

FRANCISCO ORREGO VICUÑA:
TESTIMONIO Y LEGADO INTERNACIONAL
DE UN JURISTA LATINOAMERICANO

ESTUDIOS INTERNACIONALES

Colección dirigida por el

**INSTITUTO
DE ESTUDIOS
INTERNACIONALES**
DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE

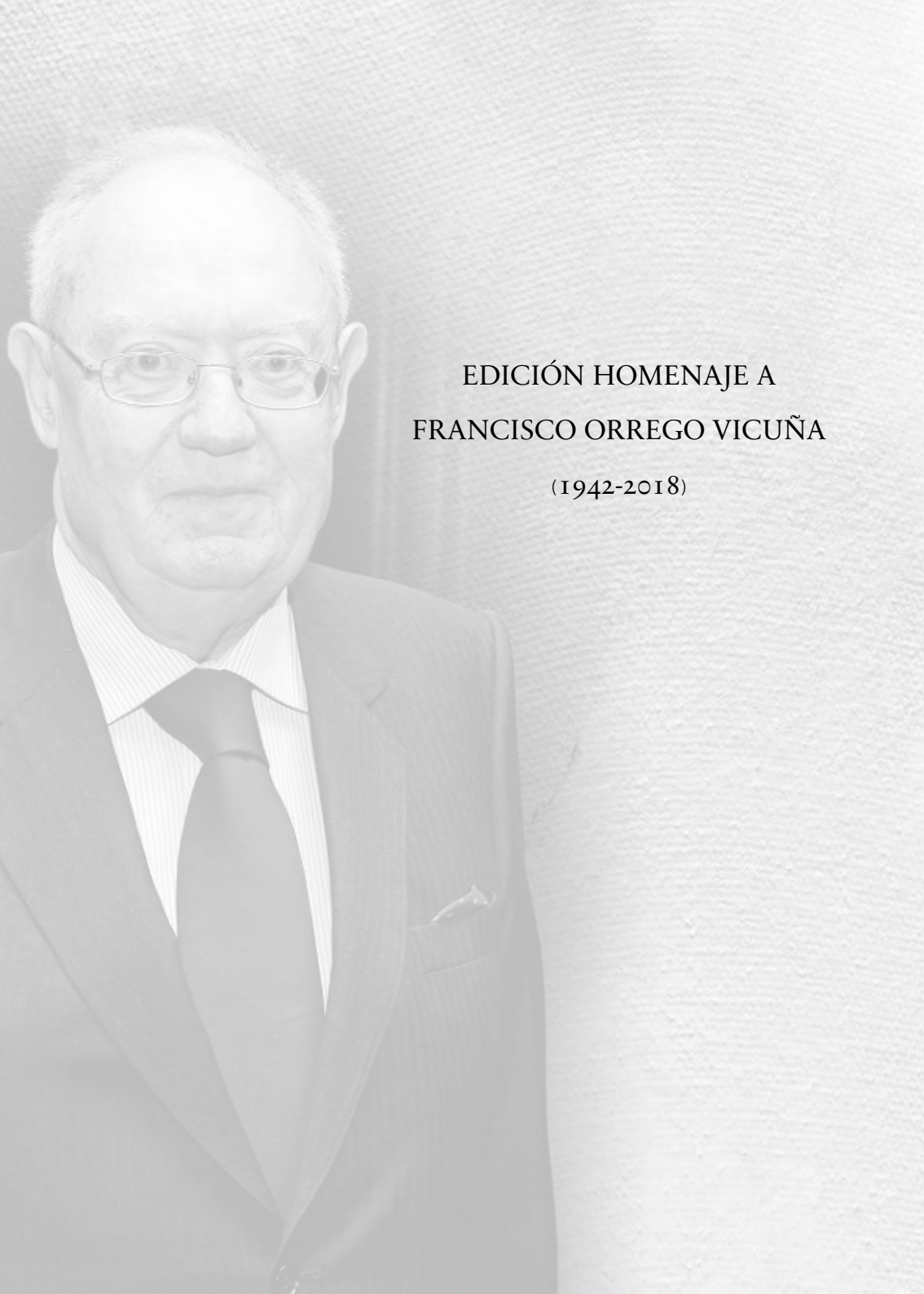
**LÍDER EN INVESTIGACIÓN, DOCENCIA, ANÁLISIS Y
PROMOCIÓN DEL DEBATE DE LA CIENCIA POLÍTICA;
LAS RELACIONES INTERNACIONALES Y EL DERECHO,
HISTORIA Y ECONOMÍA INTERNACIONAL.**

Instituto de Estudios Internacionales
de la Universidad de Chile

ISBN N° 978-956-19-1206-9

Derechos reservados para todos los países

Santiago de Chile, 2020



EDICIÓN HOMENAJE A
FRANCISCO ORREGO VICUÑA

(1942-2018)

INSTITUTO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES
UNIVERSIDAD DE CHILE

Condell 249, Providencia. Santiago, Chile
Teléfono: (56-2) 29772800 +56229772817
Mail: iei@uchile.cl • Web: www.iei.uchile.cl

ÍNDICE

JOSÉ MORANDÉ LAVÍN

Presentación9

• SEMBLANZA HUMANA Y PROFESIONAL •

LUZ O'SHEA

El perfil humano de Francisco Orrego Vicuña15

ALBERTO VAN KLAVEREN

El aporte de Orrego Vicuña al Derecho Internacional25

MARÍA TERESA INFANTE

Anotaciones jurídicas de la obra de Francisco Orrego Vicuña.....43

• LEGADO •

FRANCISCO ORREGO VICUÑA

El desarrollo de los Estudios Internacionales en América Latina63

FRANCISCO ORREGO VICUÑA

Creación del derecho en una sociedad global. ¿Importa
todavía el consentimiento?71

• ANEXO •

ARNOLD TOYNBEE

The Study of Contemporary History: Founding the First
Institutes101

PRESENTACIÓN

José Morandé Lavín

Director Unidad Editorial
Instituto de Estudios Internacionales
Universidad de Chile

En representación del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, de su Directora y del Área Editorial, constituye un alto honor y privilegio presentar en esta nueva edición de Colección Estudios Internacionales un homenaje al distinguido académico y connotado jurista internacional, profesor Francisco Orrego Vicuña.

A través de testimonios que resaltan las variadas y múltiples dimensiones sobre la persona, como del legado intelectual y de servicio público del eximio profesor de la Universidad de Chile y Premio Nacional de Ciencias Sociales, este texto recoge reflexiones vivenciales y especializadas en el campo internacional aportadas por personas y académicos que conocieron y compartieron, en forma muy cercana, el trabajo y obra del profesor Orrego Vicuña.

En primer término, la mirada humana, familiar y multifacética como profesor, académico, diplomático, juez y especialista en el campo internacional que entrega Luz O' Shea, a través de su testimonio como alumna, colaboradora y colega en la Facultad de Derecho e Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile.

Los logros, distinciones y reconocimiento de Orrego Vicuña, como uno de los grandes internacionalistas de Chile y América Latina son destacados por Alberto van Klaveren desde una visión testimonial y de trayectoria profesional a nivel universitario, disciplinar y de servicio público en el campo diplomático. Aprecia, en primer lugar, en la obra del profesor Orrego su cualidad de constructor y gestor de instituciones académicas en el área internacional, sobresaliendo el li-

derazgo e impronta en el Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile; la creación y presidencia del Consejo Chileno para las Relaciones Internacionales, y la presidencia del Instituto de Derecho Internacional (IDI). El origen y dirección del Programa de Derecho Internacional de la Universidad de Heidelberg con la Universidad de Chile, es otra manifestación de la creatividad intelectual y visión internacional de los aportes de Orrego Vicuña al estudio y enseñanza del Derecho Internacional. Desde esta misma perspectiva y en el marco del dinamismo de la política mundial y el orden internacional legal, la adscripción al estudio, desarrollo y praxis de regímenes internacionales de variada naturaleza constituye otra de las preocupaciones y dimensiones de la especialidad en los aportes intelectuales y profesionales de Orrego Vicuña, sobresalientes como árbitro y servidor público internacional.

La profesora María Teresa Infante aborda el análisis de la obra jurídica del profesor Orrego, resaltando su extensión, variedad y sugerencia. La creatividad, conocimiento y determinación en el campo jurídico internacional más el reconocimiento de sus pares y

la experiencia profesional en la Corte Internacional, constituyen los argumentos y fundamentos para tratar los tres ángulos de preferencias en materia jurídica. El primero de ellos es el “Nuevo Derecho del Mar y el desarrollo de normas aplicables a la Antártica”. En esta área destaca también la vinculación de la Zona Económica Exclusiva con la práctica latinoamericana, en particular con instrumentos regionales y legislaciones nacionales. El segundo se centra en el trabajo de “Arbitraje sobre Inversiones y la Solución de Controversias: Aportes Teóricos a partir de la Experiencia” y, finalmente, la profesora Infante analiza el tercer ángulo “Definiendo la Naturaleza del Derecho Internacional a partir de la Experiencia”. La variedad de temas abordados por el profesor Orrego Vicuña y la especialización jurídica que revelan estos trabajos, lo destacan como un referente en el campo del derecho internacional que constituye un legado para futuros estudios en estas áreas, al tiempo que su experiencia profesional también lo identifica como un reconocido negociador y árbitro en el concierto regional y mundial.

Por último, coincidiendo con medios editoriales que el profe-

sor Orrego Vicuña creó y dirigió en el Instituto de Estudios Internacionales, Colección Estudios Internacionales y la revista Estudios Internacionales, se incluyen en esta publicación dos artículos originales de su autoría y un anexo de la conferencia magistral del historiador británico Arnold Toynbee publicada en el año 1967, en el primer número de Estudios Internacionales. La selección de

dichos textos sintetiza la trayectoria de la carrera académica y profesional de Francisco Orrego Vicuña en cuanto a expresiones que refrendan su reflexión ilustrada y aportaciones al desarrollo de los Estudios Internacionales en Chile y América Latina, como así también al estudio de los grandes desafíos que enfrenta el Derecho Internacional contemporáneo.

I. SEMBLANZA HUMANA Y PROFESIONAL

EL PERFIL HUMANO DE
FRANCISCO ORREGO VICUÑA

Luz O'Shea

Instituto de Estudios Internacionales
U. de Chile 1980-2000

Mucho se ha escrito sobre la trayectoria, los premios recibidos, los méritos académicos y el aporte intelectual de Francisco Orrego al conocimiento del derecho internacional. Y es un honor para mi que me hayan entregado la responsabilidad de realzar, dentro del conjunto de su obra, algunos aspectos de su personalidad que contribuyen a explicar la razón de sus grandes logros¹.

Para cumplir con mi cometido, conversé con muchas personas y salieron a relucir, de manera reiterada, las mismas características de su personalidad. Desde luego, cabe destacar que su familia –su mujer y sus tres hijos– fue siempre lo más importante, su cable a tierra a la vez que su inspiración.

Francisco Orrego fue un hombre brillante, culto, caballero, empático, claro, transparente, fino, sofisticado, sencillo, amable, acogedor, receptivo, simpático, irónico, muy serio, creativo... en fin, lo que podría llamarse un ser humano completo, cosa que no es fácil reflejar en unos cuantos párrafos.

1 El texto que sigue se basa en mi conocimiento personal de Francisco Orrego y en conversaciones o intercambio de mensajes con diversas personas, así como en la “Entrevista al académico de número don Francisco Orrego Vicuña”, del profesor José Luis Cea, Presidente de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile, publicada por la revista *Societas*, Año 2015, N°17. Todas las citas textuales de frases dichas por Orrego, provienen de esa entrevista. Las citas de otras personas están contenidas en correos electrónicos intercambiados con ellas.

UN HOMBRE MULTIFACÉTICO

Nació en una familia culta, desde siempre volcada a lo internacional. Tenía solo dos meses cuando cruzó la cordillera por primera vez, con destino a Buenos Aires. Creció viajando por todo el mundo con su padre diplomático y el resto de su familia. La formación que recibió, primero junto con sus hermanos y su hermana en el mundo de las relaciones internacionales, y luego con las tareas que se le fueron encomendando en la vida profesional, lo condujeron a una participación muy activa “en el mundo de las ideas, en el derecho internacional y en casos concretos de solución internacional de controversias”².

Vivió en grandes ciudades y en lugares exóticos, remotos. Cuenta que “realizábamos con nuestros amigos de juventud grandes fiestas en carpas al pie de las pirámides y nos sacábamos la suerte con adivinas al pie de la Esfinge”. Fue testigo del golpe que llevó al poder a Gamal Abdel Nasser en Egipto y de la ulterior nacionalización del Canal de Suez, a cuya ceremonia

pública masiva asistió por casualidad debido a que se encontraba “recorriendo Alejandría en bicicleta al momento en que pronunció su discurso en la plaza principal de esa ciudad”³.

Sin embargo, el haber vuelto a Chile a terminar sus estudios secundarios lo ancló emocionalmente a nuestro país, hasta convertirse en uno de sus más importantes juristas.

Las experiencias de Francisco Orrego en el extranjero, sumadas a la vorágine de las ciudades maravillosas y vitales que le tocó conocer, capturaron su imaginación (“he tenido una imaginación más bien prominente, no porque lo diga yo, sino por haberseme hecho notar por personas con quienes he trabajado”⁴), dieron rienda suelta a su creatividad y fueron determinantes para la dedicación que entregaría a los tres temas que fueron la pasión de su vida, “integrados por el mismo hilo conductor de cómo ellos se entrelazan mágicamente en las expresiones del interés nacional: derecho del mar, cooperación en el Pacífico y régimen de la Antártida”⁵.

2 “Entrevista al académico de número don Francisco Orrego Vicuña”. Revista *Societas*, N° 17, 2015. Academia Chilena de Ciencias Sociales, Poéticas y Morales, Instituto de Chile.

3 Op. cit., Revista *Societas*.

4 Op. cit., Revista *Societas*.

5 Op. cit., Revista *Societas*.

Tuvo vocación literaria, a la que se dedicó por algunos años, manifestando que “mi sueño fue escribir una novela, posiblemente activando genes del abuelo Luis Orrego Luco, cuyos temas tengo en mi memoria virtual”⁶.

Hace no muchos años escribió una que presentó en un concurso literario, “la que posiblemente ni siquiera fue leída, como corresponde, pero me consuela saber que grandes escritores han sido rechazados por muchas editoriales”⁷.

El deporte tampoco le fue ajeno. Me consta que una de sus aficiones más importantes fue el ski. Con un traje celeste, bajando despacio por las pistas, analizando cada alternativa, disfrutando cada vuelta, empeñoso como siempre, desde que abrían los andariveles, hasta que cerraban las canchas.

Su mente creativa y futurista siempre sorprendía. Hace muchos años lideró una campaña para la creación del la Reserva Nacional El Yali, lo que finalmente se logró en 1996. Se trata de un humedal (zona compuesta por diversos cuerpos de agua), y es uno de los sitios de mayor concentración de

aves de la zona central de Chile. Lo relevante de su participación en esta iniciativa es que se le declaró sitio RAMSAR (convención relativa a los humedales de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas), uno de los primeros en Chile, y de muy importante dimensión internacional.

La forma en que creció y se desarrolló, despertó también en él una “vocación de explorador”, que ciertamente se vincula con la de investigador en la vida académica. Esas “exploraciones” lo convirtieron en pionero en temas como el derecho del mar, la Antártica (que incluyó la realización de un inédito seminario en la Base Teniente Marsh, en el que participaron personalidades del más alto nivel nacional e internacional) y la cooperación ente los países del Pacífico, que tuvo su propio seminario en el ombligo del mundo, una perpleja Isla de Pascua. Esta vocación de explorador fue reconocida tras la publicación –por parte de la Cambridge University Press– de las conclusiones del seminario de la Antártica, oportunidad en que se realizó un “acto de presentación en el gran anfiteatro histórico de la Royal Geographic Society, en el que han

6 Op. cit., Revista Societas.

7 Op. cit., Revista Societas.

sido homenajeados los grandes personajes de las exploraciones geográficas, pleno de asistentes, con la intervención de distinguidos académicos británicos y de su modesto autor. Tal fue el efecto de esa iniciativa que fue incluida en la lista oficial de expediciones científicas antárticas publicada por el Scott Polar Research Institute”⁸.

Fue tan fuerte su pasión por la Antártica que, según cuenta Miguel Schweitzer Walters, Canciller de la República cuando fue designado Embajador de Chile en Londres, algunos temieron que no se desempeñaría bien como tal porque ocuparía su tiempo en trabajar para su doctorado en el tema. Efectivamente lo hizo, al punto que Chile fue conocido en Europa y el resto del mundo gracias a la gran labor académica del “Professor Orrego”, pero además cumplió con creces sus funciones como representante de nuestro país en el Reino Unido.

EL PROFESOR

A continuación y en breves párrafos destinados a que el lector pueda apreciar mejor sus extraordinarias condiciones, me

refero a sus distintas facetas de esta actividad.

No hay duda de que una de las características de las personas inteligentes es su don de abordar los temas más elevados en forma sencilla y de transmitirlos como si así lo fueran. Quienes tuvimos el privilegio de ser sus alumnos del curso de Derecho Internacional Público, rápidamente nos dimos cuenta de que estábamos ante un profesor excepcional. Era claro, didáctico y metódico. Por compleja que fuera, explicada por él toda materia era fácil. Estimulaba a sus alumnos, trataba los temas con entusiasmo contagioso, inspiraba confianza en sus alumnos y, desde el punto de vista intelectual, era infinitamente generoso.

Amaba enseñar. El derecho internacional lo apasionaba y transmitía su amor por la disciplina, marcando así a todos sus alumnos. Uno de ellos, Alejandro Escobar, destaca la confianza que depositaba en sus ayudantes, al punto que en alguna ocasión dijo que cualquiera de ellos era capaz de encargarse de todo el curso. Esta expresión de confianza en sus alumnos era una fuerte motivación para quien lo escuchara. Claro está, luego los ponía a prueba, pero los había preparado tan

8 Op. cit., revista Societas

bien que generalmente respondían a la altura esperada.

Pese a sus continuos viajes, era generoso con su tiempo con alumnos, ayudantes y colegas profesores. Escobar destaca que “(...) ofrecía una porción considerable de su tiempo personal a conversaciones durante una cena o almuerzo. El tono era amable y alegre, pero la conversación nunca era superficial y siempre se centraba en lo relevante y actual. Como consecuencia de ello, los interlocutores comprendían más y mejor el tema tratado. A lo largo del tiempo, uno se daba cuenta que detrás de estos encuentros agradables había una cuidada organización de estudio y trabajo”.

Las clases eran amenas, pese a que a veces no se le veía detrás del humo de los cigarrillos que fumaba uno tras otro (¡otros tiempos!). Las preguntas de las pruebas escritas eran siempre acertadas y relevantes, y podían medir muy bien si el alumno había o no adquirido los conocimientos necesarios. Los exámenes orales eran extraordinariamente fluidos, porque iba conduciendo la interrogación de manera ordenada, obligando al alumno a pensar, y a pensar bien. ¡Se aprendía mucho escuchando los exámenes de los demás!

EL ACADÉMICO

En lo personal, el profesor Orrego me condujo casi de la mano desde la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile al Instituto de Estudios Internacionales de la misma universidad, y me introdujo en el mundo académico. Dirigió el Instituto entre 1974 y 1983, período en que le estampó ciertos lineamientos, principios y valores, que llevaron a este a destacarse entre los mejores de América Latina y el mundo.

La independencia académica era el pilar fundamental del quehacer del Instituto y de cada uno de los académicos que lo integraban. El cuerpo de profesores era de formación muy variada, lo que nos enseñó a todos el valor del respeto por las ideas ajenas, la importancia de fundamentarlas bien, de aprender a escuchar y de saber ser oído. Para realizar un trabajo serio se requería amplitud de criterio, rigurosidad intelectual, sentido de responsabilidad y visión de futuro.

Como jefe nuestro en el Instituto, nos enseñó que parte esencial de la labor académica es la investigación y para aprender a investigar había que saber buscar, reconocer y citar las fuentes. No

tenía nada de malo aprender de las ideas de otros, pero era preciso darles a estas el crédito que merecían. Luego, con la información disponible, había que priorizarla. Ese era en realidad el meollo de la investigación académica.

Para investigar era indispensable disponer de una buena biblioteca y, aún más, de una buena bibliotecaria. Este papel lo cumplió con creces Malú Matte, quien mantuvo con el Director Orrego una especie de idioma común: con dos palabras y miradas concentradas descubría exactamente lo que el Director necesitaba. Ambos se complementaron a la perfección: él en decir la fuente que necesitaba, ella en encontrarla de inmediato. Dice Malú: “era tal la confianza que tenía en mi, que incluso después de que dejé el Instituto, con frecuencia me llamaba por teléfono y me decía: “Malú, sé que usted es la única a quien puedo pedirle esto y sé que me lo conseguirá”... Y siempre fue así.

Francisco Orrego concibió la extensión universitaria como un deber de los profesores frente a la comunidad. Por esta razón, el Instituto organizaba seminarios, cursos y talleres abiertos a quienes tuvieran interés en los más variados temas de los estudios

internacionales. E invariablemente estuvieron a cargo de los mejores especialistas, tanto chilenos como extranjeros.

Y como la vida académica no existe sin docencia, el profesor Orrego nunca abandonó las clases que impartía en la Facultad de Derecho, en el propio Instituto o en el extranjero. El Magister en Estudios Internacionales, que es uno de los más antiguos en América Latina, lo tuvo entre sus docentes.

Como Director del Instituto nunca hizo diferencia entre sus profesores. Como recuerda Pilar Armanet –que lo sucedió en la Dirección cuando asumió la Embajada en Londres– “(...) mucho antes del *me too*, las mujeres fuimos vistas y apreciadas... Jamás hizo ninguna clase de diferencia entre hombres y mujeres, eso simplemente no era un tema para él. Lo importante era el rigor académico, la calidad del trabajo, la dedicación desde lo más importante hasta lo más cotidiano. A su juicio, la calidad era el único criterio para discriminar”.

Según Pilar, aprendió de él la importancia de los gestos en las relaciones entre las personas. Cuando alguna persona entraba a su oficina, se levantaba, daba la vuelta a su escritorio y se sentaba

junto a quien lo visitaba. Transmitía así respeto y confianza, demostrando que las jerarquías no le interesaban. Pilar destaca también que le enseñó una forma de trabajo consistente en delegar tareas, dando prueba de que confiaba en las personas. Por cierto, esto obligaba a quienes trabajaban con él a no defraudarlo. También le inculcó la importancia de la libertad en la vida académica y el pluralismo político, herramientas fundamentales para la investigación y la docencia. La independencia de que disfrutaba el Instituto respecto de otras unidades académicas de la Universidad era clave para llevar a cabo el trabajo multidisciplinario de los estudios internacionales. Según dice, en los seminarios fomentó discusiones que siempre fueron “pioneras y relevantes, porque Cato (como lo llamaban sus más cercanos), con una fortaleza interminable, siempre estaba buscando ideas nuevas, para hacer de este mundo y en especial de la región latinoamericana –la clase media de las naciones– un espacio de cooperación y de paz”.

Por su parte, Heraldo Muñoz se refiere al pluralismo que fomentó Francisco Orrego. “Al comienzo no tuve una relación

cercana con él, aunque en las reuniones de académicos sentí que apreciaba mi seriedad intelectual... Mi relación académica con él fue en ascenso y, en lo personal, fue de respeto y aprecio mutuo. Cato respetaba mis inquietudes y mis aportes académicos. Por mi parte, yo reconocía su capacidad de liderar temas de investigación, como la Antártica o la Cuenca del Pacífico”. Para reafirmar la independencia política que promovía, cuenta que “Cato y yo pertenecíamos a polos opuestos del espectro político y era conocida mi oposición a la dictadura. Pero él era un liberal y, en general, se reía tanto de los pinochetistas como de los fanáticos. Cuando caí preso brevemente, a inicios de 1979, uno de esos fanáticos vino a denunciarme ante el Director del Instituto. Cato Orrego ni siquiera lo recibió”.

EL JUEZ

Además de su vida como académico de la Universidad de Chile y de otros centros de estudio, tanto del país como del extranjero, de su descollante desempeño como árbitro internacional, de su participación como juez *ad hoc* en la

Corte Internacional de Justicia en el caso Chile-Perú y en diversos juicios internacionales, cabe destacar la brillante participación que le correspondió en el conflicto del Beagle, con Argentina, en 1978.

Como periodista de la Cancillería en esa época, Mónica Cerda lo conoció y en diversas oportunidades viajó con él a Roma para ceremonias oficiales, como para el Acuerdo de Paz y la firma del Tratado. “Sin ser amigos, se forjó entre nosotros una relación cercana y cordial. Era extremadamente sencillo y amable, incluso gracioso. Hasta en los momentos más tensos salía con una broma para distender el ambiente”.

Mónica volvió a encontrarse con él 40 años después, en un viaje a Tierra del Fuego, incómodo, difícil y esforzado que, según cree, tenía como objetivo para Orrego conocer el monte que llevaría su nombre en la Cordillera de Darwin, junto con los de los demás integrantes de la mediación papal. Logró con creces su objetivo, ya que el Servicio Hidrográfico y Oceanográfico de la Armada (SHOA) le dio el nombre de Punta Orrego a un accidente geográfico situado frente a esta cordillera, donde figuran también

los nombres de sus amigos de la mediación papal.

Para Hernán Felipe Errázuriz, Ministro de Relaciones Exteriores entre 1988 y 1990, y quien lo conoció de cerca, fue un extraordinario jurista internacional, que hizo un enorme aporte a la soberanía de Chile. A su juicio, ello se refleja, entre otras cosas, en que pese a ser una persona extremadamente atareada y diligente, que tenía una activa vida profesional en el extranjero, a menudo hablaban por teléfono. Donde quiera que se encontrara “estuvo siempre disponible para responder a mis numerosas consultas sobre los juicios de La Haya. Sus opiniones, certeras y fundamentadas, eran excepcionales”.

Heraldo Muñoz cuenta que “(...) nuestros destinos volvieron a cruzarse cuando, como Canciller de la República le pedí su opinión sobre los jueces de la Corte Internacional de Justicia para fortalecer nuestra defensa en el caso de la demanda marítima presentada por Bolivia contra Chile en La Haya, puesto que él se había desempeñado como juez *ad hoc* en esa Corte en el diferendo sobre el límite marítimo con Perú. Hicimos una detallada evaluación de cada uno de los jueces y sobre

cómo avanzar en la defensa de Chile. Tuvimos diferencias sobre algunos de los jueces, no así sobre nuestros argumentos en la Corte”. A pocos días de su fallecimiento, el país fue informado del categórico y contundente triunfo de Chile en ese diferendo”.

A raíz de su partida ha sido objeto de múltiples homenajes que, como dice Malú Matte, en vida no habría aceptado jamás. “Una de sus virtudes más destacadas fue su humildad. Nunca tuvo actitudes de superioridad, jamás miró en menos a nadie”.

Tras su seriedad y su apariencia formal, su sentido del humor y su ironía siempre llamaban la atención. En una oportunidad dijo: “los chilenos nos creemos muy graciosos. En realidad solo lo somos cuando se involucra a otros y carecemos de todo sentido del humor cuando se nos toca personalmente”.

Para mí, lo más destacado fue su claridad mental y lucidez. En las Jornadas de Derecho Público que organizó en su honor la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, se destacó la magnífica intervención que realizó en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales en Buenos Aires, en 2017. En esa oportunidad,

planteó la reflexión acerca de si los Estados están llamados a subsistir en un mundo que ha experimentado cambios tan profundos como los acaecidos en las últimas décadas del siglo XX, y lo que va corrido del actual. Es una pregunta que solo podría haber hecho un hombre único, extraordinario, dotado de una visión completa del acontecer internacional.

Su presencia en la vida de todos quienes tuvimos la suerte de conocerlo quedó marcada para siempre, de manera indeleble, en tinta verde.

EL APOORTE DE ORREGO VICUÑA AL
DERECHO INTERNACIONAL

Alberto van Klaveren

Instituto de Estudios Internacionales
Universidad de Chile

Francisco Orrego Vicuña fue uno de los grandes internacionalistas de América Latina y un notable académico de la Universidad de Chile. Miembro distinguido del Instituto de Chile, fue elegido presidente de la Academia Chilena de Ciencias Políticas y Morales entre los años 1995 a 2000, obteniendo el año 2001 el Premio Nacional de Humanidades y Ciencias Sociales de Chile. Dejó un recuerdo imborrable por su trabajo como Director del Instituto de Estudios Internacionales, donde le correspondió retomar un proyecto académico afectado gravemente por el derrumbe de la democracia en su país, así como generar un programa de posgrado multidisciplinario pionero en Chile y sentar presencia en el medio internacional. Muchos de esos frutos perduran hasta el presente.

Su gran capacidad intelectual, unida a su espíritu liberal, le permitieron ejercer un liderazgo independiente y capaz de generar acuerdos en las situaciones más difíciles. Esa impronta fue reconocida en sucesivas etapas de su vida, generosa en obras y en proyectos. Fue llamado a participar con especial brillo y dedicación en el equipo de la mediación pontificia con Argentina, así como a copresidir la delegación chilena a la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, donde se ganó el respeto y admiración de sus pares. Su capacidad para actuar como asesor nunca interfirió con su producción académica y el desarrollo de proyectos científicos en el ámbito internacional.

Conocimos a Francisco cuando volvía de trabajar en la OEA en Washington, joven y ya con una interesante producción sobre integra-

ción latinoamericana y el derecho del mar. La Universidad de Chile vivía momentos agitados y los proyectos de la dictadura para reducirla y controlarla prontamente le llevaron a cautelar de manera silenciosa y efectiva la autonomía del Instituto de Estudios Internacionales, dotándolo de un cuerpo académico de valor y pluralista, en una época en que el pluralismo era excepcional en las universidades chilenas y una verdadera rareza en una entidad estatal e intervenida como la Universidad de Chile.

Su prestigio y participación en negociaciones muy relevantes para el Estado chileno de la época le proveyeron de una cierta inmunidad en la gestión del Instituto, que acogió en la época a figuras destacadas de la oposición democrática, comentaristas internacionales disidentes y hasta un miembro de la comisión política de un partido político clandestino. Estudiantes de posgrado de todos los colores políticos pudieron compartir ese espacio de autonomía y conocer las principales escuelas teóricas de las ciencias sociales.

La gestión de Francisco Orrego permitió dar continuidad a la revista *Estudios Internacionales* e introducir de forma más sistemática el derecho internacional en el

desarrollo académico del Instituto, junto al cultivo de las relaciones internacionales, los estudios sobre política exterior, las relaciones económicas internacionales y el regionalismo. En plena época de dictadura, el Instituto llevó a cabo uno de los primeros seminarios académicos sobre el papel de los derechos humanos en las relaciones internacionales, en cooperación con el Instituto Chileno de Estudios Humanísticos, vinculado a sectores de la oposición democrática, y bajo los auspicios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹.

También cultivó las relaciones con fundaciones de reconocido prestigio, a fin de llevar a cabo proyectos que tuvieron como referencia la región Asia-Pacífico, y las políticas exteriores de América Latina, entre otras. El conocimiento de su disciplina y la seriedad con que abordaba sus trabajos, llevaron a Francisco a publicar en revistas de gran prestigio, como *American Journal of Internatio-*

1 Véase por ejemplo la ponencia de Francisco Orrego Vicuña en ese seminario, "Los Derechos Humanos en la Perspectiva del Año 2000: La Visión del Tercer Mundo", en Walter Sánchez (comp.), *Derechos Humanos y Relaciones Internacionales*, Instituto de Estudios Internacionales e Instituto Chileno de Estudios Humanísticos, 1978, 231-240.

nal Law, el *Annuaire Français de Droit International* y en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, entre otros.

Francisco Orrego Vicuña fue un autor prolífico, escritor de ensayos y editor de obras clásicas en castellano, inglés y francés, idiomas que dominaba a cabalidad, sobre temas como la zona económica exclusiva, el derecho y la política de la Antártica, los fondos marinos, la solución de controversias, entre otros. Su obra abarca una cantidad impresionante de temas que reflejan una buena parte del desarrollo del derecho internacional actual, así como temas centrales de las relaciones internacionales y de los estudios del desarrollo en su época². Como uno de los árbitros comerciales más prestigiosos y solicitados de su tiempo, le tocó asimismo incursionar en el derecho comercial internacional y en el derecho de las inversiones.

Después de dejar la dirección del Instituto y asumir otras funciones, mantuvo su labor académica

en la cátedra de Derecho Internacional Público de su *alma mater*, la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y promovió las actividades del Consejo Chileno para las Relaciones Internacionales, que había fundado anteriormente y en cuyo marco se elaboraron interesantes estudios sobre temas de políticas públicas, dando tribuna a personalidades que animaron el ambiente intelectual, político y diplomático de nuestro país. Un punto culminante de su brillante carrera fue la presidencia del Instituto de Derecho Internacional, una de las instituciones de mayor prestigio mundial en la especialidad, que ejerció entre 2005 y 2007, y la celebración de una sesión de trabajo en Santiago, en octubre de 2007, donde actuó como anfitrión.

En años recientes y gracias a una iniciativa conjunta con su colega profesor y juez Rüdiger Wolfrum, de Alemania, surgió el Programa de Derecho Internacional con la Universidad de Heidelberg, prestigioso esfuerzo compartido con la Universidad de Chile. Nunca dejó de interesarse por nuevos temas y proyectos, y alentó a muchos estudiantes a seguir formándose en posgrados y profesionalmente.

2 Véase su bibliografía en su CV publicado en el sitio web del Heidelberg Center para América Latina, donde fue fundador y director del Programa de Master en Derecho Internacional (LL.M)-Inversiones, Comercio y Arbitraje http://www.heidelberg-center.uni-hd.de/download_cv_orrego.pdf.

Francisco Orrego Vicuña tuvo el honor de participar como juez *ad hoc* nominado por Chile en el asunto marítimo planteado por el Perú ante la Corte Internacional de Justicia, entre 2008 y 2014. Desempeñó ese papel con brillo y gran dignidad, aportando una contundente opinión separada, unido a otros destacados miembros del tribunal³.

Despedimos a Francisco como un gran servidor público, que hizo un aporte invaluable a Chile y América Latina. Como un académico sólido, prestigioso y versado. Como un constructor de instituciones académicas y arquitecto de regímenes legales internacionales. Como uno de los árbitros internacionales mejor valorados a nivel mundial. Como un intelectual activo y multifacético. Como un viajero empedernido y amante de la naturaleza. Como un hombre sencillo y cercano, dotado de un fino sentido del humor. Y como un guía y amigo sabio y juicioso.

Francisco Orrego Vicuña fue un escritor incansable, fiel a una doble herencia, que incluía a su

abuelo, el novelista Luis Orrego Luco, y a su bisabuelo, Benjamín Vicuña Mackenna. Como académico internacionalista abordó temas muy diversos del derecho y las relaciones internacionales. Fue un experto en derecho positivo (*black-letter law*), pero tenía también preocupaciones más teóricas sobre la naturaleza y el futuro del derecho internacional. Incursionó en los problemas de la elaboración del derecho, sea en el ámbito global o regional y en torno a los límites y posibilidades de órdenes normativos paralelos. Tuvo un especial interés en determinar cuáles normas constituían derecho internacional y cuáles no. Al mismo tiempo, buscaba identificar las fuentes del derecho internacional y sus relaciones, así como el papel de actores específicos, tales como los Estados, las organizaciones internacionales y los actores no estatales.

DERECHO, POLÍTICA Y REGÍMENES INTERNACIONALES

La política y el derecho son vistos tradicionalmente como dominios separados en el ámbito internacional, como campos de actividad dotados de sus propias

3 Maritime Dispute (Peru/Chile), ICJ, Joint Dissenting Opinion of Judges Xue, Gaja, Bhandari and Judge ad hoc Orrego Vicuña, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/137/137-20140127-JUD-01-05-EN.pdf>

racionalidades y características. No siempre fue así. Antes de la Segunda Guerra Mundial, muchos destacados profesores de derecho internacional enseñaban también relaciones internacionales. Aunque hubo buenas razones para separar la enseñanza y la investigación en ambos campos, el diálogo entre estos se vio seriamente afectado. El derecho internacional ha sido presentado como un régimen regulatorio altamente estructurado, ajeno a la política internacional, como un conjunto de normas y prácticas institucionales, un sistema imparcial de reglas que son cumplidas por los Estados y otros actores internacionales. En contraste, las relaciones internacionales han sido vistas, al menos en los enfoques más tradicionales, como el juego de la política del poder en un contexto de virtual anarquía, donde el derecho internacional es un mero elemento en la lucha entre los Estados por el poder o la seguridad, como un conjunto de recomendaciones desprovistas de fuerza sancionatoria.

Desde ambos lados de la divisoria, el derecho y la política internacional han sido tratados como categóricamente distintos. Esta separación es obviamente

poco realista. La compleja interacción entre ambos ha quedado en evidencia en la elaboración de aquellos regímenes internacionales en que Francisco Orrego participó a lo largo de su brillante carrera. Sea que nos referíamos al régimen antártico, a los derechos humanos, al derecho del mar, al comercio internacional, al derecho de inversiones, al derecho de pesca o a la regulación de la minería submarina, la política e intereses económicos o estratégicos siempre han estado presentes. Por otra parte, el discurso de la política internacional suele incluir referencias al respeto del derecho internacional e invocaciones a la legitimidad internacional. Todos los países proclaman su adhesión al derecho internacional e incluso los peores trasgresores justifican sus acciones bajo la autoridad de solemnes principios internacionales.

La relación entre política y derecho internacional es compleja y se retroalimenta. En el orden interno, la política y el derecho son vistos como dos esferas autónomas que responden a principios epistemológicos y constitutivos diversos, aunque no necesariamente opuestos y que deben mantener su separación. En

el sistema internacional la división entre política y derecho es más difusa y compleja, aunque también existe. Es incorrecto presentar al derecho internacional como un mero epifenómeno de las relaciones internacionales, que se limita a proyectar las relaciones de poder existentes. Tampoco convence la visión del derecho internacional como un cuerpo normativo que refleja la interacción entre Estados que actúan racionalmente para maximizar sus intereses. Derecho y poder no son idénticos y aunque es obvio que hay un juego de intereses en toda negociación, las normas que se adoptan responden también a intereses, valores e ideas que van surgiendo y evolucionando en las relaciones internacionales contemporáneas.

El derecho internacional, al igual que el derecho interno, surge a través de la política y se modifica según la evolución de la política. Sin embargo, una vez que las normas se adoptan, su ejecución no depende del poder relativo de los contendientes. La afirmación de que la política internacional y el derecho internacional están estrechamente vinculados entre sí no equivale a reducir el surgimiento de normas al juego de intereses de los actores políticos.

El establecimiento de nuevas normas e instituciones jurídicas no se da en un vacío donde todo es negociable. Por el contrario, las nuevas normas surgen en el contexto de normas e instituciones preexistentes, que limitan el rango de opciones abiertas a los participantes en el proceso. El derecho internacional refleja una realidad, pero al mismo tiempo la condiciona y la moldea.

El concepto de régimen internacional, que surgió en la década de 1980⁴, ha permitido un diálogo más activo entre politólogos y juristas. Los regímenes internacionales consisten en reglas e instituciones, pero pueden ir más allá como consecuencia de las necesidades de la actividad internacional, incluyendo, por ejemplo, normas embrionarias y no vinculantes (*soft law*), prácticas, decisiones

4 La definición clásica fue proporcionada por Stephen D. Krasner, en su artículo "Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables". En: Stephen D. Krasner (ed.), *International Regimes*, Cornell University Press, 1983, p.1. Para un buen resumen del debate jurídico en este ámbito, véase el artículo de Oriol Casanovas y La Rosa, "Aproximación a una teoría de los regímenes en derecho internacional público", en Ángel J. Rodrigo y Caterina García (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la Comunidad Internacional*, Coloquio en homenaje a Oriol Casanovas, Madrid: Tecnos, 2011, pp. 41-60.

informales, y orientaciones generales que buscan la realización de objetivos funcionales. En la medida en que avanza la globalización, los regímenes regulatorios se van haciendo menos nacionales y más internacionales, menos domésticos y más universales. El fenómeno es claro en materias comerciales, pero también se hace evidente en muchas otras áreas, como los derechos humanos, el medio ambiente, los recursos naturales, etc. Naturalmente, la globalización se extiende al ámbito jurídico y, cuando se habla de regularla o de domesticarla, se está pensando en la adopción de principios, normas, reglas y procedimientos en las múltiples áreas en que ello se considera necesario. De esta manera, los regímenes regulatorios se van universalizando, de manera gradual y variable. Por otra parte, como lo demuestra la experiencia reciente, la participación en la elaboración de regímenes no se restringe solo a Estados, sino que incluye también a organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales y también a actores privados.

El concepto de régimen internacional estuvo muy presente en la obra de Francisco Orrego, como lo demuestran varios de

sus libros. No podía ser de otra manera. Como buen conocedor del derecho internacional había estudiado en profundidad diversos regímenes específicos y como negociador había intervenido en la gestación de nuevos regímenes tan relevantes como el moderno derecho del mar⁵, los recursos minerales antárticos⁶, las pesquerías de alta mar⁷ o los fondos marinos y oceánicos⁸.

La efectividad de un régimen se basa en la operación de sus instituciones y organizaciones, y en los Estados y organizaciones internacionales que comparten un conjunto de principios, normas, reglas y procedimientos que rigen en un área particular del derecho internacional. Y aunque los regímenes incluyen tratados formales y derecho interno, también se ba-

5 Por nombrar solo algunas: Francisco Orrego Vicuña, *The Exclusive Economic Zone. A Latin American Perspective*, Westview Press, 1984 y *The Exclusive Economic Zone: Regime and Legal Nature under International Law*, Cambridge University Press, 1989.

6 Francisco Orrego Vicuña, *Antarctic Mineral Exploitation. The Emerging Legal Framework*, Cambridge University Press, 1988.

7 Francisco Orrego Vicuña, *The Changing International Law of High Seas Fisheries*, Cambridge University Press, 1999.

8 Francisco Orrego Vicuña, *Los Fondos Marinos y Oceánicos*, Editorial Andrés Bello, 1976.

san en normas informales y redes que desarrollan y pretenden el cumplimiento de ciertas conductas en un área de la política global.

Los regímenes internacionales exitosos tienden a evolucionar a través de tres fases principales. Inicialmente, hay una etapa de establecimiento de la agenda, donde se identifican problemas de interés común y se exponen fundamentos para la acción internacional. En la segunda fase, los Estados y otros actores se reúnen para acordar principios, normas, reglas y procedimientos de toma de decisión para adoptar un tratado o una convención marco. En la tercera fase, los Estados intentan fortalecer el régimen, adoptando acuerdos para cumplir o hacer operativo el tratado o la convención marco⁹. Sin embargo, no se trata de un proceso lineal. Las etapas tienden a solaparse o a confundirse y también puede haber retrocesos o fracasos. La historia de la diplomacia del cambio climático es ilustrativa a este respecto, situándose en la actualidad en la tercera fase, a través de

las complejas negociaciones de las conferencias de los Estados Partes (COP) en el contexto de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

El concepto y análisis de los regímenes internacionales resultan adecuados para entender el carácter evolutivo del derecho internacional, un tema al cual el profesor Orrego prestó especial atención.

Los regímenes internacionales han evolucionado de manera muy diferente y a veces hasta contradictoria. Algunos han dado lugar a nuevas ramas del derecho internacional: derechos humanos, derecho del mar, derecho internacional del medio ambiente, derecho comercial internacional, derecho antártico, derecho del espacio exterior. Otros contienen áreas más específicas de regulación internacional: minería de los fondos marinos y oceánicos, acuerdos bilaterales o regionales de desarme, organizaciones regionales pesqueras, regulaciones financieras y muchas otras.

Algunos regímenes han sido relativamente exitosos, otros se encuentran todavía en construcción y otros han fracasado. Un vuelco en la percepción de la opinión pública inducido en parte por

⁹ Véase, por ejemplo, Kate O'Neill, *The Environment and International Relations*, Cambridge University Press, 2017, 2nd ed., Cap. 5 y Oran R. Young, *Creating Regimes. Arctic Accords and International Governance*, Cornell University Press, 1998, Cap. 1.

la acción de las organizaciones no gubernamentales, puede a su vez provocar un cambio sustancial en la negociación de un régimen internacional. Es lo que sucedió, por ejemplo, en el caso de la explotación de los recursos minerales antárticos, tema al que Francisco Orrego dedicó gran atención y en el que se convirtió, como en tantos otros asuntos, en una autoridad. En los hechos, en lugar del tan trabajosamente negociado régimen para la explotación de recursos minerales en la Antártica surgió el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente, también conocido como Protocolo Ambiental del Tratado Antártico o Protocolo de Madrid, que en su artículo 7 declara que cualquier actividad relacionada con los recursos minerales, salvo la investigación científica, estará prohibida.

El grado de legalización de los regímenes internacionales tiende a variar considerablemente¹⁰. Puede ser medido en distintas dimensiones. Obligatoriedad, que significa que los Estados y otros actores están vinculados por un conjunto de reglas y compromisos. Preci-

sión, que se refiere a que las reglas definen con claridad la conducta requerida, autorizada o proscrita. Delegación, que significa que terceros han sido mandados para implementar, interpretar, solucionar controversias e incluso elaborar normas en los asuntos en que se les ha otorgado competencia. Y, finalmente, la aceptación de los Estados o consentimiento, un tema que preocupaba especialmente al profesor Orrego y al que volveremos más adelante.

FRAGMENTACIÓN

Tanto a través de su participación en la elaboración del derecho internacional como en su papel de árbitro y juez internacionales, el profesor Orrego tuvo que enfrentar el problema de la fragmentación del derecho internacional. La existencia de un conjunto de regímenes legales paralelos y no siempre coincidentes entre sí le era muy familiar. Al no existir una jerarquía de tribunales similar a la que existe dentro de los países, se produce una fragmentación institucional¹¹. La colisión de re-

10 Mark Klamburg, *Power and Law in International Society*, Routledge, 2015, pp. 14-16.

11 James Crawford, *Chance, Order, Change: The Course of International Law*. The Hague: Hague Academy of International Law, 2014, pp. 292-303.

gímenes puede producirse no solo como consecuencia de la ausencia de un orden jerárquico adjudicativo internacional, sino también por la aplicación de principios contradictorios derivados de los diversos regímenes internacionales, como pueden serlo el libre comercio frente al principio precautorio en materia medioambiental, o el principio de la no intervención frente a las *démarches* en materia de derechos humanos, o la integridad territorial de los Estados frente a la autodeterminación de los pueblos.

Frente a una disputa, los Estados pueden recurrir a tribunales diversos, generando conflictos de competencia que no pueden dirimirse debido a la ausencia de una instancia superior. En el comercio internacional existe lo que se denomina el *forum shopping*¹², aun cuando en los acuerdos comerciales que se negocian se han encontrado soluciones para evitarla. Más allá de estos problemas propiamente jurídicos, se plantea un problema más general de legitimidad política. Se supo-

ne que en un sistema interno la administración de justicia, que tendrá siempre un fundamento constitucional, se deriva en último término de la soberanía popular. En el sistema internacional la legitimidad no emana del pueblo sino que de los Estados. Los miembros de los tribunales internacionales son elegidos de manera muy diversa, muchas veces en consideración a su nacionalidad y como consecuencia de intercambios de candidaturas diplomáticas muy variadas. Tampoco están sometidos a una instancia fiscalizadora o correccional y los mecanismos para hacer efectiva su responsabilidad por los fallos que emiten son débiles, cuando no inexistentes.

Pero la fragmentación del derecho internacional no es solo institucional. Ella se plantea también en materia sustantiva, tema que ha sido objeto de tratamiento por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas¹³. En su informe, la Comisión alude

12 Sobre este tema, véase Pauwelyn, Joost y Luiz Eduardo Salles, "Forum Shopping before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im)Possible Solutions", *Cornell International Law Journal*, Vol. 42 (1), 2009, pp. 77-118.

13 Informe y conclusiones del Grupo de Estudio sobre Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional, 58º período de sesiones celebrado del 1 de mayo al 9 de junio y del 3 de julio al 11 de agosto de 2006. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Suplemento N°10 (A/61/10), Capítulo XII, párrafos 241-251, pp. 441-465.

al surgimiento de interpretaciones diversas y al surgimiento de excepciones institucionalizadas al derecho internacional general, al conflicto entre distintos regímenes legales y a las diferencias en los procesos de adopción de normas internacionales. Aunque existen criterios para la solución de estos problemas, su aplicación tampoco está exenta de dificultades y contradicciones¹⁴. Con todo, hay un cierto consenso en estimar que pese a esta fragmentación, que refleja en parte la diversidad y pluralismo de la comunidad internacional, se mantiene una cierta unidad del derecho internacional, a través de la universalización del contenido de sus normas fundamentales, de la búsqueda de una cierta uniformidad en las soluciones sustantivas y a la adaptación de las normas y contenidos a los desarrollos recientes del derecho internacional y las necesidades de la comunidad internacional¹⁵.

14 Oriol Casanovas y La Rosa, "Aproximación a una teoría de los regímenes en derecho internacional público", en Rodrigo y García, *Unidad y Pluralismo en el Derecho Internacional*, pp. 42-43.

15 Ángel Rodrigo Hernández, "La integración normativa y la unidad del derecho internacional público", en Rodrigo y García, *Unidad y Pluralismo en el Derecho Internacional*, p. 323.

La fragmentación se manifiesta también en el ámbito de la solución de controversias, que el profesor Orrego Vicuña conocía bien. Durante gran parte del siglo XX, los tribunales internacionales eran muy excepcionales. Aparte de la venerable Corte Internacional de Justicia y algunas instancias de solución de disputas como los paneles del Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT), que en rigor no era verdaderamente un tribunal, no había mucho más. En 1986 el profesor Fitzmaurice podía escribir, correctamente, que "es una rareza en el campo internacional que exista la posibilidad de más de un foro para una determinada disputa"¹⁶. Incluso, una década atrás el prestigioso jurista Shabtai Rosenne señalaba que conflictos de jurisdicción o de competencia entre tribunales eran muy difíciles de encontrar¹⁷.

Cambios muy relevantes alteraron ese cuadro inicial. La consolidación de los tribunales de derechos humanos en Europa y América dieron lugar a un número

16 Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Vol. 2, Cambridge University Press, 1986, pp. 437.

17 Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court of Justice 1920-2005*, Vol. 2, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 4a ed., pp. 518.

creciente de casos. Por otra parte, el surgimiento del derecho penal internacional, un régimen legal internacional enteramente nuevo, generó una serie de tribunales y un complejo conjunto de opiniones doctrinarias y jurisprudencia. El GATT se convirtió en la Organización Mundial de Comercio (OMC), que estableció en 1995 un Órgano de Apelación, que gradualmente fue modificando el antiguo enfoque diplomático y consultivo de las disputas que conocía el GATT, convirtiéndolo en un régimen legal de adjudicación, en un proceso que fue resistido especialmente por grandes potencias, como Estados Unidos y que hoy está en franca crisis. Otros tribunales fueron creados en el contexto de nuevos regímenes legales internacionales, como el Tribunal Internacional de Derecho del Mar (ITLOS, por su sigla en inglés). Y los procesos de integración, incluyendo –pese a sus serias deficiencias– a los latinoamericanos, también establecieron sus propios tribunales, algunos más serios y efectivos que otros.

La trayectoria de Francisco Orrego estuvo fuertemente asociada a esta tendencia. Juez *ad hoc* ante la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Interna-

cional de Derecho del Mar; juez de los tribunales administrativos del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional; miembro y en ocasiones presidente de paneles ante el GATT y la OMC, algunos de gran relevancia debido a los intereses comprometidos; miembro de la Comisión para la Solución de Controversias entre Chile y Estados Unidos sobre el caso Letelier Moffit, y árbitro en múltiples casos conducidos en los marcos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), del Banco Mundial, y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por su sigla en inglés). La impresionante lista de casos en que falló y responsabilidades judiciales internacionales que asumió lo convirtieron en testigo y protagonista privilegiado del desarrollo de la solución de controversias internacionales.

En el ejercicio de sus responsabilidades, Orrego tuvo que enfrentar regímenes legales diferentes, dotados de objetivos que no siempre eran compatibles. Algunos de estos regímenes estaban en pleno proceso de creación. También tuvo que lidiar con regímenes autocontenidos y sistemas

de tratados funcional y geográficamente limitados. Cada uno de los regímenes, globales o regionales, venía con sus propios principios, su propia forma de *expertise* y su propio *ethos*, no necesariamente similar al de algún otro régimen invocado. La fragmentación no es necesariamente un fenómeno destructivo *per se* y puede ser también una señal de evolución y madurez, que refleja el pluralismo del derecho internacional. También es una consecuencia de la ausencia de una legislatura única y común a nivel global y de una corte de jurisdicción general y obligatoria que moldea el derecho internacional general. Regímenes como el comercio, derechos humanos, inversiones, protección del medio ambiente y propiedad intelectual, pueden ser más o menos armónicos o pueden entrar en conflicto. Mandatos diferentes, principios, estructuras y diferencias en las adhesiones de los Estados a los regímenes internacionales pueden llevar a una falta de coordinación y a conflictos normativos. A lo largo de su carrera, Orrego tuvo que enfrentar múltiples casos en que se plantearon estas divergencias. La frecuencia con que fue solicitada su intervención como árbitro, asumiendo a menudo la presidencia

de las instancias arbitrales, es la mejor demostración de su prestigio y autoridad en estas lides.

CONSENTIMIENTO

Para el profesor Orrego, el Estado-nación debía ser considerado como el principal punto de referencia para la elaboración del derecho internacional. Asimismo, había que ser muy cuidadoso en la distinción entre el derecho interno y el derecho internacional. No creía en la erosión gradual de esa diferencia ni tampoco en la globalización o desnacionalización de la elaboración del derecho.

Recomendaba extrema cautela frente a la elaboración de normas internacionales por parte de las organizaciones internacionales. Aunque reconocía su papel en la creación de normas del derecho internacional, advertía: “las organizaciones internacionales han sabido llevar esto mucho más allá de los límites establecidos y han tratado de definir el derecho en forma autónoma. Para justificar la validez jurídica de esos desarrollos se han invocado la formación de la *opinio iuris* por el voto afirmativo de una amplia mayoría de Estados miembros y el concepto de cos-

tumbre instantánea. Sin embargo, hay que tener en cuenta que pocas veces los gobiernos otorgan su voto en esas reuniones generales sin tener la intención de comprometerse mediante obligaciones vinculantes”¹⁸. Era reticente a aceptar la creciente cantidad de normas de *soft law* emitidas por distintas entidades internacionales, probablemente porque su misma naturaleza les otorgaba un carácter discrecional, dejando la impresión de que las instituciones de los Estados podían aplicarlos o dejar de aplicarlos de acuerdo a sus valores o intereses. Era consciente de que el carácter no vinculante de algunas normas les permitía eximirse del proceso de ratificación por parte de los poderes legislativos, pudiendo –no obstante– ser aplicados internamente por tribunales nacionales, especialmente ante vacíos de legislación.

Orrego reconoció el creciente pluralismo en la elaboración del derecho internacional, en que participan Estados, organizaciones internacionales, entidades supranacionales como la Unión Europea,

actores privados e individuos. Pero siempre sostuvo la necesidad de mantener la primacía de los Estados en el proceso. Afirmaba que el derecho internacional era un sistema interestatal, que a su vez debía tener como objetivo el bienestar del individuo. Para él ello siempre había sido la esencia del derecho internacional y, por lo mismo, el principio debía ser preservado. El Estado debía expresar, en términos claros e inequívocos, su voluntad de obligarse. Solo así las normas y estándares internacionales lograban legitimarse. Como decía su gran amigo, Prosper Weil, “sin la voluntad (de los Estados), el derecho internacional ya no estaría ejerciendo sus funciones”¹⁹.

Como suele suceder, esta visión más bien conservadora del derecho internacional ha tenido también fuertes detractores, que sostienen que ella pretende aislar el orden normativo de la realidad social y que tiende a representar al orden normativo como algo inmutable, que solo puede evolucionar en la medida en que los Estados consientan expresamente

18 Francisco Orrego Vicuña, “Creación del Derecho en una Sociedad Global: ¿Importa todavía el consentimiento?”, *Estudios Internacionales*, 37(146), 2004, pp. 101.

19 Prosper Weil, “Towards Relative Normativity in International Law”, *American Journal of International Law*, 77, 1983, pp. 420.

en ello²⁰. La crítica es válida, pero también es cierto que la proliferación del *soft law* –una de las preocupaciones centrales de Orrego Vicuña– plantea dos problemas muy relevantes. Por una parte, puede acentuar el déficit democrático en la generación del derecho internacional. Si aceptamos que la legitimidad en la generación normativa reside en los elementos constitutivos de la sociedad internacional, esto es los Estados, la dictación de normas y estándares internacionales por parte de redes internacionales relativamente innominadas²¹, cuestiona o al menos tensiona ese principio básico. Por la otra, el *soft law* puede introducir un elemento de falta de certeza legal tanto en la vigencia como en el contenido de la norma.

Sea como fuere, tanto en su obra como en su práctica arbitral, en no pocas ocasiones Orrego

manifestó una cierta apertura, gradual y extremadamente prudente, frente a normas que no emanaban de las fuentes formales del derecho internacional, tal como las define el famoso artículo 38 (1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Como él lo recordaba, y como se olvida con frecuencia en un medio marcado por el positivismo legal como el nuestro, dicho artículo no establecía una enumeración exhaustiva de fuentes ni tampoco establecía un orden jerárquico²².

CONCLUSIÓN

En este texto hemos destacado la notable contribución que el profesor Orrego Vicuña hizo al desarrollo del orden internacional legal, que se fue consolidando a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial. Este orden legal representó la armazón de lo que se conoce como el orden internacional liberal. Cuando hablamos de un orden basado en reglas, aludimos en una medida importante al derecho internacional moderno. El orden liberal apunta a la consagración de principios internacionales

20 Véase por ejemplo Alain Pellet, “The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making”, *Australian Yearbook of International Law*, 12, 1988-89, pp. 22-53.

21 Sobre el tema de las redes normativas y regulatorias internacionales, véase Anne-Marie Slaughter, “Governing the Global Economy through Government Networks” en Michael Byers (ed.), *The Role of Law in International Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2000, pp. 177-205 y su libro *A New World Order*, Princeton N.J.: Princeton University Press, 2004.

22 Orrego Vicuña, *Creación del Derecho*, pp. 85.

básicos, como la paz y la seguridad internacionales, los derechos humanos, la prohibición del uso de la fuerza, la no intervención, la cooperación internacional, el desarrollo sostenible. Apunta al establecimiento de organizaciones internacionales y a la elaboración de regímenes que regulan las múltiples áreas de la actividad internacional. Y también apunta a la vigencia del Estado de Derecho en el ámbito global.

En tiempos de crisis del multilateralismo, debemos preguntarnos: ¿en qué medida va a sobrevivir este orden mundial basado en reglas? ¿Qué tan resilientes serán los regímenes internacionales negociados tan trabajosamente en estas últimas décadas? ¿Qué sucederá con el procedimiento de solución de controversias de la OMC cuando en la práctica está desapareciendo el Órgano de Apelación y cuando dos de las grandes potencias comerciales están optando por resolver sus disputas a través de acuerdos bilaterales que consagran prácticas de comercio administrado? ¿Qué pasará con los regímenes de protección de derechos humanos cuando son cuestionados por grandes potencias como China, Rusia y también, por otras razones, por los Estados

Unidos? ¿Alcanzará el Tribunal Penal Internacional una verdadera universalidad cuando las grandes potencias han optado por permanecer al margen y cuando una serie de países africanos lo han cuestionado? ¿Cuántas instituciones del orden internacional basado en reglas permanecerán inmunes a las reacciones populistas, nacionalistas y xenofóbicas que comparten una profunda desconfianza en la regulación internacional? ¿Estamos volviendo al imperio de la *ley de la selva* a nivel internacional²³ y de las crudas relaciones de poder?

Por cierto, no tenemos las respuestas frente a estas interrogantes. Pero lo que podemos asumir razonablemente es que el orden internacional que se desarrolló en la segunda mitad del siglo XX irá cambiando significativamente en el siglo actual y que varias de las instituciones y normas que fueron establecidas por internacionalistas como Francisco Orrego serán alteradas o incluso reemplazadas. Pero también podemos suponer que los principios internacionales básicos que él siempre defendió, continuarán prevaleciendo: el valor de los tratados, la protección

²³ La expresión es de Robert Kagan, *The Jungle Grows Back*, Alfred A. Knopf, 2018.

del individuo, la solución pacífica de las controversias o la prohibición del uso de la fuerza. Después de todo, muchos miembros de la comunidad internacional, muchas personas que habitan el planeta, aspiran a la preservación y desarrollo de un orden mundial conforme a las reglas de un Estado de Derecho y no a un sistema marcado por el nacionalismo, el unilateralismo y la política del poder.

ANOTACIONES JURÍDICAS DE LA OBRA DE
FRANCISCO ORREGO VICUÑA

María Teresa Infante

Instituto de Estudios Internacionales
U. de Chile

La obra jurídica de Francisco Orrego Vicuña es extensa, variada y sugerente. Sus escritos y conferencias abarcan temas desde el derecho de la integración, el derecho del mar, los temas hemisféricos, la Antártica y sus recursos, la Cuenca del Pacífico, hasta los aportes de las últimas décadas dedicados fundamentalmente al arbitraje internacional y la solución de controversias. El contexto en que esta obra se fue produciendo también merece ser tenido en cuenta; algunos aportes corresponden a negociaciones en curso, otros intervienen en temas contingentes, varios plantean agendas, y no pocos, reflejan un pensamiento teórico sobre temas que ocupaban su quehacer profesional.

Orrego Vicuña deja una obra maciza, fruto del conocimiento y estudio, de su creatividad y determinación. Las características de independencia y convicción se revelan en sus confidencias, pocas, respecto de la mediación pontificia de 1979-1984, entre Chile y Argentina. La entrevista que da en 2015 a la revista *Societas* del Instituto de Chile, aporta elementos para comprender su participación en el proceso, así como en las negociaciones que lo precedieron y donde desempeña tareas en etapas decisivas¹.

En este artículo presento tres áreas donde Orrego Vicuña muestra preferencias en materias jurídicas, preservando siempre la independencia para seleccionar los criterios que incorpora en sus obras. Orrego Vicuña es también una persona de influencia en diversos ámbitos del

1 “Entrevista al Académico de Número don Francisco Orrego Vicuña. Una vida plena”. *Societas* 2018, pp. 86-88.

derecho internacional, reconocido por sus pares en distintas facetas que dan cuenta de su discreción y tacto, y con claridad para manifestar opiniones y creencias.

En la presidencia del Institut de Droit International, especialmente en la Sesión de 2007 celebrada en Chile, le corresponde dirigir el debate sobre Present Problems of the Use of Armed Force in international Law-Humanitarian action, y lo hace con maestría, distinguiendo las pasiones circunstanciales de la invitación a retomar el trabajo en un tema delicado y contingente². En el mismo Institut, se conoce su estudio sobre Responsibility and

Liability under International Law for Environmental Damage³, base de la resolución de 1997 sobre el mismo tema⁴.

Como juez *ad hoc* de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en la Controversia Marítima entre Perú c. Chile (2008-2014), Orrego Vicuña hace frente a una responsabilidad especial. Su aporte, respetando la solemnidad de la función judicial, expone una sólida convicción de que era válido sostener la vigencia de un límite marítimo de 200 millas. Posiblemente, es una de las misiones más delicadas de su carrera, y la lleva a cabo plasmando con brillo unas conclusiones en su opinión parcialmente individual y disidente del fallo de 27 de enero de 2014, así como en la opinión disidente conjunta con otros tres jueces del tribunal.

Escogiendo entre algunos elementos salientes, citamos la evaluación crítica del rol de la equidad que proyecta la sentencia de la CIJ sin que el fallo lo reconozca explícitamente. Al respecto, Orrego Vicuña sostiene que “While equity

2 Ver la 10B Resoluton EN, Santiago, 27 October 2007, 10th Commission Subgroup B: “The Institute has discussed in detail the question of the lawfulness of military actions which have not been authorized by the United Nations but which purport to have been taken to end genocide, large-scale crimes against humanity or large-scale war crimes. While a number of members supported the view that such actions might be lawful under certain circumstances and observing certain conditions, a number of other members were of the view that this is not the case under present international law and in particular under the Charter of the United Nations. In view of these differences of opinion and in consideration of the fact that another subgroup is specifically dealing with the Present Problems of the Use of Armed Force in International Law and the authorization to resort to the use of force by the United Nations, the Institute decided to refer this particular issue to that subgroup for further discussion in a subsequent session...” http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2007_san_03_en.pdf.

3 Institute of International Law Yearbook, Volume 67, Part I Session of Strasbourg, 1997 Preparatory works, pp. 312-346. http://www.idi-iil.org/app/uploads/2018/06/1997_vol_67-I_Session_de_Strasbourg.pdf

4 http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1997_str_03_en.pdf

is generally accepted as a source of law under the Statute of the Court, the Court has always considered that the role of equity is bound by the law as a type of equity *infra legem*, that is, under the law and in accordance with it, as opposed to equity *preter legem* or equity *contra legem*” (párrafo 35 de la Opinión parcialmente individual)⁵.

En este caso, Orrego Vicuña recuerda que el Artículo 74 (1) de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Convemar), análogo al Artículo 83 (1) de la misma Convención, considera los resultados equitativos en la delimitación marina, pero no aisladamente, sino en conjunto con los acuerdos entre las partes, adoptados de conformidad con el derecho internacional. Un texto que lleva el sello de Orrego Vicuña, ya que participa en su estudio y en la elaboración de los términos que llevan al consenso en la materia, en la última etapa de las negociaciones.

En el mismo asunto marítimo, como uno de los cuatro jueces suscriptores de la opinión disidente conjunta (párrafo 35), contribuye a la tesis de que el texto

del párrafo IV de la Declaración de Santiago de 1952 sobre Zona Marítima, implicaba que el paralelo que pasa por el punto donde la frontera terrestre llega al mar representaba el límite lateral de las zonas marítimas de las partes, que sobre la base de las reclamaciones de ellas y como se presentaron en la Declaración de Santiago, se extiende por 200 millas náuticas. Ello, confirmado por los acuerdos subsecuentes (1954, 1955 y 1968). De estos textos, los cuatro jueces desprenden bases jurídicas sobre la existencia de un límite marítimo hasta la distancia de las 200 millas náuticas⁶.

Bastaría con leer estos textos, más la sentencia de 2014, para comprender la complejidad del razonamiento que debió realizar como juez *ad hoc*, individualmente y en conjunto con los demás jueces.

1º ÁNGULO: EL NUEVO DERECHO DEL MAR Y EL DESARROLLO DE REGLAS PARA LA ANTÁRTICA

En el derecho del mar, con capacidad analítica y acentuando perspectivas de futuro, Orrego Vicuña se muestra como un activo

5 <https://www.icj-cij.org/files/case-related/137/137-20140127-JUD-01-10-EN.pdf>. pp. 134, párr. 35.

6 <https://www.icj-cij.org/en/case/137/judgments>. pp. 109, párr. 35.

organizador de grupos de estudio y seminarios. En 1984, edita la obra *The Exclusive Economic Zone*⁷, resultado de un seminario celebrado en Iquique, con la participación de los mayores negociadores por América Latina en la materia, incluyendo destacados funcionarios internacionales. Ellos se dedican a ahondar en todas las facetas que esa institución puede tener en la época, aun no vigente la Convemar. En la obra, Orrego Vicuña resalta la vinculación indisoluble de la Zona Económica Exclusiva con la práctica latinoamericana, reflejada en legislaciones nacionales y en instrumentos regionales⁸.

Los orígenes del concepto, la negociación de sus elementos esenciales y los compromisos alcanzados sobre la base de la definición de derechos soberanos, jurisdicciones y derechos residuales, están claramente descritos en un compendio que merece ser consultado periódicamente. A ello se suma, el sistema de solución de controversias susceptibles de presentarse respecto de la ZEE y el ejercicio de derechos soberanos

en ella, corolario de la naturaleza jurídica de los derechos allí garantizados, y en particular de los poderes del Estado costero. Las disposiciones de la Convención dan cuenta de una labor infatigable en el seno de grupos de negociación, donde se perfeccionaron los elementos que definen la naturaleza jurídica de ese espacio marítimo. Chile actuó con dos destacadas personalidades en esta negociación, el embajador Fernando Zegers⁹ y el profesor Francisco Orrego Vicuña.

Como académico, Orrego Vicuña ofrece posteriormente, un curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya dedicado al tema, profundizando aún más sobre los derechos soberanos propios de este espacio *sui generis*, y los elementos de acomodación con las libertades y derechos de terceros Estados¹⁰.

Más tarde, el autor proyecta su obra hacia la cuestión de la pes-

7 F. Orrego Vicuña, *The Exclusive Economic Zone*, Boulder, Westview Press, 1984. En español.

8 *Ibid.*, pp.1-5.

9 F. Zegers, "Chile y la Negociación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Convemar)", en J. Somavía & P. Oyarce, eds., *Chile actor del sistema multilateral. Una tradición nacional*, Santiago, Academia Diplomática de Chile "Andrés Bello", 2018.

10 F. Orrego Vicuña, *La zone économique exclusive: régime et nature juridique dans le droit international*, *Recueil des cours*, 199, 1986, pp. 9 -170.

ca en alta mar, donde incorpora nociones del derecho del medio ambiente con las propias disposiciones de la Convención de 1982, así como lecciones y tendencias de la práctica nacional e internacional, que se multiplican en los años noventa.

El autor aprecia el rol cambiante del derecho internacional en la materia, y avizora nuevas perspectivas en su desarrollo¹¹. Correctamente, define el panorama legal en cuanto a que el tema de la pesca en alta mar no reside en si ciertas actividades pesqueras deben ser reguladas, sino más bien, en la cuestión acerca de quién debe emprender las funciones reguladoras apropiadas, y con qué alcance.

Este es el enfoque que propone para situar la propuesta del mar presencial en la primera mitad de los noventa, concepto que dio lugar a discusiones un tanto circulares, donde el propio autor avanza tesis que va superando en el curso de los años, junto con responder a sus críticos¹². Las características relativas a las competencias del estado costero en ese ámbito, se

revelan limitadas en la explicación de Orrego Vicuña, quien considera que la potencial implicancia jurisdiccional de esa noción –mar presencial– se daba más bien, en cuanto a las poblaciones de especies transzonales, de las altamente migratorias y de otras que circulan entre la ZEE y alta mar.

El autor estudia estos temas en años donde se abren paso negociaciones en las cuales confluyen nociones consagradas en la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Esas negociaciones conducen al Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de Diciembre de 1982 relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Pesca Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios (Acuerdo de 1995), y al Código de Conducta para la Pesca Responsable de la FAO, ambos de 1995.

En ese contexto, Orrego Vicuña muestra preferencia por un sistema de normas que no deroga la libertad de pesca en alta mar, pero donde aquella no equivale a una libertad depredadora. Por el contrario, al introducir en dicha zona los principios del desarrollo

11 F. Orrego Vicuña, *The Changing International Law of High Seas Fisheries*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 21-22.

12 *Ibid.*, pp. 107-111.

sostenible, el de acción preventiva, el enfoque precautorio y el principio de la decisión informada, la pesquería de alta mar logra una nueva fisonomía¹³.

En este ámbito, Orrego Vicuña ya ha examinado la tesis sobre el mar presencial expuesta por el almirante Jorge Martínez Busch en Chile, en 1990¹⁴, y procura aportar un sentido específico. Así, interpreta sus términos de forma que la identificación de un área de alta mar como espacio de mar presencial, lo es solo para explicar que allí los intereses chilenos pueden estar más directamente involucrados. En diversos trabajos en la década de los noventa, y que sintetiza una obra publicada en 1999, Orrego Vicuña sostiene que la naturaleza de alta mar no fue nunca puesta en duda y ella fue expresamente reafirmada¹⁵.

Este análisis no omite uno de las implicaciones jurisdiccionales de la figura del mar presencial, incluida en la Ley de Pesca de

1991¹⁶, en relación con las medidas de conservación y manejo que pudieren ser adoptadas respecto de las poblaciones transzonales de recursos vivos marinos en la zona económica exclusiva y alta mar, así como respecto de especies altamente migratorias, mamíferos marinos, y especies anádromas (Artículo 165). El autor encuentra su justificación en la propia naturaleza del problema relativo a la conservación de dichas especies, desafío que el estado costero puede tomar. Entre las medidas que sugiere la legislación, ante la falta de cooperación de terceros con el estado costero y de claridad acerca de cómo se está velando por la conservación de las especies en alta mar, ese enfoque sugiere la posibilidad de regular el acceso a los puertos para efectos de desembarcar las capturas, u otras de similar alcance.

En su obra, Orrego Vicuña expone el caso de otras legislaciones, como las de Argentina y de Canadá¹⁷, que –con otros términos– también daban cuenta del ejercicio de competencias –no

13 *Ibid.* pp. 145-170.

14 J. Martínez Busch, "La gran tarea de esta generación es la ocupación efectiva de nuestro mar", Clase magistral, Valparaíso, 4 de mayo de 1990.

15 F. Orrego Vicuña, *The Changing International Law of High Seas Fisheries*, op. cit., pp. 107.

16 <http://www.subpesca.cl/portal/615/w3-article-88020.html>

17 F. Orrego Vicuña, *The Changing International Law of High Seas Fisheries*, op. cit., pp. 111-117.

en alta mar directamente— pero con efectos sobre las actividades de terceros en alta mar.

Los estudios del autor no eluden la cuestión del fundamento jurídico de ese esquema que asume el ejercicio de las competencias por el estado costero, y que revierte la perspectiva al poner acento en el potencial jurídico de los propios Artículos que rigen la pesca en alta mar (116-119), de la Convemar. Orrego Vicuña integra pocos años después, la Sala Especial establecida por acuerdo entre Chile y la Comunidad Europea en 2000, en el marco del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, para conocer del caso relativo a la conservación y la explotación sostenible de los stocks de pez espada en el Pacífico Sudoriental¹⁸, donde se debate la aplicación de las disposiciones sobre alta mar y su relación con la zona marítima chilena adyacente, en materia de pesca.

En ese caso, la Comunidad Europea había sostenido que se trataba de una controversia regida por las normas de la OMC sobre tránsito internacional e importación de productos desembarcados

en puertos chilenos¹⁹. Pregunta también, ante el Tribunal Internacional sobre si el Acuerdo de Galápagos (promovido por Chile, Perú, Ecuador y Colombia) se conforma a los artículos sobre alta mar contenidos en la Convemar (64, 116-119). Orrego Vicuña explica, a su vez, este diferendo como uno donde existen enfoques divergentes acerca de los instrumentos sobre los cuales deben apoyarse las partes para alcanzar un acuerdo²⁰.

Entre aquéllos, los elementos definitorios del Acuerdo de 1995 y su seguimiento en el Pacífico Sudoriental, encuentran en Orrego Vicuña un analista fino y con conocimiento de lo que estaba en juego. El autor observa en su texto, un desarrollo progresivo (positivo) del derecho, al tiempo que aprecia la introducción del concepto de desarrollo sustentable y del enfoque precautorio como guías de la conservación y el manejo de los recursos. Chile adhiere al Acuerdo de Nueva York en

19 https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds193_e.htm

20 F. Orrego Vicuña, “Les nouvelles tendances du droit de la mer en Amérique latine et leurs effets à l’égard des pêcheurs européens”, en R. Casado Raigón, *L’Europe et la mer (pêche, navigation et environnement marin)*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 83-84.

18 <https://www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-7/#c626>

2015, en el ámbito de una política comprensiva de la pesca sustentable en alta mar y la relación con la ZEE nacional.

En su análisis, el autor anticipa que el Acuerdo de 1995 tiene una influencia mayor a su propio ámbito (especies compartidas entre la ZEE y alta mar), y aprecia allí, un potencial para buscar un nuevo equilibrio jurídico y de intereses, incorporando enfoques de desarrollo de las pesquerías y de conservación que resultan en una libertad calificada en alta mar²¹.

Cercanas geográfica y espacialmente, pero con características propias, las materias antárticas son un terreno fértil para la creación jurídica de Orrego Vicuña. Como académico, genera espacios para conversaciones que, en los años setenta y ochenta, tienen influencia en el proceso internacional e interno relativo a ese continente y sus espacios marítimos. Ello requiere abordar difíciles temáticas relativas a las competencias y estrategias sobre los recursos naturales del continente, el derecho del mar aplicable, el *statu quo* territorial y los temas atinentes a la conservación y el aprovecha-

miento de los recursos. El contexto internacional es altamente exigente y en ese espacio, algunos actores manifiestan deseos de superar el Tratado Antártico de 1959.

Los seminarios que organiza Orrego Vicuña al amparo del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, dan como resultado la generación de un conjunto de ideas y formas de trabajar políticas públicas, con participación de los principales actores interesados (comunidad científica, autoridades regionales, académicos, diplomáticos experimentados, fuerzas armadas)²².

Dos rasgos destacan en la producción jurídica del profesor en esta materia. Por una parte, la capacidad para identificar puntos capaces de explicar cómo las normas básicas del Tratado Antártico pueden ser integradas en los acuerdos relativos a los recursos naturales antárticos o en un régimen de protección del medio ambiente en el continente y en los espacios marítimos. Por otra parte, el esfuerzo pedagógico que invita a una reflexión junto a especialistas y personas interesadas, cuyas

21 F. Orrego Vicuña, *The Changing International Law of High Seas Fisheries*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 288-290.

22 De 1984 data la obra *Política Antártica de Chile*, con trabajos jurídicos, políticos y técnicos, editada por F. Orrego Vicuña, M.T. Infante y P. Armanet, Santiago, Instituto de Estudios Internacionales.

sensibilidades jurídicas y estratégicas hacia el Tratado Antártico no siempre son coincidentes. En materia antártica, Orrego Vicuña aporta una visión integradora, distinguiendo aquello que es esencial, de las discusiones sobre normas y prácticas que pueden adaptarse a nuevos desarrollos²³.

En la obra Derecho Internacional de la Antártida de 1994, el autor reúne capítulos que sirven de apoyo para comprender desarrollos sustantivos en el Sistema Antártico, en el cual el Protocolo de Madrid de 1991 fortalece el enfoque ecosistémico y de prevención aplicable a la actividad del hombre en la Antártica²⁴. Orrego Vicuña aporta un enfoque donde la cooperación entre los principales actores políticos del sistema se basa en acomodaciones y compromisos que resguardan derechos e intereses legítimos, y también potencian nuevas formas de adopción de decisiones y de ejercicio individual o colectivo de

dichas competencias normativas. En el trabajo pionero “Le droit de la mer dans l’Antarctique”²⁵, que sigue la línea del experto belga A. van der Essen²⁶, ofrece una orientación clara acerca de cómo entender el Artículo IV del Tratado Antártico sobre la cuestión territorial, su compatibilidad con un régimen especial y común para los recursos naturales (vivos y no vivos), y la vigencia del derecho del mar. Este enfoque se ampliaría en otro trabajo fundamental sobre la emergencia de un régimen jurídico para la explotación de minerales en Antártica²⁷.

2º ÁNGULO: EL ARBITRAJE SOBRE INVERSIONES Y LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, APORTES TEÓRICOS A PARTIR DE LA EXPERIENCIA

En este ámbito, Orrego Vicuña revela su capacidad para abordar cuestiones jurídicas que involucran a Estados y actores no gubernamentales, en materias de

23 F. Orrego Vicuña y A. Salinas, editores, *El Desarrollo de la Antártica*, Instituto de Estudios Internacionales, 1977. También, *La Antártica y sus Recursos. Problemas científicos, jurídicos y políticos*, Santiago, Editorial Universitaria, 1983, publicada en inglés como Antarctic Resources Policy, Cambridge, Cambridge University Press, 1983.

24 F. Orrego Vicuña, *Derecho de la Antártida*, Santiago, Dolmen, 1994.

25 F. Orrego Vicuña & M.T. Infante, *Le droit de la mer dans l’Antarctique*, R.G.D.I.P., 1980, pp.340-350.

26 “L’Antarctique et le droit de la mer”, *Revue iranienne de relations internationales*, 1975-76, pp. 89-98.

27 F. Orrego Vicuña, *Antarctic Mineral Exploitation. Emerging Legal Framework*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.

alcance preferentemente económico. En un trabajo de comienzos del siglo XXI sostiene que de forma creciente se reconoce al individuo la posibilidad de reclamar por sí mismo²⁸, y que la protección diplomática –que pueden ejercer los Estados respecto de sus nacionales– adquiere un rol residual, en vez de principal²⁹.

Como consecuencia de ello, anota, el vínculo de nacionalidad se ha hecho más flexible, la regla de la continuidad de la nacionalidad se adapta, se acoge la transferibilidad de las reclamaciones en respuesta a las necesidades de un mercado global, la doble nacionalidad se basa crecientemente en el principio de la efectividad y la nacionalidad de las corporaciones no sigue el *dictum* del asunto Barcelona Traction³⁰, sino que responde más a nociones prácticas del control económico y la necesidad de protección a los accionistas³¹.

Las reflexiones de Orrego Vicuña sobre la evolución del sistema internacional de solución de controversias son vastas, y se extienden a lo menos durante los últimos 25 años. La mirada de conjunto abarca en el autor, otros acuerdos orientados al comercio, y regulados en el marco del sistema de la Organización Internacional del Comercio, y de acuerdos de libre comercio.

La globalización como fenómeno integrador, está presente en la apreciación del autor relativa a las reglas del sistema de solución de controversias sobre inversiones; desde esa perspectiva, comenta acerca de la posibilidad de que un Estado inicie un procedimiento contra un inversionista (de haberse dado el consentimiento por escrito) e incluso la factibilidad de demandas reconventionales³². Agrega que los acuerdos de protección de inversiones también

28 F. Orrego Vicuña, *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society*, Cambridge University Press, 2004, pp. 29-47.

29 *Ibid.*, pp. 33.

30 *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, I.C.J. Reports 1970, pp. 3.

31 F. Orrego Vicuña, *Individuals and Non-State Entities before International Courts and Tribunals*, 5 *Max Planck Y.B. U.N. L.* 53 (2001), pp. 59

32 *Gabon v. Societé Serete S.A.*, ICSID Case No. ARB/76/1, y su discusión en I.F. Shihata & A.R. Parra, “The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes”, *ICSID Review*, Vol. 14, 1999, 299-361, pp. 316. Citado en F. Orrego Vicuña, *New Issues in the Settlement of Disputes of International Investments: the global reach of the role of dispute settlement*, en *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes*, Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah, ed. por T. M. Ndiaye & R. Wolfrum, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, p.300.

pueden ser invocados por inversionistas de Estados en desarrollo, como es el caso de un asunto donde presidió el tribunal³³.

En el primer caso contra un estado latinoamericano (Fedax N.V., 1997, en el marco de un tratado entre Países Bajos y Venezuela), Orrego Vicuña preside el tribunal arbitral. Allí aborda –en fase de competencia– la definición de inversión y afirma, recurriendo a un criterio objetivo, que según el Convenio CIADI ³⁴: “the definition of *investment* is controlled by consent of the Contracting Parties, and the particular definition set forth in Article 1 (a) of the Agreement is the one that governs the jurisdiction of ICSID”³⁵. La definición amplia de inversión tiene su fundamento entonces, en el propio acuerdo de las partes, el

cual no impide, por ejemplo, que los títulos de dinero estuviesen cubiertos por aquél.

Por otra parte, la opinión del autor en materia de reclamaciones de personas jurídicas (corporate claims), dotadas de estructura y carácter de derecho público o privado, materia objeto de clásicos debates, se expresa no solo en arbitrajes, sino que doctrinalmente también en la valoración que hace del consentimiento de las partes y el recurso a un enfoque flexible.

Orrego Vicuña cree que ello es facilitado por la Convención CIADI, como lo muestra el análisis acerca del alcance del Artículo 25 (2)(b)³⁶, en casos donde se discute el valor del acuerdo entre los socios, y si éste califica para la protección del tratado relativo a inversiones. Asimismo, el autor también marca un punto jurídico al opinar sobre la competencia del árbitro de inversiones para conocer de la reclamación de un accionista minoritario³⁷. Así,

33 Maffezini v. Spain, ICSID Award of 13 November 2000. CASO NO. ARB/97/7. Citado en Ibid.

34 Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, 1965.

35 Fedax N.V. v. Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision on Jurisdiction, 11 July 1997, 37 LL.M. 1378 (1998), párrs. 31 – 32. El párr. 31 de laudo señala que: “[T]he term Investments’ shall comprise every kind of asset and more particularly though not exclusively: (ii) rights derived from shares, bonds, and other kinds of interests in companies and joint ventures; (iii) titles to money, to other assets or to any performance having an economic value”.

36 F. Orrego Vicuña, “New Issues in the Settlement of Disputes of International Investments: the Global Reach of the Role of Dispute Settlement”, Op.cit., pp. 304-306.

37 Ideas incorporadas en el fallo CMS Gas Transmission Company v. Republic of Argentina, párr. 48. En 42 ILM 788 (2003). “The Tribunal therefore finds no bar in current international law to the concept of allowing claims by share-

señala un fallo bajo su presidencia, en cuanto a que dado que el Convenio no define “inversión”, no pretende definir los requisitos que una inversión debe tener para calificar a efectos de la competencia del CIADI³⁸.

holders independently from those of the corporation concerned, not even if those shareholders are minority or non-controlling shareholders. Although it is true, as argued by the Republic of Argentina, that this is mostly the result of *lex specialis* and specific treaty arrangements that have so allowed, the fact is that *lex specialis* in this respect is so prevalent that it can now be considered the general rule, certainly in respect of foreign investments and increasingly in respect of other matters. To the extent that customary international law or generally the traditional law of international claims might have followed a different approach & a proposition that is open to debate & then that approach can be considered the exception”.

38 *Ibid.*, párr. 51. “Precisely because the Convention does not define “investment”, it does not purport to define the requirements that an investment should meet to qualify for ICSID jurisdiction. There is indeed no requirement that an investment, in order to qualify, must necessarily be made by shareholders controlling a company or owning the majority of its shares. It is well known incidentally that, depending on how shares are distributed, controlling shareholders can in fact own less than the majority of shares. The reference that Article 25(2)(b) makes to foreign control in terms of treating a company of the nationality of the Contracting State party as a national of another Contracting State is precisely meant to facilitate agreement between the parties, so as not to have the corporate personality interfering with the protection of the real interests associated with the investment. The same result can be achieved by means of the provisions of the BIT, where the consent may include non-controlling or minority shareholders”.

Aplicando una mirada de conjunto, la opinión de Orrego Vicuña sobre qué entender por inversión en el sistema CIADI, por tanto, es una cuestión a determinar en el marco del consentimiento de las partes acerca de la competencia arbitral, normalmente mediante los tratados bilaterales de inversiones³⁹. El autor considera además, que la definición de inversiones no es solo un tema de competencia, sino que también una cuestión de fondo, ya que respecto de ella se evaluará el cumplimiento de los requisitos y garantías que el sistema puede establecer. Ello involucra ciertamente, la construcción de un enfoque apropiado acerca de las facultades regulatorias del Estado⁴⁰.

En esta mirada de horizonte sobre el pensamiento jurídico de Orrego Vicuña, emerge el tema de las legítimas expectativas, y el rol del examen judicial como mecanismo para rectificar una conducta en caso de su no observancia⁴¹.

39 F. Orrego Vicuña, “New Issues in the Settlement of Disputes of International Investments: the global reach of the role of dispute settlement”, en *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes*, Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah, Op.cit., pp. 306-307.

40 *Ibid.* pp. 309-310.

41 *Ibid.*, pp. 312.

Los escritos de Orrego Vicuña sobre esta materia, ofrecen una visión integradora y sistémica de las normas relativas a inversiones a la luz de los arbitrajes CIADI o bajo otro sistema, como el NAFTA. Así lo sugiere otro trabajo publicado en 2012, acerca de la costumbre internacional, donde aborda el estándar mínimo [de tratamiento a la persona extranjera], y las legítimas expectativas, entre otras materias⁴².

Estos trabajos sugieren una mirada diferente acerca de la tesis de la fragmentación del marco jurídico dada la diversidad de tribunales, la variedad de hechos, y los razonamientos jurídicos en torno al derecho aplicable. Fragmentación que sí se ha hecho presente al observarse como se ha aplicado el concepto de “necesidad” y sus requisitos⁴³. Las discusiones en torno a la nulidad en los casos CMS, Enron y Sempra (CIADI),

así lo muestran. En esos casos, Orrego Vicuña preside el tribunal cuyas sentencias fueron sometidas a procedimientos de anulación. A su vez, las decisiones sobre la nulidad de los fallos, debían abordar necesariamente el tema de la necesidad, su fundamento jurídico y su relación con las fuentes de las obligaciones en juego.

Los escritos de este período son parte de un largo camino donde no puede dejar de mencionarse su trabajo acucioso sobre “Some International Law Problems Posed by the Nationalization of the Copper Industry by Chile”, de 1973, donde no ignora las discrepancias de fondo que el tema tuvo en el derecho internacional e interno⁴⁴.

3° ÁNGULO: DEFINIENDO LA NATURALEZA DEL DERECHO INTERNACIONAL A PARTIR DE LA EXPERIENCIA

En uno de sus primeros trabajos, Orrego Vicuña destaca la obra de Alejandro Álvarez, expositor de la teoría del Derecho Internacional Americano y juez de la Corte Internacional de Justicia. Así se re-

42 F. Orrego Vicuña, Customary International Law in Action. From the International Minimum Standard to Fair and Equitable Treatment, en *Coexistence, Cooperation and Solidarity. Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, I, eds. H. P. Hestermeyer et al., Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, pp. 182-197.

43 J.A. Álvarez, *The Public International Law Regime Governing International Investment*, Pocketbooks, Hague Academy of International Law, 2011, pp. 265-284.

44 American Journal of International Law, 67, 1973, 4, pp. 711-727. También en Estudios Internacionales, 6, 1973, 24, pp. 66-88.

fleja en la traducción de las lecciones del jurista francés René-Jean Dupuy en 1971, dedicadas a Álvarez⁴⁵. La enseñanza de Álvarez que Orrego Vicuña recoge, es la de un innovador que incorpora visiones sobre el futuro del derecho internacional, además del derecho positivo. Orrego Vicuña, es claro, no ignora la tradición que Álvarez encarnaba y su trascendencia en el derecho internacional.

Esto es, la pretensión de conciliar el origen o la aplicación regional de ciertos principios y nociones jurídicas, además de la inclusión de la noción de humanidad, con respuestas a necesidades mundiales.

Sobre la globalización, Orrego Vicuña asume la existencia de unos rasgos esenciales de las relaciones internacionales de comienzos del siglo veintiuno donde advierte cambios en el derecho internacional. Toma como base la doctrina de Wolfgang Friedman para definir el proceso de tránsito desde una estructura de la coordinación a una de la cooperación, y sus relaciones con el derecho en evolución. Asimismo, la emergencia en el debate y ante los tribunales internacionales, de

la invocación sobre reglas de *jus cogens* y *erga omnes*, que llevan a recordar que puede haber formas de subordinación normativa⁴⁶.

Una temática que repite a lo largo de los últimos quince años, y que aparece en la discusión sobre el rol del consentimiento en la teoría de las fuentes del derecho internacional, cuya presentación en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se enseña como el punto de partida de todo análisis.

El autor entra así, en la discusión sobre la diferenciación entre reglas, principios u objetivos⁴⁷. Un tema apto para polémicas, ya que en torno a él se han postulado las distinciones entre un “objetivismo jurídico” y un “positivismo voluntarista”, que Orrego Vicuña comenta extensamente⁴⁸. Su posición ante el llamado *soft law*

46 F. Orrego Vicuña, *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society*, Cambridge University Press, 2004, pp. 5-6.

47 F. Orrego Vicuña, “Law Making in a Global Society: Does Consent still matter?”, *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005*, edit. por J.Bröhmer et al, Köln, Carl Hemanns Verlag KG, 2005, pp. 191-194.

48 *Ibid.*, pp. 192. Tomando como referencia lo expuesto por A. Pellet, *Contre la tyrannie de la Ligne Droite*, Thesaurus Acroasium: Sources of International Law, 1992, pp. 291-355.

45 <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/34607/36310>

denota una sensibilidad hacia la búsqueda de la intención y el consentimiento a fin de determinar aquello que posee efectos jurídicos y distinguirlo de otras manifestaciones de la política o preferencias de los Estados.

Al analizar las diversas expresiones del tema, desde la jurisprudencia de los tribunales internacionales, hasta argumentaciones doctrinarias, el autor hace emerger elementos para determinar la real naturaleza de los llamados acuerdos no vinculantes. Cita al respecto las definiciones de un “derecho verde”⁴⁹ o de un “pre-derecho”⁵⁰. Orrego Vicuña valora el argumento del gran jurista francés Prosper Weil quien se preguntaba acerca de “Towards Relative Norma-

tivity in International Law?”⁵¹, apuntando a destacar el rol del consentimiento para asegurar la coexistencia de diferentes intereses en la comunidad de naciones.

Sus observaciones acerca de la evolución normativa del derecho internacional y el rol del consentimiento, reflejan un enfoque positivo hacia el derecho internacional, pero con advertencias acerca de una mayor transparencia y responsabilidad de parte de los agentes internacionales. Asimismo, elabora argumentos en torno a un derecho internacional al servicio de los ciudadanos, lo cual exige respuestas en el ámbito de los sistemas jurídicos internos. También se preguntaría por una corte constitucional para la sociedad internacional⁵².

Crítico de la referencia genérica a principios generales del derecho y la equidad, y partidario de la estrictez en su determinación a la luz de los límites del derecho internacional vigente, el autor

49 Expresión empleada por René-Jean Dupuy, citada por G. Abi-Saab, en *Cours Général de Droit International Public*, Recueil des Cours, 1987, VII, pp. 210. También citado en G. Abi-Saab, *Éloge du ‘Droit Assourdi’*. Quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain, *Nouveaux Itinéraires en droit: Hommage à François Rigaux*, Bruselas, Bruylant, 1993, pp. 59-68.

50 M. Virally, *La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique*, *Institut de Droit International*, Rapport Provisoire du Professeur Michel Virally, *Annuaire de l’Institut de Droit International*, Vol. 60-I, 1983, pp. 182.

51 P. Weil, *Towards Relative Normativity in International Law?*, *American Journal of International Law*, Vol. 77, 1983, pp. 413-442.

52 F. Orrego Vicuña, *A constitutional court for an international society?*, En *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society*, Op. cit., pp. 10-18.

cree que esos límites no deben ser sobrepasados por los tribunales⁵³.

He ahí un tema actual que Orrego Vicuña no elude y analiza con sentido crítico. En este marco, una apreciación sobre los alcances del Artículo 21 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en particular el acápite (3), merece ser observada.

La pregunta que surge de la lectura de sus comentarios, es si la relación entre el Estatuto y los derechos humanos internacionalmente reconocidos constituyen una forma de expansión de la competencia de la Corte o más bien lo contrario, un límite a su poder. Orrego Vicuña no está más con nosotros para profundizar en la materia.

Interesante la referencia que en algunos escritos hace el profesor a la distinción del jurista O. Schachter⁵⁴, a propósito de los internacio-

nalistas: entre instrumentalistas y positivistas. Mientras los primeros ponen énfasis en la primacía de los propósitos y los valores; los segundos consideran que el derecho es un sistema de restricciones mediante reglas y obligaciones validadas e interpretadas (única-mente) sobre la base de normas internas al sistema. Objetivismo jurídico y positivismo voluntarista, clasificación donde la obra de Orrego Vicuña presenta rasgos de uno y otro grupo.

CONCLUSIONES

Las contribuciones de Orrego Vicuña muestran un acento en adelantar opciones en materia de políticas marítimas, antárticas, solución de controversias, el orden regional y multilateral, entre otras. También revelan concepciones propias de las relaciones internacionales y los vínculos intelectuales del autor con círculos académicos y profesionales del país, regionales y mundiales. Los escritos denotan una persona que puede actuar como asesor, negociador, profesor y árbitro, experiencias que integra en sus trabajos.

53 F. Orrego Vicuña, "Le pied du Chancelier continue de s'allonger. Les principes généraux et l'équité en droit international. À la recherche de limites à la flexibilité du droit". M. Kohen, et al. eds. *Perspectives du droit international au 21e siècle*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, pp. 69-70.

54 O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, pp. 35-37, citado en F. Orrego Vicuña, "Creación del derecho en una sociedad global: ¿Importa todavía el consentimiento?" *Estudios Internacionales*, 37, 2004, 146, pp. 82-83.

Para el derecho internacional, en nuestro país y en general, Orrego Vicuña es un referente como jurista activo, tanto desde la generación de grupos de trabajo, hasta su rol como árbitro internacional. En su aporte, existe siempre un enfoque crítico relacionado con temas contingentes, aunque se refiera a cuestiones como la zona de fondos marinos, la constitucionalización del derecho internacional o al régimen de la Antártica.

La bibliografía de Orrego Vicuña es una fuente rica para observar la evolución de los estudios de derecho internacional en

nuestro país, ya sea para descubrir elementos que marcaron determinadas épocas o coyunturas, o para comprender la amplitud de ciertos debates que se relacionaban con políticas internas. Quedarán algunas para una profundización ulterior, en especial sobre relaciones entre derecho internacional y derecho interno. En este contexto, la obra como juez *ad hoc*, su aporte al estudio de los espacios, así como a la solución de controversias en sus más diversos ángulos, y el Instituto de Derecho Internacional, son suficientemente ricos para que continuemos estudiándolos.

II. LEGADO

EL DESARROLLO DE LOS ESTUDIOS INTERNACIONALES

EN AMÉRICA LATINA

Francisco Orrego Vicuña

Director Instituto de Estudios Internacionales
Universidad de Chile (1974-1983 y 2001-2002)

Cuando el Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile fue fundado en 1966 como el primer centro en América Latina dedicado específicamente a los estudios internacionales, Arnold Toynbee predecía en su primera conferencia inaugural –que por primera vez se publica en este volumen¹– que en los diez años siguientes habrían instituciones dedicadas a esta disciplina en los más importantes países de la región, lo que constituiría un valioso nexo intelectual. Efectivamente, la década de 1970 vio nacer un conjunto de centros preocupados de la problemática internacional latinoamericana y mundial.

La experiencia habida en torno a esta disciplina académica es ya abundante, tanto en términos de los programas de investigación como de los programas de enseñanza, aún cuando estos últimos son, en general, más recientes. Esta experiencia es la que ha comenzado a traducirse en estudios analíticos sobre el desarrollo de los estudios internacionales en América Latina y en sugerencias acerca de cómo ellos pudieran mejor enfocarse. La presente obra reúne los ensayos más destacados de este plano, muchos de ellos publicados en la revista *Estudios Internacionales* del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile.

Si bien los ensayos referidos comentan acerca de los principales problemas que el tema presenta desde el punto de vista de su contenido disciplinario y metodológico, así como acerca de las tendencias que

1 “Los Estudios Internacionales en América Latina: realizaciones y desafíos”, Colección Estudios Internacionales.

cabe observar tanto en América Latina como en otros centros especializados fuera de la región, hay algunas consideraciones adicionales que es menester formular a título introductorio al conjunto de planteamientos en torno a estas experiencias académicas.

El primer aspecto se refiere al empleo de la expresión “estudios internacionales”, que es diferente de “relaciones internacionales”, “asuntos internacionales” u otras comúnmente utilizadas en la literatura contemporánea. La diferencia no obedece a un capricho gramatical o estilístico, sino a una razón de sustancia. Los estudios internacionales, en la experiencia latinoamericana, tienen una mayor amplitud disciplinaria que la que corresponde estrictamente a la esfera de las relaciones internacionales. En el caso del Instituto de Estudios Internacionales, por ejemplo, además de la disciplina específica de las relaciones internacionales, se incluye en el ámbito disciplinario la ciencia política, la historia, el derecho internacional y algunos aspectos de la economía internacional.

Esta mayor amplitud obedece a diversas necesidades que son propias de la tradición latinoamericana en este campo. En primer

lugar, destaca el objetivo de poder otorgar a quienes se formen en esta disciplina una amplitud conceptual y metodológica que permita una comprensión más cabal de los procesos y fenómenos internacionales, lo que generalmente no se logra a través de una especialización demasiado rígida. Ello es particularmente necesario a la luz del hecho de que el estudio sistemático de la realidad internacional es relativamente nuevo en América Latina y requiere, por consiguiente, de visiones más de conjunto que sectoriales, probablemente hasta que se alcance una etapa de desarrollo más avanzado.

Por otra parte, es también una realidad el que los académicos dedicados a los estudios internacionales tienen un origen profesional diferente predominando la ciencia política, el derecho y otras ciencias sociales, lo que determina una mayor posibilidad de amplitud disciplinaria. Asimismo, quienes egresan de programas de enseñanza de esta disciplina, incluso al nivel de posgrado, deben enfrentarse a un mercado profesional que no es especializado y que recién comienza a comprender la necesidad de los estudios internacionales. Tampoco la posibilidad de una

carrera académica se encuentra siempre disponible.

Más allá de los aspectos que dicen relación con la formación académica o con las características o necesidades de los recursos humanos involucrados en programas de esta naturaleza, la amplitud del enfoque que se comenta persigue otro importante objetivo: asegurar el enfoque interdisciplinario en las investigaciones y tratamiento de los temas respectivos. Es difícil en América Latina, o en cualquier otra parte, la realización de estudios interdisciplinarios, pero al menos puede intentarse que quien trabaja un tema desde un ángulo disciplinario tenga en cuenta los puntos de vista fundamentales que otras disciplinas han desarrollado sobre el mismo problema.

Esta última forma de integración disciplinaria es posible y ella ha sido practicada con éxito en diversas experiencias. Para lograrla es indispensable que todas las disciplinas relevantes se encuentren presentes bajo un marco común, que es el que puede identificarse con la concepción de los “estudios internacionales”.

Si bien es evidente que los estudios internacionales en América Latina son relativamente nuevos, ellos ya tienen una cierta tradición

en cuanto a haber desarrollado sus propias características. En efecto, no pueden identificarse enteramente con las tradiciones europeas, aún cuando ha tomado ciertamente elementos de la formación histórica inglesa y de las escuelas de ciencia política francesas. Tampoco es una réplica de los estudios internacionales en Estados Unidos, de los cuales toma, sin embargo, un buen número de características, principalmente a través de los procesos de formación y comunicación académica.

Quizás pudiera ya pensarse en la existencia de una escuela latinoamericana de estudios internacionales, o al menos del inicio de una tradición sólida en este sentido que, inspirándose en modelos desarrollados en otros ámbitos, ha sabido adaptarlos a las realidades y características específicas de la región. En la medida en que América Latina progrese en la búsqueda de su propia identidad, la necesidad de definiciones internacionales se hará patente y ellas deberán fundamentarse en percepciones intelectuales que solo pueden fructificar si acaso llevan el sello inconfundible de la autenticidad regional. Ningún modelo externo o exógeno puede cumplir adecuadamente esta

función, pues a la vez ellos son el producto de necesidades nacionales o regionales diferentes. La importancia del problema podría ilustrarse con abundantes ejemplos, pero ello llevaría a apartarse de los problemas introductorios de estas consideraciones.

En su conferencia inaugural ya mencionada, Arnold Toynbee se refería a otros dos problemas cruciales que inciden en la necesaria independencia con que deben conducirse los estudios internacionales: los aspectos financieros y los pronunciamientos institucionales. No obstante que él explicaba a este respecto la experiencia del Royal Institute of International Affairs y del Council of Foreign Relations, sus observaciones son perfectamente válidas para las instituciones latinoamericanas y de una actualidad que es cada día mayor.

Las necesidades financieras de los centros de estudios internacionales son normalmente altas debido a la naturaleza misma de los programas de enseñanza, investigación, publicaciones, intercambio académico y otros que son indispensables para asegurar un adecuado nivel de competencia. Los recursos son, por cierto, escasos en América Latina, sobre todo

tratándose de disciplinas o enfoques nuevos y, por consiguiente, muchas veces de difícil comprensión para quienes deben asignar esos recursos. Es aquí donde surge la tentación del financiamiento gubernamental y el problema del que advierte Toynbee.

La independencia que exigen los estudios internacionales, sobre todo por incidir normalmente en materias de alta sensibilidad política, es difícilmente compatible con el financiamiento gubernamental, a menos que este se otorgue en conformidad a criterios muy bien establecidos de respeto a la libertad académica, lo que no suele ocurrir con gran frecuencia. Existe un riesgo evidente de que la política o el punto de vista gubernamental procure manipular en su favor los resultados de una actividad académica que ha patrocinado. Es más, con frecuencia han sido los propios gobiernos lo que se han interesado en crear instituciones pseudoacadémicas con esta finalidad.

Si bien el fenómeno no es exclusivo de América Latina, la experiencia indica que se trata de un continente proclive a su repetición, sobre todo bajo determinadas coyunturas políticas. En este sentido, el concepto de Toynbee

continúa siendo válido en cuanto a preferir las fuentes de financiamiento universitario privado o, en general, no gubernamental, y que cuando lo gubernamental sea indispensable, ello pueda hacerse a través de mecanismos, proyectos o condiciones que aseguren la necesaria independencia y no interferencia. Quizás deba agregarse que similar cautela es necesario utilizar frente a fuentes de financiamiento externo, cuya imparcialidad ha demostrado ser muchas veces dudosa.

No cabe duda que cada institución sabrá apreciar mejor que nadie las necesidades de la prudencia en este plano, en función de su propia experiencia y de las tradiciones prevalecientes en cada país. Sin embargo, en un momento en que comienzan a multiplicarse en América Latina los centros de estudios internacionales, quizás sea útil que sus organizadores se detengan un momento a pensar en el consejo de Toynbee, que a lo largo de los años puede contribuir mucho a consolidar su propio prestigio institucional.

El segundo aspecto al que se refiere el ilustre historiador inglés es también de una importancia decisiva. Con excesiva frecuencia se ha visto el caso de instituciones

académicas que emiten opiniones o formulan pronunciamientos de carácter institucional acerca de diversos problemas, la mayoría de las veces de carácter político contingente. También con frecuencia los sectores interesados en obtener apoyo para un determinado planteamiento buscan este tipo de opinión institucional. En el caso de los estudios internacionales, la situación es todavía más delicada, por lo mismo que se trata de temas que en general son de una alta sensibilidad política.

El consejo de Toynbee, que se inspira en la tradición académica anglosajona, es de que una institución académica no debe tener como tal una posición propia ni adoptar pronunciamientos institucionales (*corporate policy*), pues ello inevitablemente se traduce en una pugna porque esa opinión se emita en un sentido o en otro. Esto es, se transforma en un problema político. Todas las opiniones y puntos de vista deben ser bienvenidos en el seno de una institución académica y cada uno de sus miembros tiene el derecho a opinar según su propio convencimiento, pero la institución misma debe mantener en todo momento la más estricta imparcialidad. Ello también es una garantía de

independencia y quizás la única manera de preservar el necesario pluralismo.

En América Latina ha prevalecido muchas veces la tradición contraria, en que centros de estudios, facultades y otras instituciones declaran, opinan, manifiestan, advierten y se pronuncian de diversas formas en favor de esto o en contra de aquello. Cuando se trata de problemas internacionales que afectan a un determinado país, se recurre con frecuencia a esta manera de agitar o movilizar a la opinión pública. Por ello es importante que los centros de estudios internacionales sigan el consejo sabio de Toynbee, que no solo redundará en salvaguardar su propio prestigio sino también en asegurar que el análisis y el tratamiento de los problemas que mantenga en un plano intelectual superior.

Es importante comprobar cómo ello ha venido consagrándose en la práctica de las instituciones de estudios internacionales en América Latina. El Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, que nació en estrecha asociación con el Royal Institute of International Affairs, y que hasta el día de hoy sigue muchas de sus tradiciones aca-

démicas, incluso en cuanto a las reglas aplicables para la conducción de los debates, ha permanecido fiel al consejo de Toynbee y a las sugerencias que formulara en su conferencia inaugural, aún teniendo que resistir presiones ocasionales. El Consejo Argentino para las Relaciones Exteriores ha incorporado este principio en sus estatutos y otras instituciones lo observan en la práctica. Esta norma debe incorporarse a la tradición de los estudios internacionales en América Latina.

Los ensayos que continúan en esta obra² plantean muchos otros problemas sustantivos, metodológicos y de organización de los estudios internacionales en América Latina. Aún cuando se

2 “Las Relaciones Internacionales como ocupación académica” (Hedley Bull); “El estudio de las Relaciones Internacionales, necesidades y perspectivas” (Celso Lafer); “Tendencias y perspectivas del estudio de las Relaciones Internacionales: tareas para América Latina” (Gustavo Lagos); “Los estudios internacionales en América Latina: problemas fundamentales” (Heraldo Muñoz); “Los estudios internacionales en América Latina: experiencias y desafíos” (Luciano Tomassini); “La importancia del estudio de las relaciones internacionales de los países latinoamericanos” (Rosario Green); “Problemas para el desarrollo de los estudios sobre relaciones internacionales en Chile” (Alberto Sepúlveda); “Desarrollo y crisis de los estudios de relaciones internacionales en Chile” (Manfred Wilhelmly), y “Social Science in Chile: The Institute of International Studies of The University of Chile” (Heraldo Muñoz).

trata de los primeros esfuerzos para sistematizar un ámbito disciplinario complejo e intercambiar experiencias entre las diferentes instituciones y académicos interesados, podrá observarse que ellos dejan planteadas un buen número de inquietudes que invitan a la meditación. La tradición

de los estudios internacionales ya se ha iniciado en América Latina y su desarrollo comienza gradualmente a perfeccionarse. Lo importante es que se persevere en la consolidación de esta tradición, cuyos rasgos más sobresalientes podrán apreciarse en las páginas que siguen.

¿IMPORTA TODAVÍA EL CONSENTIMIENTO?

Francisco Orrego Vicuña

Revista Estudios Internacionales
Vol. 37 Núm. 146 (2004)

Este artículo analiza las actuales condiciones y exigencias para la creación de las normas del derecho internacional, a la luz de la evolución experimentada por la sociedad internacional y de la preocupación que causan algunas manifestaciones que procuran establecer un sistema de creación que, en cierta medida, prescinde del consentimiento de los Estados y de otros sujetos del derecho internacional.

La flexibilidad con que opera actualmente el derecho de los tratados refleja una adecuada adaptación a las necesidades y características de la sociedad internacional actual, pero siempre se hace necesario contar con una expresión clara del consentimiento de los Estados y otros sujetos del derecho internacional, aún cuando esta puede expresarse de una manera igualmente flexible.

La expresión del consentimiento de los Estados también resulta indispensable para la creación de normas de costumbre internacional y para la delegación, por parte de los Estados, de un poder resolutivo en organizaciones internacionales, la que debe entenderse dentro de los límites establecidos por el instrumento constitutivo de esa organización y de la delegación de autoridad efectuada.

El artículo destaca que el proceso de creación normativa en el derecho internacional debe salvaguardar las exigencias del Estado de derecho y de los principios democráticos en que descansan las principales sociedades nacionales. Este último aspecto significa, en particular, que el Estado no debe recurrir al subterfugio de obtener resoluciones internacionales favorables a una determinada posición que no cuenta

con el respaldo de su opinión pública o de los órganos legislativos. Ese recurso carece de legitimidad democrática y amenaza con subvertir la voluntad popular y viciar la validez del consentimiento irregularmente obtenido.

Durante años se pensó que la enumeración de las fuentes del derecho internacional contenida en el Artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia era una proposición válida y aceptada de las diversas maneras en que se puede crear derecho en la comunidad internacional¹. Esto no parece ser ya el caso.

De hecho, la denominada “teoría de las fuentes” del derecho internacional ha sido sometida recientemente a una aguda crítica². Esta crítica no deriva tanto de una perspectiva jurídica, sino de una perspectiva sociológica³, incluyen-

do el análisis de las fuentes y de los tratados desde el punto de vista de las relaciones internacionales y de otros análisis políticos⁴. A pesar de la variedad de argumentos que estas diferentes escuelas de pensamiento han desarrollado en este contexto, todas ellas comparten un aspecto en común. Se aduce que las fuentes tradicionales no toman en cuenta las cambiantes realidades y necesidades políticas, sociales y económicas de la sociedad y, por ende, que son un elemento de estratificación que impide la realización de un mundo mejor⁵. En síntesis, responden a una visión estática de las relaciones internacionales, que favorece un *statu quo* en beneficio de los privilegiados.

Cuán verdadero es este argumento, será la pregunta central de este artículo, con referencia particular al derecho de los tratados y a otros mecanismos de creación del derecho en el derecho internacional contemporáneo.

1 Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, 1991, Capítulo III, en pp. 35-37.

2 A. Pellet, “Contre la tyrannie de la Ligne Droite”, en *Thesaurus Acroasium: Sources of International Law*, 1992, pp. 291-355; Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, “La Apoteosis del Consentimiento: De la noción de fuentes a los procesos de creación de derechos y obligaciones internacionales”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, 2003, pp. 193-234.

3 Jean Carbonnier, *Flexible droit-textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 1976.

4 Kenneth W. Abbott y Duncan Snidal, “Hard and Soft Law in International Governance”, *International Organization*, Vol. 54, 2000, pp. 421-456; Christian Tietje, “The Changing Legal Structure of International Treaties as an Aspect of an Emerging Global Governance Architecture”, *German Yearbook of International Law*, Vol. 42, 1999, pp. 26-55.

5 Pellet, *supra* nota 2, en pp. 355.

En el lúcido análisis de Oscar Schachter, el universo de los abogados internacionalistas se divide, en términos generales, entre instrumentalistas y positivistas:

“Los primeros enfatizan la primacía de los propósitos y los valores (antiguamente, habrían sido principalmente los ‘naturalistas’ en el sentido de ser partidarios del derecho natural). Los positivistas consideran al derecho esencialmente como un sistema de restricciones formulado en reglas y obligaciones que son validadas e interpretadas únicamente sobre la base de los criterios internos del sistema. En términos generales, puede decirse que el primer grupo está orientado hacia la política y que el segundo apunta a las normas. Este último tiende a considerar al primero como peligrosamente subjetivo, al convertir al derecho en política. Los instrumentalistas, en cambio, consideran que los positivistas son limitados y formalistas, y transforman los medios en fines”⁶.

Es un hecho que de acuerdo con la tradición continental del derecho internacional estas escuelas se han identificado como la del *objectivisme juridique* y

la del *positivisme volontariste*⁷. El supuesto resultado de estas diferentes visiones es la distinción que se ha hecho tradicionalmente entre fuentes formales, basadas en procedimientos, y fuentes materiales, basadas en la realidad. Pero, como frecuentemente es el caso en el derecho internacional, las cosas no están tan claramente definidas y ofrecen una más amplia y sutil variedad de alternativas.

Cabe señalar desde la partida que el problema no radica en la disponibilidad de fuentes ya que, como se verá, esta es abundante, sino en el falso propósito y el sentido con que se utilizan o invocan las fuentes. En efecto, lo que en ocasiones se proclama como fuente de normas internacionales no es más que un intento de dar vida a un objetivo deseado que no necesariamente es compartido. En este contexto, el voluntarismo es más bien un requisito del consentimiento y no de la expresión formal de dicho consentimiento.

El provocador estudio del profesor Weil, acerca de la normatividad relativa del derecho internacional actual⁸, demuestra

7 Pellet, supra nota 2, en pp.292-301.

8 Prosper Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?”, *American Journal of International Law*, Vol. 77, 1983, pp. 413-442.

6 Schachter, supra nota 1, Capítulo II, en pp. 18.

convincientemente que el sistema jurídico internacional fue concebido desde su inicio como un sistema orientado a mantener y garantizar la coexistencia de intereses distintos en la comunidad de naciones. Si se abandona dicha función en favor de la visión de algunos, aunque sea de una mayoría, que no requiere el consentimiento de los demás, el sistema normativo se desestabilizará y se transformará en una lucha por el predominio de ideologías y valores que no se reflejan en el derecho⁹. Es sobre esta base que el profesor Weil advierte de los peligros que plantean la teoría del *jus cogens*, la distinción entre crímenes internacionales y delitos, el concepto de una norma general de derecho internacional y el problema de las obligaciones *erga omnes*. De una u otra manera, todos estos enfoques consideran que la normatividad internacional puede ser diferenciada y no necesariamente estar basada en el consentimiento de todos.

Nada está quizás más lejos de la verdad y de la realidad que la creencia de que los enfoques voluntaristas ignoran los valores y no toman en cuenta el signifi-

cado del derecho¹⁰. El problema, nuevamente, no radica en el rol de los valores, ya que actualmente muchos abogados internacionalistas tienen plena conciencia de los valores que subyacen al derecho, sino en quién y bajo qué autoridad se definen dichos valores. En efecto, incluso puede afirmarse que tanto consciente como inconscientemente, las visiones voluntaristas del derecho internacional muchas veces se relacionan con el derecho natural y le dan expresión, y han desempeñado un papel decisivo en el sentido de reflejar el derecho natural en normas positivas y en su interpretación. La teoría del derecho de Kelsen no es más que uno de los tantos ejemplos en que el positivismo razona de una manera que no difiere de las escuelas de derecho natural y en que, en esencia la justificación última de la validez de la norma, no es distinta en ninguno de los dos enfoques¹¹.

Por otro lado, también debe señalarse que, en realidad, algunas de las versiones más exageradas del positivismo, tal como el enfo-

10 Michel Virally, "La pensée juridique", 1963, en 126; Pellet, *supra* nota 2, en pp. 295.

11 Pierre-Marie Dupuy, *L'unité de l'Ordre Juridique International*, Cours Général de Droit International Public, 2003, en pp. 68.

9 Weil, *supra* nota 8, pp. 418-423.

que soviético del derecho internacional¹², no eran en absoluto una consecuencia del positivismo, sino de la instrumentalización del derecho internacional para cumplir fines políticos. No obstante, una paradoja que los mayores positivistas hayan sido los mayores instrumentalistas.

Como señala Schachter, la diferencia entre normas, principios y políticas u objetivos, no radica en que estos tengan un mayor o menor compromiso con los valores, ya que el derecho es normalmente una expresión de la política y cumple sus objetivos¹³. La diferencia es que mientras que las normas generalmente dictan resultados específicos, los principios son más abstractos y generales, y los objetivos políticos deben expresarse en instrumentos jurídicos dotados de autoridad, incluyendo al derecho consuetudinario. Si un objetivo esperado reúne estos requisitos, formará parte del derecho internacional y será aplicado efectivamente; en la medida en que no lo haya, permanecerá como una aspiración, legítima para sus adeptos, pero, de hecho, no acep-

tada por la sociedad como parte del derecho vigente.

Por muy atractiva que sea su finalidad, no puede imponerse como derecho si no ha sido aceptado como tal. Esta es la diferencia esencial entre lo que se ha denominado la sociedad “Lotus” y una comunidad internacional¹⁴. Una propuesta contraria no solo debilitaría el sistema jurídico internacional, sino que abriría el paso para que cualquiera que tenga en mente un valor o interés distinto haga lo que le plazca. De allí al autoritarismo y a la ausencia de un Estado de derecho solo hay un pequeño paso. No sin razón, el profesor Weil llegó a su hoy famosa conclusión de que “De no haber voluntarismo, el derecho internacional dejaría de cumplir sus funciones”¹⁵. Esto fue suficiente, por cierto, para desencadenar un proceso de caza de brujas o, en sus propias palabras, un *proces ensorcellerie*¹⁶. Hasta ahora, la sociedad internacional

12 Pellet, supra nota 2, en pp. 300, en referencia a Tunkin y Chaumont.

13 Schachter, supra nota 1, Capítulo II, en pp. 18-23.

14 Christian Tomuschat, “Obligations arising for States without or against their will”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1993, IV, 199-374, en pp. 210-215.

15 Weil, supra nota 8, en pp. 420.

16 Prosper Weil, *Le Droit International en Quete de son Identité*, *Cours Général de Droit International Public*, 1992, en pp. 73.

ha sido perfectamente capaz de elaborar un acuerdo sobre valores comunes y compartidos y, en esta medida, ha desarrollado un verdadero cuerpo universal de derecho internacional¹⁷. Se ha señalado correctamente que incluso los positivistas han coincidido en que el sistema jurídico internacional trasciende al derecho positivo puro¹⁸. Todavía quedan muchos aspectos por tratar y mucho que avanzar, pero eso no será el resultado de objetivos políticos no consentidos, sino de normas convenidas o, al menos, de principios aceptados. La doctrina de las fuentes era ni más ni menos que la “manifestación de los anhelos de los Estados involucrados”¹⁹.

Teniendo presente este telón de fondo, cabe señalar que el Artículo 38 (1) nunca pretendió ser una enumeración de las fuentes, puesto que quiso orientar a la Corte Internacional de Justicia en su aplicación del derecho internacional²⁰. Tampoco se estableció una prioridad entre las principales expresiones del derecho interna-

cional, esto es, los tratados y el derecho consuetudinario.

Pero en la medida en que contiene una enumeración, hay que hacer hincapié en que esta nunca se consideró exhaustiva, puesto que los autores de derecho internacional y por la práctica de los Estados han contemplado otras formas de creación del derecho²¹. Por ejemplo, la equidad generalmente fue considerada como posible fuente de derecho dentro del ámbito del rol que corresponde a los principios generales de derecho en la formación del derecho internacional. Lo mismo se aplica a la capacidad de las organizaciones de crear derecho e incluso de la existencia de actos unilaterales autónomos de los Estados.

“VOLUNTARISME NON POSITIVISTE”

Cabe entonces preguntarse por qué lo que era el sentido aceptado del Artículo 38 (1), incluida su ampliación para abarcar nuevas formas de creación de derecho, ya no es tan aceptable para los autores que han criticado duramente la llamada teoría de las fuentes. Comúnmente se han dado dos respuestas. La primera es que,

17 Weil, *supra* nota 16, en pp. 88.

18 Weil, *supra* nota 16, en pp. 77.

19 Schachter, *supra* nota 1, Capítulo III, en pp. 37.

20 Dupuy, *supra* nota 11, en pp. 122.

21 Weil, *supra* nota 16, en pp. 138-139.

como la sociedad internacional se ha vuelto global, el rol primordial de los Estados en la formación del derecho internacional contemplado en el Artículo 38 (1) se debilitó y fue gradualmente reemplazado por funciones de creación de derecho que ya no están bajo su control exclusivo²².

La segunda, relacionada con la anterior, critica la teoría de las fuentes porque esta se refería a una definición rígida que, como ya se señaló, no permitió que el derecho internacional reflejara los cambios políticos y sociales de la comunidad internacional o se adaptara a aquellas tendencias preponderantes. Esta visión especial ha favorecido un sistema de creación de derecho internacional bastante abierto. La verdadera respuesta a esta interrogante parece situarse en algún punto intermedio. Es bastante evidente que en el contexto de una sociedad global, los Estados ya no son la autoridad exclusiva en la formación de derecho. Las organizaciones internacionales y los individuos han surgido como actores relevantes que participan de alguna manera en este proceso. Sin embargo, esta mayor participación y las funcio-

nes compartidas en la creación del derecho no significan, en absoluto, que el consentimiento de los Estados pueda eliminarse de buenas a primeras. Los Estados todavía son los principales actores de la comunidad internacional y de su sistema jurídico²³. Aunque su rol tradicional ya no es exclusivo, este no se ha vuelto inexistente. Muy por el contrario, la función de las organizaciones internacionales y de los individuos se ha introducido con el consentimiento de los Estados y bajo su control, a veces más estricto de lo que se piensa.

De esto se sigue que el verdadero problema entre una supuesta enumeración cerrada y otra abierta no se relaciona con una estructura jurídica formal y ni siquiera con las numerosas alternativas de creación de derecho que se pueden incluir en una definición o en ausencia de ella. El problema radica en si el consentimiento de los Estados constituye o no un elemento que controla directa o indirectamente la formación del derecho internacional y si puede ser superado por los numerosos enfoques propuestos, incluido el rol de las mayorías ocasionales

22 Pellet, *supra* nota 2, en pp. 310-314.

23 Dupuy, *supra* nota 11, en pp. 93.

y la participación de grupos con intereses diversos.

Algunos autores partidarios del *objetivisme*, en particular Alan Pellet, han sostenido que lo que realmente importa no es tanto el hecho de confiar en una fuente formal, sino en garantizar algún tipo de formalización que pueda ser expresada de diversas maneras:

“Peu importe le vecteur. Tout ce que compte, c’est qu’il y ait une forme, une manifestation, quelle qu’elle soit, de l’existence de la norme... La fonction de cette formalisation est de manifester, d’exprimer la conviction des sujets de droit qui sont liés par la norme”²⁴.

De esta manera, *objetivisme* y *voluntarisme* pueden acercarse y explicar de manera mutuamente aceptable el rol de las fuentes y de los otros mecanismos de creación de derecho en el derecho internacional contemporáneo. De hecho, puede haber muchas formas de expresar el consentimiento y la voluntad de los sujetos y todas estas serán jurídicamente admisibles y viables, con el solo requisito de que dicho consentimiento y voluntad sean inequívocos. Lo que no es aceptable es que se alegue como

derecho lo que no es. El resultado de esta convergencia parece ser el *voluntarisme non positiviste*.

LA PERMANENTE ADAPTACIÓN DEL ROL DE LOS TRATADOS

De hecho, las tendencias que pueden distinguirse en el derecho internacional apuntan en esa dirección. Los propios tratados han ido evolucionando como mecanismos para la creación de derecho. Hay varias otras opciones disponibles. Sin embargo, en todas y cada una de las etapas de esta evolución, el verdadero factor de división ha sido el que el consentimiento de los sujetos se haya o no buscado de un modo genuino, si ha sido respetado o si ha existido una intención oculta de pasar por encima de la voluntad de la comunidad y de reemplazarla por la visión de grupos con intereses particulares que no han logrado convencer a dicha comunidad acerca de las ventajas que acarrea transformar los fines políticos que anhela en derecho o, como lo establece la tradición del derecho civil, no han podido convertir al *objetivisme* en *positivisme*, en el sentido amplio que se le atribuye actualmente.

²⁴ Pellet, supra nota 2, en pp. 303.

Tanto hoy como ayer los tratados son, por cierto, los medios más importantes para la formación del derecho internacional. Es en este marco que la voluntad y el consentimiento de los Estados se expresan más inequívocamente. Un Estado participa o no de la elaboración de un tratado, este es o no aprobado a través de los mecanismos constitucionales del Estado. A pesar de ello, los propios Estados han aceptado introducir una flexibilidad creciente en el rol del consentimiento en la formación de los tratados, un enfoque que no debe confundirse con el enfoque del *soft law* que se examinará más adelante²⁵. Esta aceptación está estrechamente relacionada con la necesidad de agilizar el proceso de formación del derecho internacional en una sociedad internacional que cambia rápidamente.

El propio rol de los tratados en la codificación del derecho internacional ha sido una fuente primordial para la adaptación del derecho a nuevas y emergentes realidades, en parte porque racionaliza las normas del derecho internacional consuetudinario que pudieran no haber quedado

del todo claras, y en parte porque la codificación siempre ha estado asociada a un desarrollo progresivo del derecho en cuestión²⁶. Un ejemplo importante es el de la Convención del Derecho del Mar, de 1982, que no solo actualizó las antiguas normas de derecho consuetudinario de acuerdo con la actual realidad mundial, sino que también introdujo avances significativos en campos que el derecho no había reglamentado.

Sin embargo, como resultado de un proceso eficaz de codificación, en lo esencial este procedimiento se ha completado y solo faltan algunos aspectos en que debe llevarse a cabo eficazmente este ejercicio²⁷. Esto es, por cierto, una evidencia muy clara de la medida en que los tratados han cumplido con la labor de crear los reales códigos de conducta de la comunidad internacional. Los efectos de la codificación se pueden sentir incluso más allá de la formalidad de la elaboración de tratados, ya muchas veces se ha dado efectividad jurídica a los tratados codificados antes de su

25 Tomuschat, supra nota 14, en pp. 241-247.

26 Schachter, supra nota 1, Capítulo V, en pp. 66-74.

27 Schachter, supra nota 1, Capítulo V, pp. 66-74.

entrada en vigencia²⁸, o han sido aplicados por terceros o, más recientemente, como lo demuestra el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional, no se les ha dado en absoluto forma de tratado sino que simplemente han sido considerados por la Asamblea General de las Naciones Unidas²⁹. El punto clave es que todo esto se ha hecho con el consentimiento explícito de los Estados y de los demás sujetos pertinentes del sistema jurídico internacional.

No cabe duda de que es preciso agilizar el proceso de elaboración de los tratados dado el acelerado ritmo de la actual comunidad internacional. Y esto también se ha realizado eficazmente, demostrando así que la globalización no ha superado los tratados como mecanismos de creación del derecho sino, por el contrario, ellos se han

adaptado y siguen adaptándose a las necesidades de la globalización. Esta adaptación ha tenido por consecuencia una variedad de innovaciones técnicas respecto de la elaboración y aprobación de los tratados, en los planos nacional e internacional.

La innovación más importante probablemente sea la redefinición del consenso en las conferencias internacionales que crean derecho, que ha sido disociado de la unanimidad³⁰. El consenso puede seguir existiendo incluso cuando no todos los Estados participantes coinciden en la aprobación de la norma de un tratado, siempre y cuando no haya una objeción categórica del Estado renuente a aceptarla. Esto es, por cierto, distinto de aprobar un tratado por mayoría simple o calificada. Esta última alternativa comúnmente no se utiliza sino en la medida en que pudiera otorgarse a las organizaciones internacionales un rol significativo en el proceso y en que se contemple expresamente la intervención de mayorías.

28 Schachter, *supra* nota 1, Capítulo V, en pp. 69.

29 Rudiger Wolfrum, "The Development of International Law: Alternatives to Treaty Making?", contribución Introdutoria a la Conferencia sobre este tema realizada en el Max Planck Institute of Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, 14-15 de noviembre 2003. Ver también de modo general Malgosia Fitzmaurice, "Third Parties and the Law of Treaties", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 6, 2002, pp. 37-137.

30 Acerca de las innovaciones procesales en la Conferencia sobre el Derecho del Mar de Naciones Unidas, ver Myron H. Nordquist (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea*. 1982. A Commentary, 1985, en 54, pp. 99-103.

Una segunda innovación importante se refiere a las reservas. Al principio, el problema era cómo asegurar que la norma que requería aceptación unánime de las reservas por todos los Estados partes no terminara impidiendo la entrada en vigencia del tratado entre las partes autoras de dichas reservas y quienes las aceptaban. El asunto fue luego resuelto mediante la ingeniosa práctica de la Unión Panamericana, hoy la Organización de los Estados Americanos (OEA), y más tarde incorporada en la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados³¹. Se ha señalado correctamente que no existe un mecanismo eficaz para evitar que opere una reserva incompatible con el objeto y fin de un tratado³², pero incluso en este caso, la reserva solamente se le aplicará a quienes la hayan aprobado. El segundo paso fue mucho más extraordinario ya que implicaba la prohibición total de las reservas, como lo prevé una serie de importantes tratados codificadores recientes. Las declaraciones anexas distan mucho de tener el

significado jurídico que tuvieron en su momento las reservas.

El conjunto más importante de innovaciones surge con la diferencia de estructura que han incorporado los tratados. La distinción entre *traité-contrat*, *trate-loi* y *tratte-cadre* revela en pocas palabras la forma en que los tratados han respondido a las cambiantes necesidades de la sociedad internacional³³. Desde las simples relaciones bilaterales relacionadas con transacciones muy específicas, pasando a la esfera en que los tratados “tienen un carácter fundamentalmente creador de normas” hasta llegar a regímenes internacionales institucionalizados que adquieren vida propia, los tratados han despejado el camino para acoger todas las necesidades imaginables de la comunidad mientras que esta evolucionaba desde soberanías aisladas hasta compromisos globales. Incluso algunos tratados bilaterales, cuando se repiten continua y ampliamente en la sociedad internacional, pueden crear estructuras normativas de gran importancia³⁴. Un caso ilustrativo

31 Ian Brownlie, *Principles of International Law*, 1990, en pp. 608-611.

32 Tomuschat, *supra* nota 14, en pp. 262-264.

33 Schachter, *supra* nota 1, Capítulo V, en pp. 74-76.

34 Schachter, *supra* nota 1, Capítulo V, en pp.76.

es el de la enorme red de tratados bilaterales de inversión.

La diversidad estructural señalada, también se comprueba por las diferentes técnicas que adoptan varios tratados contemporáneos³⁵. Los acuerdos marco que contemplan los principios básicos de cooperación de un determinado régimen internacional, periódicamente seguidos de acuerdos individuales o de la labor encomendada a los organismos internacionales, es una de estas importantes técnicas. Este método se caracteriza también por el uso creciente de los protocolos y anexos al tratado fundamental. Entre otros elementos que revelan el cambio de criterio, cabe mencionar los procedimientos simplificados de enmienda, el rol de los órganos en la interpretación de los tratados y la creciente interacción del régimen del tratado con otras entidades relevantes, tanto privadas como públicas. A veces estas técnicas pueden conducir a situaciones que no requieren del consentimiento formal de todas las partes de los tratados pertinentes en lo que se refiere a

su enmienda o interpretación³⁶, particularmente en relación con importantes convenciones multilaterales, pero es preciso tener presente que estas técnicas han sido, en su mayoría, aceptadas de antemano por las propias partes.

Se ha señalado con razón que algunos de estos avances son particularmente constatables en el derecho internacional económico y en el derecho internacional ambiental³⁷. Naturalmente, la rapidez es profundamente necesaria en estas dos áreas y, en consecuencia, los órganos de creación del derecho deben responder a estas realidades apremiantes. Tanto el Fondo Monetario Internacional como el Banco Mundial han ejercido poderes importantes respecto de la interpretación de las funciones de creación de derecho encomendadas a ellos³⁸. Asimismo, la Organización Mundial de Comercio y la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo han descansado en criterios de conveniencia para la toma de decisiones, que incluyen

35 Jutta Brunnée, "Reweaving the Fabric of International Law? Patterns of Consent in Environmental Framework Agreements", Conferencia cit., supra nota 29, en pp. 8-9.

36 Tomuschat, supra nota 14, en pp. 264-267.

37 Tietje, supra nota 4, en pp. 43.

38 Joseph Gold, "Strengthening the Soft International Law of Exchange Arrangements", *American Journal of International Law*, Vol. 77, 1983, en pp. 443.

el recurso a disposiciones marco, la incorporación periódica de estándares técnicos y el respaldo de los acuerdos jurídicos con la intervención de las instituciones establecidas³⁹.

El derecho internacional ambiental ofrece una experiencia aún más compleja en esta materia, no solo en cuanto a cumplir las funciones de creación de derecho, sino también de incorporar el apoyo científico y técnico, que por su propia esencia está en permanente evolución⁴⁰. La elaboración de tratados y acuerdos formales con la participación de los órganos contemplados en el contexto del régimen pertinente ha facilitado, en gran medida, esta interacción. La utilización de acuerdos marco, complementados por protocolos y anexos, es otra experiencia exitosa, junto con el derecho de las partes a mantenerse al margen de algunos de dichos instrumentos si no están de acuerdo con su contenido.

Un rasgo común de los regímenes internacionales económicos y medioambientales es que estos usualmente les encomiendan a los órganos establecidos la adopción de diversos tipos de decisiones, algunas de las cuales pueden tener excepcionalmente efectos vinculantes respecto de los Estados participantes. Sin embargo, se debe señalar que por lo general esta facultad se relaciona con materias que no afectan asuntos de importancia o involucran un mandato expreso para perfeccionar el derecho establecido por las partes. Las funciones de toma de decisiones autónomas que sobrepasan dichos límites son bastante excepcionales. El caso de la Conferencia de las Partes en el Protocolo de Kyoto de la Convención sobre Cambio Climático se ha mencionado apropiadamente como ejemplo de dicha ampliación excepcional, pero incluso en este caso, el lenguaje utilizado es en cierta medida ambiguo y solo la práctica futura dirá cuánta autonomía están dispuestos a aceptar los Estados partes⁴¹. Debido a las delicadas materias de que trata este Protocolo, es bastante probable que los Estados partes del régimen mantengan

39 Cynthia Crawford Lichtenstein, "Hard Law v. Soft Law: Unnecessary Dichotomy?", *The International Lawyer*, Vol. 35, 2001, pp. 1433-1441.

40 Brunnée, *supra* nota 35, en pp. 10-14; Tietje, *supra* nota 4, en pp. 50-53; P. M. Dupuy, "Soft Law and the International Law of the Environment", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 12, 1991, pp. 420.

41 Brunnée, *supra* nota 35, at pp. 10-11.

bajo su estricto control cualquier desarrollo de este tipo.

LA LÍNEA DIVISORIA ENTRE EL CONSENTIMIENTO Y LO QUE VA MÁS ALLÁ

Todos estos avances son, por cierto, bastante necesarios y bienvenidos. El asunto, sin embargo, es dónde trazar la línea entre lo que podría considerarse razonablemente cubierto por el consentimiento y lo que va más allá de él. Es bastante cierto, como lo comentó Madame Bastid en la época en que el Institut de Droit International estudió por vez primera los acuerdos no vinculantes, que es prácticamente imposible, sino extremadamente difícil investigar la intención de los autores de los textos⁴². Aunque Prosper Weil también reconoce que no siempre es fácil establecer el límite entre lo jurídico y lo prejurídico, señala que “de todas maneras existe un umbral: a un lado de la línea, nace una obligación jurídica que puede servir de base al comparecer ante

un tribunal o un árbitro, cuyo incumplimiento constituye un ilícito que da lugar a responsabilidad internacional; del otro, no hay nada que se le parezca”⁴³.

El problema no es meramente académico, ya que a veces el nuevo instrumento ha tenido la intención de sustituir el consentimiento y desarrollar un enfoque que, en esencia, pretende establecer una función de creación de derecho relativamente autónoma. Si las funciones de creación del derecho han de ejercerse dentro de un marco normativo internacional acordado previamente, como sucede con numerosas organizaciones internacionales o con el *traité cadre* y los acuerdos marco mencionados anteriormente, puede decirse que esto es bastante razonable⁴⁴. Así sucede con los instrumentos que desarrollan, adaptan o aplican normas de derecho internacional acordadas. Pero estas no son tan autónomas, ya que dependen de que exista una norma jurídica previa y deben ceñirse a los límites fijados por ella. Distinta es, por supuesto, la situación en que el

42 Institut de Droit International, “La distinction entre texts internationaux de portée juridique et texts internationaux dépourvus de portée juridique”, Rapport Provisoire du Professeur Michel Virally, *Annuaire de l’Institut de Droit International*, Vol. 60-I, 1983, en pp. 182.

43 Weil, *supra* nota 8, en pp. 417-418.

44 Oscar Schachter, “The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements”, *American Journal of International Law*, Vol. 71, 1977, pp. 296-304.

instrumento pretende crear normas de derecho internacional en y para sí mismo.

Desde el punto de vista jurídico, el problema consiste fundamentalmente en determinar si el consentimiento ha sido o no puesto a disposición, directamente o incluso indirectamente. Los tratados, al igual que los contratos, siempre han requerido una expresión del consentimiento. Se ha dicho con razón que el derecho internacional es muy exigente en lo que concierne a una modificación del derecho convencional, como lo demuestra inequívocamente la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados⁴⁵. Lo mismo vale para el principio fundamental del derecho internacional, *pacta sunt servanda*. Sin embargo, tal como se ha señalado, ello no ha sido un obstáculo para que los tratados y las funciones de creación de derecho se adapten a las realidades cambiantes y a la necesidad de rapidez y eficiencia. Para justificar numerosos desarrollos adicionales que han surgido del instrumento original se ha invocado la noción misma de *pactum*

de contrahendo, profundamente arraigada en el derecho internacional⁴⁶.

El consentimiento no es solo un requisito formal y una salvaguarda de la soberanía, como ha solido decirse⁴⁷. Es el garante mismo de la legitimidad y del Estado de derecho en la comunidad internacional, en la medida en que no haya otros medios para garantizar estos fines. Más aún, también es una garantía de que las decisiones o evolución posterior del derecho puedan ser aplicadas conforme al derecho internacional y nacional, y puedan dar lugar a la responsabilidad internacional en casos de violación de las normas. Todo esto contribuye, por supuesto, al fin último de la eficiencia perseguida, en primer lugar, por esta evolución.

EL ROL DEL CUMPLIMIENTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Todavía queda una importante interrogante relativa a si el cumplimiento solo se garantiza mediante sanciones y el cumpli-

45 Jean Salmon, "Changements et Droit International Public", *Nouveaux itinéraires en droit*, Hommage a Francois Rigaux, 1993, pp. 427-442, en pp. 431-433.

46 Tietje, supra nota 4, en pp. 47-48.

47 Martti Koskenniemi, "The Politics of International Law", *European Journal of International Law*, Vol. 1, 1990, pp. 4-32, en pp. 14-20.

miento forzado formal o si hay otras alternativas para lograrlo⁴⁸. Hay numerosas teorías de las relaciones internacionales que se pronuncian por esas alternativas, pero no muchas son suficientemente convincentes⁴⁹. Lo que sin duda es cierto es que los Estados que participan en regímenes internacionales caracterizados por un alto grado de cooperación tienen un fuerte incentivo para realizar las acciones emanadas de dicho régimen, y por consiguiente, el cumplimiento se aparta significativamente de las sanciones. La voluntad y el propósito de alcanzar con éxito los fines de esos regímenes es un poderoso incentivo para cumplir y cooperar realmente. Por ejemplo, esta realidad se destaca en el sistema del Tratado Antártico y cómo también en procedimiento para el caso de incumplimiento respecto del Protocolo de Montreal de 1987 en la Convención sobre la Capa de Ozono⁵⁰. Una experiencia muy interesante al respecto es la del Fondo Mone-

tario Internacional. En efecto, la práctica de esta organización ha conducido a un creciente uso de la consulta y de la persuasión, en contraposición a las sanciones, a fin de promover el cumplimiento de las obligaciones contempladas en las normas pertinentes⁵¹.

Aunque este enfoque ha sido tratado como de *soft law*⁵², en realidad, este se refiere a enfoques *soft* sobre el cumplimiento, nuevamente en contraposición al enfoque rígido que las sanciones suponen en principio. En cambio, la experiencia de la Organización Mundial de Comercio ha sido objeto de críticas al respecto, ya que estaría rigidizando su posición orientada hacia las sanciones en el contexto de los nuevos procedimientos de resolución de controversias y del rol del Órgano de Apelación en este contexto⁵³.

Sin embargo, cabe señalar que aun en el contexto de dichos desarrollos, el consentimiento todavía se encuentra muy presente allí. Se podría incluir una flexibilización adicional en la expresión del consentimiento, pero no al punto de

48 Lichtenstein, *supra* nota 39, en pp. 1435-1441.

49 Abbott and Snidal, *supra* nota 4, en pp. 427-433.

50 Alan E. Boyle, "Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, 1999, pp. 901-913, en pp. 910.

51 Lichtenstein, *supra* nota 31, en pp. 1436-1437.

52 Gold, *supra* nota 38.

53 Lichtenstein, *supra* nota 39, en pp. 1435-1436.

quebrantar el Estado de derecho fundamental de los tratados. Las normas jurídicas, por lo general, generan obligaciones vinculantes y, por ello, se considera que son las principales normas de derecho internacional que requieren alguna forma de consentimiento. Por otro lado, es un hecho que de acuerdo con el derecho internacional el cumplimiento de una norma es independiente y distinto de la existencia de la norma, y por esta razón esta última puede ser independiente de las sanciones y de la responsabilidad, razón por la cual las sanciones y la responsabilidad normalmente se clasifican como normas secundarias, que intervienen para remediar violaciones de las normas primarias.

También se ha señalado correctamente que en todo caso la aplicación del derecho internacional, sea por medios colectivos o contramedidas o por un fallo internacional o nacional, no es uno de los elementos más sólidos del sistema jurídico internacional⁵⁴.

LOS LÍMITES DEL SOFT-LAW

A pesar del enorme grado de flexibilidad que se ha introducido en las manifestaciones del consentimiento y de la evolución experimentada por las funciones de creación de derecho, hay una escuela de pensamiento que cree que esto no basta para garantizar la adecuada y eficiente formación del derecho internacional en la comunidad internacional actual. Todavía se necesitaría otro tipo de instrumentos que pudieran facilitar los extraordinarios cambios que han alegado algunos de sus proponentes más entusiastas. Esta escuela, junto con una fuerte crítica de las fuentes del derecho internacional, defiende la necesidad de utilizar lo que ha llegado a conocerse como *soft law*, *droit mou* o *droit assourdi*⁵⁵. La esencia de esta visión es que hay una especie de derecho no-vinculante en desarrollo, que de todas maneras tiene valor jurídico. Más aún, para algunos, parte de este derecho puede ser vinculante aun cuando los Estados u otros sujetos no hayan otorgado su consentimiento.

54 Karl Zemanek, "Is the term *soft law* convenient?", *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern*, 1998, pp. 843-862, en pp. 847-856.

55 Georges Abi-Saab, "Éloge du 'Droit Assourdi'. Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain", *Nouveaux Itinéraires*, supra nota 45, pp. 59-68.

En definitiva, se estaría originando una función creadora de derecho, que es cada vez más autónoma de la voluntad de los Estados. La distinción clásica entre *lex lata* y *lex ferenda*, por ende, también se ha vuelto cada vez más imprecisa⁵⁶.

No cabe duda de que la formación del derecho internacional ha dejado de ser una tarea exclusiva de los tratados o del derecho consuetudinario, pues numerosos otros instrumentos y mecanismos pueden intervenir en la materia, particularmente las decisiones adoptadas por las organizaciones internacionales⁵⁷. Los Estados, por supuesto, tienen amplia libertad para contraer compromisos con la expresa intención y consentimiento de quedar jurídicamente obligados o celebrar otros acuerdos en que no haya dicha intención y consentimiento. En una sociedad internacional descentralizada, es tal vez inevitable que el *hard law* se acompañe de expresiones de *soft law*⁵⁸. El Acta Final de Hel-

sinski, de 1975, se ha mencionado con frecuencia como ejemplo de instrumento en que los Estados declaran expresamente no estar vinculados, y al mismo tiempo declara su intención de prestarle la atención debida y de poner en ejecución las medidas allí acordadas⁵⁹.

La práctica de los Estados está utilizando cada vez varias formas de “acuerdos de caballeros”, declaraciones de política, actas finales, códigos de conducta y otros instrumentos⁶⁰. El nombre que se asigne a estos diversos instrumentos carece de importancia; lo que importa es la intención y el consentimiento que subyace a su formación. Para explicar la preferencia de los instrumentos de *soft law* por encima de los tratados y de los acuerdos formales se han invocado diversas razones. Algunas de ellas se relacionan con la agilización del proceso, ya que sería más fácil llegar a un acuerdo, modificar el instrumento y contar

56 Weil, supra nota 8, en pp. 417.

57 Boyle, supra nota 50, en 901; para un listado del ejercicio contemporáneo de *soft law* ver Fritz Münch: “La distinción entre texts internationaux de portée juridique et texts internationaux dépourvus de portée juridique. Etude exploratoire”, *Annuaire*, supra nota 42, en pp. 307.

58 Weil, supra nota 16, en pp. 219.

59 Peter H. Kooijmans, “Some Thoughts on the Relation between Extra-Legal Agreements and the Law-Creating Process”, in *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century, Ensayos en honor a Krzysztof Skubiszewski*, 1996, 425- 437, en pp. 425-426.

60 Para una enumeración de los diversos tipos de instrumentos de *soft law* ver Virally, supra nota 42, en pp. 192.

con evidencia más inmediata del consenso, que aquella emanada de los tratados sujetos a reservas y a la ratificación⁶¹. No obstante, que la demanda política de estos efectos va en aumento; también es cierto, como se ha señalado, que los tratados se han adaptado bien a la necesidad de rapidez. Ya nos referimos a las reservas y a la calificación del consenso, y existe una fuerte tendencia a introducir cambios técnicos para facilitar la aprobación y la ratificación de los tratados. En consecuencia, las diferencias técnicas no deberían debilitar la naturaleza del instrumento.

Otras razones que se han invocado guardan relación con el hecho de evitar los procedimientos jurídicos nacionales e incluso de evitar la responsabilidad democrática⁶². Aunque más adelante se hará referencia al problema de los ordenamientos constitucionales y al grave peligro de que se prescinda del control democrático, hay que destacar que aquí se encuentra el mayor peligro para

la garantía democrática del Estado de derecho en la comunidad internacional. Como lo señaló un autor, el sistema jurídico internacional se convierte así en el Leviatán, y el ejercicio pasa a ser “una estrategia para introducir opiniones autoritarias bajo un disfraz democrático”⁶³.

Como ya se señaló, por difícil que sea establecer una línea divisoria entre lo jurídico y lo no jurídico, en la práctica dicha línea existe. Si hay intención jurídica y consentimiento, el instrumento producirá obligaciones vinculantes; si no la hay, en el mejor de los casos el instrumento tendrá un significado político. Los límites tradicionales entre lo jurídico y lo no jurídico han sido si el acto de que se trata crea derechos u obligaciones que puedan servir de base ante una corte o tribunal arbitral y si su violación genera responsabilidad internacional⁶⁴. A veces, se ha considerado útil distinguir entre normas, por el lado del *hard law*, y normas o principios, por el lado del *soft law* más general⁶⁵, pero en realidad dicha distinción no separa claramente al

61 Boyle, supra nota 50, en pp. 902-903; C. Chinkin: “The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, 1989, pp. 850.

62 Boyle, supra nota 50, en pp. 903.

63 Koskenniemi, supra nota 47, en pp. 22.

64 Weil, supra nota 8, en pp. 415.

65 Boyle, supra nota 50, en pp. 901-902.

efecto jurídico de los demás tipos de efectos.

La pregunta más difícil de responder es si los textos que se sitúan al otro lado de la línea pueden tener efectos jurídicos. Naturalmente, existe un efecto jurídico potencial en la medida en que el instrumento pueda estar expresando un determinado interés en el desarrollo del derecho o en la formación o evidencia de *opinio juris*, pero dichos efectos solo se materializarán jurídicamente en el momento de su maduración, y no antes. Esto es lo que René-Jean Dupuy llamó apropiadamente *le droit vert*⁶⁶ y el profesor Virally denominó *pré-droit*⁶⁷. En algunas oportunidades, la Corte Internacional de Justicia ha admitido resoluciones y declaraciones como evidencia de *opinio juris*⁶⁸, y la conocida resolución arbitral del profesor Dupuy en el Caso Texaco-Libia se basó en ellas⁶⁹, pero el resultado de estas distintas

decisiones se basaba en el derecho consuetudinario ya creado y no en los aspectos *pré-droit* involucrados⁷⁰.

Precisamente porque carecen de carácter jurídico, el incumplimiento de dichos instrumentos no vinculantes no conduce a la responsabilidad jurídica, a pesar de que las consecuencias políticas y económicas podrían ser diferentes y ocasionalmente mucho mayores⁷¹. Este tipo de instrumento también puede ser de ayuda para la interpretación del derecho y de arreglos conexos, pero en tal caso tendrán más que nada un rol subsidiario⁷².

Pese a que se han incluido muy sutilmente en el debate sobre el *soft law*, hay dos situaciones que no pueden admitirse fácilmente. La primera es la propuesta de que instrumentos de *soft law* pueden dar lugar a efectos jurídicos vinculantes, aunque no haya intención ni consentimiento. Esto

66 Abi-Saab, *supra* nota 55, en pp. 65.

67 Virally, *supra* nota 42, en pp. 242.

68 Corte Internacional de Justicia, The Nuclear Weapons Advisory Opinion, 1996, ICJ Reports, en 14; Caso Gabčíkovo-Nagymaros Dam, 1997, ICJ Reports, en 7, como lo analiza Boyle, *supra* nota 50, en pp. 903-904.

69 Texaco Case, resuelto por el árbitro único, Professor René-Jean Dupuy, International Law Reports, Vol. 53, pp. 420-511.

70 Jan Klabbers, The Redundancy of Soft Law, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 65, 1996, 167-182, en pp. 172-174.

71 Weil, *supra* nota 8, at pp. 415; R. Baxter, International Law in 'Her Infinite Variety', *International and Comparative Law Quarterly*, Vol 29, 1980, pp. 549.

72 Zemanek, *supra* nota 54, en 860-861; Münch, citado en Virally, *supra* nota 42, Rapport definitive, en pp. 343.

equivaldría a establecer una legislación internacional independiente y aún no conocida, que podría ser un desarrollo útil pero que solo es posible en la medida en que los acuerdos constitucionales así lo determinen en virtud de una autoridad específica. Si bien es cierto que actualmente esta propuesta es una exigencia excepcional, cada día que pasa hay alguna conferencia internacional de carácter amplio que pretende que sus conclusiones sean reconocidas como derecho, aun cuando su mandato y autoridad se hayan definido en términos generales y no se haya utilizado ninguno de los mecanismos de creación de derecho aceptados.

Distinto es, por cierto, que el instrumento en cuestión refleje claramente la voluntad y la intención de las partes de establecer una obligación vinculante o, en todo caso, de otorgarle una interpretación común a una disposición determinada, ejemplo de lo cual es el Acta Final de la Conferencia que aprobó la Convención sobre la Conservación de los Recursos Marinos Vivos de la Antártica⁷³.

73 Conferencia sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos Acta Final y texto de la Convención, Canberra, pp. 7-20 Mayo 1980, *International Legal Materials*, Vol. 19, 1980,

La segunda situación que no se puede admitir fácilmente y que es muy controvertida es la propuesta contraria, esto es, que los tratados puedan contener disposiciones no vinculantes. Destacados autores así lo han considerado⁷⁴, pero hay que tener en cuenta que solo vale para el caso de que las disposiciones sean vagas o indeterminadas y que, en consecuencia, difícilmente podría atribuírseles obligaciones reales. La Convención Marco sobre el Cambio Climático, de 1992, ha sido uno de los ejemplos invocados en este contexto⁷⁵. La opinión contraria, basada en la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados, consiste en que un tratado solo puede incluir disposiciones de carácter jurídico⁷⁶. Muchos autores reconocen que es difícil encontrar respuesta en esta materia⁷⁷. En lo que se refiere a los tratados, el problema,

pp. 837-859, como se discute en Francisco Orrego Vicuña, *Antarctic Mineral Exploitation. The Emerging Legal Framework*, 1988, en pp. 145-155.

74 Baxter, *supra* nota 71; Virally, *supra* nota 42; Boyle, *supra* nota 50, en pp. 906.

75 Boyle, *supra* nota 50, en pp. 907.

76 Weil, *Observations au rapport*, cit., *supra* nota 42, en pp. 370.

77 Virally, *supra* nota 42, at pp. 184, en referencia a M. Bindschedler, Mme. Bastid, Lachs, Sahovic and Zemanek.

entonces, es de interpretación y no guarda relación con la naturaleza misma del instrumento.

Al parecer, la solución a estos problemas nuevamente consiste en encontrar cuál es la verdadera intención de las partes y el contexto en que se celebró un acuerdo específico. La Corte Internacional de Justicia ha debido abocarse a establecer de qué lado de la línea se sitúa un acuerdo determinado. En el Caso de la Plataforma Continental del Mar Egeo, la Corte debió resolver sobre si un *joint communiqué* le daba a la Corte jurisdicción sobre una controversia y a la luz de la naturaleza del instrumento y de las circunstancias específicas del caso resolvió que esta no fue la intención de dicho instrumento en particular. La Corte agregó, sin embargo, que ninguna norma de derecho internacional impedía que un instrumento de esa naturaleza pudiera considerarse como acuerdo internacional que permitiera un litigio a la resolución judicial o arbitral⁷⁸. El Caso de la Delimitación Marítima entre Qatar y Bahrein también examinó

el problema de si un acuerdo para someter un litigio a resolución judicial era vinculante, y concluyó que pese a ello este no constituía el sometimiento mismo, sino la expresión de una intención⁷⁹.

Distinguidos autores también han estudiado la cuestión de los efectos legales de los acuerdos no vinculantes. A continuación se mencionan algunos de los problemas planteados al respecto. El principio de la buena fe, principio básico del derecho internacional, rige la interpretación y el cumplimiento de ambas categorías de instrumentos⁸⁰. La posibilidad de que acuerdos políticos puedan influir en la operación del estoppel⁸¹, particularmente en la medida en que las partes en dichos acuerdos no podrán considerar que dichas materias corresponden a su discrecionalidad⁸². El concepto de que los acuerdos políticos no pueden por sí ser sometidos a resolución judicial, salvo como

79 Corte Internacional de Justicia, Qatar Bahrain Maritime Delimitation Case, 1994, ICJ Reports, pp. 112.

80 Kooijmans, *supra* nota 59, en pp. 431.

81 Schachter, *supra* nota 44, en pp. 301.

82 Joseph Gold, *Interpretation: The IMF and International Law*, 1996, en pp. 329, y analizado por Lichtenstein, *supra* nota 39, en pp. 1439.

78 Corte Internacional de Justicia, Caso de la Plataforma Continental del Mar Egeo (cita), como se analiza en Virally, *supra* nota 42, en pp. 196-197.

un hecho pertinente en un litigio separado o paralelo⁸³. La posible utilización del recurso para medidas no prohibidas por el derecho internacional con el fin de reparaciones o indemnización por daños surgidos del no cumplimiento de acuerdos internacionales⁸⁴. Todas estas conclusiones apuntan hacia la existencia de una zona gris o un terreno sombrío en las relaciones entre el derecho y los desarrollos políticos examinados⁸⁵.

LA TRANSFORMACIÓN EN DERECHO DE ACUERDOS JURÍDICAMENTE NO VINCULANTES

Estas interacciones son bastante naturales, pero ello no significa que los acuerdos jurídicos se puedan confundir con los acuerdos jurídicamente no vinculantes, y menos aún que los últimos puedan terminar convirtiéndose en obligaciones vinculantes salvo que se transformen en derecho o en una obligación vinculante conforme a derecho. Esta última situación no es infrecuente en el derecho internacional. Los actos

unilaterales de los Estados, que son principalmente de carácter político, pueden cristalizar en un compromiso jurídico si dan nacimiento a ciertos derechos o expectativas en beneficio de terceros y así se ha establecido judicialmente. El caso de los Ensayos Nucleares ilustra esta situación⁸⁶. Pero aquí nuevamente los efectos jurídicos generalmente se justificarán si se comprueba la existencia de una intención de quedar obligado por las declaraciones o instrumentos en cuestión.

En las decisiones de organismos internacionales también puede darse una variedad de situaciones en términos de su interacción con el derecho. La naturaleza jurídica de esas decisiones dependerá, por supuesto, del instrumento constitutivo de la organización. Cuando la autoridad para adoptar resoluciones o decisiones jurídicamente vinculantes ha sido delegada a esos organismos el resultado será claro⁸⁷. El problema radica, sin embargo, en la situación opuesta, cuando esa autoridad no existe o

83 Kooijmans, *supra* nota 59, en pp. 432-433.

84 Virally, *supra* nota 42, *Rapport définitif*, en pp. 356.

85 Schachter, *supra* nota 44.

86 Corte Internacional de Justicia: caso de los Ensayos Nucleares, 1974, ICJ Reports, pp. 267, par. 43.

87 Julio A. Barberis, "Les résolutions des organisations internationales en tant que source du droit des gens", *Festschrift Rudolf Bernhardt*, 1995, pp. 21-39.

cuando ella ha sido expresamente limitada a la adopción de recomendaciones, como es el caso de la Asamblea General de las Naciones Unidas. No hay a duda que, al igual que los acuerdos políticos, esas resoluciones pueden influir en la formación tanto del derecho internacional convencional como del derecho consuetudinario, contribuir a la interpretación del derecho u ocasionalmente desarrollar el derecho anterior conforme al tratado constitutivo o en otras formas⁸⁸.

La influencia de las Directrices del Organismo Internacional de Energía Atómica en la Convención de 1986 sobre Notificación en Caso de Accidentes Nucleares, la influencia de las Directrices sobre evaluación del impacto ambiental del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente en la Convención de 1991 de la Comisión Económica para Europa relativa a la evaluación del impacto ambiental en el contexto transfronterizo, o la incorporación por referencia de los estándares de la Organización Marítima Internacional en la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, de 1982, son

todos ejemplos apropiadamente mencionados a propósito de esta interacción entre las decisiones de organizaciones internacionales y los tratados⁸⁹.

La cadena de interacciones no termina aquí, ya que en algunas ocasiones los principios definidos con carácter no vinculante en propuestas y declaraciones se incorporan posteriormente en convenciones internacionales, lo que no necesariamente significa que pierdan su carácter no vinculante. Una serie de principios que surgen de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, de 1992, tales como la equidad intergeneracional, las responsabilidades comunes pero diferenciadas, las medidas precautorias, se transformaron después en el artículo 3 de la Convención sobre Cambio Climático⁹⁰, poniendo nuevamente sobre el tapete el tema de las disposiciones no vinculantes de los tratados internacionales.

El problema radica, sin embargo, en que las organizaciones internacionales han sabido llevar esto mucho más allá de los límites establecidos y han tratado de definir el derecho en forma autónoma.

88 Schachter, supra nota 1, Capítulo VI, en pp. 84-90.

89 Boyle, supra nota 50, en pp. 904-906.

90 Boyle, supra nota 50, en pp. 907-908.

Para justificar la validez jurídica de esos desarrollos se han invocado la formación de la *opinio iuris* por el voto afirmativo de una amplia mayoría de Estados miembros y el concepto de costumbre instantánea. Sin embargo, hay que tener en cuenta que pocas veces los gobiernos otorgan su voto en esas reuniones generales sin tener la intención de comprometerse mediante obligaciones vinculantes⁹¹.

El resultado convencional de algunas de estas resoluciones puede ser bastante exitoso, como fue el caso de la Declaración sobre el Espacio Ultraterrestre⁹², pero puede también ser bastante distinto, como ocurrió con la Declaración sobre los Fondos Marinos y su posterior transformación en la Convención sobre el Derecho del Mar y los acuerdos conexos⁹³, o en algunos casos totalmente rechaza-

dos por eventos posteriores, como la Declaración sobre Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales y el Nuevo Orden Económico Internacional⁹⁴. Esto pone de relieve que, pese a una negociación cuidadosa y a un interminable proceso de redacción, muchas de estas resoluciones no pueden considerarse que reflejen *opinio iuris*, como suele sostenerse. Pese a que no es esta la oportunidad de discutir la cuestión del efecto de las resoluciones de mayoría en los Estados que se han opuesto a su adopción, o de las demás consecuencias de la ampliación del mandato legal del organismo, puede decirse que esta tendencia no ha contribuido a que la organización logre que se respeten sus funciones creadoras de derecho.

Una evaluación de la situación de los acuerdos de *soft law* en el derecho internacional actual, y en las tendencias que pueden vislumbrarse para el futuro, confirma que, en general, el factor decisivo es la intención de las partes. La naturaleza y efectos jurídicos de los acuerdos vinculantes son inequívocos, aun cuando las san-

91 Schachter, *supra* nota 1, Capítulo VI, en pp. 85-90.

92 Naciones Unidas, Declaración de los Principios Jurídicos que regulan las Actividades de los Estados en la Exploración y el Uso del Espacio Exterior, que incluyen a la Luna y otros Cuerpos Celestes, Resolución de la Asamblea General de 1962 (XVIII), 1963.

93 Ver Resolución de la Asamblea General 2749 (XXV), 17 de diciembre, 1970, en comparación con la Convención sobre el Derecho del Mar Parte XI, 1982, y el Acuerdo de Implementación aprobado por Resolución AG 48/263, 28 de julio, 1994.

94 Ver Resolución 1803 (XVII), 14 de diciembre, 1962, en comparación con la Carta de Derechos y Obligaciones Económicas de los Estados, Resolución 3281(XXIX) 12 de diciembre de 1974.

ciones, las contramedidas o el fallo no puedan obtenerse fácilmente. Como se ha dicho, las reglas primarias pueden existir sin que sea necesario que haya normas secundarias. Además, hay acuerdos no vinculantes si los Estados así lo desean y su naturaleza es inequívoca en un aspecto central: no crean obligaciones para los Estados aun cuando de ellos pueden derivar algunos efectos jurídicos. En todo caso, estos efectos son secundarios o indirectos⁹⁵.

Además, hay que tener en cuenta que los acuerdos no vinculantes se refieren casi exclusivamente a materias políticas y no se utilizan respecto de inversiones o transacciones que involucran un elemento patrimonial⁹⁶, ya que estos naturalmente procurarán obtener la protección del derecho verdadero y su aplicación eficaz. Como se ha señalado, es un hecho que las sanciones y el cumplimiento judicial no explican del todo las diferencias entre los acuerdos vinculantes y los no vinculantes, ya que el incumplimiento de los últimos puede también dar lugar a

contramedidas, sanciones políticas e incluso alguna forma de intervención judicial. Sin embargo, explican la diferencia clave, esto es, que las obligaciones siempre se apoyan en garantías jurídicas de cumplimiento, mientras que los demás compromisos no tendrán tal garantía. Esto explica por qué los acuerdos no vinculantes, pese a estar plenamente en práctica, ofrecen una limitada experiencia judicial en los planos nacional e internacional⁹⁷.

Las complejidades jurídicas de la materia pueden investigarse *ad infinitum*, incluyendo la no tan inusual situación en que una de las partes entenderá que ha suscrito un acuerdo vinculante y la otra que el acuerdo es meramente práctico y no vinculante, y la cuestión conexa de si el registro es o no posible en esos casos. En todo caso, es un hecho que los gobiernos, los jueces y los académicos conocen demasiado bien cuándo están en presencia del derecho internacional real o de algo que no lo es, a pesar de la forma que revista. Nuevamente aquí el factor clave será siempre el de la intención y el consentimiento de los Estados y los demás sujetos

95 Abi-Saab, *supra* nota 55, en pp. 68.

96 Wilhelm Wengler, "Les Conventions 'non juridiques' comme nouvelle voie a cùté des conventions en droit", *Nouveaux Itinéraires*, *supra* nota 45, pp. 637-656, en pp. 639.

97 Klabbbers, *supra* nota 70, en pp. 172-177.

relevantes respecto de las normas y obligaciones vinculantes. Con su usual perspicacia, Sir Robert Jennings escribió en 1976 que “actualmente el peligro radica en que el derecho internacional puede quedar sumergido bajo el imperio de papel que emana de las reuniones de las delegaciones de los gobiernos”⁹⁸. El peligro todavía se encuentra allí, ya que en no pocas ocasiones el interés y la oportunidad política tratarán de presentar como derecho lo que no es derecho, pero mientras seamos capaces de distinguir el derecho de lo que es mero papel, el peligro estará bajo control.

98 R.Y. Jennings, “The Discipline of International Law”, McNair Lecture, International Law Association Conference, 1976, en pp. 632, como lo cita Schachter, *op. cit.*, supra nota 1, Capítulo V, en pp. 79.

III. ANEXO

THE STUDY OF CONTEMPORARY HISTORY:
FOUNDING OF THE FIRST INSTITUTES

Arnold Toynbee

Lecture delivered at the Institute of International
Studies of the University of Chile with occasion
of its inauguration, October 1966.

Let me first thank you for the great honor you have done me, and also for the very kind things you have said about me, in introducing me to this great audience. I think everybody in this hall knows the subject of my talk. It is the study of contemporary history. As you know the occasion for this talk of mine is the inauguration of the Institute of International Studies of the University of Chile. I think this is a very important event in the intellectual history of Latin America. It is very important because this is the first institution to be founded in any Latin American country for the study of this subject. Chile has taken the initiative in this field. I guess that other Latin American countries, one after another, are now going to follow Chile's example, and if five or ten years from now there are institutes for the study of international affairs in at least the other more important Latin American countries, this surely will be a valuable new intellectual link between the Latin American countries.

Of course the government of Latin American countries meet to discuss their common interest from the political point of view. But there is also the objective, disinterested way of studying international affairs, the scientific way. And its good if the different countries of the world, outside governmental action, in the intellectual sphere, in the academic sphere, also carry on studies about international relations. There is a place of unofficial study of international affairs besides the official conduct of international affairs by the governments.

Now, when one founds and institute of for the study of contemporary history, and international affairs in an important branch of contemporary history, one is assuming that it is possible to make a serious study of contemporary history. But this assumption cannot really be taken for the granted without discussion. There might be many academic historians who would say that the events of the last six or eighteen months or even the last five or ten of twenty years might be the subject for journalism but they would not be the subject for serious academic historical study. The foundation of this institute assumes that this is possible. But I am therefore dividing this lecture into two parts. In the first part today I am going to talk about the founding of the two earliest institutes of this kind: The Council on Foreign Relations in New York and The Royal Institute of International Affairs in London.

Then in the second part of this lecture, next Monday, I am going on to the more theoretical question of discussing whether, after all, the study of contemporary history is practically possible¹. I

myself and Dr. Véliz believe it is. Dr. Véliz very strongly believes this is possible because he is inaugurating this institute. The University believes it is possible because it is a founding this institute and I believe it is possible because my wife and I have spent thirty three years of our life in trying to write a current survey of contemporary international affairs. Still the question needs discussing, and I shall discuss this next Monday.

ORIGIN OF THE COUNCIL OF FOREIGN RELATIONS AND THE BRITISH INSTITUTE OF INTERNATIONAL AFFAIRS

But today I want to talk about the more practical question of how this form of study first arose. The Council on Foreign Relations in New York and The Royal Institute of International Affairs in London are the two oldest institutes of this kind. They were founded together during the Peace Conference in Paris in 1919, and I think perhaps the history of their foundation may be of some interest of you in Chile today, when you are founding a Chilean Institute for the same purpose.

1 Segunda conferencia de Arnold Toynbee al inaugurar el Instituto de Estudios Internacionales de la U. de Chile fue publicada en Estudios Internacionales N° 1, abril de 1967.

Before the outbreak of the first World War in 1914, there was no serious unofficial study of international affairs in Britain. Of course people read the newspapers and they were vaguely aware of critical situations, say in the relations between Britain and Germany; they were aware of the naval race between Britain and Germany which preceded the outbreak of the first World War. But before the outbreak of the first World War, before 1914, Britain had been practically a democratically governed country for 82 years since the parliamentary reform of 1832. But democratic control over the government was really in practice limited to the domestic problems. In domestic politics the government was firmly controlled directly by parliament or indirectly by the electorate which elected the parliament and perhaps changed the party in power if it was dissatisfied with their policy. But foreign policy was regarded on the whole as being the preserve of the Cabinet and Foreign Office.

If you look back to the history of the negotiations between Britain and France from 1904 to 1914, from the formation of the Anglo-French entente in 1904 down to the outbreak of war in

1914, you will find that a very small number of men in Britain virtually committed Britain to going to war in 1914. Those crucial negotiations between the British government and France were not even disclosed to all members of the Cabinet, although constitutionally the whole Cabinet is collectively responsible for all decisions taken by the government of the United Kingdom. I think the Prime Minister, the Secretary of Foreign Affairs, possibly the First Lord of the Admiralty and the Secretary for War were the only members of the Cabinet who were in the secrets of the Anglo-French relations—and one or two very senior permanent officials in the Ministry of Foreign Affairs—so that when the crisis came in August 1914, the British government did not know whether the British parliament would ratify the acts it had taken during the past ten years, and the fact that Britain was virtually committed, came as surprise and a shock to the British people.

When I was a student at Oxford, which was from 1907 to 1911, not so long before the outbreak of the first World War, I was very unconscious of international affairs anywhere, still more un-

conscious that international affairs might be physical – affect me in a contemporary, in a personal way. My wife tells me that I perhaps lived in rather exceptionally liberal circles which did not take the threat of the war between Britain and Germany seriously. She says that her mother and her sister were at that time training themselves as nurses to work in hospitals in the event of war breaking out. At the same time I think it is true to say that at Oxford during those years, 1907 to 1911, foreign affairs were always beyond the horizon. Let me illustrate this by an example. The students of the university had a debating society. The Union Society, which has perhaps thirty or forty debates in the course of the academic year. Out of these debates, one only per year, down to the outbreak of war in 1913, was assigned to foreign affairs. Because foreign affairs was thought to be a rather silly and unimportant subject, this debate on foreign affairs was for trying out the freshmen to see to see if they were good speakers or bad speakers. They said “unimportant subject”, we may use it for this purpose. This would sound incredible if it was not historical fact. The undergraduates of Oxford, and, I think a

large part of the British people at that time, were living in a kind of fools’ paradise, really ignorant of the disaster which was rushing forward to overwhelm Europe and finally the whole world.

My own education in international affairs began in 1911 to 1912. After I had finished my studies at Oxford, I was going to go back to Oxford to teach ancient Greek and Roman history, so my college at Oxford gave me a year to spend travelling about in Greece, studying the archeological sites – the scenes of ancient battles, the ruins of ancient cities, the historical geography of Greece. And I went to Greece for ten months at the end of 1911, to the summer of 1912, with the intention of spending my time in this way, studying ancient Greek history. I did study ancient Greek history, but for the purpose of studying it, I walked about Greece on the islands; I walked about with a rucksack on my back and would spend the night in a Greek village and to go to the village shop in the evening and listen to the village people talking. And as I came to learn modern Greek, I would take part in the talk, and I found them discussing, say this was the Spring of 1912, will the war break

out in next Autumn or the Spring after; and what is the policy of Sir Edward Grey; what is the policy of Mr. Cornwell; what's the policy of the German government, the Russian government. All this was something quite new to me. These Greek peasant were in one way simple people but in another way they were very much more alive to what was happening in the world that the students and professors at Oxford were. And I therefore got this preliminary education of coming war. In saying would it take place next Autumn or Spring, the Greek peasants weren't far wrong, because the first Balkan war did break out in the Autumn of 1912; followed by the second Balkan war in the Spring of 1913; followed by the first World War in the Summer of 1914. They knew what they were talking about.

During the war I served as a temporary official in the British Foreign Office and I went to the Paris Peace Conference of 1919. Incidentally I am one of the very few people who attended both the Paris Peace Conference of 1919 and the Paris Peace Conference of 1946. Now, among British and American –United States'– delegations at the Peace Conference of 1919, there were a number of

people, like myself, who were in temporary government service, just for wartime. There was a nucleus of permanent officials but we were there just to continue temporary government service till the end of Peace Conference, and then to go back to our ordinary pursuits in private life.

The reason why we were there and alive was because most of us had some physical disability. I myself would most unlikely be alive at this moment and speaking to you now, if I had not contracted dysentery when I was travelling about in Greece in 1911, which made me unfit for military service. If I had been fit for military service I should no doubt have been killed in 1915 or in 1916, as about sixty percent of my school fellows and fellow students at the university were killed in one or other of those two years.

Now, this was the experience of all of us temporary officials at the Peace Conference in 1919. The deaths of our contemporaries, the killing on this scale, the destruction, the evil and the wickedness of the war, on the scale of the World War, had made us realise that after all, international affairs were important. And we discussed this amongst ourselves

and we held a meeting at which we decided to found some kind of private institute for the study of international affairs. We did not wish to stay permanently in government service, and we rightly thought that if we did stay permanently in government service, our influence on government policy would be very strong. But we did wish that, returning to private life, to continue to educate ourselves and to help out fellow citizens to educate themselves, in the study of international affairs. Because we felt that it was only by studying them in a very rigidly objective and scientific way that we could perhaps begin to improve the human relations so as to make sure that a catastrophe like the first World War should not recur. Of course we were over sanguine and over hopeful; the catastrophe did recur in the second World War. So deeply rooted a habit as war takes a long time to eradicate from the human hearts. But I feel right in thinking that, though the approach to the abolition of war through the scientific study of international affairs might be a slow and a long road, it was the right road and the sure road.

After our meeting. I don't know what the attitude of the

State Department at Washington was, but the Foreign Office in London was extremely annoyed at this meeting of the temporary officials. The United States and Britain were democratic countries, and the governments could not prevent us from founding a private society for the study of international affairs, but the Foreign Office were most suspicious of this move on our part. They assumed that international affairs were the prerogative of the Foreign Office and that nobody else had any business to deal with them. This assumption after the number of deaths in the first World War, sounds rather unreasonable, but this was still assumed. They couldn't forbid us to found these institutes but they did forbid all their permanent officials to join the Institute as members. Gradually they changed their minds. First of all they allowed government officials to attend the meetings of the British Institute on the condition that they did not take any part in the discussions. Then the officials found that it was rather useful to them to attend the meetings, because they could see the different currents of public opinion in the debates which took part of our meetings, on various topical questions of international

affairs. Finally the officials represented to the heads of the Foreign Office that if they were allowed themselves to take part in these debates, they would elicit from the non-official members of the Institute, who were in a majority still more public opinion.

International affairs are a very barbarous and backward side of human life and therefore they are very dangerous and very secretive. In the past the ministers of foreign affairs of most countries, or of all countries, have put secrecy or security first and have quite subordinated public relations to security. But now in a democratic country this will not work because if the government or part of the government does its business in secret, sooner or later it comes to action, going to war for instance, and it will have to get the electorate and the people behind it, and if the electorate have been kept in the dark about what the government has been doing, about the government's policy, the chances are that they would reject the government's policy. This might have happened in Britain in August 1914. Only of course it did not happen. This tension between the need for public relations, the confidence between the govern-

ment department and the public, on the one hand, still continues. And I think the British Foreign Office still puts security above public relations.

After each war the privilege of the victors was the refuse to publish their own official documents relating to the war. But they insisted on publishing German official documents because Germany was a defeated country, and they could demand that the German archives be opened. The result was that, for quite a time, documents dealing with each of the wars from the German point of view –the defeated country's point of view– were accessible to the public, whereas documents relating to the victorious country's point of view were inaccessible, with the result that the story was had through documents representing the German's point of view, which was rather a curious effect of the insistence on security at the price of public relations.

Let me come back now to the history of the Institute that was founded in Paris in 1919, at the course of the Peace Conference. It was originally founded as a joint Anglo-United States Institute. But purely for administrative reasons because it was so difficult

to administrate it, to manage an institute which contained members on both sides of the Atlantic, it divided itself after a bit into two separate international institutes: The Council on Foreign Relations and the Institute of International Affairs in London. There was no disagreement between us, we divided purely for this administrative reason and we have been sister institutes ever since then, and in the most close and amicable relations with each other. And in very friendly relations with similar institutes founded later on in France and, after the second World War in Germany, and in a number of the other countries as well.

BASIC PRINCIPLES OF THE INSTITUTES: FINANCIAL INDEPENDENCE

The people who took the initiative in the American and the British Institute, the temporary officials who took the initiative in founding what turned into these two institutes, laid down two fundamental principles, to which both institutes have been faithful ever since—and it is now nearly half a century ago. These two principles may not suit conditions in other

countries. Every country has its own particular form of life, its own particular form of relations between the government and the people, but anyway, it might be interesting for you if I explain what these principles between the British and American institutes for the study of international affairs are.

Our first principle was that we should accept no financial aid from the government of our country. The fear of course that if it gave and if we accepted financial aid from it, the government might be tempted to use this as a lever for imposing on us some policy of its own and so depriving us of our intellectual liberty to study international affairs objectively.

By the way the American Council of Foreign Relations deals with a rather narrower field than the British Institute of International Affairs, because the American Council of Foreign Relations deals only with the foreign relations of one country, of the United States. Of course today the foreign relations of the United States are practically equivalent to the whole set of international affairs of the whole world, because there is nothing that happens in the world that is not of concern to the United States, since the

second World War. But after the first World War, especially when the United States withdrew from the League of nations and tried to return to her traditional isolation, American foreign relations were still very far short of being co-extensive with international affairs as a whole. On the other hand Britain who was already up to the neck in international affairs, in Britain we founded an institute which was to study international affairs of all kinds, whether or not Britain happened to be concerned with them. We would study relations between France and Italy, or relations between Belgium and the Netherlands just as much as some international affair in which Britain happened to be concerned.

Let me come back now to this self denying financial policy. For the early part of the century before the two World Wars, in Britain and the United States, on the whole, wealth was in the han of private individuals and not of the government. Taxation was relatively light, and the rich people retained their wealth. And a great deal of the intellectual and philanthropic work on both countries was done by private assocations, from which public bodies held back – which were not supported by public

funds. And this was the tradition which led the American Council on Foreign Relations and the British Institute of International Affairs to reject the idea of taking public money to support it. Of course since then the balance has changed. More and more of the national income in all countries has passed into the government's hands, with increase in taxation, and less and less has remained in private hands. Therefore it has become more and more difficult, even in the United States, I suppose, to raise money from private sources for academic and philanthropic purposes. All the same in bothe these institutes we have managed so far to avoid using public money.

On the other hand neither the Council on Foreign Relations nor the British Institute of International Affairs was afraid of taking money from the great private foundations for the intellectual study and research which by this time had grown up in the United States; for instance: The Rockefeller Foundation, the Ford Foundation, and the other lesser bodies of the same kind. We weren't afraid of accepting their financial aid and they offered it generously. We accepted unhesitatingly because they were not governments. They

were private bodies like ourselves, they did not have any policy which they might be tempted to force on us, the Institute of International Affairs. The great American research foundations exist in order to pursue a disinterested and objective scientific study and to help other bodies to pursue it. So we have been willing, very willing, to take money from foreign private institutions, but not to take money from our own government.

I mention this financial policy because it may be different from your own policy in Chile. Possibly you may be more afraid of foreign money. I don't know, but anyway this was our policy in Britain and in the United States. In Britain we have tried to find a compromise between the proceeds of public money by private institutions and the independence of these institutions we have established, what we call semi public institutions. Instances of this are for instance, the British Broadcasting Corporation, and the University Grants Commission. Let me dwell on this a little bit because the financing of a research institute is a very practical part of its life; if you cannot get finance you cannot do anything at all.

The principle here is that the government appoints a body of distinguished and independent minded people to govern the British Broadcasting Corporation or to administer the University Grants Commission. It pays them public revenues but it leaves them entirely free and independent to use these public revenues as they think fit. I think I am right in saying that the way in which the University Grants Commission's money is expended by the Commission has never been debated in parliament. Parliament has purposely refrained from interfering in the expenditure of this money. So we try to get the benefit of having public money—and the public purse in Britain today is the only big purse—at the same time to retain the independence of institutions' receiving the money. We try to put a kind of insulator between the government and parliament on one side, and the universities or the British Broadcasting Corporation, on the other. So far I think the system has worked well thanks to the wisdom of parliament and of the government on holding back from trying to use its grants of money as a means of influencing the policies of the universities or of the British Broadcasting Corporation.

But of course today the overwhelmingly greater part of the revenues of the universities of Britain come from the government through the University Grants Committee and we cannot be sure that if there was some head on collision between the universities and the government, the situation, such as there is in Argentina for instance at the present moment, whether the government would still have the self control to refrain from using its financial power over the universities as a means of bringing pressure to bear on them. I think it will, and I hope it will, but this is uncertain, but anyway in our Institutes of International Affairs we have resisted the temptation to take government money, even in this indirect form.

BASIC PRINCIPLES OF THE INSTITUTES: NO CORPORATE POLICY

Then we come to the second fundamental principle of the American and British Institutes. This is that the Institute of International Affairs and the Council on Foreign Relations would have no corporate policy on their own. It should never be possible for anyone to say the Institute as such,

or the Council as such, is in favour of, say coercing Rhodesia, or of carrying on the war in Vietnam, or against the war in Vietnam, or against coercing Rhodesia. Of course all the members of these two bodies would have their own personal views on controversial subjects of foreign policy, but they have these views as private individuals and they do not commit the institute to which they belong. This is, I think, a very important principle, unlike the financial question, which is debateable and may be settled in a number of different ways, I think this policy of being neutral and objective and purely scientific. Is really essential for the study of current international affairs. Unless you have this principle, the meetings of a scientific institute would turn into political meetings, in which people who held different political views and felt very strongly about them, would oppose each other in debates, and the meetings would turn, not into scientific discussions but into political fights. But if the institute, the forum in which these meetings take place, is neutral, then people of very different opinions can meet there and debate controversial questions without compromising themselves. As a matter of fact in

the Council on Foreign Relations and the Institute of International Affairs in London, the people who outside would hardly be able to meet and debate controversial political questions can discuss then in a non-violent way within the walls of the institute, just because, as I say, the institute itself is neutral. This applies to publications as well as to meetings.

Perhaps I should mention the different activities of these two institutes. Starting as we did and continuing as societies consisting of private individual members, we naturally started by making our first activity to be meetings to discuss current international question; eg. if someone had just come back from the scene of some war or some crucial international affair, we would invite him to give a talk about this at our institute and members would turn up to ask questions and carry on the discussion after the lecture. That I think is a useful way to start in founding an institute of this kind, because, as you will see, this will interest individual people, you will draw in public support for your institute, which is financially rather useful. If you spread an interest in international affairs you will be gaining or probably getting the

opportunity of gaining private financial support.

Having working for 23 years at our institute in London till I retired in 1956, I find, looking back over that time, that I notice a rather interesting thing, immediately after the first World War, 1920 say, when the Institute started its work in London, there were rather few people whose practical work in life, whose profession, whose job, whose employment involved international relations. Lawyers work would probably be confined to Britain, doctors work confined to Britain again, engineers even might be confined to Britain though of course there were many British engineers working in Chile and other countries over the world. But as time has gone on, I think the great note of our age, since 1914, has been that for good or evil, the world has been growing together to a single unity. It may be growing together in unity simply for common destruction, or it may be growing together in unity in order that mankind for the first time in history should live as a single family. I think that in an atomic age if we do not contrive to live together as a single family, we are going to destroy ourselves, and I hope we are going to take

the alternative of living together as a single family. But in any case whatever the outcome of this growing unification in the world is going to be, this process of unification has become a very noticeable fact, and today there are very few professions in any country, I think, which do not involve some knowledge of international affairs. Almost all businesses, occupations, employments, have an international side, a foreign side, as well as a domestic side, and this is an important point for the study of international affairs, because it makes it easier to recruit members for an institute of this kind.

The second activity, besides the meetings of members to discuss current international affairs, that the two institutes undertook was publications. With publications of course you reach, or you can reach, a far wider public than just with meetings of members in some particular city, however great the city may be. Many people in this hall probably know the Quarterly Journal of Foreign Affairs published by the Council on Foreign Relations in New York. From the beginning to this day, it has maintained, as you know, an extraordinarily high standard of scholarship. Its articles are always

extremely distinguished and written by people of great authority. The journal is one way of publishing information about international affairs. In London we also have a journal in which, among other things, we try to review all the important books written in all the leading languages; Spanish, French, Italian, German, Russian and the others, on international affairs, so that everyone who takes in this journal of ours will be able to see every two months what the main publications in the field of international affairs have been, which is very convenient.

Then in the third place we undertook a more ambitious project and that was to write a current history of international affairs. At this preliminary meeting in Paris, it was decided that the unofficial members of the two delegations, who would be free from official restrictions when they retired shortly from official life should, together, write a history of the first Peace Conference of Paris, the 1919 Peace Conference of Paris. And I remember the American delegation, a Mr. Marmot, who happened to be a member also of the firm of Streetly Morgan and Co. immediately undertook to finance the publications of this

history of the 1919 Peace Conference of Paris. It was written by members of the American and British delegations, unofficial, temporary official members. It was published in 6 volumes. And then it was decided to continue this history, which started with the end of the first World War with a survey of subsequent international affairs. Because after all international affairs did not stop with making peace in Paris in 1919. For one thing the governments of the world who have easily made war found it extremely difficult to make peace, and peace as you know was never satisfactorily made. And if all the old outstanding questions had been settled many new international questions had cropped up, quarrels between Italy and France for instance, tension between the newly founded Soviet Union and a number of other countries of the world, the first signs of revolt in China against western domination. In fact the world went on, human life, life in general, is another change, life means change, and international affairs, like other sides of life are always changing. So it is impossible just to stop after having finished publishing this six volume history of the Peace

Conference in Paris. So in London, it was decided to continue this by producing an annual survey of international affairs. My wife and I happened to be the people appointed to do this and we did it for thirty three years from 1924 to 1956.

Now the principle that the institute as such had no policy of course applies to publications just as much as to meetings. And I think this is quite an important point for a new institute to consider. In the American Council and the British Institute, anyone who publishes either an article or a monograph or an annual survey under the auspices of the institute, even if the work is paid for by the institute, writes and publishes it on his own personal responsibility, without involving the institute itself. This is necessary because however much you try to be objective and impartial in writing a history of international affairs it is, I think, impossible for any human being to write about any human affairs, ancient or modern, without having feelings about them. Feeling to praise or blame, approval or disapproval, agreement or disagreement, with the other human beings who are the subject of his work. I am not

a physical scientist but I suppose that when a scientist studies an atom or an electron or a proton, or he doesn't approve the conduct of this atom as opposed to the conduct of that atom. It would be rather difficult to take a personal line about atoms or protons or even molecules. But it is very difficult not to have personal feelings, moral judgements, about human affairs. And therefore it is very important in writing a record of such controversial human affairs as international relations are, that the institute which promotes such publications should disengage itself from responsibility and should leave the responsibility on the shoulders of the writers.

In trying to write a current history of international affairs I myself have tried to stand apart from the subject as far as possible and to look at current events as if I was looking at them from a long way off in time as though I was some ancient Greek hystorian say, come back to life after five hundred years to look at these strange later people and their doings, or if my own country Britain happened to be involved in some controversial affair, I tried to tell myself how this would look to me if, instead of being British, I happened to be

a Swiss or a Swede –a member of a neutral nation– which wasn't itself ingage in this particular controversy or this particular conflict. These are useful excersises for trying to keep ones objectivity and impartiality but they have only a limited affect and in some affairs such for instance as the rise of Hitler, or the Italian agresion against Ethiopia in 1935. Of course I found it impposible not to have strong moral feelings of condemnation of one of the parties in the affair, and I am sure this came out in my work. Just as we are all of human, perhaps it would be inhuman to be impartial about such things as the crimes committed by German Nazis or the Italian attack on Ethiopia. There are limits to the possibility of objectivity and impartiality. All the more important therefore is it that in publications as well as in meetings, the institute itself should keep neutral even in such things as its attitude towards Nazism, which it is difficult for anyone to neutral about, and it should put the responsibility on the shoulders of the individuals who are doing the work.

Well now, I have talked about this very concrete approach to the early history of the first two institutes of the kind that you

are now founding in Chile. And I have talked about my personal experiences because my wife and I were personally engaged from an early date over a long period in the work of our institute in London. But next Monday when I hope to continue and finish this talk I am going to get away from the history of the American and British institutes and other institutes of this kind, and get away from my personal experiences and discuss the more abstract and if you like academic question: Is the objective study of international history

and of contemporary history in general really possible, is it only possible to deal with contemporary affairs either from the point of view of action as government do, or in the journalistic way in which newspapers deal with them? I myself think it is possible to be with even very recent and controversial affairs in a scientific and objective way and this is what I propose to discuss in the second part of my lecture next Monday. And thank you now, Mr. Rector, for giving me the opportunity of addressing this audience.

