



Artículos



Santiago, 19 de diciembre de 2018

¿Cuáles instrumentos internacionales son obligatorios?

El llamado "Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular", aunque utiliza una de las denominaciones de los Tratados, no lo es, al tenor de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), a pesar de que consta por escrito.

Por: Samuel Fernández

Un importante debate, por diversos medios de comunicación, se ha desarrollado a propósito del Pacto sobre Migraciones que Chile decidió no suscribir. No es mi voluntad entrar en él ni repetir los argumentos de partidarios y contradictores, que han sido abundantemente expresados con grandes conocimientos. Me permito sólo recordar al respecto, uno de los puntos más resaltantes del "Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular", adoptado en Marruecos, y que está en su Preámbulo, párrafo 7, el que expresa: "Este Pacto Mundial presenta un marco de cooperación no vinculante jurídicamente que se basa en los compromisos acordados por los Estados Miembros en la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes". ¿Qué valor jurídico tiene el Pacto y la citada Declaración?

Tal vez sea conveniente analizarlos desde el punto de vista del Derecho Internacional actual, así como de la práctica de los Organismos Multilaterales. Igualmente, debemos tener en cuenta, que la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 72/244, reafirmó que lo aprobara una Conferencia Intergubernamental, que fue la celebrada los días 10 y 11 de diciembre último en Marrakech. El tema será nuevamente considerado en Nueva York, durante la Asamblea General en curso, el día 19 de diciembre. Momento en el cual los países podrán insistir en sus posiciones, o modificarlas. Incluido Chile.

Estamos frente a un característico Instrumento Internacional, adoptado por los Estados participantes en la Conferencia, si bien no por todos ellos. Forma parte de la llamada genéricamente "Legislación Internacional" y que es una de las Fuentes no tradicionales, o no clásicas, del Derecho Internacional moderno. Una definición que podría resultar equívoca en idioma español, pues viene del término en inglés "International Legislation" que la distingue claramente del Derecho o de la Ley (Law, o para algunos, Soft Law), que prima en nuestro sistema legal. Vale decir, puede crear derechos y obligaciones bajo ciertas circunstancias precisas, aunque sin valor jurídico inicial y vinculante, como lo hacen las Fuentes Tradicionales o Clásicas, unánimemente consideradas aquellas contenidas en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; como son los Tratados, la Costumbre; los Principios Generales del Derecho, y como auxiliares, la Jurisprudencia y la Opinión de Tratadistas.

En referencia a éstas, el llamado Pacto, aunque utiliza una de las denominaciones de los Tratados, no lo es, al tenor de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), a pesar de que consta por escrito. Los tratados son por esencia obligatorios, crean derechos y obligaciones sobre lo pactado (Art.26). El Pacto sobre Migraciones, expresamente le quita este elemento esencial.

En consecuencia, no siendo un Tratado, entra en la categoría de la Legislación Internacional antedicha, al igual que la mencionada Declaración de Nueva York, los que no siendo obligatorios, tampoco son un documento cualquiera. Pertenece a la categoría de las Resoluciones, Declaraciones, o Decisiones que emanan de los Organismos Internacionales o de cualquiera de sus Órganos. Ellos sesionan casi permanentemente integrados por sus Estados Miembros. Como las Naciones Unidas, la más representativa, en cualquiera de sus sedes y órganos que la componen, como también, todos los demás Organismos Internacionales, mundiales, especiales, regionales, o técnicos, pertenezcan o no, al llamado Sistema de las Naciones Unidas. Analizan y debaten todo tipo de asuntos, según sus respectivas competencias y temarios. Cuando hay acuerdo, aprueban por distintas mayorías, estos Instrumentos Internacionales o Legislación Internacional. Ninguno de ellos es obligatorio o vinculante. Únicamente, son meras “recomendaciones”. Así las considera el Derecho Internacional y la práctica multilateral.

Se desprende, entre otros, del Artículo 11 de la Carta de las Naciones Unidas, que reconoce la facultad de la Asamblea General de “hacer recomendaciones” respecto a algunos principios (cooperación), y el Artículo 13, en que “promoverá estudios y hará recomendaciones”, para una serie de fines. En relación a que sólo son recomendaciones, es necesario recordar que Bolivia, en su pleito ante la Corte, sobre la obligación de negociar por Chile un “acceso soberano al Pacífico”, argumentó que las respectivas Resoluciones de la OEA, nos eran obligatorias legalmente. La Corte no reconoció la existencia de dicha obligación (Párrafo 171 de la Sentencia). Reiteró que sólo son recomendaciones. De haberle otorgado otra calidad, habría trastocado la práctica multilateral y el derecho actual.

Sin embargo, bajo ciertas circunstancias, estas recomendaciones pueden evolucionar hasta transformarse en obligaciones. No es un proceso automático ni todas llegan a serlo. Dependerá si logran, mediante la costumbre internacional (una de las fuentes tradicionales), tal categoría. Como toda costumbre, requiere se cumplan copulativamente, los dos elementos: el objetivo (el tiempo, que puede ser breve); y el subjetivo (la “Opinio iuris”), o el convencimiento de cumplir una norma de derecho y no un simple uso o hábito reiterado. Inciden también, las mayorías por las que fueron adoptadas, a más alta ésta, más pronto lo podrá ser.

Asimismo, debemos considerar, que siguen vigentes y nos son obligatorios, todos los Tratados y Convenciones en materia de Migración de los que somos Parte, así como otros sobre Derechos Humanos, que se refieran a dicha materia.

Es posible que los autores del Pacto hayan pensado en su eventual evolución, al no existir la voluntad de transformarlo en un Tratado Formal. Si bien jurídicamente requiere que se cumplan los requisitos de la Costumbre, para que llegue a ser vinculante; lo es no obstante y sin mayores condicionantes, desde el punto de vista del compromiso político adquirido por los países firmantes, y para las exigencias que el Pacto acuerda y las variadas capacidades de seguimiento que contempla, las competencias acordadas para los Organismos respectivos, así como su seguimiento, como las respuestas nacionales, o la organización dentro de cuatro años, del Foro de Examen de la Migración Internacional, a partir de 2022. El Pacto no ha nacido como obligatorio, pero podría llegar a serlo. (Santiago, 19 diciembre 2018)
