26, Cambridge, Harvard International Law Club, 1985, p. 390; sobre la teoría del proceso jurídico transnacional, véase F. Hanschmann, “Theorie transnationaler Rechtsprozesse”, en Sonja Buckel *et al.* (eds.), *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart, Lucius & Lucius, 2006, p. 347.

Finalmente, las teorías funcionalistas no necesariamente lidian con las cuestiones de legitimidad, sino que tienden a dedicarse a las de eficiencia. Sus fundamentos teóricos no los obligan a poner en tela de duda el cómo y el por quién deberían ser realizadas las decisiones de políticas implicadas en el *soft law*.

## 2. LA COMUNIDAD INTERNACIONAL DE VALORES: LA ESCUELA DE NEW HAVEN

La escuela de New Haven parece ser una alternativa dentro de la escuela de pensamiento del positivismo sociológico más rica en cuanto a lo normativo. Se centra en la selección de las metas de políticas como parte de un proceso social mundial, cuyos participantes luchan por la maximización de valores como el poder, el bienestar, el respeto, etc. En este proceso, el derecho designa aquellas “decisiones autoritativas y rectoras” que sirven a la realización de las metas que fueron seleccionadas para ello.<sup>114</sup> La escuela de New Haven no se preocupa tanto por los temas de validez, cuanto por las implicaciones en las políticas que tiene el derecho. Esto tiene la ventaja de que sus representantes no consideran al *soft law* como patológico, sino más bien como un componente regular de la gobernanza democrática en las sociedades liberales.<sup>115</sup> Pero la falta de atención a la validez vuelve a esta escuela susceptible a las mismas críticas que las esgrimidas contra las teorías funcionalistas: no permite una clara distinción entre el derecho y la política. Más

---

<sup>114</sup> M. S. McDougal, “International Law, Power and Policy: A Contemporary Conception”, en *Recueil des cours*, vo. 82, La Haya, Holanda, Academia de Derecho International de La Haya, 1953, p. 165.

<sup>115</sup> M.W. Reisman, “The Concept and Function of Soft Law in International Politics”, en E. Bello y P. B. Ajibola (eds.), *Essays in Honour of Judge Taslim Olawale Elias, Vol. 1*, Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 435; M.W. Reisman, “A Hard Look at Soft Law”, en *Annual Proceedings of the American Society of International Law*, vol. 82, Washington, D.C., American Society of International Law, 1988, p. 375.

aún, desde una perspectiva de legitimidad, la escuela de New Haven no toma en cuenta que los valores y metas inherentes a ciertas políticas pueden no ser compartidas de manera universal. Entonces, el fundamento y la aplicación de los “valores de base” tienen un estatus de verdades autoevidentes.

### 3. SOBERANÍA: EL NEOREALISMO

Dentro del espectro de las ramas del positivismo jurídico sociológico, existe una variante que niega que el derecho internacional tenga la capacidad de influir por sí mismo la conducta estatal. Jack Goldsmith y Eric Posner apoyan su postura<sup>116</sup> en antecedentes históricos como Hobbes y Hegel, quienes afirman que no había ningún orden público por encima del nivel doméstico.<sup>117</sup> Consecuentemente, asumen que los estados no tienen una preferencia para cumplimentar el derecho internacional.<sup>118</sup> En cambio, ven como únicas funciones del derecho de los tratados, primeramente, la de facilitar la coordinación entre estados siempre y cuando tengan una preferencia preexistente hacia ella y, segundo, en la facilitación de la cooperación en una situación del dilema del prisionero, en donde el derecho internacional podría señalar cuáles movimientos cuentan como cooperativos, y dejar incentivos para retirarse sin ser afectado.<sup>119</sup> Goldsmith y Posner también niegan que haya un deber moral de obedecer el derecho internacional. Aun si los estados fuesen los destinatarios legítimos de tales deberes morales, se postula que las deficiencias del consentimiento estatal, como las decisiones mayoritarias o el consenso, impedirían en la mayoría de los casos el

---

<sup>116</sup> J. L. Goldsmith and E. A. Posner, *The Limits of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

<sup>117</sup> Hobbes, *supra* nota 21, Capítulo XIII; Hegel, *supra* nota 20, párr. 330.

<sup>118</sup> Goldsmith and Posner, *supra* nota 116, p. 9.

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 85.

surgimiento de un deber moral de acatar una regla jurídica internacional determinada.<sup>120</sup>

Dado que para esta corriente es irrelevante el que una regla sea vinculante o no, para ellos no hay diferencia categórica entre el derecho *soft* y el *hard*.<sup>121</sup> Para esta escuela, la única ventaja del derecho de los tratados o *hard* radica en el conocimiento que proporciona sobre las luchas domésticas de poder a las que da lugar el procedimiento de ratificación de otros estados parte, lo cual a su vez puede dar claves sobre la sinceridad de los demás participantes. Además, la ratificación posibilita que los tribunales domésticos apliquen o invoquen el tratado.<sup>122</sup> Esto deriva en un concepto de derecho de dos niveles. Las distinciones ulteriores no son de interés para esta posición, pues de todas formas se cree que el impacto social de las reglas jurídicas es limitado, y esta es también la razón por la cual la legitimidad del derecho internacional no es de particular importancia para esta visión.

#### 4. CONCLUSIONES INTERMEDIAS

En principio, los enfoques del positivismo sociológico deberían ser capaces de conceptualizar todo tipo de instrumentos de *soft law* de manera detallada, al distinguirlos de acuerdo con sus efectos sociales. Sin embargo, hasta ahora no se han propuesto categorizaciones complejas, sino que las existentes se apegan a la distinción del positivismo jurídico entre el derecho *soft* y el *hard* o renuncian a cualquier intento de clasificar los instrumentos en un cierto momento, al enfatizar en su lugar el carácter de proceso del derecho. Esto podría derivar de una incapacidad de los enfoques sociológicos para distinguir al derecho de la moral o la política. Además, la mayoría de los enfoques del positivismo sociológico no lidian con cuestiones de legitimidad. La escuela de New Haven, que es la única que sitúa sus

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 185.

<sup>121</sup> *Ibid.*, pp. 84, 90.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 90.

conceptos dentro de un marco normativo elaborado, no se enfrenta a los actuales retos para la legitimidad del *soft law* y es insensible frente a la contingencia de los valores de base. No transcurrió mucho tiempo para que esto generara perspectivas más críticas.

#### IV. ANÁLISIS CRÍTICO DEL DERECHO: DESCARTAR EL POSITIVISMO

Al igual que el positivismo sociológico, el análisis o la teoría crítica del derecho tiene sus raíces en el realismo jurídico norteamericano. Pero sus suscriptores critican el sesgo objetivista del positivismo sociológico, el cual, en su opinión, ignora el hecho de que las reglas jurídicas son el resultado de disputas de poder y que la búsqueda de eficiencia no equivale a la búsqueda de los objetivos a los que se aspira con una política determinada.<sup>123</sup> También critican las inclinaciones formalistas y el fetichismo por las reglas del positivismo jurídico, al considerar que éste pasa por alto las contingencias presentes en la aplicación y la interpretación del derecho.<sup>124</sup> En suma, el análisis o teoría crítica del derecho cuestiona fundamentalmente si el derecho es un instrumento factible para obtener la justicia en la sociedad.

Entre los principales defensores de una visión crítica frente al derecho internacional se encuentran David Kennedy y Martti Koskenniemi.<sup>125</sup> Desde su óptica, el positivismo sociológico sólo sirve para los estados poderosos, pues contribuye a que puedan “dirigir” a la sociedad internacional de acuerdo con sus intereses.<sup>126</sup> El paradigma del positivismo jurídico no se ocupa de la incertidumbre fundamental del derecho internacional y el “sesgo estructural” que

---

<sup>123</sup> Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 5.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>125</sup> David Kennedy, “Theses about International Law Discourse”, en *German Yearbook of International Law*, vol. 23, Berlín, Duncker & Humblot, 1980, p. 367; Martti Koskenniemi, *supra* nota 44, especialmente en la p. 590.

<sup>126</sup> Koskenniemi, *supra* nota 14.

resulta de ello: el asumir que los conceptos jurídicos pueden tener diferentes significados dependiendo del contexto en el que uno los utiliza, pues sólo el acto de aplicación determina su significado, lo que a su vez deriva de las preferencias políticas de las personas encargadas de aplicarlo.<sup>127</sup> Se cree que las instituciones internacionales están estructuradas de una manera que garantiza que prevalezcan los intereses de estados poderosos en la aplicación del derecho.<sup>128</sup> Por lo tanto, a decir de los adherentes al análisis crítico del derecho o “Crits”, el derecho internacional es inútil como medio para alcanzar la justicia, al menos en la medida pretendida por los positivistas jurídicos. El derecho sólo puede realizar una contribución a la justicia si es entendido como un tipo específico de discurso político. De acuerdo con Koskenniemi, la argumentación jurídica en tanto discurso está caracterizada por una “cultura del formalismo”, que promueve valores universales como la responsabilidad, la igualdad y la equidad. Esta cultura del formalismo puede ser utilizada para propósitos emancipatorios, pues permite construir una tesis en términos universalistas que no pueden ser descartados fácilmente por estrategias hegemónicas, dado que requieren de una respuesta justo en los mismos términos.<sup>129</sup> Por supuesto, esto implica que el valor de los argumentos jurídicos dependan del *ethos* profesional de los abogados y su tendencia a apegarse a las reglas de la argumentación jurídica.

Para esta postura, el *soft law* no podría ser considerado más que como una amenaza. No sólo no requiere de la ratificación doméstica y, por lo tanto, está exento del control democrático;<sup>130</sup> peor aún,

---

<sup>127</sup> Koskenniemi, *supra* nota 44, p. 600, la intitula la “tesis débil de la indeterminación”.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 606.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 616; Koskenniemi, *supra* nota 19, p. 494 y ss., especialmente en la p. 500.

<sup>130</sup> Martti Koskenniemi, “Formalism, Fragmentation, Freedom: Kantian Themes in Today’s International Law”, *No Foundations: Journal of Extreme Legal Positivism*, vol. 4, No Foundations, 2007, p. 11; Martti Koskenniemi, “Global Governance and Public International Law”, *Kritische Justiz*, vol. 37, Frankfurt, Alemania, Nomos, 2004, p. 243.

la sola idea de normatividad relativa constituye un ataque frontal contra la cultura del formalismo. El poder de los argumentos jurídicos reside en la distinción entre derecho y política. Así, el *soft law* es considerado como ilegítimo y no amerita mayores consideraciones doctrinales.

## V. RECONSTRUCCIONES POSMODERNAS

Aunque pueda parecer atractiva y contundente, esta crítica del “*soft law*” no aborda aspectos importantes de los instrumentos que encuadran en esa categoría. En particular, no siempre parece ocurrírsele a sus defensores que el *soft law* en ocasiones cumple propósitos emancipatorios. Cuando la decisión no es entre tener un acuerdo hard o uno *soft*, sino entre tener uno *soft* o ninguno en absoluto, el acuerdo *soft* podría, en efecto, ser valioso y otorgar alguna protección a intereses públicos importantes como la seguridad ambiental o la estabilidad financiera, o los intereses del Sur Global, como lo fue el intento de establecer un Nuevo Orden Económico Internacional en la década de 1970. Entonces, sería muy miope condenar al *soft law* como la herramienta de intereses imperialistas y como el clavo en el ataúd de los soportes éticos y emancipatorios del derecho internacional que emergieron a fines del siglo diecinueve.<sup>131</sup> Adicionalmente, el satanizar al *soft law* parece no tener sentido, puesto que es difícil imaginar de qué manera podría ser abolido. En las relaciones internacionales, como en cualquier otro lugar, algunos procesos son irreversibles. Por ende, parece que una mejor estrategia sería el intentar domar al *soft law* tanto como sea posible. Una serie de enfoques recientes retoman los argumentos esgrimidos por los “Crits”, pero se inclinan hacia mejores disciplinas jurídicas para el *soft law* y, aun así, también están en desacuerdo respecto de cuál es el concepto correcto de derecho internacional.

---

<sup>131</sup> Esto podría ser justificado respecto de ciertas posturas; véase Koskenniemi, *supra* nota 19, p. 479.

## 1. NEO-FORMALISMO

La corriente que denomino “neo-formalismo” ha sido propuesta por Jörg Kammerhofer y Jean d’Aspremont, y tiene alguna afinidad con el positivismo jurídico tradicional, pero supera algunas de sus deficiencias, como el ideal de un sistema coherente de reglas,<sup>132</sup> o las afirmaciones de neutralidad política y la separación estricta entre hechos y normas.<sup>133</sup> En cambio, d’Aspremont acepta que el derecho está fundado, después de todo, en hechos sociales.<sup>134</sup>

Sin embargo, a fin de cuentas esta postura no parece ser fundamentalmente distinta del positivismo jurídico moderno. Aunque d’Aspremont reconoce que hay una “pluralización en la creación de derecho global” que involucra a actores distintos a los estados, como las organizaciones no gubernamentales,<sup>135</sup> él sólo reconoce a los estados como los máximos legisladores.<sup>136</sup> Los autores también mantienen un concepto binario del derecho identificado por crite-

<sup>132</sup> Jean d’Aspremont, “Hart et le positivisme postmoderne en droit international”, (2009) 113 en *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 113, París, Francia, A. Pedone, 2009, p. 646.

<sup>133</sup> Jörg Kammerhofer y Jean d’Aspremont, “Mapping 21st Century International Legal Positivism”, en Jörg Kammerhofer y Jean d’Aspremont (eds.), *International Legal Positivism in a Postmodern World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

<sup>134</sup> Jean d’Aspremont, “Non-State Actors from the Perspective of Legal Positivism”, en Jean d’Aspremont (ed.), *Participants in the International Legal System*, Routledge, Taylor & Francis Group, 2011, p. 24; Jean d’Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 195.

<sup>135</sup> Jean d’Aspremont, “Non-State Actors in International Law: Oscillating between Concepts and Dynamics”, en Jean d’Aspremont (ed.), *Participants in the International Legal System*, *supra* nota 134, p. 6; Jean d’Aspremont, “The Politics of Deformalization in International Law”, *Goettingen Journal of International Law*, vol. 3, Göttingen, Goettingen Law School, 2011, p. 546.

<sup>136</sup> Jean d’Aspremont, “Inclusive Law-Making and Law-Enforcement Processes for an Exclusive International Legal System”, en Jean d’Aspremont, *Participants in the International Legal System*, *supra* nota 134, p. 431; d’Aspremont, “Non-State Actors from the Perspective of Legal Positivism”, *supra* nota 134, p. 25.

rios formales.<sup>137</sup> De lo contrario, el derecho dejaría de funcionar como un orden autónomo de mandatos.<sup>138</sup> No veo por qué razón uno no podría imaginar un orden jurídico no-binario capaz de reconocer diferentes tipos de reglas jurídicas, algunas de las cuales generan responsabilidad en caso de su violación, mientras que otras sólo ocasionan sanciones reputacionales.

Más aún, esta postura no cuestiona la función legitimadora del consentimiento estatal. D'Aspremont considera que las preocupaciones sobre legitimidad surgen principalmente del hecho de que algunos abogados le atribuyen una función legislativa a actores no-estatales.<sup>139</sup> Pero el despojar a los instrumentos creados por actores no-estatales o bien a cualquier otro tipo de “*soft law*” del estatus de derecho internacional no eliminaría sus efectos sociales. Esta estrategia probablemente no muestra suficiente sensibilidad frente al poder, y ello es algo que una teoría catalogada como “posmoderna” quizá desearía evitar.

## 2. LA UNIVERSALIDAD DEL LENGUAJE: LOS ENFOQUES POST-POSITIVISTAS

Las propuestas de Friedrich Kratochwil y Nicholas Onuf pretenden combinar aspectos del positivismo jurídico y del sociológico.<sup>140</sup> En consonancia con los “Crits”, visualizan al derecho internacional como una especie de comunicación; pero, en contraste con aquéllos, no consideran que la argumentación jurídica sea tan sólo otro modo de *realpolitik* orientada por intereses. En cambio, creen que las

---

<sup>137</sup> Jörg Kammerhofer y Jean d'Aspremont, *supra* nota 133, p. 8; Jean d'Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law*, *supra* note 134, p. 186.

<sup>138</sup> Jean d'Aspremont llama a esto el “carácter normativo” del derecho; véase *Formalism and the Sources of International Law*, *supra*, nota 134, p. 29.

<sup>139</sup> Jean d'Aspremont, *supra* nota 136, p. 435.

<sup>140</sup> Friedrich Kratochwil, *Rules, Norms, and Decisions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989; Onuf, *supra* nota 113.

características específicas de la comunicación jurídica distingue al derecho de la política o la moral.

Kratochwil intenta evitar las falacias, por un lado, del positivismo jurídico al centrarse en la aplicación de reglas en vez de su creación y, por otro lado, las del positivismo sociológico al preferir tratar las regularidades del lenguaje en vez de la conducta. En ese sentido, consideran que el derecho internacional público es un “estilo de argumentación” particular. La argumentación jurídica es más precisa que la política, pues define no sólo los objetivos de una medida, sino también sus medios. Es más precisa que la argumentación moral, porque es independiente de la conciencia del que la aplica y se encuentra constreñida por límites procedimentales y por la necesidad de tomar una decisión. Esta definición conduce a cierto traslape en los márgenes entre el derecho, la política y la moral pero, en general, todavía es posible distinguir estos estilos discursivos adyacentes.<sup>141</sup> A la luz de este enfoque, el “*soft law*” podría ser derecho en el sentido estricto del término, siempre y cuando dé lugar a una argumentación jurídica. Kratochwil expone el ejemplo de un “*soft law*” que contiene un compromiso de continuar las negociaciones; el carácter jurídico de una norma, entonces, no depende de su forma.<sup>142</sup>

Pero el problema con esta teoría es su énfasis en la aplicación de reglas. Si la cualidad legal de una regla depende a su vez de las cualidades de los argumentos en torno a su aplicación, y si esta argumentación depende del contexto institucional, entonces al final será la institución que aplica una regla y no el discurso lo que decida la cualidad jurídica de la regla.<sup>143</sup> Así, la idea de Kratochwil de argumentación jurídica se apega a los argumentos que son presentados ante las cortes o tribunales en los que dos par-

---

<sup>141</sup> Kratochwil, *supra* nota 140, p. 205.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 200.

<sup>143</sup> A. Somek y N. Forgó, “Nachpositivistisches Rechtsdenken”, en Sonja Buckel *et al.* (eds.), *Neue Theorien des Rechts*, *supra*, nota 113, p. 281.

tes en pugna litigan frente a un tercero neutral con facultades de toma de decisión.<sup>144</sup> En cambio, no considera que los argumentos presentados en situaciones de negociación bilateral sean jurídicos, aun si las partes discuten sobre la aplicabilidad de ciertas reglas.<sup>145</sup> Estas reglas cuentan como política, y no como derecho, con lo que Kratochwil excluye a sendas partes del *soft law* de la definición de derecho, al igual que a amplias partes del derecho administrativo doméstico, como las directrices internas. Esto expone a la teoría de Kratochwil a una crítica similar a la que se esgrime contra el positivismo jurídico, en tanto en última instancia, utiliza un criterio formal (esto es, institucional) para la distinción entre el derecho y la política o la moral.<sup>146</sup> Esta teoría no tiene nada que ofrecer para las interrogantes planteadas por el hecho de que los tratados internacionales y el *soft law* pueden ser funcionalmente equivalentes, pues éste usualmente no es aplicado por las cortes o los tribunales, o al menos no de manera directa, sino sólo para efectos de facilitar la interpretación de otras normas. Luego, no toma en consideración el carácter “administrativo” o la naturaleza técnica de múltiples instrumentos de *soft law*.

La legitimidad del *soft law* o del *hard law* tampoco es tema de interés para Kratochwil. Para atribuirle el carácter de derecho, sólo importan el grado de precisión de una regla, o bien los patrones externos de argumentación, y no su legitimidad. Al igual que el positivismo sociológico, esta perspectiva puramente interna no puede capturar los debates continuos sobre la legitimidad del *soft law*. Por su parte, Nicholas Onuf intenta superar esta perspectiva puramente externa. Para que una perspectiva interna sea creíble,

---

<sup>144</sup> Kratochwil, *supra* nota 140, p. 212.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 209.

<sup>146</sup> Onuf, *supra* nota 113, p. 394; Jutta Brunnée y Stephen Toope, „International Law and Constructivism: Elements of an Interactional Theory of International Law“, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 39, Nueva York, Columbia Journal of Transnational Law Association, 2000, p. 39.

necesita identificar un argumento similar al de una norma fundante básica (Grundnorm) para la validez del derecho, y Onuf ubica esto en el lenguaje, basándose en la teoría de los actos de habla de Austin y Searle así como en sus transformaciones en teorías de la sociedad por Jürgen Habermas.<sup>147</sup> En ese tenor, cada acto de habla está caracterizado por un elemento ilocucionario que designa a una expresión realizada por el orador. Un ejemplo sería el postulado de que lo que expresa el emisor es una regla que tiene que ser obedecida por otros. El destinatario de tal expresión tiene que aceptarla si el acto de habla es “performativamente suficiente”, particularmente si cumple con las condiciones de validez que se requieren. Estas condiciones se siguen del uso del lenguaje o han sido acordadas de forma explícita y por adelantado.<sup>148</sup> En síntesis, Onuf esboza una teoría del reconocimiento, aunque a diferencia de H.L.A. Hart, dicho reconocimiento tiene una relevancia puramente lingüística y no requiere de ninguna forma de aceptación social más allá del lenguaje.<sup>149</sup> Una regla jurídica puede serlo aun si no hay presión social que induzca al cumplimiento, o bien si la única sanción disponible es la amenaza de que las acciones y los actos de habla de una persona que rechaza una regla legítima no serán comprendidos. Las instituciones no son necesarias para el establecimiento de reglas, sino que simplemente estabilizan las condiciones de validez y garantizan que el contenido no cambiará de manera muy rápida.<sup>150</sup>

Esta teoría permite entender prácticamente a todos los tipos de *soft law* como derecho en estricto sentido, ya que la naturaleza jurídica de una norma está en función de sus propiedades lingüísticas y no de su carácter formal. El concepto de “condiciones de validez”

<sup>147</sup> Onuf, *supra* nota 113, p. 397.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 406.

<sup>149</sup> Véase, además, G. Gottlieb, “The Nature of International Law: Toward a Second Concept of Law”, en Cyril E. Black y Richard A. Falk (eds.), *The Future of the International Legal Order, Vol. 4: The Structure of the International Environment*, Princeton, Princeton University Press, 1972, p. 331.

<sup>150</sup> Onuf, *supra* nota 113, p. 399.

garantiza cierto nivel de abstracción y generalidad para el marco conceptual. La única desventaja es que la teoría de Onuf no parece funcionar si se le observa más de cerca, pues equipara a las reglas morales con las jurídicas. Si bien el discurso racional podría producir un acuerdo respecto de los principios morales abstractos, la experiencia nos enseña que esto no tiene que ser el caso para las reglas jurídicas. Las personas a menudo disienten y desobedecen, y aunque la desobediencia sistemática dejaría intactas a las reglas morales, no puede decirse lo mismo de las reglas jurídicas.<sup>151</sup>

### 3. FRAGMENTACIÓN Y DIFERENCIACIÓN DE LA SOCIEDAD GLOBAL: LA TEORÍA DE SISTEMAS

La diferencia fundamental entre la teoría de sistemas y la academia del análisis crítico es que aquélla distingue entre el derecho y la política, al concebirlos como sistemas comunicativos separados y autónomos. Sin embargo, a diferencia del positivismo jurídico, esta teoría no sostiene que el derecho tenga un impacto en la política. Para entender esta separación entre el derecho y la política, se requiere de una aproximación hacia la visión de la sociedad de Niklas Luhmann, quien adopta un ángulo extremo frente a los grandes temas de la modernidad, específicamente la diferenciación de la sociedad y la enajenación del individuo. Él termina por disolver al individuo como una entidad sociológica y descarta cualquier acentuación filosófica del sujeto. En su lugar, sostiene que la sociedad está compuesta de varios sistemas comunicativos separados. Cada sistema es caracterizado por un código binario específico que determina cuáles actos comunicativos pertenecen al sistema.<sup>152</sup> En el caso del derecho, el código relevante es legal/ilegal.<sup>153</sup> Sólo los actos específicos y concretos de aplicación forman parte del sistema jurídico, no las reglas

<sup>151</sup> Habermas, *supra* nota 8, p. 45.

<sup>152</sup> Luhmann, *supra* nota 111.

<sup>153</sup> Luhmann, *supra* nota 8, p. 38.

jurídicas abstractas. La validez de las normas jurídicas es únicamente un símbolo que guía la comunicación legal,<sup>154</sup> mientras que la política es otro sistema, con códigos diferentes. A su vez, la comunicación entre dos sistemas es errática y coincidental porque obedecen a diferentes lógicas discursivas. Incluso los “acoplamientos estructurales”, como el discurso constitucional que tiene relevancia tanto para el derecho como para la política, no aseguran que un mismo acto comunicativo sea de igual importancia para ambos sistemas.<sup>155</sup>

Gunther Teubner y Andreas Fischer-Lescano aplican la teoría de sistemas de Luhmann a las relaciones internacionales contemporáneas, en los tiempos de la gobernanza global. Señalan que la globalización conduce a una diferenciación funcional de la sociedad, la cual prevalece por encima de la anterior diferenciación, que era territorial.<sup>156</sup> Los sistemas funcionalmente diferenciados, como el comercio o las finanzas mundiales, tienden hacia un desarrollo de regímenes jurídicos que son adaptados a su racionalidad específica,<sup>157</sup> y se conectan con ellos a través de los acoplamientos estructurales.<sup>158</sup> El *soft law* o el derecho privado pueden estar presentes en el núcleo de dichos regímenes.<sup>159</sup> En atención a su aproximación funcional y comunicativa hacia el derecho, esta teoría considera que todo el *soft law* es jurídico, sin importar que tenga relevancia para la formación de la costumbre o la interpretación del derecho de los tratados o no. Empero, esta teoría es incapaz de lidiar de manera apropiada con los temas de legitimidad, pues éstos presuponen una visión del mundo que posiciona al sujeto en el centro del escenario.

---

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 98.

<sup>155</sup> *Ibid.*, p. 440.

<sup>156</sup> Gunther Teubner y Andreas Fischer-Lescano, *Regime-Kollisionen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2006, p. 37.

<sup>157</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>158</sup> *Ibid.*, p. 55 (“regímenes autoconstitucionales”).

<sup>159</sup> Gunther Teubner, “Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society”, en Gunther Teubner (ed.), *Global Law without a State*, Brookfield, Dartmouth, 1997, p. 22.

La teoría de sistemas sólo puede observar los efectos de estos debates en el sistema jurídico, pero no puede abordarlos directamente.<sup>160</sup> La principal preocupación normativa de Teubner y Fischer-Lescano parece ser la preservación de la funcionalidad del sistema jurídico. Con el propósito de garantizar un nivel básico de coherencia, sugieren el establecimiento de conexiones puntuales entre los distintos regímenes auto-constitucionales. Las soluciones jerárquicas o institucionales que reestablecen la unidad del derecho no están disponibles para esta teoría, y lo único que se puede hacer es disminuir las pérdidas.<sup>161</sup>

Otra propuesta basada también en la teoría de los sistemas, es la de Calliess y Renner, en la que introducen un umbral institucional en el concepto de derecho, a diferencia de la moral: el derecho presupone que hay una solución de disputas por un tercero ajeno.<sup>162</sup> No es sólo la dificultad de apreciar cómo esta postura podría ser compatible con la teoría de sistemas, dado que ésta enfatiza la comunicación y aparta a los requerimientos institucionales para la definición de un sistema. Esta visión también está expuesta a la crítica que se ha presentado en contra de la teoría de Kratochwil, en cuanto a los límites de su énfasis en los tribunales.

#### 4. ENTRE LA SOBERANÍA Y LA COMUNIDAD INTERNACIONAL DE CIUDADANOS: PERSPECTIVAS RECIENTES DE DERECHO PÚBLICO

En la doctrina contemporánea se ha presenciado una renovación de las teorías del derecho positivistas, que aspiran a un concepto de

<sup>160</sup> Gunther Teubner, “Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz-oder Transzendenzformel des Rechts?”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, vol. 29, Stuttgart, Lucius & Lucius, 2008, p. 9.

<sup>161</sup> Gunther Teubner y Andreas Fischer-Lescano, *supra* nota 156, pp. 57, 170. Una versión previa tiene un tono más optimista: Gunther Teubner, “Economic Globalization and the Emergence of *lex mercatoria*”, en *European Journal of Social Theory*, vol. 5, Londres, Sage Publications, 2002, p. 207.

<sup>162</sup> Graf-Peter Calliess y Moritz Renner, “Between Law and Social Norms: The Evolution of Global Governance”, en *Ratio iuris*, vol. 22, Hoboken, John Wiley & Sons, 2009, p. 260.

derecho que sea esencialmente orientado hacia las reglas, pero a la vez integran las aportaciones del positivismo sociológico en el papel del *soft law* en el ámbito internacional, retoman con seriedad la crítica posmoderna, y se ocupan de la legitimidad. Debido a este último aspecto, las denomino corrientes teóricas de derecho público. Se pueden distinguir dos subgrupos dentro de esta vertiente de la investigación: El primer subgrupo ofrece una visión holística e imagina al orden internacional como una comunidad internacional de valores compartidos, lo que proporciona un fundamento para los estándares universales a partir de los cuales es posible medir la legitimidad del *soft law*. A su vez, el segundo subgrupo enfatiza la pluralidad y diversidad entre los diferentes colectivos y sus valores, y pretende desenmarañar los marcos institucionales que respetan esta pluralidad.

#### A. EL NUEVO *JUS GENTIUM*: LON FULLER Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

El primer subgrupo dentro de las corrientes teóricas de derecho público se sitúa en el contexto del debate sobre el surgimiento del derecho administrativo global. Jutta Brunneé, Stephen Toope, David Dyzenhaus y también Jan Klabbers, optan por un enfoque no-positivista dentro de este subgrupo.<sup>163</sup> Apoyan sus postulados en los ocho criterios de legalidad de Lon Fuller que cualquier regla necesita satisfacer para ser considerada derecho. De otro modo, dicha regla no es jurídica y en especial, no es legalmente vinculante

---

<sup>163</sup> Jutta Brunneé, “Reweaving the Fabric of International Law? Patterns of Consent in Environmental Framework Agreements”, en Rüdiger Wolfrum y V. Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Heidelberg, Springer, 2005, p. 101; Jutta Brunneé y S. J. Toope, *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; Jan Klabbers, “Constitutionalism and the Making of International Law: Fuller’s Procedural Natural Law”, *No Foundations: Journal of Extreme Legal Positivism*, vol. 5, No Foundations, 2008, p. 84; David Dyzenhaus, “Accountability and the Concept of (Global) Administrative Law”, *International Law and Justice Working Paper 2008/7*, Nueva York, New York University, 2008.

sino que sólo sirve a propósitos políticos (“dirección gerencial”).<sup>164</sup> Conforme a esta teoría, los principios jurídicos universales ilustran sobre la validez jurídica de las reglas, mientras que la importancia del consentimiento estatal es menor.

Además de los criterios de legalidad de Fuller, Brunnée y Toope sostienen que para poder ser capaz de influir en la conducta, el derecho internacional tiene que estar basado en una comprensión compartida sobre los asuntos y problemas que son el objeto de regulación, y que necesita haber una práctica continua que mantenga y desarrolle aún más esa comprensión compartida.<sup>165</sup> Dyzenhaus señala que una norma jurídica internacional requiere ser adoptada por una organización administrativa global y, adicionalmente, que los requisitos de validez puedan derivar del derecho de esa organización.<sup>166</sup> Aunque estas propuestas tienen la ventaja de entender al *soft law* como derecho, aplican el mismo estándar de legitimidad a las reglas de todo tipo, sin importar qué tan diferentes sean entre sí. Esto sólo funciona si dicho estándar es muy bajo y se caracteriza por un alto grado de generalidad; en efecto, los criterios de Fuller no fijan un umbral muy elevado a este respecto. No fue accidental el hecho de que H. L. A. Hart considerara a la teoría de Fuller como una contribución para la creación efectiva de derecho, pero no para su legitimidad.<sup>167</sup> Muchos de los aspectos neurálgicos de la gobernanza global que menoscaban su legitimidad, como las competencias superpuestas o inciertas, la falta tanto de una equidad procedimental, como de un control judicial, o bien de representa-

---

<sup>164</sup> Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964, p. 33. Esos criterios son generalidad, promulgación, retroactividad limitada, claridad, ausencia de contradicciones, el no exigir lo imposible, la constancia en el transcurso del tiempo, y congruencia entre la acción oficial y la regla publicada.

<sup>165</sup> Brunnée y Toope, *supra* nota 163, pp. 53-4, 350-2.

<sup>166</sup> Dyzenhaus, *supra* nota 163, p. 1.

<sup>167</sup> H. L. A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en *Harvard Law Review*, vol. 71, Cambridge, Harvard University Press, 1958, p. 593.

ción adecuada o participación, no son abordadas por la teoría de Fuller. Por otro lado, si el estándar de legitimidad es demasiado alto, y los requisitos de comprensiones compartidas parece ser un alto estándar para las sociedades desilusionadas y diferenciadas funcionalmente, este concepto colapsa en su totalidad. No hay muchas reglas que podrían cumplir con esas exigencias, y serían demasiado pocas para las necesidades de un mundo complejo.

Klabbers y Kingsbury evitan este problema al proponer una serie de criterios más detallados. Klabbers inicia con la presunción de que todos los enunciados normativos podrían ser considerados derecho si han recibido el consentimiento de aquellos involucrados en el proceso de toma de decisiones.<sup>168</sup> Uno podría refutar esta presunción al mostrar que la regla no cumple con los criterios de Fuller, ni criterios adicionales como su contenido (la regla es enteramente discrecional y por lo tanto política, no jurídica), su contexto (la intención de los autores era que la regla fuese no-vinculante), su origen (los autores carecen de la autoridad necesaria para crear derecho), aspectos procedimentales (p.ej., los autores no son representativos del grupo o comunidad para el que quieren legislar), o su temática (p.ej. la regla es sobre asuntos triviales).<sup>169</sup>

Benedict Kingsbury se apoya en los “principios de derecho público” en lugar de los ocho criterios de Fuller.<sup>170</sup> Su propuesta presenta un balance delicado entre los elementos positivistas y los no-positivistas. Por una parte, elige un punto de partida definitivamente positivista, que sería la teoría de las reglas de reconocimiento

---

<sup>168</sup> Jan Klabbers, “Law-Making and Constitutionalism”, en Jan Klabbers, Anne Peters, y Geir Ulfstein (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 115, 122. Sin embargo, véase también Klabbers, *supra* nota 163, pp. 105-8, en donde afirma que los criterios de Fuller son suficientes por y en sí mismos.

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>170</sup> Benedict Kingsbury, “The Concept of ‘Law’ in Global Administrative Law”, en *The European Journal of International Law*, vol. 20, Florencia, European University Institute, 2009, p. 23.

de H. L. A. Hart.<sup>171</sup> Él considera que los principios de publicidad (en cuanto a carácter de público) son componentes aceptados de la regla de reconocimiento.<sup>172</sup> En consecuencia, elige un método inductivo y extrae cinco principios generales de publicidad de la práctica de las instituciones internacionales, que son: la legalidad, la racionalidad, la proporcionalidad, el estado de derecho y los derechos humanos,<sup>173</sup> así como ciertos principios procedimentales más específicos para los órganos administrativos globales, como el control judicial, la fundamentación, la participación y la transparencia.<sup>174</sup> Por otro lado, la razón para el reconocimiento de estos principios parece ser no-positivista, pues salvaguardan la autonomía individual y garantizan que el derecho corresponda con la voluntad general de la sociedad, esto es, que sea una regla de la sociedad para la sociedad.<sup>175</sup> Esta idea de autonomía parece ser la razón por la cual los principios de publicidad supuestamente tienen que ser aplicables para todos los actores en todos los niveles, tanto privado como público, a manera de una regla de reconocimiento universal, lo que evoca la idea de Grocio del *jus gentium*.<sup>176</sup> Y esta idea también explica por qué Kingsbury no concibe a cada principio como un componente necesario de la regla de reconocimiento en cada caso. Dependiendo de la manera en que un instrumento específico de *soft law* afecte la autonomía, también podría ser voluntario en el sentido

<sup>171</sup> *Ibid.*, p. 30. Kingsbury parece pensar en un positivismo jurídico incluyente. En torno a este punto, véase A. Somek, “The Concept of Law in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury”, en *The European Journal of International Law*, vol. 20, Florencia, European University Institute, 2010, p. 990.

<sup>172</sup> Kingsbury, *supra* nota 170, p. 30.

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>174</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>175</sup> Kingsbury, *supra* nota 170, p. 31.

<sup>176</sup> Benedict Kingsbury, “Omnilateralism and Partial International Communities: Contributions of the Emerging Global Administrative Law”, en *Journal of International Law and Diplomacy*, vol. 104, Tokyo, Japanese Society of International Law, 2005, p. 110; véase Hugo Grocius, *The Rights of War and Peace, Book 3* (1625, reimpression de 1738), Capítulo I.

de que refuerza la autoridad de un instrumento en la medida en que sea más respetado.<sup>177</sup>

Ambas propuestas no sólo aseguran un alto nivel de legitimidad para el *soft law*, sino que también se abstienen de aplicar el mismo estándar a todos los tipos de derecho *soft* y *hard*. Esta cuestión no es de tipo binario, en el sentido de que un instrumento de *soft law* o bien está de conformidad con los criterios de Fuller o los principios del derecho administrativo global o no lo está, sino se trata más bien del grado en que lo está, lo que permite una diferenciación significativa. Si una regla no cumple con el nivel mínimo de conformidad, no es jurídicamente vinculante y sólo tiene relevancia política. No obstante, la flexibilidad en la aplicación de estos principios y criterios conlleva ciertas deficiencias pues, como lo admite Klabbbers, su conjunto de criterios podrían dar lugar a más preguntas que respuestas.<sup>178</sup> Al amalgamar los conceptos de legitimidad y legalidad, estas propuestas producirían un vasto número de reglas con un estatus jurídico incierto y que no lograrían atravesar el umbral de legitimidad/validez. Asimismo, el contenido de los principios que constituyen este umbral podría dar lugar a profundos desacuerdos. En contraste, el derecho en una visión de positivismo jurídico, al que Kingsbury se quiere adherir de forma explícita, está usualmente asociado con la racionalidad formal.<sup>179</sup> Parece problemático incluir un grado tan alto de incertidumbre en la regla de reconocimiento ya que, ciertamente, el establecimiento de una regla a partir de la costumbre jurídica internacional es frecuentemente muy desordenado. Pero esto muestra exactamente cuál es la ventaja del derecho de los tratados o el *soft law* producido por las organizaciones internacionales respecto de la costumbre internacional. Los enfoques ofrecidos por Klabbbers y Kingsbury hacen de lado esta ventaja, y quizá sus

---

<sup>177</sup> Kingsbury, *supra* nota 170, p. 27.

<sup>178</sup> Klabbbers, *supra* nota 168, p. 122.

<sup>179</sup> Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1922, edición de 1972, p. 468, Parte 2, Capítulo VII, párr. 5.

propuestas serían mejor entendidas como teorías sobre la legitimidad del *soft law* que como teorías jurídicas en sentido estricto.

De manera adicional, no es muy claro cuál es el fundamento para la validez de los criterios adicionales de Klabbbers y los principios de publicidad de Kingsbury. La inducción a partir de la práctica de los tribunales internacionales y nacionales prevalece sobre una racionalidad deductiva o dialéctica. Es difícil explicar por qué los tribunales nacionales e internacionales deben tener legitimidad para poder decidir asuntos tan contingentes. Este método se asemeja a la noción de Grocio de derecho natural que se refleja en la práctica de estados civilizados,<sup>180</sup> o a la idea de un derecho basado en la razón. Sería difícil reconciliar esto con una concepción contemporánea y pluralista de la autonomía.<sup>181</sup> Las instituciones y los procedimientos más representativos podrían estar mejor posicionados para decidir sobre estas cuestiones. Por lo tanto, sería mejor considerar inicialmente a estos principios como propuestas políticas, no como reglas jurídicas listas para usarse. El argumento de Kingsbury de que, al elegir adoptar una regla jurídica, sus autores incurren en la obligación de respetar esos principios de publicidad<sup>182</sup> me parece circular, dado que estos principios en primer lugar pretenden definir lo que se considera derecho.

#### B. EL PLURALISMO EN SERIO: PERSPECTIVAS DELIBERATIVAS

El segundo subgrupo de corrientes teóricas de derecho público enfatiza el establecimiento de mecanismos deliberativos con el propósito de garantizar la legitimidad del *soft law*.<sup>183</sup> Creen que es ventajoso separar conceptualmente a la validez y a la legitimidad a

---

<sup>180</sup> Grotius, *supra* nota 46, Libro 1, Capítulos I, XII.

<sup>181</sup> Somek, *supra* nota 171, p. 991.

<sup>182</sup> Kingsbury, *supra* nota 170, *passim*.

<sup>183</sup> Véase también Nico Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, Capítulo 7.

fin de preservar el grado de certidumbre jurídica que se espera de cualquier teoría basada en el positivismo jurídico. La legitimidad también es considerada demasiado controvertida, en el marco de una comunidad internacional heterogénea y pluralista, como para poder erigirse en criterio para la validez de las reglas jurídicas.

Samantha Besson defiende un enfoque de este tipo, al basarse en la teoría de Joseph Raz sobre la autoridad del derecho.<sup>184</sup> De acuerdo con Raz, la aspiración a tener autoridad legítima es intrínseca a toda norma jurídica, aun cuando los asuntos de legitimidad no necesariamente afectan la validez del derecho.<sup>185</sup> Ello no debería entenderse como la pretensión de que hay un deber moral de obedecer una regla particular, sino como un aspecto funcional del derecho que fortalece el cumplimiento. Bajo la “tesis de la justificación normal”, una norma jurídica es legítima si hay razones para presumir que obedecer la ley sería generalmente más racional que apoyarse en los razonamientos idiosintráticos propios.<sup>186</sup> Besson le da un giro deliberativo a la tesis de la justificación normal, al argumentar que una regla de derecho internacional público supuestamente proporciona una guía racional si es el resultado de un proceso deliberativo que involucra a todos los grupos cuyos intereses esenciales son afectados por la regla. Esto es lo que ella denomina “demoi-cracia” global.<sup>187</sup>

---

<sup>184</sup> Samatha Besson, “Theorizing the Sources of International Law”, en Samatha Besson y John Tasioulas (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 173; véase también Samatha Besson, “The Authority of International Law: Lifting the State Veil”, en *Sydney Law Review*, vol. 31, Sydney, University of Sydney, 2010, p. 352.

<sup>185</sup> Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 5.

<sup>186</sup> Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press, 1988, pp. 53, 69.

<sup>187</sup> Samatha Besson, “Institutionalising Global Demoi-Cracy”, en L.H.Meyer (ed.), *Legitimacy, Justice and Public International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 58; Samatha Besson, “Theorizing the Sources”, *supra* nota 184, p. 178.

Aunque uno no comparta esta postura,<sup>188</sup> se trata de un importante paso hacia una idea de legitimidad que sea proporcional frente a las sociedades pluralistas. Pero este aspecto positivo es puesto en marcha por una concepción binaria, del tipo de las fuentes del derecho internacional, dado que Besson no considera que el *soft law* sea una forma de diferente de derecho en términos cualitativos, sino sólo como una etapa en el desarrollo de una “verdadera” regla jurídica internacional vinculante.<sup>189</sup> Por ende, su afirmación de que la normatividad jurídica puede ser relativa sólo debería ser aceptada en un sentido evolucionario: Desde su versión inicial hasta convertirse en la regla jurídica vinculante final, el derecho transcurre a través de varias etapas en las cuales debería tener algunos efectos jurídicos indirectos.<sup>190</sup> Esto se asemeja a la postura moderna del positivismo jurídico. Con este proceder, Besson deja ir una parte del potencial de su propuesta para enfrentar las cuestiones de legitimidad en torno al *soft law*, ya que si éste no es considerado como derecho propiamente dicho, entonces no presupone tener autoridad legítima y, por lo tanto, no necesita respetar los estándares de una “demoi-cracia”.

Klaus Günther sugiere otra aproximación discursiva. A primera vista, su concepto de derecho se asemeja a la idea de Luhmann del derecho como un sistema comunicativo de código binario: en su opinión, aun en un orden internacional fragmentado, el derecho se caracteriza por un “código universal de legalidad”, un meta-lenguaje que es común a todas las reglas jurídicas. Pero, a partir de aquí, Günther emprende una ruta definitivamente diferente de que lo aleja de Luhmann y lo acerca a Habermas. A diferencia del código binario de Luhmann, él considera que la función del código uni-

---

<sup>188</sup> Besson no especifica por qué prefiere los mecanismos deliberativos. Yo considero que ella reconoce que las instituciones y los procedimientos deliberativos son rutas prometedoras para alcanzar decisiones justas en sociedades pluralistas.

<sup>189</sup> Besson, “Theorizing the Sources of International Law”, *supra* nota 184, p. 171.

<sup>190</sup> *Ibid.*, p. 174.

versal de legalidad no se limita a esbozar una distinción entre actos legales e ilegales, sino que ese código universal más bien pretende garantizar que las normas jurídicas sean justas. Para este propósito, Günther enriquece el código universal con una serie de principios normativos derivados de ciertas ideas relacionadas con el uso del derecho como una forma de comunicación, por ejemplo, los derechos fundamentales, el debido proceso y la posibilidad de sanciones.<sup>191</sup> Para poder ser “jurídicas”, las normas tienen que respetar estos principios. Hasta aquí, la teoría de Günther se asemeja fuertemente a las propuestas de Klabbers y Kingsbury, pero hay una diferencia fina, aunque destacable. Günther reconoce el carácter fundamentalmente incierto y esencialmente impugnado de estos principios en una mayor medida que Klabbers y Kingsbury. En consecuencia, no los aborda desde el inicio como criterios de validez. En un primer momento, su función es sólo la de informar y estimular el debate sobre la legitimidad democrática de la autoridad pública. El contenido específico de estos principios en situaciones específicas todavía tiene que ser establecido en procesos deliberativos. En esos discursos, los distintos actores involucrados en un régimen particular se enredarían a sí mismos tarde o temprano a través de las posiciones que adoptan en torno a estos principios, y esto eventualmente concretizaría el código universal de legalidad respecto de ese régimen. Esta teoría parece ser adecuada para un orden internacional pluralista y fragmentado; empero, Günther arguye que el código universal de legalidad podría inducir un proceso de constitucionalización, particularmente de concretización de los múltiples principios y su transformación en criterios positivos de validez.<sup>192</sup> Él sostiene que esto presupone el desarrollo de un sistema de derechos individuales.<sup>193</sup>

---

<sup>191</sup> Klaus Günther, “Legal Pluralism or Uniform Concept of Law? Globalisation as a Problem of Legal Theory”, *No Foundations: Journal of Extreme Legal Positivism*, vol. 5, No Foundations, 2008, p. 16.

<sup>192</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>193</sup> *Ibid.*, p. 17.

Ciertamente, el enfoque de Günther toma en cuenta la variedad de *soft law* visible en las relaciones internacionales en tiempos de gobernanza global, y también vincula su concepto de derecho con cuestiones sobre legitimidad, sin comprometer la distinción conceptual entre validez y legitimidad. No obstante, no queda claro cómo tendrían cabida los instrumentos no-jurídicos, como los reportes de PISA. El vínculo intrínseco que establece Günther entre el concepto de derecho y la aplicación de principios para la legitimidad del poder afecta la habilidad de su teoría de ir un paso adelante y concebir a los ejercicios de autoridad más allá de la forma del derecho.

## VI. HACIA UN CONCEPTO DE AUTORIDAD PÚBLICA

Las corrientes teóricas de derecho público parecen ofrecer una reacción adecuada a los dos retos presentados al inicio de este artículo. Particularmente, la propuesta de Klaus Günther diseña una imagen sofisticada del *soft law* y no sólo lo considera como una proto-forma de derecho vinculante, sino que está inherentemente ligado a cuestiones de legitimidad democrática en una manera que no compromete la certidumbre jurídica ni se basa en principios de publicidad reminiscentes del derecho natural. Sin embargo, dicha propuesta no es apta para lidiar con instrumentos no-jurídicos, como la información por sí misma, y los problemas de legitimidad que plantean. La causa de raíz de este problema reside en el papel central que esta y otras corrientes teóricas de derecho público le atribuyen al concepto de derecho, pues según ellas la única forma de autoridad reconocida es la jurídica. Cualquier otra forma de autoridad está destinada a ser jurídicamente irrelevante y a la luz de esto, no debería sorprender que, hasta hace poco, los académicos del derecho no habían prestado mucha atención a los instrumentos no-jurídicos. Mientras que los mecanismos de control del cumplimiento, como los procedimientos de reporte, han recibido algo de atención a partir de una visión del practicante, otros instrumentos

no-jurídicos como los indicadores han sido sometidos a un escrutinio doctrinal sólo hasta muy recientemente.<sup>194</sup> Lo que parece estar ausente es un enfoque uniforme que permita incluir tanto al *soft law* como a instrumentos no-jurídicos, es decir, cada instrumento que no pertenece a las fuentes tradicionales de derecho internacional.

En consecuencia, en el derecho internacional debería emprenderse la ruta planteada por Foucault para la teoría política y “cortarle la cabeza al rey” en el marco del pensamiento jurídico internacional.<sup>195</sup> En vez de situar el concepto de derecho en el centro, debería pensarse en la autoridad de una manera más amplia que sea proporcional a las actividades de las instituciones internacionales contemporáneas. Lo que se necesita es una conceptualización legal de la autoridad pública internacional, cuyo concepto debería ser entendido de manera lo suficientemente amplia como para abarcar a todos los instrumentos de instituciones internacionales, sean jurídicos o no, formales e informales, privados y públicos, que afecten a la libertad individual y colectiva y, por lo tanto, que necesiten ser legitimados por un régimen de derecho público. En contraste, los instrumentos que no comprometen la libertad colectiva, sino sólo la individual de aquellos que otorgan su consentimiento, como los contratos puramente privados, no encuadrarían dentro del concepto de autoridad pública internacional.<sup>196</sup>

Dado que este concepto de autoridad pública internacional será necesariamente muy amplio y general, debería ser complementado

---

<sup>194</sup> Keith E. Davis, Benedict Kingsbury, y Sally E. Merry, “Indicators as a Technology of Global Governance”, en *Institute for International Law and Justice Working Papers*, Nueva York, New York University, 2010. Sobre los reportes PISA, véase Bogdandy y Goldmann, *supra* nota 7.

<sup>195</sup> Véase Michel Foucault, *The History of Sexuality*, Vol. 1, Londres, Penguin, 1998, p. 88.

<sup>196</sup> Dibujamos los contornos de este concepto en Armin von Bogdandy, Philipp Dann, y Matthias Goldmann, “Developing the Publicness of International Public Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities”, en *German Law Journal*, vol. 9, Stuttgart, 2008, p. 1375.

por un conjunto no enumerativo de instrumentos estándar, de tipos ideales instrumentales. Uno puede imaginar a las fuentes tradicionales del derecho internacional como ejemplos sobre la manera en que operan los instrumentos estándar, y necesitan ser complementados por nuevos instrumentos para los típicos casos de *soft law* o de los que no son jurídicos del todo. Estos nuevos instrumentos estándar tendrían la función de ligar a formas específicas de autoridad pública con ciertos estándares instrumentales, procedimentales y sustantivos que garanticen un nivel adecuado de legitimidad para este tipo de autoridad pública.<sup>197</sup> Deberían ser lo suficientemente generales y abstractos a fin de darle orden al flujo de instrumentos de gobernanza que emanan de las instituciones internacionales, y lo suficientemente concretos para asegurar la legitimidad de cada instrumento específico que se incluye. En el largo plazo, esta conceptualización doctrinal podría permitir generar un balance entre la necesidad de adaptarse a circunstancias cambiantes y los valores que subyacen a la racionalidad formal del derecho positivo. El desarrollo de propuestas para instrumentos estándar es, en primer lugar, una tarea para la doctrina jurídica, pues dichas propuestas podrían proporcionar procesos discursivos a las instituciones internacionales y conducir a la adopción de instrumentos estándar en la práctica del derecho positivo de las instituciones internacionales, y quizá eventualmente a la formación de costumbre jurídica. El énfasis en la distinción entre propuestas no-válidas y reglas jurídicas válidas que permiten una visión interna es lo que sitúa firmemente a este enfoque en la tradición positivista.

En este marco, el concepto de derecho desempeñaría un papel modificado. Sería descartado de la función de identificar actos autoritativos de los que no lo son, pero también serviría para la identificación de actos autoritativos que dan lugar inmediatamente a expec-

---

<sup>197</sup> Matthias Goldmann, "Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority", en *German Law Journal*, vol. 9, Stuttgart, 2008, p. 1865.

tativas normativas, en contraposición con los actos autoritativos que dan lugar a expectativas cognitivas.<sup>198</sup> Los instrumentos jurídicos estándar funcionarían de maneras similares a las fuentes tradicionales, con la única diferencia de que también incluirían al *soft law*.

El concepto de autoridad pública internacional no estaría relacionado necesariamente con ninguna teoría específica de legitimidad, aunque las aproximaciones de Samantha Besson y Klaus Günther muestran el potencial de la teoría del discurso en los escenarios pluralistas. Si bien los instrumentos estándar que las instituciones internacionales podrían adoptar algún día probablemente serían una mezcla de diferentes teorías, prácticas e intereses, sería útil que las corrientes doctrinarias que inician su formación estén basadas en una teoría que permita una pluralidad de visiones del mundo. La teoría del discurso permite la inclusión de perspectivas opuestas, e inicia a partir de la asunción de que, a simple vista, la mayoría de las personas están en desacuerdo sobre casi cualquier cosa. Esto la vuelve especialmente apta para lidiar con la naturaleza esencialmente impugnada de la justicia en un orden internacional pluralista.

---

<sup>198</sup> Esto matiza lo que escribí en Goldmann, *supra*, nota 197, p. 1907, lo que ha sido criticado por Klabbers, *supra*, nota 168, p. 102. No considero que la distinción entre derecho vinculante y no vinculante sea imprecisa como criterio para una distinción teóricamente contundente entre diferentes formas de autoridad, en comparación con otros criterios. Pero el criterio de vinculatoriedad no debería ser equiparado con la distinción entre los actos que son autoritativos y los que no lo son.