DERECHO INTERNACIONAL CURSO GENERAL

ANTONIO REMIRO BROTONS

*Catedrático de Derecho Internacional Público
de la Universidad Autónoma de Madrid*

ROSA RIQUELME CORTADO

*Catedrática de Derecho Internacional Público
de la Universidad de Murcia*

ESPERANZA ORIHUELA CALATAYUD

*Catedrática de Derecho Internacional Público
de la Universidad de Murcia*

JAVIER DíEZ-HOCHLEITNER

*Catedrático de Derecho Internacional Público
de la Universidad Autónoma de Madrid*

LUIS PÉREZ-PRAT DURBAN

*Catedrático de Derecho Internacional Público
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

tirant lo blanch

Valencia, 2010

Otro tanto cabe decir en relación con lo segundo. Mediante el recurso a determinadas cabeceras blandas o polivalentes se insufla ambigüedad sobre el reconocimiento de la subjetividad internacional de una de las partes por la otra. Un Estado no suscribe *tratados* o *convenios* con entes cuya personalidad internacional desea mantener entre corchetes. En este sentido es sugerente la forma en que el Ministerio español de Asuntos Exteriores informó acerca del comunicado conjunto hispano-británico de 27 de octubre de 2004 “sobre el que el ministro principal de Gibraltar...había sido consultado y...expresado de forma separada su acuerdo”. Según el comunicado se establecía un “nuevo foro de diálogo a tres bandas sobre Gibraltar” a base de una agenda abierta en la que cada una de las partes, “sin perjuicio de su respectivo *status* constitucional (incluyendo el hecho de que Gibraltar no es un Estado soberano e independiente)”, podría plantear cualquier asunto, tener voz propia y separada y participar sobre la misma base. El comunicado puntualizaba que “cualquier decisión o acuerdo alcanzado en el foro deberá ser acordado por cada uno de los tres participantes” y añadía: “Si las tres partes desean adoptar una decisión...respecto a un asunto sobre el que el acuerdo formal debiese ser, de forma apropiada, entre España y el Reino Unido, se entiende que el Reino Unido no prestará su correspondiente acuerdo sin el consentimiento del Gobierno de Gibraltar” (v. par. 64).

En cuanto a lo tercero, la práctica de la Unión Europea sugiere un cierto sentido discriminatorio, de clase, cuando reserva los *tratados*, que son concluidos por los Estados miembros, para dar forma a su constitución material, y denomina *acuerdos*, según los tratados, a los concluidos bilateralmente por las instituciones de la Unión.

Otro tanto cabe advertir cuando la capacidad convencional se contempla desde los entes territoriales que componen el Estado: en Estados Unidos se denominan *agreements* o *compacts* los acuerdos celebrados por los Estados federados; en Argentina, la Constitución enmendada en 1994 (art. 124) facultó a las provincias para celebrar *convenios* internacionales dentro de ciertos límites. Consciente o subliminalmente, el término *tratado* es omitido.

Por último, la denominación del acuerdo escrito, irrelevante en principio internacionalmente, puede no serlo en el orden interno, y así lo reconoce la misma Convención de Viena (art. 2.2). No es recomendable, pero nada impide a los Derechos estatales acuñar para el *tratado* —o para otros títulos— una acepción particular y dotarla de efectos jurídicos.

A nadie escapa, por ejemplo, la repercusión que ha tenido en Estados Unidos la distinción —nacida de la práctica— entre los *treaties* y los *executive agreements*, sea por su conclusión (con intervención o no del Senado actuando por mayoría de dos tercios), sea por su rango (por encima o no de las leyes de los Estados miembros de la Unión), sea por las garantías de su cumplimiento, especialmente las financieras. Más allá de lo jurídico, *treaties* y *executive agreements* han escalafonado moral y políticamente a las contrapartes, separando a los amigos de los hijos de perra (siempre desde una óptica washingtoniana). En las

relaciones hispano-norteamericanas, por ejemplo, si los *executive agreements* avalaron al general Franco desde 1953, un *treaty* hizo lo propio en 1976 con el gobierno gestor de la transición a la democracia formal...

En España el acarreo terminológico, acentuado por la Constitución vigente —que se refiere unas veces a *tratados* (en la cabecera del capítulo tercero del Título III y en sus arts. 11.3, 13.1 y 3, 63.2, 93, 94.1.a, 95 y 96.1) y otras a *tratados* y *acuerdos* (art. 10.2), *acuerdos* (art. 39.4) y *tratados* o *convenios* (arts. 94, salvo en el num.1.a, y 96.2)— no ha respondido en principio a diferencias de noción y régimen aplicable sino a la ligereza y, acaso, al deseo de subrayar por vía de redundancia el amplio contenido del género. La adhesión española a la Convención de Viena y la práctica lo confirman. El hecho de que en el artículo 94.1 de la Constitución, que dispone la autorización parlamentaria de la conclusión de una lista de tratados, el apartado *a* se refiera sólo a los *tratados* de carácter político, mientras el resto lo hace a *tratados* y *convenios* de distintas categorías, no debe inducir a aprovechamientos literalistas. El propósito de los constituyentes fue reservar la categoría del artículo 94.1.a, no a los acuerdos escritos de carácter político que se titulen *tratados*, sino a los de *auténtica importancia* política, dando por supuesto que por ser importantes se les denominaría *tratados*. Cabe, pues, una interpretación *reduccionista* del artículo 94.1.a (v. dictamen del Consejo de Estado de 7 de marzo de 1985) que tome como argumento la cabecera o nombre del acuerdo, pero no una interpretación literal que decida en virtud de aquélla, abandonando la consideración de su contenido (v. par. 173, 174).

XXX. TRATADOS Y ACUERDOS NO JURÍDICOS

122. Consideraciones Generales

Al definir el tratado como un acuerdo “regido por el Derecho Internacional” (art. 2.1, *a*) la Convención de Viena implica que su objeto es la generación de obligaciones jurídicas (y de los derechos correspondientes) en dicho orden. De no ser así el acuerdo no es un *tratado*.

Insistir en este elemento esencial de la definición del tratado no es ocioso, a pesar de su aparente obviedad.

Primero, porque todos los que niegan la existencia del Derecho Internacional y se encuentran con la práctica multiseccular y universal de los *tratados* se ven impelidos a rechazar su significación jurídica, reduciendo los compromisos al orbe *político*.

Esta tentación es particularmente fuerte en períodos en que un sujeto poderoso pondera la imposición de un nuevo orden imperial o se orienta al establecimiento de una concepción hegemónica de las relaciones internacionales (v. par. 10). Basta leer a algunos neoconservadores con cargos relevantes en la Administración de George W. Bush (2001-2008) para apreciar como la tentación

ha habitado entre nosotros. Para John Bolton, por ejemplo, que fue embajador en Naciones Unidas, de los tratados no se deducen obligaciones jurídicas para los Estados Unidos. Como ha observado D. F. Vagts, "los tratados irritan a los hegemónistas".

En segundo lugar, la afirmación de que los tratados generan obligaciones jurídicas no conduce a que todos los acuerdos entre sujetos soberanos sean *tratados*. Los Estados y otros sujetos internacionales pueden concertar acuerdos al margen del Derecho Internacional (aunque *no contra* el Derecho Internacional). Esos acuerdos pueden ser *contratos* si producen efectos jurídicos regidos por un Derecho estatal o, en otro caso, acuerdos sin relevancia jurídica, aunque puedan tenerla en otros órdenes.

Estos últimos, *acuerdos jurídicamente no obligatorios*, son denominados *políticos, informales o de facto, pactos entre caballeros (gentlemen's agreements)*... dentro de una terminología abigarrada y abierta, desafortunada cuando caracteriza los acuerdos mediante un rasgo que no les es exclusivo, facilitando los equívocos, o los engloba en realidades más complejas. Nosotros hemos venido utilizando la expresión *acuerdos no normativos*, pero seguramente es más preciso hablar de acuerdos *no jurídicos* o *extrajurídicos*, si se busca una expresión que sintetice su carácter no obligatorio en Derecho. No ha de extrañar que su número se haya multiplicado dentro de la tendencia a esquivar las ataduras legales e institucionales, internacionales e internas, que caracteriza las relaciones internacionales de los últimos años.

Tal vez los juristas se sientan desamparados, pero los gobernantes y altos funcionarios parecen felices. Gracias a los acuerdos *no normativos* se difumina el reconocimiento de la subjetividad internacional de una de las partes, se puede ser menos continente en la asunción de obligaciones y se conserva un control absoluto sobre su ejecución evitando las *molestias* de un régimen legal, se prescinde de autorizaciones e informaciones parlamentarias preceptivas cuya obtención puede no estar asegurada, se gana tiempo en situaciones engorrosas y se evita la publicidad. Así, los sistemas constitucionales acomodan los acuerdos *secretos*...

123. La obligación jurídica

Si es el nacimiento o no de obligaciones jurídicas internacionales lo que distingue los tratados de estos acuerdos, conviene precisar en que consiste el carácter *jurídico* de la obligación para fijar adecuadamente la línea divisoria entre unos y otros y proceder luego a proponer unas pautas de identificación de los acuerdos no jurídicos.

Es la *voluntad* de las partes la que determina la naturaleza, jurídica o no, de las obligaciones pactadas y no cabe partir de una presunción en un sentido u otro. El curso de este análisis podría ser diferente si creyéramos que la voluntad de las partes no basta para atribuir naturaleza jurídica a una obligación, sino

que ésta, para darse, ha de ir acompañada de mecanismos de arreglo obligatorio de controversias. Pero una proposición así extrañaría del ámbito del Derecho Internacional una masa formidable de acuerdos a los que secularmente se ha venido considerando tratados.

La *juridicidad* de una obligación no está, por otro lado, en relación directa con su *especificidad* o *precisión*. La práctica muestra con frecuencia acuerdos muy pormenorizados (por ej., en la OMC) cuya índole no jurídica es explicitada por las partes y, viceversa, tratados (de amistad, básicos de cooperación, marco) cuyas obligaciones son genéricas, programáticas, sin que ello les prive de una condición jurídica que sólo perderían en el caso de que el intérprete llegara a la conclusión de que tal como están redactados nunca podrían servir para fundamentar una decisión judicial o arbitral.

En este sentido cabe reconocer en los tratados muchas manifestaciones de lo que Prosper Weil ha llamado el "soft law matériel", es decir, reglas dotadas de escasa sustancia vinculante, por servirse de conceptos vagos o muy generales, amplio margen de discreción y vías de escape en su aplicación, falta de medios para verificar el incumplimiento o sancionarlo... El *soft law*, el Derecho *blando* (o *verde, flexible, dulce, assourdi, en agraz*...) no es un *tertius genus* entre Derecho y No Derecho, sino una expresión abierta del primero que puede manifestarse en los tratados, como puede hacerlo a través de otros medios de formación de obligaciones y normas jurídicas internacionales. Obviamente, nada impide que un acuerdo no jurídico se componga también de obligaciones *soft*, blandas, pero sería un despropósito presentar los acuerdos no jurídicos como *soft law* o Derecho blando.

Si el contenido de un documento no afecta siquiera mínimamente la libertad de acción de las partes, la conclusión no opera sobre su calificación como tratado (o acuerdo no jurídico) sino sobre su misma condición de acuerdo como fuente de obligaciones (jurídicas o no).

124. Los Acuerdos no jurídicos: identificación

Para identificar un acuerdo *no jurídico* lo primero es atender a la voluntad expresa de las partes. Así, por ejemplo, la Organización de Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) encontró su fundamento (Carta de París, 1990) en compromisos cuya exigibilidad legal era expresamente excluida. Asimismo, el *Acta Fundacional* (1997) de las relaciones de cooperación entre los miembros de la OTAN y Rusia puntualizaba en su preámbulo que se trataba de un "compromiso político". Igualmente, un *entendimiento* sobre las medidas para reforzar la protección de las inversiones, suscrito el 18 de mayo de 1998 entre Estados Unidos y la Unión Europea dentro de un *paquete único* que quería aliviar las tensiones transatlánticas originadas por las leyes *Helms-Burton* y *D'Amato-Kennedy*, explicitó (art. II.2) su condición de "acuerdo político". No obstante, estos pronun-

ciamientos son infrecuentes, por la inclinación de las partes a moverse en una atmósfera de ambigüedad legal.

En defecto de manifestación expresa, la voluntad de las partes ha de ser inducida del *lenguaje* del texto y, subsidiariamente, de una serie abierta de *índices* que han de ser apreciados *conjuntamente*.

El papel central del *lenguaje* ha urgido la aplicación de los análisis de gramática y formalización del texto que gradúan la *intensidad* de la obligación mediante una jerarquización de los nexos entre los sujetos y el objeto, imponiendo criterios de uso terminológico correspondientes a la intención de obligarse de las partes. No es lo mismo *comprometerse* en presente que *anhelar* en potencial. Por ahora, sin embargo, la práctica no avala, más allá del sentido común, la existencia de reglas de identificación de la juridicidad de los textos convenidos a través del lenguaje. Manos florentinas se posan a menudo sobre los papeles oscureciendo de propósito la naturaleza de las obligaciones, alimentando el equívoco y buscando de antemano las vías de escape.

En todo caso, sea para suplir las insuficiencias, sea para confirmar la conclusión a la que invita el análisis del texto, ha de acudir a una serie de *circunstancias indiciarias* entre las que cabe mencionar: la denominación o cabecera del documento; el hecho de que haya sido o no firmado y, en su caso, por quien; la identidad de los sujetos implicados; la presentación externa y gráfica del texto; el procedimiento de formalización del acuerdo; el empleo y número de cláusulas finales; la previsión o no de un mecanismo de arreglo de las diferencias surgidas en la aplicación e interpretación del acuerdo; y, muy especialmente, el comportamiento posterior de las partes (tratamiento parlamentario de la estipulación, publicación oficial o no, manifestaciones de los responsables de la acción exterior, inscripción o no en el registro de tratados y acuerdos internacionales de la secretaría de las NU, aplicación por los órganos estatales).

La significación de estos índices ha de ser establecida global o conjuntamente porque cada uno de ellos es por sí solo inconcluyente. Piénsese, por ejemplo, en la denominación o cabecera del documento. Probablemente la expresión más utilizada para referirse a un acuerdo no jurídico sea la de *memorando de entendimiento* (*memorandum of understanding* o *mou*), hasta el punto de que ha habido quien los considera equivalentes; sin embargo, la práctica del país que más ha recurrido a ellos, Estados Unidos, revela que los *mou* pueden ser también acuerdos técnicos o administrativos (en el ámbito de la defensa, del comercio, de los servicios aéreos...), a la sombra de un tratado-marco, con efectos jurídicos, aunque su tramitación pueda ser reservada y no se proceda a su publicación.

A partir de estas consideraciones pueden sugerirse los diez mandamientos que deben respetar quienes quieran celebrar un acuerdo no jurídico y desestimen expresarlo así en su texto:

1º) No denominarás al acuerdo tratado, convención o convenio, optando por cabeceras blandas, ambiguas o de acepción múltiple, como memorandum, pro-

grama, plataforma, directrices, código de conducta, términos de referencia o minuta;

2º) Utilizarás en el texto para los predicados de conducta expresiones, verbos y tiempos verbales, adjetivaciones y adverbios de baja intensidad como "proponerse" en lugar de "comprometerse", el potencial sobre el futuro...;

3º) No te referirás al Estado como parte en el acuerdo ni te servirás de la expresión (Altas) Partes Contratantes, sino que lo harás al (jefe de) gobierno, al ministro o al órgano o persona que lo asume, mencionándola por su nombre o redactando en tercera impersonal, de ser posible;

4º) Reducirás al máximo las formalidades del texto, evitando los párrafos preambulares;

5º) Minimizarás la sistematización del contenido, inclinándote por una numeración sucesiva de puntos, en lugar de articulado o, incluso, si el texto es breve, por párrafos no numerados, huyendo en todo caso de una ordenación por partes, títulos, capítulos o secciones;

6º) Evitarás toda suerte de cláusulas finales que prevean la formalización del acuerdo mediante formas particulares de prestación y perfeccionamiento del consentimiento, formulación de reservas, entrada en vigor, duración, denuncia, concurrencia con otros acuerdos cuyo carácter jurídico conste, arreglo de controversias más allá de la evacuación de consultas, lenguas en que el acuerdo es autenticado y, por supuesto, previsión de responsabilidad por incumplimiento;

7º) Preferirás un texto no firmado y, caso de firmar, no te servirás para ello de plenipotencia;

8º) No formularás reservas al texto;

9º) Te comportarás en todo momento dando por supuesto que el acuerdo no es jurídico y, por consiguiente, te abstendrás de iniciar la tramitación parlamentaria de su conclusión o de ofrecer información que no venga reclamada a través de los medios de control político, así como de proveer a la publicación del texto en el Diario Oficial; y,

10º) No lo inscribirás en el Registro de Tratados y Acuerdos Internacionales de la Secretaría de las Naciones Unidas ni en ningún otro registro de tratados.

125. *Tratados y Acuerdos no jurídicos: consecuencias de la calificación en el orden internacional*

La calificación de un texto pactado como tratado o como acuerdo no jurídico afecta al régimen de su formación y a su consideración en el orden jurídico internacional. En el orden internacional lo más significativo es el propio sentido de la obligación, pues la jurídica ha de cumplirse aunque no guste, es *exigible formalmente* y su incumplimiento es un hecho ilícito del que se deduce la correspondiente responsabilidad internacional con el consiguiente deber de reparar (v. tema 13).

Ese ilícito puede invocarse además como causa de suspensión y terminación del tratado (v. par. 232, 237) y desencadenar represalias no armadas (v. par. 333, 335). La discrepancia de las partes sobre el incumplimiento origina diferencias o controversias que eventualmente pueden someterse a mecanismos de arreglo arbitral o judicial (v. tema 19).

Nada de esto acontece cuando de obligaciones no jurídicas se trata, aunque hay quienes se esfuerzan por emparentar los acuerdos no jurídicos con el orbe del Derecho apreciando que les son aplicables algunos principios jurídicos, sobre todos el de buena fe, también el del *estoppel*, o advirtiendo sus implicaciones, consecuencias o efectos jurídicos, siquiera indirectos o laterales. Realmente parece un contrasentido buscar en lo jurídico conceptos para fundamentar el respeto de obligaciones no jurídicas. El principio de buena fe es un principio que inspira el régimen de los tratados (v. par. 160, 247, 273) y fundamenta el valor obligatorio de actos unilaterales y del *estoppel* (v. par. 112, 113), pero también es un principio moral y político aplicable en cuanto tal a los acuerdos no jurídicos.

Si el tratado es *matrimonio*, el acuerdo no normativo es *unión de hecho*. No por ello, al igual que ocurre en estas relaciones personales, su validez sociológica es menor. Por el contrario, puede ser incluso mayor. Quienes los suscriben libremente lo hacen con el propósito de serles fieles —si no en la enfermedad, sí en la salud— mientras perduren las circunstancias que libremente les condujeron a ellos y esté en su mano, política y legalmente, ejecutarlos, bien a través de la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria, bien mediante las aplicaciones de gasto de los créditos ordinarios, o realizando actos políticos de gobierno, exentos de control judicial.

En último término, la observancia de un acuerdo en el orden internacional depende, más que del carácter de sus obligaciones, de su acierto para reflejar continuamente intereses comunes, recíprocos o complementarios de las partes. Las normas generales en el caso de incumplimiento de una obligación *jurídica* no garantizan la reparación adecuada, ni siquiera el reconocimiento de la infracción. Incluso cuando las partes se han dotado mediante reglas particulares de un mecanismo de arreglo obligatorio de las controversias que surjan en sus relaciones, la ejecución de las decisiones acabará reposando sustancialmente en su cumplimiento voluntario por el declarado infractor. En este sentido, hay y puede haber acuerdos no jurídicos con garantías de observancia más eficaces que muchos tratados.

Si, en efecto, la observancia voluntaria de una obligación no jurídica es *seguida* por un eficaz mecanismo de control que revise, pregunte o pida explicaciones periódicas o condicione el disfrute de ciertas ventajas a su observancia, su efectividad tenderá a ser mayor que la de una obligación dispuesta en un tratado carente de tales mecanismos y beneficios. Más aún si la primera goza de una precisión que falta en la segunda, pues es ahí, en el plano de la aplicación y no en el de la juridicidad, donde ese rasgo de la obligación es relevante. Además, caben siempre las medidas inamistosas, de retorsión (v. par. 332), para forzar

al cumplimiento, así como la exclusión de los beneficios que puede comportar la participación en el acuerdo no jurídico.

Partiendo de esta reflexión cabe hablar del efecto *mágico*, de la *seducción* de los tratados, en que priva un profundo sentido atávico de la obligación jurídica, sacralizada, junto con la implicación del consentimiento de una comunidad soberana, la observancia de ciertas liturgias y, más recientemente, las exigencias del estado democrático y de derecho.

126. *Tratados y Acuerdos no jurídicos: relaciones*

Tratados y acuerdos *no jurídicos* son compatibles para satisfacer un mismo objetivo de acción exterior. Unos y otros pueden recaer sobre las mismas materias, a menos que el propio objeto del acuerdo sea regular una cuestión propiamente *jurídica* (por ej., la personalidad de una Organización Internacional, la adhesión a la misma, la regulación de una inmunidad de jurisdicción o un compromiso arbitral...). Las implicaciones, consecuencias y efectos jurídicos laterales o indirectos de los acuerdos no jurídicos resultan de su ósmosis con los tratados y otros actos jurídicamente relevantes. Nada impide que un tratado se desarrolle mediante acuerdos no jurídicos o que un acuerdo *no jurídico* sea semilla de tratados. En este orden de cosas, por ejemplo, la elaboración de un *Código de Conducta* para evitar la proliferación de *missiles* balísticos (2002) ha podido significar un paso para la celebración posterior de tratados con el mismo objeto. Asimismo, un acuerdo no jurídico puede iluminar la interpretación de un tratado o incorporarse a él por referencia (v. par. 263), o bien inscribirse como una cuenta en la formación de una norma consuetudinaria o proyectarse en la legislación estatal.

Hay quien (A. Aust) ha sostenido, sin fundamento, que un acuerdo no jurídico puede modificar un tratado. Si en algo los acuerdos *no jurídicos* revelan su *fragilidad* o *inferioridad* (E. Roucouas) es precisamente en este punto. Un árbitro o juez internacional no aplicará un acuerdo no jurídico *contra tractatum*, aunque probablemente tratará de evitar el conflicto mediante el arte de la interpretación en el que está adiestrado.

No obstante, las relaciones entre tratados y acuerdos no jurídicos pueden ser problemáticas. Así, en 1999 la ampliación de la Alianza Atlántica exigió la conclusión de tratados para la adhesión de los nuevos miembros, pero su transformación cualitativa de organización de defensa colectiva en el marco del artículo 51 de la Carta a organización de seguridad al margen de Naciones Unidas se ha hecho mediante acuerdos no jurídicos (*Nuevo Concepto Estratégico*). Resulta difícil considerar que este documento, no debatido ni autorizado por las cámaras legislativas, es un simple desarrollo del tratado fundacional (1949)...

127. Los Acuerdos no jurídicos y el Derecho interno

El Derecho interno de un Estado puede prohibir los acuerdos *no jurídicos*; también puede establecer límites, excluyéndolos en materias que, de ser objeto de tratados, requerirían autorización parlamentaria. Pero lo uno y lo otro sería poco realista y, en todo caso, desacertado. Aunque los acuerdos *no jurídicos* propician las fugas de los Ejecutivos de los controles que los Derechos internos les imponen en la formación de los tratados, no cabe deslegitimarlos como instrumento de una acción exterior cuya dirección corresponde justamente a los Gobiernos (para España, art. 97 de la Constitución). El objeto de la autorización parlamentaria de ciertos tratados es impedir que el Gobierno asuma por sí solo, en nombre del Estado, obligaciones *jurídicas* cuyo cumplimiento puede ser reclamado internacionalmente por las otras partes. No es el caso de los acuerdos *no jurídicos*. Desde un punto de vista constitucional y legal estos acuerdos son problemáticos, no en la fase de su formación, sino en la de su ejecución. Es ahí donde están sus límites. Entretanto, los acuerdos *no jurídicos* en su abigarramiento son susceptibles de control parlamentario por los mismos medios políticos de información y verificación de toda acción de gobierno. A textos *políticos*, controles *políticos*.

Aceptada la práctica universal de los acuerdos *no jurídicos*, los problemas de orden interno se polarizan en torno a su gestión, tanto por la multiplicidad de sectores en que pueden darse como por la implicación de entes territoriales dependientes del Estado. El principio de unidad de acción exterior trata de ser tutelado por los Ministerios de Relaciones Exteriores, no siempre con éxito. En España, tras una primera etapa en que cuestionó la constitucionalidad de estos acuerdos, el Ministerio de Asuntos Exteriores —urgido por Defensa— optó por aceptarlos, siempre que no afectaran a determinadas materias (integridad territorial, derechos y deberes fundamentales, obligaciones financieras, modificación o derogación de leyes o medidas legislativas para su ejecución: art. 94.1, c, d y e de la Constitución) y contasen con autorización del Consejo de Ministros, previo conocimiento del Ministerio de Asuntos Exteriores, al que correspondería apreciar su oportunidad (Asesoría Jurídica Internacional, dictamen de 23 de abril de 1986).

En todo caso, por mortificante que sea para el gobierno central, es difícil poner límites y controlar la celebración de acuerdos *no jurídicos* por los entes territoriales dependientes del Estado. En España, el Tribunal Constitucional se lanzó en 1989 (s. de 20 de julio) a anular un acuerdo, verosímelmente *no jurídico*, de la Consejería de Medio Ambiente de Galicia con la Dirección General correspondiente de Dinamarca, interpretando en el sentido más amplio que el artículo 149.1.3º de la Constitución reserva en exclusiva a los órganos centrales la totalidad de competencias en materia de relaciones internacionales; pero más adelante corrigió sabiamente este rumbo y, particularmente en la s. de 26 de mayo de 1994 (TC 165/94), declaró la posibilidad de que las Comunidades Autónomas lleven a cabo, dentro del marco de sus competencias, actividades

que tengan una proyección exterior, siempre que no impliquen el ejercicio de un *ius contrahendi*, no originen obligaciones inmediatas y actuales —ni generen responsabilidad— frente a poderes públicos extranjeros y no incidan en la política exterior del Estado. Esto último puede sostenerse con base en el artículo 97 de la Ley Fundamental, que atribuye al Gobierno la dirección de la política exterior. En la medida en que ésta también se hace mediante acuerdos *no jurídicos*, su celebración por los representantes autonómicos está mediatizada por la intervención gubernamental (v. TS, s. de 10 de junio de 2008, que confirma la nulidad de un protocolo entre el departamento de sanidad del gobierno vasco y el ministerio de sanidad del gobierno federal del Kurdistan Sur (Iraq) por afectar potencialmente a la política exterior del Estado).

XXXI. LAS RESOLUCIONES DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

128. Consideraciones generales

En el ámbito de sus competencias y de acuerdo con los procedimientos establecidos, todas las Organizaciones tienen la facultad de expresar, mediante determinados actos de sus órganos, una voluntad propia, jurídicamente distinta de la de los Estados miembros.

Tributarias de los rasgos esenciales de su subjetividad internacional, *secundaria y funcional*, dicha capacidad depende de la voluntad de los Estados miembros manifestada originariamente en su *Tratado constitutivo*, explícita o implícitamente, aunque también puede deducirse de una *práctica establecida* de la Organización (arts. 1.34 de la Convención de 1975 sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las OI, y 2.1.j de la Convención de 1986 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y OI o entre OI).

Hablamos genéricamente de *resoluciones* para referirnos a tales actos porque los términos varían de una Organización a otra, no menos que sus efectos jurídicos. *Decisiones, declaraciones, reglamentos, directivas, recomendaciones, estándares, prácticas, normas, anexos...*, forman parte de la tropa de voces empleadas en los tratados constitutivos de las Organizaciones.

En cuanto a los efectos, las *resoluciones* pueden limitarse a invitar a los destinatarios a seguir un determinado comportamiento o, en el extremo opuesto, incorporar una norma directamente aplicable en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, incluso, con primacía sobre sus leyes. Determinar los efectos jurídicos de las *resoluciones* y, por consiguiente, apreciar si y hasta que punto son capaces de crear derechos y obligaciones para sus destinatarios, es una cuestión tan vigente y crucial como difícil de entupir en el corsé de una teoría general. Debe por consiguiente subrayarse que, como en los demás aspectos que afectan a su funcionamiento, la facultad de las Organizaciones Internacio-

nales —y, más concretamente, de sus diferentes órganos— para adoptar actos jurídicamente vinculantes ha de decidirse en el marco de cada Organización.

En la medida en que tales facultades existan, las resoluciones, actos unilaterales de la Organización, pueden considerarse *fuerza autónoma* del Derecho Internacional, si bien de carácter *secundario* o *derivado*, pues se encuentran jerárquicamente subordinadas a las normas de las que traen origen: las *reglas de la Organización*, en particular, las previsiones expresas o implícitas en su *tratado constitutivo*, sus decisiones y resoluciones adoptadas de conformidad con ellas y su práctica establecida.

129. Tipos de resoluciones

En el ejercicio de sus competencias las Organizaciones Internacionales adoptan resoluciones cuyo objetivo puede ser: 1) regular el funcionamiento *interno e institucional* de la Organización; y 2) atender al desarrollo *material o sustancial* de las competencias y funciones para las que fue creada la Organización de que se trate. A las primeras se las suele llamar *internas*; a las segundas, *externas*.

Las resoluciones *internas* son, como puede suponerse, vitales para la supervivencia misma de una Organización, pues interesan a la admisión, suspensión y expulsión de Estados miembros, la aprobación del presupuesto y el reparto de las cuotas entre los miembros, la creación de órganos subsidiarios y la delimitación de sus competencias y funciones, la elección de los representantes de los órganos, principales y secundarios, de composición restringida, la aprobación de los reglamentos orgánicos y del estatuto del personal administrativo... Estas resoluciones son obligatorias en primer término para los propios órganos de la Organización, pero también para los Estados miembros en la medida en que les conciernan. Ahora bien, formando el bloque de lo que se llama el *Derecho interno* de cada Organización, su interés en el marco de una obra general es limitado.

Realmente son las resoluciones *externas*, que traducen el ejercicio de las funciones de una Organización en el ámbito de su competencia sustancial o material (político y de seguridad, económico-financiero, técnico, social, cultural, comunicaciones y transportes...), las que reclaman nuestra atención.

Las más modestas, en los ámbitos de la cooperación internacional, y también las más habituales, son las resoluciones-*recomendaciones* a unos miembros cuya *obligación* se limita a considerar de *buena fe* la posibilidad de observar lo recomendado.

Estos son, por ejemplo, los efectos de las resoluciones *externas* de la Asamblea General de las Naciones Unidas. La voluntad de los miembros de la Organización de no conferir a su órgano plenario competencia normativa autónoma quedó ya patente en la Conferencia de San Francisco (1945). La Asamblea puede, sí, deliberar sobre cualesquiera asuntos o cuestiones dentro de los límites de la Carta pero, salvo en lo que afecta al orden interno de la Organización, sus

resoluciones son *recomendaciones* (arts. 10 a 14). No obstante, aun carentes de fuerza jurídica obligatoria *per se* (efectos *intrínsecos* o *inmediatos*), estas resoluciones pueden desempeñar un importante papel en otros procesos de producción normativa, como el consuetudinario (efectos *extrínsecos* o *mediatos*), que consideraremos más adelante (v. par. 144).

Hay resoluciones-*recomendaciones* que elevan la intensidad de la *obligación de comportamiento* que imponen a sus destinatarios, como: 1) la sumisión de lo recomendado por la Organización a las autoridades nacionales competentes en un plazo determinado (un año en términos generales), y/ó 2) el deber de información periódica a los órganos competentes de la Organización sobre el curso dado a lo recomendado en el orden interno y las razones que, en su caso, retrasan u obstaculizan su cumplimiento.

Esta doble técnica de persuasión y estímulo a fin de asegurar la mayor eficacia posible a la acción de la Organización ha sido prevista, por ejemplo, en los tratados constitutivos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, Convenio de 1919, enmendado en 1946, art. 19.6) y de la UNESCO (Convenio de 1945, arts. IV y VIII), que en este sentido exigen respecto del cumplimiento de sus *resoluciones recomendarías* una acción paralela al impulso y control dado a la ratificación de los tratados elaborados en su seno. En cualquier caso, la utilidad de estas previsiones reside en que obliga a los Estados miembros a *dar explicaciones* del propio comportamiento en un foro multilateral. Otro Organismo Especializado, la Organización Mundial de la Salud (OMS), combina sus funciones normativas con la obligación impuesta a sus Estados miembros de rendir un informe anual sobre las medidas tomadas en su orden interno, tanto respecto de los reglamentos como de las *recomendaciones* que haya adoptado la Organización (art. 61).

Un paso más se advierte en resoluciones que imponen a los miembros destinatarios una *obligación de resultado*, dejando en manos de éstos las medidas, legislativas, reglamentarias u otras, precisas para su satisfacción. Estas resoluciones son obligatorias para los miembros desde su adopción, pero dejan a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios necesarios para dar cumplimiento a lo ordenado. El margen de libertad real de los destinatarios estará en función del grado de concreción del resultado que fije el texto de la resolución y de los mecanismos de control de su cumplimiento. Estos efectos pueden predicarse de todas las resoluciones que, carentes de eficacia interna directa, exigen la adopción de medidas estatales para ser atendidas por sus órganos administrativos y judiciales. Exigencia que se hace especialmente patente cuando el contenido normativo de la resolución incide sobre sujetos de Derecho interno. Ejemplos de esta clase de resoluciones los identificamos en las *directivas* de la Unión Europea (art. 288 TFUE), las *normas* emanadas de los órganos de MERCOSUR (arts. 38 y 40 del Protocolo de Ouro Preto, 1994) y las *decisiones* del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Por lo que se refiere, en particular, a estas últimas, cabe ahora advertir que en la medida en que, de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, los miembros de la Organización confieren al Consejo de Seguridad (art. 24) la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales (v. par. 510), convienen en aceptar y cumplir sus *decisiones* (art. 25) que, como todas las que afectan a cuestiones de fondo, habrán de adoptarse por el voto afirmativo de nueve de sus quince miembros, incluidos los cinco miembros *permanentes* (art. 27.3 de la Carta). Tales decisiones, siempre que estén *de acuerdo con la Carta* (CIJ, *Namibia* 1971), son obligatorias para los Estados miembros, rigiéndose su recepción en los ordenamientos jurídicos nacionales por reglas similares a las previstas para los tratados (v. par. 253). También aquí la tentación de la *eficacia directa* es grande. Pero no parece que sea esa la voluntad de los miembros de la Organización. Si a ello unimos que las decisiones del Consejo, por su misma naturaleza y redacción, suelen necesitar de un desarrollo legislativo y/o reglamentario para devenir operativas, es evidente que estamos en principio ante *obligaciones de resultado* cuya ejecución dependerá de la adopción de las oportunas medidas nacionales.

Las resoluciones más avanzadas son las *obligatorias en todos sus términos y directamente aplicables en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros*, propias de Organizaciones Internacionales fuertemente integradas. En la medida en que la Unión Europea representa el tipo de Organización de integración más desarrollada, sus *reglamentos* (art. 288 TFUE) son la expresión más perfecta del poder normativo de una Organización Internacional. Como la ley en los sistemas nacionales, el *reglamento* tiene *alcance general*, es *obligatorio en todos sus elementos*, esto es, en cuanto al objetivo a lograr y a los medios y formas de realizarlo, y es *directamente aplicable en cada Estado miembro*. Ello significa que, por sí mismos y de forma automática y uniforme, los reglamentos despliegan sus efectos jurídicos en el orden interno de los Estados miembros sin necesidad de actos ulteriores de recepción de la norma comunitaria ni de desarrollo a través de normas estatales, gozando sus disposiciones de *eficacia directa* ante las autoridades administrativas y los órganos jurisdiccionales nacionales desde la fecha de su entrada en vigor, a saber, la que en ellos se determine o a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (art. 297 TFUE).

En cuanto al *método empleado para su adopción* y los *sujetos obligados*, hay resoluciones que sólo obligan a los Estados miembros que se muestran de acuerdo con su adopción (*contracting in*) y hay otras que, por el contrario, obligan a todos los que no expresan su oposición en un tiempo y forma determinados (*contracting out*).

Algunas Organizaciones de fines específicos, particularmente de ámbito regional, han sido capacitadas, en efecto, para adoptar resoluciones vinculantes a condición de contar con el acuerdo de todos sus Estados miembros. Ahora bien, a fin de evitar el efecto paralizador de la regla de la unanimidad prevista en

sus tratados constitutivos, la práctica de la Organización ha corregido la regla permitiendo que las decisiones de sus órganos produzcan efectos jurídicos para los Estados que se hubiesen mostrado a favor de su adopción (*contracting in*), quedando por consiguiente el resto liberados de su aplicación. El espacio europeo ofrece buenos ejemplos del empleo de esta técnica. Así, en el ámbito de la *cooperación económica y financiera*, el tratado constitutivo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE, arts. 5 y 6) faculta a su órgano principal y plenario —el Consejo— para adoptar resoluciones obligatorias a condición de ser adoptadas por unanimidad, pero siguiendo la fórmula *contracting in* o de *unanimidad fraccionada*, el voto negativo o la abstención no invalida la decisión, sino que limita sus efectos jurídicos a los Estados que votan a favor.

La técnica del *contracting out* ha sido adoptada frecuentemente en los ámbitos de la *cooperación científica y técnica* por Organizaciones, universales y regionales, cuyos tratados constitutivos prevén la adopción por mayoría de resoluciones jurídicamente vinculantes para todos los Estados miembros que, en un plazo determinado, no han manifestado la imposibilidad de aplicar lo ordenado en su Derecho interno, su objeción o reservas. Así se advierte en Organismos especializados como la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI, arts. 37, 38, 54 y 90 del Convenio de Chicago, 1944), la OMS (arts. 21, 22 y 60 de la Carta constitutiva) o la Organización Meteorológica Mundial (OMM, art. 9 y 11 de la Carta Constitutiva y art. 107 del Reglamento Sanitario Internacional), y en Organizaciones regionales sobre gestión y control de los recursos marinos, como la Organización Internacional para la Conservación del Atún del Atlántico (Convenio de Río de 1966), la Organización para la Conservación de los Recursos Marinos Antárticos (Convención de Canberra de 1980), o la Organización para las Pesquerías en el Atlántico Noroeste (Convenio de 1978). El incidente del *Estai* (1995), barco pesquero español apresado por Canadá en esta zona (v. par. 414), tuvo su origen, precisamente, en la decisión canadiense de forzar la aplicación coactiva de sus propios reglamentos ante la *objeción* de la CE a la cuota de flétán asignada por la Organización a la flota de los países comunitarios.