

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

**CREACIÓN DE NORMAS DE COSTUMBRE
INTERNACIONAL POR ORGANIZACIONES
INTERNACIONALES. CASO DE ESTUDIO: PRÁCTICAS
AMBIENTALES DEL BANCO EUROPEO DE
RECONSTRUCCIÓN Y DESARROLLO**

Diana Isabel Carrera Matute

Jurisprudencia

Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título
de Abogada

Director:

Pier Pigozzi

Quito, D.M., 17 de julio de 2019

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

“Creación de normas de costumbre internacional por organizaciones internacionales.
Caso de estudio: prácticas ambientales del Banco Europeo de Reconstrucción y
Desarrollo”

Diana Carrera

Pier Pigozzi
Director del Trabajo de Titulación

Hugo Cahueñas
Lector del Trabajo de Titulación

Juan Pablo Albán
Lector del Trabajo de Titulación

Juan Pablo Aguilar
Decano del Colegio de Jurisprudencia (E)

The image shows four handwritten signatures in blue ink, each written over a horizontal dotted line. From top to bottom, the signatures correspond to the names listed on the left: Pier Pigozzi, Hugo Cahueñas, Juan Pablo Albán, and Juan Pablo Aguilar. The signatures are stylized and cursive.

Quito, julio del 2019

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

INFORME FINAL DE DIRECCIÓN
TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO: "Creación de normas de costumbre internacional por organizaciones internacionales. Caso de estudio: prácticas ambientales del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo"

ALUMNO: DIANA ISABEL CARRERA MATUTE

EVALUACIÓN:

a) Problema e hipótesis

El problema identificado en este trabajo de investigación es de mucha actualidad, se refiere a las últimas conclusiones expedidas por la Comisión de Derechos Internacional de las Naciones Unidas de apenas el año anterior, y que no han sido todavía objeto del análisis detallado que merecen. Al mismo tiempo, el tema toca dos asuntos de constante interés en el derecho internacional público: las facultades y competencias de las organizaciones internacionales, y la formación de la costumbre internacional.

La hipótesis planteada es muy oportuna, hace décadas las organizaciones internacionales se han consolidado como un sujeto de derecho internacional con personalidad objetiva, junto a los Estados, y ya es tiempo de analizar en qué medida sus actos contribuyen (o no), y por qué, a la formación de costumbre internacional vinculante.

La hipótesis de Diana es por demás lógica, después de haberse consolidado como actores internacionales importantes, los actos de las organizaciones internacionales ya deberían haber cobrado relevancia para la formación de normas consuetudinarias. A lo largo de la investigación, Diana demostró una apertura excepcional a argumentos contrarios a sus intuiciones, y fue exhaustiva en la búsqueda de fuentes. Quizá el aprendizaje, la extensión y profundidad de la investigación no se reflejan por completo en la redacción del trabajo.

b) Estructura

La introducción es clara y cumple con la función de presentar una hoja de ruta de los temas que cubrirá el resto del trabajo, sus principales argumentos y cómo están relacionados entre sí. La redacción del trabajo estuvo sujeta a revisión y mejora constante. El producto final presenta las ideas con una estructura muy clara y una redacción que pudo haber alcanzado un nivel más alto de fluidez, pero cuya claridad ya es suficiente para evaluar adecuadamente el producto de la investigación y sus argumentos.

c) Investigación y Argumentación

La investigación para este trabajo fue exhaustiva y duró nueve meses. El análisis exegético de los informes de la Comisión de Derecho Internacional, que son centrales al trabajo, fue muy minucioso. Cabe mencionar que el esfuerzo requerido para abordar la conjunción de dos temas tan específicos en el derecho internacional es un esfuerzo que podría esperarse de un estudiante de posgrado. Diana le dedicó todo el tiempo y concentración necesarios para llegar al punto necesario de conocimientos que le permita abordar el tema con solvencia. En este proceso de investigación, ella identificó todos los asuntos relevantes y los puntos de discusión actual entre los expertos en estas materias. Se trata de un esfuerzo inmenso, con resultados dignos de destacar.

Además de incluir todos los instrumentos jurídicos vinculantes, la investigación abarca en muchas ocasiones la observación detallada de autores clásicos en el derecho internacional, así como de expertos emergentes. El análisis realizado en el segundo capítulo consiste en el seguimiento de un ejemplo proporcionado por la Comisión Internacional de costumbre que podría haber nacido de actos de organizaciones internacionales. La Comisión no brinda mayor detalle en su informe para evaluar el ejemplo y Diana fue exhaustiva en seguir la pista a lo que la Comisión y su Relator podrían haber tratado de presentar. Este capítulo debería ser publicado en inglés porque es una contribución de alto nivel al estado del arte.

El producto final todavía presenta una dicotomía innecesaria en la mayor parte del argumento, que tiende a reducir el problema a si las organizaciones son sujetos plenos del derecho internacional, entonces deberían tener facultades normativas, y, al contrario, si no se les reconoce esas facultades, habría una negación de su categoría de sujetos plenos en el derecho internacional. Ella misma encuentra en algunos pasajes de su tesis que el problema no debe ser planteado en esos extremos, pero la mayor parte de su argumentación falla en reconocerlo. En este sentido el último capítulo pierde fuerza en relación con el alto nivel de investigación y redacción del segundo capítulo. El texto final también podría ser editado para eliminar algunas reiteraciones innecesarias y pulir la fluidez de la redacción para hacer más comprensibles ideas que tienen mucha fuerza y relevancia para estas discusiones importantes en el derecho internacional público

Por estas razones, apruebo este trabajo de titulación.



Pier Paolo Pigozzi

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante:	_____
Nombres y apellidos:	Diana Isabel Carrera Matute
Código:	00126925
Cédula de Identidad:	1720598950
Lugar y fecha:	Quito, 17 de julio de 2019

A mí.

Agradezco a cada uno de mis hermanos por haber estado siempre presentes, a pesar de la distancia.

A mis amigas, por ser la familia que escogí y que siempre me dio ánimos.

A Pier, por haberme brindado su amistad y hacer que crea en mí.

A mis padres Silvia y José, por todo.

Resumen

En la medida en que el Derecho Internacional Público (DIP) se creó por los Estados y para los Estados, gran parte de la academia dedicada al estudio de la costumbre internacional afirma que los dos elementos necesarios para la configuración de una norma consuetudinaria internacional deben provenir de ellos. Es decir, para que una norma de costumbre internacional sea reconocida como tal se necesita la práctica reiterada y la convicción de obligatoriedad—*opinio iuris*—de los Estados.

No obstante, el derecho internacional contemporáneo ha admitido, en mayor o menor medida, la intervención de nuevos actores en las relaciones internacionales. Este trabajo resaltaré la influencia de las organizaciones internacionales en el sistema internacional, en general, y en la creación de prácticas ambientales que generarían normas de costumbre internacional, en particular; así como la necesidad de reconocer que sus actos ya han cambiado el curso del DIP, por lo que es necesario no solo aceptarlas como nuevos sujetos tan influyentes como los Estados, sino regularlas en la misma medida, especialmente en lo que tiene relación a sus facultades de reconocer o crear costumbre internacional.

Abstract

Insofar as International Public Law (IPL) was created by the States and for the States, a large part of the academy dedicated to the study of international customary law affirms that the two necessary elements for the configuration of an international customary rule must come from them. That is, for an international customary rule to be recognized as such, it requires the repeated practice and the conviction of its mandatory nature—*opinio iuris*—of the States.

However, contemporary international law has admitted, to a greater or lesser extent, the intervention of new actors in international relations. This work will highlight the influence of international organizations in the international system, in general, and in the creation of environmental practices that would generate customary international rules, in particular; as well as the need to recognize that their actions have already changed the course of IPL, in a manner that is necessary not only to accept them as new subjects, as influential as the States, but to regulate them to the same extent especially with regard to their powers to recognize and create international customary norms.

Índice

Resumen	viii
Abstract.....	ix
Introducción.....	1
Capítulo I: La Comisión de Derecho Internacional en la identificación de derecho internacional consuetudinario.....	4
1.1 Sujetos intervinientes en el proceso legislativo consuetudinario conforme las conclusiones de la CDI	5
1.1.1 Opiniones de los Estados sobre la participación de las organizaciones internacionales en la creación de costumbre internacional	9
1.2 Las resoluciones como expresiones de los Estados miembros o como actos autónomos de las organizaciones internacionales.....	12
1.2.1 Opiniones de los Estados sobre las resoluciones de las organizaciones internacionales	15
1.3 Tipos y alcance de la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales	19
1.3.1 Personalidad jurídica por competencias públicas.....	20
1.3.2 Funcionalidad de la organización internacional	21
1.3.3 Naturaleza de la organización internacional y área que regula	22
Capítulo II: Caso de estudio: las prácticas de los bancos de desarrollo en la creación de normas de costumbre internacional	24
1.1 Prácticas reiteradas del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo y la convicción de su obligatoriedad en los proyectos financiados	27
1.2 Influencia del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo en la creación de lineamientos ambientales por instituciones financieras domésticas: Principios del Ecuador	30
1.3 Influencia de las instituciones financieras internacionales sobre las instituciones financieras que suscriben los Principios del Ecuador.....	34
1.4 Inconsistencia en la aplicación de estándares ambientales por las instituciones financieras en general	35
Capítulo III: Perspectivas teóricas del desarrollo de normas de derecho consuetudinario internacional por las organizaciones internacionales	39
1.1 Tensión entre el principio de soberanía y la necesidad de las organizaciones internacionales de responder a necesidades contemporáneas	40
1.2 Razones para limitar (o no) la participación de las organizaciones internacionales en el proceso legislativo consuetudinario	45
1.3 Primacía de unas organizaciones internacionales sobre otras en el proceso legislativo consuetudinario	49
1.4 Las resoluciones como formas de identificación y creación de normas de costumbre internacional por las organizaciones internacionales	51

1.5 Una crítica importante a la intervención de las organizaciones internacionales en el derecho internacional: el margen de apreciación de los Estados	52
Conclusión.....	54
Bibliografía.....	58

Introducción

Cuando los actores estatales tomaron la decisión de crear organizaciones internacionales (OIs), lo hicieron con el fin de crear entidades que les permitiera alcanzar los objetivos propuestos. Les otorgaron características que creyeron necesarias para alcanzar esos objetivos, sin tener en mente la creación de una institución que les podría limitar más allá de lo que los mismos Estados establecieren en los tratados constitutivos¹, reservándose el poder de denunciarlos o modificarlos. No obstante, desde el siglo XIX las OIs adquirieron relevancia mundial como actores internacionales que han influido en el desarrollo del Derecho Internacional Público (DIP), elevando su participación a aquella de los Estados. No se puede obviar la influencia en las relaciones internacionales de las prácticas de OIs como la Organización de las Naciones Unidas, la Unión Europea, la Organización Mundial de Comercio, el Fondo Monetario Internacional, etc. Cortes internacionales, juristas e incluso los Estados han aceptado que varias OIs han influido en el curso que ha tomado el DIP, más allá de los límites que los Estados pudieron haber establecido en los textos constitutivos.

Este trabajo analiza en qué medida y cómo las OIs han participado en la creación de normas de costumbre internacional, y cuál es la importancia de reconocer y aceptar la influencia de las OIs en el desarrollo del DIP. Si bien sería lo óptimo incluir en este estudio a todas las OIs, la extensión y naturaleza de ese trabajo solo permite el enfoque a un tipo específico de OI. Así, se analizará el grado de participación en la creación de derecho internacional consuetudinario de las OIs clasificadas por su composición. Al respecto y con el fin de aclarar este tipo de clasificación, Michell Virally las categoriza como mundiales o parciales² y la mayoría de la doctrina las conoce como OIs universales o regionales³. Tanto la clasificación de Virally como de la mayoría de la doctrina se refieren a las OIs por su composición, pues este tipo de OIs están conformadas, ya sea por todos los Estados o la mayoría, como es el caso de la ONU o el Grupo del Banco Mundial; o, a su vez están conformadas por algunos Estados que comparten características en común, como por ejemplo la Unión Europea o la Organización de Estados Americanos. Tanto en las OIs universales como en las regionales los Estados

¹ Vid. Klabbers, J. 2015. *An introduction to international organizations law*. Cambridge University Press. Pág. 7.

²Vid. Ibidem, Págs. 6-7.

³ Vid. Calduch, R. 1991. *Relaciones Internacionales*. Edit. Ediciones Ciencias Sociales: Madrid. Pág. 4.

persiguen fines comunes y comparten el principio de cooperación entre Estados, por lo que, en teoría, las resoluciones o actos que puedan surgir de este tipo de OIs gozarían de legitimidad e importancia dentro de las relaciones internacionales.

De igual forma, con respecto al tipo de OIs en las que se enfoca este trabajo, en 2012 la Comisión de Derecho Internacional (CDI) incluyó en su programa de trabajo el estudio de la “formación y prueba del derecho internacional consuetudinario” que más tarde pasó a llamarse “Identificación del derecho internacional consuetudinario”⁴. El trabajo de la CDI sobre costumbre terminó en agosto de 2018 cuando emitió el quinto informe sobre identificación del derecho internacional consuetudinario (en adelante “quinto informe”). Además de varios temas estudiados, entre estos los dos elementos constitutivos de la costumbre internacional—práctica y *opinio iuris*—la CDI también examinó la posición de las OIs⁵ en el desarrollo legislativo consuetudinario con respecto al grado de participación que podrían tener en la creación de normas de derecho internacional consuetudinario, y las características de ciertas OIs que nivelan su participación a la de los Estados. La CDI habla en su informe de las OIs en forma general, sin establecer si se refiere a todas las OIs o solo a aquellas que tienen un sistema de toma de decisiones de asamblea general—que son las OIs clasificadas por su composición como se explicó en el párrafo anterior—. Sin embargo, sus ejemplos se remiten a este último tipo de OIs, razón por la que se seguirá este criterio a lo largo de este trabajo.

La primera parte de este trabajo es un análisis de las conclusiones cuarta y décimo segunda del quinto informe de la CDI. Estas conclusiones determinan la participación de las OIs en la creación de normas de costumbre internacional desde el punto de vista del relator especial de la CDI, Sir Michael Wood, y, recogen criterios previos de la CDI.⁶ Ambas conclusiones tienen el potencial efecto de establecer los lineamientos bajo los

⁴ Vid. Comisión de Derecho Internacional. 2014. Segundo informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Identificación del derecho internacional consuetudinario. P. 2, pár. 2.

⁵ La CDI se refiere de manera general a las OIs. No determina si la participación o no de las OIs en la creación de costumbre internacional depende de la naturaleza de la OI, es decir, si las clasifica según su membresía, su función o su jerarquía. Para los objetivos de este trabajo, tomaré en cuenta a la clasificación de las OIs según su membresía. Específicamente me referiré a aquellas de carácter universal y regional, es decir, a OIs tales como la ONU, UE, OEA, Grupo del Banco Mundial, IFM, etc. Me refiero a este tipo de OIs por la importancia que tienen en el mundo del Derecho Internacional Público tanto por tener características funcionales equiparables a la de los Estados, así como ser sujetas de responsabilidad internacional. Vid. Shaw, M. 2017. *International Law: The United Nations, General Assembly*. Cambridge University Press: United Kingdom. Págs. 982-1018. Vid. Urueña, R. 2008. *Derecho de las organizaciones internacionales*. Universidad de Los Andes. Págs. 18-42.

⁶ Vid. Comisión de Derecho Internacional. 2011. Texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales de la Comisión de Derecho Internacional.

cuales se debe analizar la medida en que las OIs participan en el proceso legislativo consuetudinario.

El segundo capítulo es un análisis de las prácticas de los bancos de desarrollo en general y del Banco Europeo de Desarrollo (BERD) en particular, con el que se busca determinar si las prácticas en materia ambiental, que las instituciones financieras internacionales (IFIs) adoptaron a partir de la década de los noventa han sido consideradas como normas jurídicamente vinculantes y si pueden ser consideradas como normas de costumbre internacional. El objetivo de este estudio de caso es esclarecer a qué se refiere la referencia breve de la CDI acerca de los actos de las instituciones financieras como ejemplo de formación del derecho internacional consuetudinario por parte de OIs. La comprensión de este ejemplo concreto resulta indispensable para clarificar el alcance de las conclusiones cuarta y décimo segunda del quinto informe de la CDI en cuanto a la posibilidad de participación de OIs en la formación de normas vinculantes de costumbre internacional.

Finalmente, el tercer capítulo analizará las opiniones contrarias de distintos juristas como Malcolm Shaw, Jan Klabbers, Niels Blokker y Henry Schermers, con respecto a la participación de las OIs en la creación de normas de costumbre internacional. El objetivo de este estudio es determinar los puntos en común entre los argumentos disidentes de los doctrinarios, para clarificar el rol de las OIs en el desarrollo del Derecho Internacional Público.

Capítulo I: La Comisión de Derecho Internacional en la identificación de derecho internacional consuetudinario

La Comisión de Derecho Internacional es un órgano de las Naciones Unidas creado el 21 de noviembre de 1947 con el objeto de impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación⁷. Cuando el estatuto de la CDI se refiere a “desarrollo progresivo” quiere decir

la elaboración de proyectos de convenciones sobre temas que no hayan sido regulados todavía por el derecho internacional o respecto a los cuales los Estados no hayan aplicado, en la práctica, normas suficientemente desarrolladas [y a] la más precisa formulación y la sistematización de las normas de derecho internacional en materias en las que ya exista amplia práctica de los Estados, así como precedentes y doctrinas.⁸

La CDI ha trabajado en lineamientos sobre la responsabilidad de los Estados, los actos unilaterales de los Estados, reservas a los tratados, responsabilidad de las organizaciones internacionales, entre otros, que han finalizado en proyectos de tratados o artículos que codifican estos temas. Si bien la CDI no genera normativa vinculante, sus proyectos devienen de análisis exhaustivos que, como su estatuto indica, toman en cuenta las prácticas estatales y la doctrina desarrollada, por lo que sus guías no son arbitrarias, sino provienen de estudios de importantes juristas y de la práctica de los actores principales del derecho internacional. Son los Estados quienes proponen temas a ser estudiados y codificados, y son ellos quienes participan en las discusiones acerca de cuán apropiadas las conclusiones pueden llegar a ser. La CDI ha recibido críticas por analizar temas de forma demasiado exhaustiva o por quedarse corta en sus observaciones⁹, pero lo cierto es que ha influido significativamente en la codificación del DIP y, si bien la tarea de colocar las normas de DIP en un solo lugar es extremadamente difícil,

⁷ Vid. Comisión de Derecho Internacional. Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional. Art. 1.

⁸ *Ibidem*, Art. 15.

⁹ Vid. Daugirdas, K. 10 de abril de 2018. “International organizations and the creation of customary international law”, University of Michigan, documento de investigación sobre derecho público núm. 597, Pág. 2. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=3160229> o en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3160229>.

sin duda una codificación exitosa brinda un sistema de derecho más accesible, tanto en la medida en que junta todos sus puntos iniciales en un solo lugar, así como en la medida en que crea un orden coherente y suple o reforma reglas existentes que no son suficientes¹⁰.

Desde el año 2012, la CDI emprendió la tarea de determinar cuáles son las formas de identificar normas de derecho internacional consuetudinario¹¹. Hasta el año 2018 el relator especial de la CDI, Sir Michael Wood, elaboró dieciséis conclusiones que contienen directrices que permiten identificar los elementos de las normas de costumbre. Estas guías determinan también quiénes son los sujetos que pueden crear esas normas consuetudinarias. Si bien en los comentarios a las conclusiones la CDI deja claro que los responsables de crear normas de costumbre internacional son los Estados, también reconoce que las OIs, en algunos casos, pueden no solo identificarlas, sino crearlas. Sin embargo, la CDI no determina en qué casos, ni bajo qué requisitos, ni qué OIs pueden hacerlo, sino que tan solo deja la puerta abierta a analizar la relevancia de las OIs en la creación de normas de derecho internacional consuetudinario.

1.1 Sujetos intervinientes en el proceso legislativo consuetudinario conforme las conclusiones de la CDI

El comentario de la conclusión cuarta del quinto informe señala expresamente que los sujetos relevantes para la creación de normas de costumbre internacional son los Estados, pues estos son los principales sujetos del ordenamiento jurídico internacional y además gozan de facultades generales,

Dado que son los principales sujetos del ordenamiento jurídico internacional y gozan de competencias generales, los Estados desempeñan una función preponderante en la formación del derecho internacional consuetudinario y es fundamentalmente su práctica la que debe ser examinada para identificarla¹².

La CDI evidentemente no niega que los Estados puedan crear costumbre internacional—lo que es de conocimiento y aceptación general; sin embargo, los adjetivos que utiliza dejan la puerta abierta para pensar que, si bien busca hacer énfasis en la

¹⁰ Vid. Stone, J. 1957. *The Vocation of the International Law Commission*, 57 Colum. L. Rev. 16. pág. 20.

¹¹ Vid. Comisión de Derecho Internacional. 2018. *Quinto Informe sobre identificación del derecho internacional consuetudinario de la Comisión de Derecho Internacional*.

¹² Vid. Comentarios a las conclusiones del Quinto informe sobre identificación de derecho internacional consuetudinario de la Comisión de Derecho Internacional. Párr. 66, tercera parte, numeral 2.

supremacía estatal, existen prácticas de otros sujetos que deberían ser tomadas en cuenta. En la misma conclusión, pero en el párrafo segundo, la CDI expuso que en algunos casos la práctica de las OIs también será relevante para la creación de costumbre internacional¹³ y en los comentarios a la conclusión cuarta del quinto informe, la CDI reconoció que existe otro actor, diferente a los Estados, que también contribuye, en algunos casos, a la formación de costumbre internacional:

El término “principalmente” [en el primer párrafo] tiene un doble propósito. Además de destacar la función primordial de la práctica de los Estados en la formación y la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario, remite al lector a otra práctica que contribuye, en algunos casos, a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario, que se aborda en el párrafo 2¹⁴.

De igual forma, en los mismos comentarios la CDI reconoce que la práctica que se atribuye a las propias OIs y no a los Estados que las integran es importante para la creación de costumbre internacional:

Si bien las organizaciones internacionales suelen servir de foros o catalizadores de la práctica de los Estados, el párrafo se refiere a la práctica que se atribuye a las propias organizaciones internacionales, y no a la práctica de los Estados que actúan dentro de ellas o en relación con ellas (que se atribuye a los Estados en cuestión)¹⁵.

A pesar de que la CDI reconoce que solo en algunos casos las OIs participan en la formación de costumbre internacional, está claro que finalmente la Comisión acepta que las OIs también crean costumbre internacional. Sin embargo, no fue sin resistencia que la CDI admitió en el proceso de creación de derecho internacional consuetudinario a otros actores además de los Estados. A continuación se analizarán los párrafos primero y segundo de la conclusión cuarta del cuarto informe elaborado en 2016 y se los comparará con las conclusiones finales del quinto informe citadas anteriormente, para evidenciar la oposición que existió a que las OIs participen también en el proceso legislativo consuetudinario, pues, a pesar de las conclusiones finales de la CDI y como se analizará en el último capítulo, no son pocos quienes opinan que las OIs no deberían contribuir al proceso de creación de costumbre internacional, lo que podría generar problemas al

¹³ El segundo párrafo indica que, “en algunos casos, la práctica de las organizaciones internacionales también contribuye a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario” Vid. Comentarios a las conclusiones del Quinto informe sobre identificación de derecho internacional consuetudinario de la Comisión de Derecho Internacional. Párr. 66.

¹⁴ Vid. *Ibidem*, párr. 66, numeral 2.

¹⁵ Vid. *Ibidem*. Párr. 66, numeral 4.

momento de no solo asimilar, sino regular la intervención de las OIs en la formación de normas de costumbre internacional.

En el cuarto informe, el párrafo primero del proyecto de conclusión cuarta indicó que la práctica viene “principalmente” de los Estados. Como se puede apreciar a continuación, el párrafo segundo señala que “en algunos casos” las OIs contribuyen a la formación de la costumbre internacional,

Proyecto de conclusión 4

Requisito de la práctica

1. El requisito de una práctica general, como elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario, ~~se refiere~~ ~~significa que es~~ principalmente a la práctica de los Estados **que expresa o crea** ~~la que contribuye a la formación o~~ ~~expresión~~ de las normas de derecho internacional consuetudinario.
2. En algunos casos, la práctica de las organizaciones internacionales también contribuye a la ~~formación o~~ expresión o **creación** de las normas de derecho internacional consuetudinario¹⁶. (tachado y resaltado en el original).

En contraste, en el quinto informe, el Relator Especial indica que la conclusión cuarta está sujeta a modificaciones¹⁷. Wood señala que en el párrafo primero, se debería eliminar la palabra “principalmente” de tal forma que el párrafo primero se lea: “la práctica general se refiere a la práctica (*ya no principalmente*) de los Estados”, y en el párrafo segundo se debería eliminar la afirmación de que las OIs también contribuyen y cambiarla por una frase menos absoluta:

Conclusión 4

Requisito de la práctica

1. El requisito de una práctica general, como elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario, ~~significa que es principalmente se refiere a~~ la práctica de los Estados ~~la que~~ expresa o crea ~~contribuye a la formación o la~~ ~~expresión de~~ las normas de derecho internacional consuetudinario.
2. En algunos casos, la práctica de las organizaciones internacionales también puede ~~contribuir~~ a la ~~formación o~~ expresión o la creación de una norma de derecho internacional consuetudinario¹⁸. (Tachado y subrayado en el original).

¹⁶ Vid. Cuarto informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario de la Comisión de Derecho Internacional. Marzo de 2016. Párr. 53.

¹⁷ Vid. Quinto informe sobre identificación de derecho internacional consuetudinario de la Comisión de Derecho Internacional. Agosto de 2018. Párr. 46.

¹⁸ Vid. *Ibidem*, Pág. 59-60. Anexo.

Según las modificaciones que se hicieron en el quinto informe a las conclusiones propuestas en el cuarto informe, la CDI no quería atribuir libertad legislativa a las OIs, al mismo nivel que los Estados, pues eliminó afirmaciones importantes y adverbios fundamentales que daban paso a la intervención de otros sujetos además de los Estados.

Los motivos por los que el relator especial limitó a algunos casos la participación de las OIs, e incluso ahí, la limitó a una probabilidad—en la medida en que indicó que “pueden” contribuir y no “contribuyen”—no son nada claros. Quizá tenga que ver con el rechazo de algunos Estados a admitir la autonomía de las OIs, así como la falta de consenso entre los académicos interacionalistas¹⁹. A pesar de la inconsistencia en las opiniones de Estados, juristas y la CDI, y de la resistencia a permitir que las OIs participen en el proceso legislativo consuetudinario, la conclusión, aprobada por la CDI es la siguiente:

Conclusión4

Requisito de la práctica

1. El requisito de una práctica general, como elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario, se refiere **principalmente** a la práctica de los Estados que contribuye a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario.
2. En algunos casos, la práctica de las organizaciones internacionales **también contribuye** a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario²⁰. (Resaltado no consta en el original).

Es decir, finalmente la CDI no pudo evitar reconocer el papel de las OIs en las relaciones internacionales, ni la controversia que su participación en el desarrollo de costumbre ha creado. Si la CDI hubiera encontrado fácil o sin consecuencias prácticas el reconocer que las OIs también contribuyen en la formación de normas de costumbre internacional, no habría hecho tantos cambios en las especificidades que fueron analizadas antes, es decir modificación de tiempos verbales y eliminación de adverbios. Sin embargo, la frase “en algunos casos también contribuye” es suficiente para concluir que la CDI determina que las OIs sí pueden crear costumbre. A pesar de ello, queda por

¹⁹ Estos temas serán analizados más adelante.

²⁰ Vid. Quinto informe sobre identificación de derecho internacional consuetudinario de la Comisión de Derecho Internacional. Capítulo V Identificación del derecho internacional consuetudinario. Conclusión 4. Requisito de la práctica. Párr. 65.

analizar a qué casos se refiere y si las prácticas que el relator alude en sus informes²¹ han generado costumbre internacional creada por las OIs.

1.1.1 Opiniones de los Estados sobre la participación de las organizaciones internacionales en la creación de costumbre internacional

La CDI está compuesta de treinta y cuatro miembros de reconocida competencia en DIP²². Son los Estados quienes adoptan o no las conclusiones que los relatores especiales puedan generar. El quinto informe indica que existe consenso entre los Estados acerca de que, en principio, quienes contribuyen al desarrollo de costumbre internacional son precisamente los Estados. Sin embargo, también señala que algunos Estados han reconocido que en algunos casos la práctica de las OIs también podría ser relevante. Las opiniones difieren, e incluso aquellos Estados que reconocen que en algunos casos la práctica de las OIs podría ser importante, no lo hacen sin reservas, pues muchos indican que es necesario remitirse a las competencias reconocidas expresamente en los textos constitutivos y pretenden, sobre todo, limitar el alcance de la participación de las OIs en el proceso legislativo.

Entre los países que intervinieron de manera explícita se encuentra Rumania, quien señaló que las conclusiones del relator especial son precisas, pues las OIs cumplen un rol importante en la identificación de reglas de costumbre en la medida en que los Estados les transfirieron competencias. De igual forma, los Estados nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)²³ indicaron que la práctica de las OIs es relevante en la medida en que los Estados les confirieron competencias para actuar en su nombre. Tanto Rumania como los Estados Nórdicos reconocieron la importancia de las OIs en la medida en que los Estados les confirieron poderes, lo que quiere decir que actúan en lugar de los Estados y al mismo nivel; por lo tanto, equiparan su participación a la de los Estados.

Así lo afirma también Alemania que señaló “donde los Estados han transferido sus competencias exclusivas a una organización internacional, la práctica de esa organización internacional puede ser equiparada a la de los Estados”²⁴. Rumania, los Estados Nórdicos

²¹ Por ejemplo, las prácticas de las instituciones financieras internacionales que serán analizadas en el segundo capítulo.

²² Vid. Comisión de Derecho Internacional. Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional. Art. 2.

²³ Vid. Quinto informe sobre identificación de derecho internacional consuetudinario de la Comisión de Derecho Internacional. Capítulo V Identificación del derecho internacional consuetudinario. Conclusión 4. Requisito de la práctica. Párr. 36.

²⁴ Vid. Comisión de Derecho Internacional. 2018. Quinto informe sobre identificación de derecho internacional consuetudinario de la Comisión de Derecho Internacional. Pág. 15, pár 36.

y Alemania elevan la práctica de las OIs al nivel de los Estados. Además de nivelar la práctica de las OIs, Países Bajos y Austria no solo aceptan la importancia de las OIs en el DIP, sino que criticaron que el texto del segundo párrafo de la conclusión cuarta, tal como el quinto informe pretendió presentarla, limitaría el papel que desempeñan las OIs y las reduciría a meros agentes, sin reconocer su intervención en su propio derecho y como entes autónomos.²⁵

Las opiniones disidentes con las del párrafo anterior no son pocas. Belarús indicó que la práctica de OIs solo es relevante en la medida en que esta representa la práctica de los Estados a través de las organizaciones. Singapur indicó que “la razón por la que la práctica de [organizaciones internacionales] puede contribuir a la costumbre internacional en casos limitados es porque, en estos casos, la práctica de las OIs refleja la práctica de los Estados” y además indicó que las palabras “en algunos casos”, en la conclusión cuatro, debería ser reemplazada por “en casos limitados”²⁶. Israel señaló que las conclusiones deberían delimitar en qué casos la práctica de las OIs es relevante. Específicamente esos casos deberían referirse a las competencias reconocidas por los Estados y a las prácticas que conciernen solo a las OIs. Rusia indicó que no todas las OIs pueden emitir práctica con suficiente autoridad como para ser consideradas relevantes en la identificación de costumbre y que además en el caso de que llegasen a ser prácticas relevantes, deberían serlo solo para las OIs y solo a veces podrían crear costumbre general²⁷.

Estados Unidos se refirió a que la contribución de práctica de las OIs no ha sido reconocida por la práctica, ni por el *opinio juris* de los Estados, es decir, no ha sido reconocida por la costumbre internacional desarrollada por los Estados; por lo tanto, implícitamente indica que solo los Estados pueden autorizar si la práctica de las OIs puede crear costumbre internacional o no. Estados Unidos afirmó que el hecho de reconocer esa competencia a las OIs implicaría una expansión de los mandatos de estas, los cuales han sido meticulosamente negociados. Estados Unidos también afirmó además que la práctica que debe ser reconocida es la de los Estados dentro de las OIs, no la práctica de las OIs consideradas aisladamente. De esta manera, descartó cualquier posibilidad de que las OIs participen en el desarrollo de normas de costumbre internacional. Irán y México comparten la opinión de Estados Unidos. Finalmente, Nueva Zelanda indicó que las OIs solo pueden contribuir a la formación de costumbre mientras esa contribución esté

²⁵ Vid. *Ibidem*. Pág. 15, pár. 37.

²⁶ Vid. *Ibidem*.

²⁷ Vid. *Ibidem*. Pág. 17, pár. 38.

autorizada por los poderes y funciones legales de la organización, por los Estados miembros que la conforman y mientras esa norma obligue a la propia OI ²⁸.

Los países mencionados son los que intervinieron en las discusiones acerca de los proyectos de conclusiones de la CDI. El hecho de que la mayoría de los países redujeran la participación de las OIs a las competencias que expresamente tienen en sus textos constitutivos indica que los sujetos principales del DIP no están listos para renunciar a su hegemonía. La afirmación de Estados Unidos no solo indica que no está listo, sino que nunca va a aceptar la autonomía de las OIs, pues estas necesariamente, al ser una creación estatal, tienen que actuar a partir de una suerte de órdenes estrictas de los Estados; por lo tanto, carecen de autonomía, mucho menos libertad legislativa consuetudinaria.

Alemania, en cambio, es muy lógica: si los Estados transfirieron competencias que solo las OIs pueden ejercer, las prácticas realizadas en el marco de esas competencias, que los Estados confirieron directamente a ciertas OIs, no se eliminan, sino que cuentan como práctica de la organización de Estados representados por un solo órgano con tanta autonomía como la de un Estado, ergo, una práctica al nivel de los Estados. Así lo expone la profesora de la Universidad de Michigan Kristina Daugirdas, quien indica que, en el marco de la Unión Europea,

[...] los Estados han transferido ciertas competencias directamente a la UE: en la medida en que la UE interviene, los Estados miembros de la UE se retiran. El resultado es que la UE ejerce ciertas autorizaciones que excluyen a los Estados miembros de la UE²⁹.

De igual forma, la profesora Daugirdas indica que el relator de la CDI afirmó en el tercer informe sobre identificación de derecho internacional consuetudinario que:

Si uno no igualaría la práctica de ese tipo de organizaciones internacionales [como la UE] con la de los Estados, eso significaría, de hecho, que no solo la práctica de las organizaciones no contaría como práctica estatal, sino que los Estados miembros estarían impedidos de contribuir o su habilidad para contribuir a la prácticas estatales estaría reducida en todos los casos donde los Estados miembros confirieron algunos de sus poderes públicos a la organización³⁰.

Por lo tanto, hay casos en que los Estados miembros han otorgado ciertas competencias a las OIs, que solo las ejercerían ellas y ya no los Estados miembros, es

²⁸ Vid. *Ibidem.*, Pág. 19, pár. 39.

²⁹ Vid. Daugirdas, K. 10 de abril de 2018. "International organizations and the creation of customary international law", University of Michigan, documento de investigación sobre derecho público núm. 597, Pág. 7. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=3160229> o en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3160229>.

³⁰ Cit. En *Ibidem.* Pág. 7-8, pár. Final.

decir, que en todas las áreas en las que los Estados confirieron esas competencias que solo son ejercidas por las OIs, los Estados no participarían como tales, sino la organización participaría por ellos, como un órgano autónomo y con competencias específicas que reemplazan a los Estados. Es en esa medida que su práctica debe ser igualada.

Sin embargo, como se analizó, no son pocos los Estados que se oponen a este punto de vista; así, el punto importante que debe ser rescatado de las opiniones de los actores principales del DIP es que actualmente existe un sistema bipolar, y los países en desarrollo escogerán su bando según sus intereses y necesidades, pero finalmente ambos polos tienen un punto en común: las OIs intervienen en las relaciones internacionales. Ya sea porque un Estado autorizó su participación o porque varios Estados confirieron ciertas competencias a ser ejercidas directamente por las OIs, estas necesariamente influyen en el desarrollo del DIP y las relaciones internacionales. Lo que queda por hacer es analizar qué actos deben ser tomados en cuenta, si estos cumplen con los dos requisitos que exigen las normas de costumbre y finalmente comprobar la relevancia legislativa consuetudinaria de las OIs o desacreditar su influencia en el sistema internacional.

1.2 Las resoluciones como expresiones de los Estados miembros o como actos autónomos de las organizaciones internacionales

La conclusión decimosegunda se refiere específicamente a las resoluciones de las OIs³¹. La CDI reconoce que las resoluciones no son actos de los Estados, sino de la organización en sentido estricto—porque además reconoció su personalidad jurídica propia³². Sin embargo, en los comentarios al proyecto de conclusión decimosegunda,

³¹La conclusión 12 indica:

Conclusión 12

Resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales

1. Una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental no puede, de por sí, crear una norma de derecho internacional consuetudinario.
2. Una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental puede constituir un elemento de prueba para determinar la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario o contribuir a su desarrollo.
3. Una disposición de una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental puede reflejar una norma de derecho internacional consuetudinario si se establece que esa disposición corresponde a una práctica general aceptada como derecho (*opinio iuris*).

³² Vid. Comisión de Derecho Internacional. 2018. Quinto informe sobre identificación de derecho internacional consuetudinario de la Comisión de Derecho Internacional. Párr. 66, conclusión 12, numeral 3.

indicó que para efectos del informe se les debe considerar como expresiones de los Estados miembros con respecto a temas jurídicos³³. Al respecto afirmó,

Aunque las resoluciones de los órganos de organizaciones internacionales (a diferencia de las resoluciones de las conferencias intergubernamentales) no emanan, en sentido estricto, de los Estados miembros sino de la organización, en el contexto del presente proyecto de conclusión lo que importa es que pueden reflejar la expresión colectiva de las opiniones de esos Estados: cuando se proponen (explícita o implícitamente) abordar asuntos jurídicos, las resoluciones pueden permitir conocer las actitudes de los Estados miembros con respecto a esos asuntos³⁴.

Los comentarios de la CDI en este punto son contradictorios, pues por un lado reconoce que existen resoluciones que son expresiones propias de las OIs, al mismo tiempo, sin fuente o razón alguna, indica que solo para el informe sobre identificación de derecho internacional consuetudinario esas resoluciones, que en principio son expresión de las OIs, serán consideradas como expresión de los Estados. Al igual que con la conclusión cuarta, la CDI parece tener un sesgo hacia descartar la participación de las OIs en la creación de costumbre internacional, lo que permite cuestionar la objetividad con la que redactó el informe.

La CDI señala que las resoluciones no son instrumentos vinculantes, ni crean normas de costumbre instantáneas; sin embargo, pueden ser prueba de *opinio iuris* o reflejar una práctica reiterada. La CDI también deja en claro que no todas las resoluciones cumplen esta función probatoria³⁵, por ejemplo, cuando existen abstenciones o votos negativos, pues en este caso no es una expresión de que existe *opinio iuris* general de los Estados³⁶. No obstante, al mismo tiempo indica en sus comentarios a la conclusión decimosegunda que algunas resoluciones pueden impulsar la creación de normas de costumbre, lo que acepta la participación de las OIs no solo en la identificación, como expone la conclusión decimosegunda, sino en la creación directa de normas,

³³ Vid. *Ibidem*.

³⁴ Vid. *Ibidem*.

³⁵ Vid. *Ibidem*. Párr. 66, conclusión 12, numeral 4.

³⁶ Sobre la participación general de los Estados en la creación de normas de costumbre internacional, vid. Treves, T. 2006. *Customary International Law*. Max Planck Institute, pár. 23. , indica que ninguna regla de costumbre ha sido creada a partir de la decisión unánime de los Estados, pues existen normas de costumbre que no son relevantes para muchos Estados y su participación en la creación de las mismas tampoco es necesaria. Cita como ejemplo a las normas de costumbre que involucran la navegación o la pesca, por ejemplo, y la irrelevancia de la participación de aquellos países que no tienen salida al mar.

El párrafo 2 reconoce además que las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales o en conferencias intergubernamentales, incluso cuando carecen de valor jurídico propio, a veces pueden desempeñar un papel importante en el desarrollo del derecho internacional consuetudinario. Tal puede ser el caso cuando, como sucede con los tratados, una resolución (o una serie de resoluciones) inspira e impulsa el crecimiento de una práctica general aceptada como derecho (acompañada de la *opinio iuris*) de conformidad con sus términos o cuando cristaliza en una norma emergente³⁷.

Sin perjuicio de la naturaleza probatoria de las resoluciones de las OIs, lo relevante de los comentarios de la conclusión décimo segunda del quinto informe es que el análisis que hace la CDI parte del punto de que las resoluciones son expresiones de la voluntad general de los Estados; por lo tanto, una vez más niega la autonomía de las OIs como sujetos autónomos en el DIP y con personalidad jurídica propia, a pesar de que en los comentarios de la conclusión cuarta del quinto informe afirmó que en algunos casos la práctica de las OIs puede ser equiparable a la de los Estados³⁸.

La CDI deja muy claro en el párrafo primero de la conclusión cuarta del quinto y último informe que el elemento objetivo de la costumbre como práctica reiterada proviene principalmente de los Estados. Indicó, en la primera conclusión del quinto informe, que los sujetos por excelencia del ordenamiento jurídico internacional son los Estados. Sin embargo, el quinto informe no tiene conclusiones claras acerca de la naturaleza y relevancia de las prácticas de las OIs. La CDI ha señalado que la práctica de las OIs a veces podría ayudar en la identificación de reglas de costumbre internacional. Asimismo, indicó que la práctica de las OIs podría ser equiparable a la práctica de los Estados e incluso presentó el ejemplo concreto de a una práctica específica de una institución financiera. En ambas declaraciones reconoce que las OIs contribuyen en la identificación de prácticas relevantes, mas no en la creación de normas de costumbre. En la conclusión decimosegunda, sobre las resoluciones de las OIs, la CDI insiste en sus comentarios. Su análisis parte desde el punto de que las resoluciones son expresiones de la voluntad general de los Estados y no creaciones propias de las OIs.

A pesar de las inconsistencias de la CDI, queda claro en sus declaraciones que las resoluciones pueden reflejar prácticas reiteradas, sin perjuicio de que existan abstenciones o votos negativos, o que sean expresiones de los Estados o de la OI de forma

³⁷ Vid. Comisión de Derecho Internacional. 2018. Quinto informe sobre identificación de derecho internacional consuetudinario de la Comisión de Derecho Internacional. Párr. 66, conclusión 12, numeral 7.

³⁸ Vid. *Ibidem*, Párr. 66, conclusión 4, numeral 5.

independiente. Es decir, las resoluciones son, de hecho, relevantes para la identificación de prácticas reiteradas en la medida en que contienen declaraciones y opiniones sobre el desarrollo y alcance de los temas tratados según la naturaleza de cada OI. Las resoluciones reflejan también medidas concretas tomadas por las OIs que cumplen fines tales como la modificación de un determinado comportamiento estatal. Por ejemplo, hay resoluciones de OIs que imponen sanciones económicas o comerciales por transgresiones a los derechos humanos, en lugar de acudir a la intervención bélica³⁹. En la medida en que existan varias resoluciones que recojan este tipo de medidas, eventualmente se podría distinguir una práctica reiterada que proviene directamente de la OI, a través de sus resoluciones. Ahí la importancia de su estudio, pues estas reflejan actos concretos realizados por las OIs como parte de sus actividades, para alcanzar sus objetivos, y no como un agregado de Estados.

1.2.1 Opiniones de los Estados sobre las resoluciones de las organizaciones internacionales

La conclusión decimosegunda es importante porque contiene las opiniones de los Estados con respecto a la naturaleza de las resoluciones de OIs⁴⁰. Para algunos Estados, las resoluciones no solo pueden tener un papel clarificador de otros instrumentos como tratados, sino que su importancia radica en que estas podrían ser útiles y deberían estar autorizadas para recoger—no necesariamente crear—normas de costumbre conocidas. Argentina, Chile y España se remitieron a la conclusión decimoprimera del quinto informe que habla sobre la naturaleza clarificadora que tienen los tratados para las reglas de costumbre⁴¹, pues estos suelen codificar normas de costumbre preexistentes. Indicaron que lo mismo debería aplicar para las resoluciones y sobre todo señalaron que la conclusión decimosegunda debería establecer si las resoluciones, siendo *soft-law*, podrían también recoger normas de costumbre preexistentes. Es importante el comentario de España, pues afirmó que las resoluciones y tratados no deben ser considerados como diferentes en este contexto⁴². Es decir, para España las resoluciones serían un elemento

³⁹ Vid. Carta de las Naciones Unidas. Art. 39 y 41.

⁴⁰ Las resoluciones pertenecen a la categoría de soft law. Se refieren a compromisos que van más allá de meros imperativos legales o declaraciones políticas, pero son menos que normas legales que vinculan a las partes. Tienen una relevancia jurídica, pero no tienen un carácter vinculante. Vid. Thürer, D. 2009. *Soft Law*.

⁴¹ Vid. Comisión de Derecho Internacional. 2018. Comentarios a las conclusiones del Quinto informe sobre identificación de derecho internacional consuetudinario de la Comisión de Derecho Internacional. Conclusión 11.

⁴² Vid. *Ibidem*. Párr. 90. El contexto al que España se refiere es la discusión acerca de la codificación de normas de costumbre a través de tratados.

importante que podrían contener normas de costumbre preexistentes, tal como lo hacen los tratados, lo que demuestra su facultad codificadora⁴³, facultad que no solo es importante para saber qué normas rigen el DIP, sino necesaria.

Por otro lado, existen Estados que reconocen que las resoluciones forman parte de las herramientas que las OIs utilizan para crear normas de costumbre. Polonia señaló expresamente que la conclusión decimosegunda restringe demasiado la capacidad de las OIs para crear normas de derecho internacional consuetudinario y, sobre todo, indicó que la conclusión decimosegunda debería hacer una distinción entre las reglas de costumbre que vinculan solo a OIs y las reglas de costumbre general⁴⁴. El comentario de Polonia, al hacer esta distinción, no solo separa en dos tipos las normas consuetudinarias, sino que afirma que las OIs también pueden crear normas de costumbre general, esto es, vinculantes para sujetos diferentes a ellas.

No todos los Estados están de acuerdo con considerar que las resoluciones pueden crear normas de costumbre. Varios Estados ponen énfasis en limitar los casos en que las OIs pueden tener facultades legislativas y resaltan la importancia del texto constitutivo de las OIs como límite de sus potestades. Singapur, por ejemplo, buscó limitar la participación de las OIs y señaló que es necesario añadir en el párrafo segundo de la conclusión decimosegunda las palabras “en algunos casos”, en concordancia con la opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o empleo de armas nucleares de la Corte Internacional de Justicia⁴⁵. De igual forma, Singapur consideró muy importante que los Estados interesados en reconocer una norma de costumbre a través de una resolución, deben remitirse a las funciones y poderes particulares de la OI⁴⁶, lo que da a entender que Singapur requiere que los poderes de las OIs no sean más de los establecidos en sus textos constitutivos.

Hay opiniones divergentes entre la importancia de las resoluciones. Mientras unos no descartan por completo su importancia en la creación de costumbre, hay otros que recalcan su naturaleza de derecho blando y sugestiva. Estados Unidos concordó con los

⁴³ Vid. *Ibidem*. Conclusión 11. Párr. 85.

⁴⁴ Vid. *Ibidem*. Párr. 90.

⁴⁵ La opinión consultiva de la CIJ indica: “*no todas*...las resoluciones pueden proveer evidencia o contribuir al desarrollo de derecho internacional consuetudinario”. Aún así esta opinión afirma que hay resoluciones que contribuyen al desarrollo de normas de costumbre internacional.

⁴⁶Vid. Comisión de Derecho Internacional. 2018. Comentarios a las conclusiones del Quinto informe sobre identificación de derecho internacional consuetudinario de la Comisión de Derecho Internacional. Párr. 90.

comentarios al quinto informe con respecto a que es necesario acercarse con cautela a las resoluciones. Belarús expresó la importancia de que los comentarios del informe expresen también cómo las resoluciones no son solo expresión de *opinio iuris* de los Estados, sino, de hecho, una falta de interés de los Estados de convertir en vinculantes las discusiones sobre temas deliberados en las resoluciones⁴⁷. Sudán indicó que es importante evaluar el contexto y los medios a través de los cuales se aprobó una decisión. Vietnam también consideró que las resoluciones tienen que ser evaluadas con cautela.

Tal como sucedió con las opiniones de los Estados acerca de la participación de las OIs en la creación de costumbre internacional recogida en la conclusión cuarta del quinto informe, no existe consistencia entre los Estados. Las opiniones son o muy favorables y las reconocen como herramientas de las OIs para crear costumbre, como lo hizo Polonia; o rechazan por completo el que una resolución pueda generar normas de costumbre. Las resoluciones han sido conocidas por contener aspiraciones de los Estados, quienes las emiten en la medida en que saben que no son vinculantes. El hecho de que sean aspiraciones implica que necesariamente necesitan un cambio sustancial en el curso actual del DIP para que esas aspiraciones se conviertan en realidad. Los Estados que desestiman las resoluciones como actos que podrían crear costumbre internacional, rechazan el cambio de la realidad actual. Mientras que los Estados que aceptan incuestionablemente a las resoluciones como actos que crean costumbre, exigen que el curso del DIP tome un curso diferente. Las resoluciones de las OIs necesariamente contienen prácticas reiteradas de los sujetos del DIP, de otro modo, los Estados no pedirían su análisis cauteloso; no obstante, el aceptar a esas prácticas y convertirlas en costumbre afectaría principios como el de soberanía.

El aspecto más relevante en las discusiones acerca de las resoluciones de las OIs es el hecho de que existe unanimidad entre los Estados participantes con respecto a las resoluciones de la Asamblea General, pues todos indican que debido a la universalidad y al estatus en las relaciones internacionales de este órgano, las resoluciones de la Asamblea General deberían ser consideradas de forma diferente a las de las demás OIs⁴⁸. No existen lineamientos que permitan establecer en qué forma estas resoluciones son diferentes a otras. El relator especial de la CDI indicó que las resoluciones de la Asamblea

⁴⁷ Vid. *Ibidem*. Pág. 40. Pár. 91.

⁴⁸ Vid. *Ibidem*. Párr. 92.

General tienen una importancia potencial⁴⁹, pero no estableció cuál es ese nivel de importancia, ni si se refiere a una importancia solo en la identificación, o si se refiere a una importancia en la creación de normas. Sin embargo, en la medida en que las resoluciones de la Asamblea General provienen de una OI cuasi universal, los Estados parecen atribuirles mayor legitimidad que a resoluciones de otras OIs⁵⁰.

Este aspecto reafirma el hecho de que el admitir la participación de las OIs realmente depende del tipo de OI involucrada y de su composición, pues a menos que una OI esté compuesta de la mayoría de los Estados o al menos de la mayoría de Estados en una región, los Estados no quieren aceptar que cualquier OI, diferente a aquellas relevantes por su composición, pueda generar normas de costumbre. En los comentarios al proyecto de conclusión decimosegunda, la CDI afirmó:

[...] se ha de prestar una atención especial a las resoluciones de la Asamblea General, un órgano plenario de las Naciones Unidas de participación cuasiuniversal, que pueden ofrecer pruebas importantes de las opiniones colectivas de sus Miembros. Las resoluciones aprobadas por órganos (o en conferencias) de composición más reducida también pueden ser pertinentes, pero su peso en la identificación de una norma de derecho internacional consuetudinario probablemente será menor⁵¹.

A pesar de la aparente importancia que los Estados otorgan a las resoluciones de la Asamblea General en particular y, en algunos casos, a las resoluciones de las OIs en general, el relator especial afirma que las resoluciones, de cualquier OI, no crean normas de costumbre, sino que sirven como herramienta para identificar derecho internacional consuetudinario, por lo que las OIs no tienen participación directa en la formación de costumbre internacional⁵². Así, limita de nuevo la participación de las OIs, pues elimina cualquier posibilidad de análisis de sus resoluciones que, como se indicó, contienen

⁴⁹ Vid. Comisión de Derecho Internacional. 2018. Comentarios a las conclusiones del Quinto informe sobre identificación de derecho internacional consuetudinario de la Comisión de Derecho Internacional. Párr. 90.

⁵⁰ En este punto cabe aclarar que, si bien se podría confundir que las resoluciones de la Asamblea General de la ONU tienen una fuerza vinculante, y que tienen una naturaleza diferente a la de otras organizaciones internacionales; “excepto en algunos temas internos como los que tienen que ver con el presupuesto, la Asamblea General no puede obligar a sus miembros. No es legislación en ese sentido, y sus resoluciones son puramente recomendatorias”. Vid. Shaw, M. 2017. *International Law: The United Nations, General Assembly*. Cambridge University Press: United Kingdom. Pág. 928-929.

⁵⁰ Vid. Comisión de Derecho Internacional. 2018. Comentarios a las conclusiones del Quinto informe sobre identificación de derecho internacional consuetudinario de la Comisión de Derecho Internacional. Párr. 66, conclusión 4, numeral 5.

⁵¹ Vid. Comisión de Derecho Internacional. 2018. Texto de proyecto de conclusiones aprobado por la Comisión de Derecho Internacional. Pág. 160. Pár. 2.

⁵² Vid. Comisión de Derecho Internacional. 2018. Comentarios a las conclusiones del Quinto informe sobre identificación de derecho internacional consuetudinario de la Comisión de Derecho Internacional. Pár. 93.

prácticas reiteradas que, después de un estudio exhaustivo, podrían determinar si las OIs crean o no costumbre internacional. Las resoluciones son, al final del día, expresiones de órganos, que, si bien fueron creados por Estados, tienen una órbita propia alrededor del DIP. No se puede negar que son parte de un sistema que contiene otros sujetos internacionales y que cada uno de ellos tiene una función específica y distintas formas de expresarse—en el caso de las OIs a través de resoluciones—para seguir desarrollando el derecho internacional.

1.3 Tipos y alcance de la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales

La CDI reconoce que las OIs son entidades con personalidad jurídica propia⁵³ con derechos y obligaciones diferentes a los de los Estados, hecho que debiera otorgar autonomía a sus prácticas. Sin embargo, a pesar del reconocimiento expreso de la personalidad jurídica propia de las OIs, la CDI limita en su informe, no solo la participación de las OIs como entes autónomos, sino que en caso de que llegasen a desarrollar práctica relevante, esta lo será en la medida en que se refiera a la relación que existe entre ellas, pero no será una práctica relevante en las relaciones entre sujetos diferentes a las OIs. Además, la práctica solo será tomada en cuenta en la medida en que se restrinjan a los márgenes del texto constitutivo. Al respecto la CDI manifestó lo siguiente:

La práctica de esas organizaciones [internacionales] en las relaciones internacionales (cuando va acompañada de la *opinio iuris*) puede considerarse práctica que contribuye a la creación o constatación de normas de derecho internacional consuetudinario, pero solo las normas a) cuyo objeto esté comprendido en el mandato de las organizaciones, y/o b) que estén dirigidas específicamente a ellas (como las referentes a su responsabilidad internacional o las relativas a tratados en que las organizaciones internacionales pueden ser partes)⁵⁴.

A pesar de estas limitaciones, la CDI analizó varios tipos de personalidad jurídica de las OIs—que serán desarrollados a continuación—que influyen en el nivel de participación que ellas tienen en el proceso de creación de normas de costumbre. Asimismo, permitirían incluso que las normas creadas a partir de estos tipos de

⁵³ Vid. Comisión de Derecho Internacional. 2018. Comentarios a las conclusiones del Quinto informe sobre identificación de derecho internacional consuetudinario de la Comisión de Derecho Internacional. Párr. 66, notal al pie 691.

⁵⁴ Vid. *Ibidem*. Párr. 66, conclusión 4, numeral 5.

personalidad jurídica vinculen también a los Estados, a pesar del límite que la CDI impuso en el informe. Estos tipos son: personalidad por competencias públicas, funcionalidad de la OI y naturaleza y área que regula la OI.

1.3.1 Personalidad jurídica por competencias públicas

Si bien la CDI pretendió limitar los alcances de la personalidad jurídica de las OIs a los límites de sus textos constitutivos o a las relaciones entre ellas; no pudo evitar referirse a aquellas competencias que equiparan la participación de las OIs a la de los Estados en la creación de costumbre internacional. Según la CDI, la práctica de las OIs puede ser equiparable a aquella de los Estados cuando estos les han transferido ciertas competencias exclusivas—ejercicio de competencias públicas⁵⁵—en sus textos constitutivos⁵⁶. Cuando la CDI se remite a competencias públicas, se refiere a aquellas competencias que solo son ejercidas por las OIs y ya no por los Estados. La CDI indica:

[...] La práctica comprendida en el ámbito del párrafo 2 [práctica relevante en algunos casos]⁵⁷ se plantea más claramente cuando los Estados miembros han transferido competencias exclusivas a la organización internacional, de manera que esta ejerce algunas de las competencias públicas de sus Estados miembros y, por tanto, la práctica de la organización puede equipararse a la práctica de los Estados.

La CDI indica también que una OI a la que se la ha transferido este tipo de competencias públicas o exclusivas es la UE⁵⁸, razón por la que sus prácticas han sido equiparables a las de los Estados, como lo explica también Jed Ordematt⁵⁹ y será analizado más adelante.

⁵⁵ La CDI se refiere a las competencias públicas también como competencias exclusivas, es decir que los Estados les han transferido competencias específicas a ser ejercidas por ciertas OIs, en lugar de los Estados, a través de un texto constitutivo. Esta es la razón por la que la CDI equipara la contribución de la práctica de este tipo de OIs a los Estados.

⁵⁶ Vid. Comisión de Derecho Internacional. 2018. Comentarios a las conclusiones del Quinto informe sobre identificación de derecho internacional consuetudinario de la Comisión de Derecho Internacional. Párr. 66, conclusión 4, numeral 2.

⁵⁷ De la Conclusión 4, punto explicado en el punto 1.1 de este capítulo.

⁵⁸ Vid. Comisión de Derecho Internacional. 2018. Comentarios a las conclusiones del Quinto informe sobre identificación de derecho internacional consuetudinario de la Comisión de Derecho Internacional. Párr. 66, conclusión 4, numeral 2.

⁵⁹ En este caso se toma a la Unión Europea como ejemplo, sin embargo esta es una organización internacional sui generis que merece un análisis propio. Vid. *Ordematt, J. 2017. The development of Customary International Law by International Organizations.*

1.3.2 Funcionalidad de la organización internacional

Además de la clasificación por competencias públicas de las OIs, la CDI hace una segunda clasificación que también equipara a las prácticas de las OIs con las de los Estados. Se refiere a las prácticas funcionalmente equivalentes a las de los Estados. Este tipo de OIs no tienen competencias exclusivas, sino que las actividades que realizan, las realizan tanto los Estados como las OIs. Entre estas actividades están la celebración de tratados, administración de territorios, desplegar fuerzas militares, etc. En todo este tipo de actividades los funcionarios de las OIs estarían también creando práctica relevante para la creación de normas de derecho internacional consuetudinario⁶⁰. La CDI cita como ejemplo de una OI con competencias funcionales al Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD):

En las condiciones generales de préstamos, garantías y otros acuerdos de financiación del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo y en las condiciones generales de préstamos garantizados por el Estado del Banco Asiático de Inversiones en Infraestructura se reconoce que las fuentes de derecho internacional público que pueden ser de aplicación en caso de controversia entre el Banco y una de las partes en el acuerdo de financiación incluyen, entre otras, “... formas de costumbre internacional, incluida la práctica de los Estados y de las *instituciones financieras internacionales*, de una generalidad, coherencia y duración tales que creen obligaciones jurídicas.”⁶¹ (El subrayado es mío, la cursiva en el original).

Esta afirmación es de central importancia para este trabajo. En ella, el relator de la CDI no solo se refiere a las competencias que son ejercidas tanto por las instituciones financieras internacionales como por los Estados—es decir competencias funcionales, sino que al referirse a las instituciones financieras internacionales, Sir Michael Wood cita textualmente al estatuto de préstamos y garantías del BERD, que reconoce, expresamente, que la práctica de instituciones financieras internacionales son fuente de derecho internacional en caso de controversias. Es importante cuestionarse por qué el Relator Especial de la CDI encontró indispensable citar los estatutos del BERD y enfatizar la práctica de las instituciones financieras dentro de su clasificación de los tipos de personalidad jurídica. No es fortuito que el Relator Especial haya decidido categorizar los tipos de personalidades jurídicas de las OIs, pues en cada una de sus declaraciones con

⁶⁰ Vid. Comisión de Derecho Internacional. 2018. Comentarios a las conclusiones del Quinto informe sobre identificación de derecho internacional consuetudinario de la Comisión de Derecho Internacional. Párr. 66, conclusión 4, numeral 2.

⁶¹ Vid. Cit. En *Ibidem*.

respecto a este tema, el relator enfatiza la importancia de considerar la práctica de las OIs al mismo nivel que la de los Estados, contrario al límite que se analizó en el punto 1.3 de este trabajo (prohibición a las OIs de actuar de forma autónoma; y en el caso de crear práctica relevante, este solo lo será para las mismas OIs). El BERD y los bancos de desarrollo serán analizados en el siguiente capítulo.

1.3.3 Naturaleza de la organización internacional y área que regula

Tanto desde un punto de vista de transferencias de competencias públicas o exclusivas, como desde un punto de vista de competencias funcionales, el quinto informe da a entender que independientemente de cuál sea la función de las OIs o qué competencias les fueron asignadas, finalmente lo que importa para tomar en cuenta la práctica de una OI en la creación de derecho internacional consuetudinario es la naturaleza de la OI y el área que regula. En los comentarios a las conclusiones del quinto informe sobre identificación de derecho internacional, la CDI indica expresamente que para tomar en cuenta la práctica de una OI no se deben analizar solamente sus competencias, sino su composición y funciones:

[...]Cuanto más directamente se ejerza la práctica de una organización internacional en nombre de sus Estados miembros, o con el refrendo de estos, y mayor sea el número de esos Estados miembros, mayor será su peso en relación con la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario⁶².

De igual forma, la CDI señaló expresamente que:

Otros factores que pueden tener que tomarse en consideración al evaluar la práctica son los siguientes: la naturaleza de la organización, la naturaleza del órgano cuyo comportamiento se examina, si el comportamiento es ultra vires respecto de la organización o el órgano y si el comportamiento está en consonancia con el de los Estados miembros de la organización⁶³.

Hay dos puntos, aparentemente absolutos, a tomar en cuenta en esta clasificación. Primero, la CDI reconoce expresamente que, en la formación de normas consuetudinarias, el peso que ciertas prácticas puedan tener dependerá necesariamente de la naturaleza de la OI, por ejemplo, el que sea o no una institución financiera. Segundo, la CDI indica que,

⁶² Vid. *Ibidem*, Párr. 66, conclusión 4, numeral 23

⁶³ Vid. *Ibidem*.

por regla general, mientras las funciones de las OIs sean ejercidas en nombre de los Estados, esas prácticas tendrán más peso en la formación de normas consuetudinarias en la medida en que sean expresiones estatales⁶⁴. En este punto, a pesar de que la CDI busca establecer que para tomar en cuenta una práctica que proviene de una OI, esta tiene que ser interpretada necesariamente como una práctica que surge de la expresión estatal a través de la OI; el ejemplo de la práctica del BERD, al que el Relator se refirió, demuestra todo lo contrario, pues se remite de forma expresa a una práctica que las instituciones financieras crearon de forma autónoma y en su calidad de institución financiera internacional con competencias propias y objetivos independientes, no como ejecutores de competencias estatales. Así lo confirma el artículo 2 del estatuto del BERD⁶⁵, sobre las funciones de la institución, pues este no recoge una competencia estatal transferida, sino una competencia propia de la institución que tiene como objetivo la transición de las economías de los países de Europa Oriental hacia economías de mercado abierto. A partir de este ejemplo, es poco debatible que la naturaleza de una OI no sea relevante para tomar o no en cuenta una práctica que podría generar una norma de costumbre.

Por otro lado, la CDI afirma que la composición de las OIs debe ser necesariamente tomada en cuenta. Como fue resaltado en la introducción de este trabajo, las OIs que están siendo analizadas son las que han sido teóricamente conocidas como universales—o mundiales para Michel Virally—y regionales. Este tipo de OIs no pueden compararse con aquellas OIs cuya característica esencial no es quién las compone, sino cuál es el objetivo para el que fueron creadas, independientemente de su composición. No es la intención desacreditar los objetivos de las OIs, pues sería absurdo analizar a una OI sin considerar la razón de su existencia. Sin embargo, OIs como la ONU, el FMI, el Grupo del Banco Mundial, que son casi universales, u OIs como la UE, que agrupa a la mayoría de Estados de la región, han influido significativamente en las decisiones domésticas de los Estados miembros e incluso de Estados que no lo son; mientras que OIs como la Organización Meteorológica Mundial, la Unión Postal Internacional, la Unión Internacional de Telecomunicaciones, Grupo Intergubernamental de Expertos Sobre Cambio Climático, etc., han influido muy poco en las decisiones internas estatales y, en

⁶⁴ Vid. *Ibidem*. P. Párr. 66, conclusión 4, numeral 3.

⁶⁵ Estatuto del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo. Art. 2. Este artículo se refiere a las competencias específicas del BERD entre las que están fomentar la transición de los países de Europa del Este y Central hacia economías de Mercado abierto y promover iniciativas privadas y empresariales. Recuperado el 15 de junio desde <https://www.ebrd.com/news/publications/institutional-documents/basic-documents-of-the-ebd.html>

la medida en que no tienen una naturaleza universal o cuasi universal, sus actos gozan de menos legitimidad, por ende incluso menos aceptación de los Estados.

El BERD forma parte de las OIs cuya composición ha sido un factor relevante en la importancia que este tipo de instituciones han adquirido en el sistema internacional. En párrafos anteriores se analizó la referencia que hace Sir Michael Wood a la práctica de instituciones financieras internacionales (IFIs). Los bancos de desarrollo, como se analizará más adelante, han condicionado la conducta de los Estados y han influido en su desarrollo dentro del sistema internacional. Sobre todo han intervenido en las decisiones tomadas por los Estados en vías de desarrollo, quienes dependen del financiamiento que los Estados desarrollados, a través de instituciones financieras internacionales, puedan otorgarles. Esta es una situación que no fue ignorada por el relator especial de la CDI, y que definitivamente se quedó muy corta en análisis y desarrollo. El siguiente capítulo intenta profundizar la declaración del relator, con el objetivo de hacer menos efímera la referencia de Sir Michael Wood a las prácticas de las instituciones financieras internacionales, e intenta corroborar la opinión de que ciertas OIs necesariamente participan en el desarrollo de normas de costumbre.

Capítulo II: Caso de estudio: las prácticas de los bancos de desarrollo en la creación de normas de costumbre internacional

La CDI, en los comentarios aprobados al quinto informe, indica que las OIs pueden crear normas de costumbre internacional, siempre que las normas: a) se refieran al objeto comprendido en los mandatos de las OI y/o b) normas que solo les vinculen a ellas⁶⁶. El ejemplo que se analizará en este capítulo recae, en principio, en el segundo literal; no obstante, más adelante se comprobará que los efectos del ejemplo al que se refiere el relator de la CDI no recaen necesariamente solo en las mismas OIs, sino también en los Estados. El Relator Especial de la CDI cita las condiciones generales de préstamos, garantías y otros acuerdos de financiación del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD), para sustentar su argumento de que en algunos casos las OIs también contribuyen a la formación de normas internacionales de costumbre.

⁶⁶ Vid. *Ibidem*. Párr. 66, conclusión 4, numeral 2.

El documento del BERD reconoce que las fuentes de derecho internacional público que pueden ser aplicadas en caso de controversia entre el Banco y una de las partes en el acuerdo de financiación incluyen, entre otras,

[...] formas de costumbre internacional, incluida la práctica de los Estados y de las *instituciones financieras internacionales, de una generalidad, coherencia y duración tales que creen obligaciones jurídicas*” (Subrayado en el original)⁶⁷.

Este artículo del documento del BERD indica que existen prácticas de las instituciones financieras internacionales (IFIs) que no solo pueden, sino que crean normas de costumbre internacional.

En el siglo XX los proyectos eran financiados por los Estados, pero a raíz del surgimiento del pensamiento económico neoclásico, los Estados occidentales decidieron reducir el tamaño de la esfera de lo público y dar paso a la participación de empresas privadas que financiarían los proyectos, sobre todo por el fomento del Banco Mundial a aceptar el financiamiento del sector privado⁶⁸, de esta forma las instituciones financieras internacionales empezaron a ganar importancia en el financiamiento de proyectos destinados al progreso de los sectores vulnerables de países en desarrollo. Con el fin de la Segunda Guerra Mundial, el Grupo del Banco Mundial se convirtió en la fuente principal de ingresos para reconstruir a aquellos países destruidos por la guerra⁶⁹. Con el fin de la Guerra Fría, ya no solo era elemental financiar proyectos destinados a eliminar la pobreza y proveer los servicios básicos, sino que sectores como el ambiental y la transición de economías también se habían convertido en objetivos de financiamiento.

El BERD fue creado en 1991 y es el único banco de transición económica en el mundo. Su financiamiento se dirige al sector privado, por lo que funciona como una herramienta de transición hacia las economías de mercado y sociedades pluralistas y democráticas⁷⁰. Los modelos que sigue son de gobernanza corporativa y desarrollo sostenible. Los Estados miembros del BERD han aceptado los términos de su acuerdo constitutivo, mismo que ha impuesto ciertas cláusulas que tienen consecuencias políticas como la descentralización, desmonopolización y privatización⁷¹. Fue el primero, entre los

⁶⁷ Vid. *Ibidem*. Párr. 66, conclusión 4, numeral 7.

⁶⁸ Vid. Douglas Sarro, *Do Lenders Make Effective Regulators: An Assessment of the Equator Principles on Project Finance*, 13 *German L.J.* 1525 (2012), pág. 1528. pár. 3

⁶⁹ Vid. Calvo Hornero, M. A. (2000). *Organismos financieros internacionales: bancos regionales de desarrollo e instituciones financieras multilaterales*. Pág. 1, pár. Final.

⁷⁰ Vid. Yin, L. (2007). *Intervention v. Co-operation: Legitimacy of the EBRD Conditionality*. P. 3, pár. 3.

⁷¹ Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo. *Condiciones generales de préstamos, garantías y otros acuerdos de financiación del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo*. (2012). Art. 2.

bancos de desarrollo en reconocer expresamente en sus estatutos que sus objetivos son la transición de las economías de Europa del Este, así como mantener un enfoque sostenible en el financiamiento de proyectos. El artículo 2 del Estatuto dispone:

Para que su propósito de promover la transición de los países de Europa Central y Oriental hacia economías de libre mercado, así como el de promover la iniciativa privada y empresarial sea alcanzado a largo plazo, el Banco deberá asistir a los Estados miembros receptores para que implementen reformas económicas estructurales y sectoriales, incluidas la desmonopolización, descentralización y la privatización, para ayudar a que sus economías lleguen a estar completamente integradas en la economía internacional, a través de las siguientes medidas:

iv) Proveer asistencia técnica para la preparación, financiamiento e implementación de proyectos relevantes, ya sea individuales o en el contexto de programas de inversión específicos.

vii) Promover en la gama completa de sus actividades desarrollo ambientalmente idóneo y sostenible⁷². (Subrayado no consta en el original).

Por su parte, el Banco Mundial se creó en 1944, después de la Segunda Guerra Mundial, razón por la que sus estatutos tenían como principal objetivo la inversión en los países destrozados por la guerra, al igual que la inversión en el desarrollo de esos países, aunque no necesariamente en una transición económica, pero sí había una suerte de enfoque liberal; sin embargo, objetivos ambientales no habían sido tomados en cuenta. Es solo en 1991 con la creación del BERD que el enfoque de los bancos de desarrollo empieza a tomar en cuenta la protección del ambiente con el financiamiento de proyectos que solo sean sustentables. El BERD innovó la dirección que los bancos de desarrollo tomaban, que ya no solo se enfocaron en la reconstrucción de países afectados por las guerras o en la inversión en los sectores vulnerables, sino que implementó un nuevo factor a ser tomado en cuenta y que ningún otro banco había considerado.

El BERD estableció procedimientos ambientales detallados que proveen guías de cómo la evaluación ambiental debe ser llevada a cabo, también preparó más de 80 series de guías ambientales sub sectoriales como la pesca, tala de árboles, extracción de roca, arena y grava, celulosa y papel, manejo de residuos peligrosos, abastecimiento de agua potable, etc⁷³.

⁷² Vid. Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo. Estatuto del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo. Art. 2.

⁷³ Vid. Owen McIntyre. 2006. The Role of Customary Rules and Principles of International Environmental Law in the Protection of Shared International Freshwater Resources, 46 Nat. Resources J. 157. Pág. 198, nota al pie 178.

Esta es la importancia del análisis de las prácticas ambientales del BERD y de determinar si estas han influido en el desarrollo de normas ambientales vinculantes de otras instituciones financieras internacionales, así como de instituciones financieras domésticas.

1.1 Prácticas reiteradas del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo y la convicción de su obligatoriedad en los proyectos financiados

En el mundo de las instituciones financieras, es normal que los bancos exijan un proceso de debida diligencia en temas financieros, económicos y políticos. Si los candidatos no cumplen con los estándares de los bancos, estos se reservan el derecho de negar el financiamiento. El BERD, además de procesos de debida diligencia en los temas señalados, incursionó como el primer banco de desarrollo que exigió también estándares ambientales y sociales⁷⁴.

El cuadro 1 nos indica que, desde 1996 con los primeros financiamientos, hasta el 2019, el BERD ha exigido que se lleven a cabo evaluaciones del impacto ambiental que puedan tener los proyectos, así como su categorización según su impacto ambiental. Podemos ver que, entre 1996 y 2000, la debida diligencia ambiental no era intuitivamente cumplida por los países beneficiarios, sino era una evaluación llevada a cabo por el BERD como parte de sus procesos de evaluación. En cambio, en los proyectos del 2019, la debida diligencia ambiental ni siquiera se discute, sino que se entiende como requisito previo a ser cumplido por los Estados que requieren el financiamiento, para que el BERD pueda continuar con su evaluación y decidir financiar o no un proyecto.

De acuerdo al cuadro 1, en 2019, los Estados ya asumen como una obligación propia, y no del Banco, el adecuarse a los procesos de debida diligencia ambiental exigidos por el BERD, previo a la presentación del proyecto; diferente a lo sucedía con los primeros proyectos financiados por el BERD en los 90s, pues en esos años el Banco se encargaba de llevar a cabo las auditorías, después de las cuales el país candidato al financiamiento adecuaría su proyecto a las exigencias ambientales del BERD, y luego este otorgaría el préstamo si el proyecto propuesto cumplía con los lineamientos ambientales; sin embargo, no había una preparación previa y asumida como necesaria para si quiera presentar el proyecto. Es decir, los Estados adoptaron el acto del BERD de realizar la evaluación del impacto ambiental antes de ser beneficiarios de financiamiento,

⁷⁴ Vid. Linarelli, J. 1994. The European Bank for Reconstruction and Development and the Post-Cold War Era. Environmental Due Diligence. Pág. 384, pár. 1.

pero no solo la adoptaron, sino que lo consideran como una práctica vinculante, pues saben que sin la evaluación del impacto no podrían acceder al financiamiento. A pesar de la homogeneidad en las prácticas ambientales exigidas por el BERD y observadas por los Estados, no hay como obviar que tanto las auditorías de los años noventa, como la debida diligencia llevada a cabo tan intuitivamente en el año 2019, son obligaciones establecidas en los documentos del BERD⁷⁵ al que los estados miembros y beneficiarios decidieron adherirse. Además, al ser este el único banco de desarrollo que expresamente reconoce límites ambientales y sociales, no se puede hablar de prácticas generalizadas o consideradas como vinculantes entre las IFIs.

A pesar de que todavía no está claro si las prácticas ambientales del BERD son importantes para el desarrollo de normas de costumbre, el profesor Robert Lawrence de la American University en Washington indica que hay ciertas áreas críticas que no han sido reguladas por el derecho interno de los países beneficiarios que, sin embargo, han sido reguladas por las IFIs, en donde radicaría su importancia como legisladores internacionales. Entre esas áreas se encuentran el manejo apropiado de aguas servidas para que su impacto sea potencialmente reducido.

Pese a esta afirmación del profesor Lawrence, el BERD no ha demostrado un interés objetivo y absoluto en el manejo de precisamente el área a la que se refiere Robert Lawrence. El Banco en cuestión tiene cuatro categorías que establecen la peligrosidad y el nivel de impacto de los proyectos que financia. Las categorías son A, impacto muy alto; B, impacto medio; C, impacto bajo; y IESE, que son las siglas en inglés para exámenes ambientales y sociales iniciales. La última categoría se utiliza cuando no hay suficiente información al momento de la categorización para asignar a un proyecto una de las tres primeras categorías⁷⁶. En los proyectos financiados a Uzbekistán en 2019 (ver cuadro 1), parece un tanto arbitraria la decisión del BERD de categorizar a ambos proyectos como IESE, es decir, no otorgarles una categoría por falta de evidencia. A pesar de la falta de evidencias, el BERD no ha impedido esos financiamientos, pues ambos han aprobado la fase final de revisión y solo están en espera de la aprobación de la junta. Asimismo, una característica curiosa de ambos proyectos es el hecho de que el BERD financiará la totalidad del proyecto. Estos casos, permiten cuestionarse, por un lado, si

⁷⁵ Entre los documentos del BERD que vinculan a los Estados beneficiarios están las políticas ambientales y sociales del BERD y los procedimientos para la evaluación ambiental y social del BERD.

⁷⁶ Vid. European Bank of Reconstruction and Development. EBRD's Environmental and Social Policy. EBRD's commitments. Pág. 8, punto 4.5.

existe un interés genuino de la institución en aplicar estándares ambientales y si el BERD se siente vinculado por sus estándares ambientales; y, por otro lado, es importante analizar si al final del día todo se reduce a una consideración casuística, cuyo marco legal se determinará según el acuerdo de financiamiento entre prestamista-prestatario y según los intereses que podrían estar en juego para ambas partes y no según normas vinculantes de aplicación general como resultarían de una costumbre internacional.

País	Año	Proyecto	Categoría	Due diligence	Plan de Acción ambiental	Financiamiento
Kyrgyz	2019	Manejo de aguas servidas	B (impacto medio)	Sí “Será llevada a cabo por”	Sí “La compañía dará reportes anuales sobre la implementación del plan”	\$2M
Uzbekistan	2019	Manejo Aguas servidas	IESE (sin evidencias del impacto)	Sí	No	\$75M (100%)
Uzbekistán	2019	Manejo aguas servidas	IESE	Sí	No	\$60M (100%)
Turquía	2019	Transporte	IESE	Sí	Sí	\$77.5 M
Polonia	2000	Aguas servidas	B	Sí	Sí	€29.7 M
Rumania	2000	Energía	A (alto impacto)	Consultoría	Sí	\$51 M
Bosnia y Herzegovina	2000	Energía	C (bajo impacto)	No	No	\$70 M
Ucrania	2000	Combustible	B	No	No	\$100 M
Rumania	1996	Energía	B	Sí	No	\$45M

Ucrania	1996	Energía	B	Auditoría por el BERD	Sí	\$113 M
Uzbekistán	1996	Energía	B	Auditoría	Sí	\$28 M
Bosnia y Herzegovina	1996	Energía	B	Auditoría	No	\$15 M

Cuadro 1⁷⁷

1.2 Influencia del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo en la creación de lineamientos ambientales por instituciones financieras domésticas: Principios del Ecuador

La evidencia de la clase de proyectos que financia el BERD, así como la forma cómo lo hace permiten pensar que quizá ni el BERD, ni los bancos de desarrollo han creado normas de costumbre en materia ambiental; sino que tanto sus obligaciones como la de los beneficiarios los vinculan directamente con el proyecto en su calidad de miembros de la institución, así como en virtud de un documento contractual de financiamiento. Existen posturas, sin embargo, que reconocen al BERD como el precursor de ciertas prácticas que fueron posteriormente adoptadas por otras instituciones financieras. En 1995 el BERD fue la primera institución de desarrollo que formalmente requirió que la institución tome en cuenta en sus actividades los temas ambientales⁷⁸. Once años más tarde, el profesor Owen McIntyre de la Universidad Nacional de Irlanda indica que bancos multilaterales, en especial el Banco Mundial y el BERD, tienen un rol importante al momento de implementar estándares y principios de desarrollo sustentable⁷⁹. Así,

Para mayo de 2006, más de 40 de los bancos más importantes a nivel mundial acordaron cumplir con el código de ética voluntario del Banco, que contiene estándares para otorgar préstamos a proyectos de infraestructura, especialmente en países en desarrollo. Estos bancos acordaron seguir reglas

⁷⁷ Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo. EBRD Project Summary Documents. Recuperado el 15 de mayo de 2019 desde <https://www.ebrd.com/work-with-us/project-finance/project-summary-documents.html>

⁷⁸ Vid. Cit. En Linarelli, J. The European Bank for Reconstruction and Development: Legal and Policy Issues, 18 B. C. Int'l & Comp. L. Rev. 361 (1995). Pág. 11, pár. Final.

⁷⁹ Vid. Owen McIntyre. 2006. The Role of Customary Rules and Principles of International Environmental Law in the Protection of Shared International Freshwater Resources, 46 Nat. Resources J. 157. Pág. 11, pár. final.

estrictas para conceder préstamos a proyectos de hidroeléctricas u oleoductos que podrían amenazar el ambiente y el modo de vida local⁸⁰

El BERD fue creado en 1991, y en esa década el interés por el desarrollo sustentable creció considerablemente. Los proyectos de la presa de las Tres Gargantas⁸¹ y el oleoducto de Chad-Camerún⁸² en los noventa provocaron el reproche de la comunidad financiera a aquellos bancos que los financiaron. Las instituciones financieras, por miedo al efecto que su apoyo a proyectos con gran impacto ambiental pueda tener en la reputación de sus empleadores, crearon, en primer lugar, políticas internas de cuidado ambiental, pero en 2002, representantes de nueve bancos comerciales se reunieron con representantes de la Corporación Financiera Internacional (IFC por sus siglas en inglés), para crear una respuesta más coordinada⁸³. La IFC forma parte del Grupo del Banco Mundial y es la institución de desarrollo del sector privado más grande del mundo. Ha invertido casi 250 mil millones de dólares en el financiamiento de proyectos de negocios en los mercados emergentes⁸⁴.

En 1998, la IFC desarrolló los procedimientos de revisión social y ambiental y las políticas de protección—ahora se conocen como estándares de desempeño

⁸⁰ Vid. *Ibidem*. Pág. 11-12.

⁸¹ La presa de las Tres Gargantas es la más grande en el mundo, fue terminada en 2010. Su área es de 58 000 km², alrededor de 1.13 millones de personas fueron reubicadas, el área donde está situada la presa es considerada como un área de gran biodiversidad y que contiene miles de especies endémicas, inundó áreas de ecosistemas forestales, agrícolas y pastizales. Cuando su construcción estaba por empezar se discutió acerca del gran impacto ambiental que tendría. Vid. Wu, J., Huang, J., Han, X., Gao, X., He, F., Jiang, M., ... & Shen, Z. (2004). The three gorges dam: an ecological perspective. *Frontiers in Ecology and the Environment*, 2(5), 241-248.

⁸² Fue un proyecto que pretendía ayudar al desarrollo de dos de los países más pobres del mundo. A finales de los años 90s se estudió que el proyecto perforaría alrededor de 300 pozos petroleros en la región de Doha al sur de Chad, para lo cual se construiría un oleoducto de 1050 km² desde Doha hasta Kribi—costa atlántica de Camerún—, la producción sería de 225.000 barriles diarios de petróleo. Este proyecto presentó una importante oposición de ONGs que denunciaban que la consulta popular había sido manipulada para enseñar solo los aspectos positivos del proyecto y que la evaluación ambiental no fue objetiva, pues el oleoducto afectaría algunas reservas de vida salvaje y áreas ricas en biodiversidad en Camerún, como el valle Mber, el bosque Deng Deng y el parque Bakola entre Yauonde y Kribi. Es importante recalcar que, a pesar de que las compañías alegaron haber escogido la ruta con menos impacto ambiental, las denuncias de las ONGs acerca de la falta de transparencia en la evaluación de impacto ambiental, tuvo como resultado el que las compañías cambien la ruta. Vid. Genoveva Hernandez Uriz, To Lend or Not to Lend: Oil, Human Rights, and the World Bank's Internal Contradictions, 14 Harv. Hum. Rts. J. 197 (2001). Pág. 222. Vid. También Samuel Nguiffo and François Kpwang Abessolo. La resistencia al oleoducto Chad-Camerún. *Ecología Política*, No. 19 (2000), pp. 121-125

⁸³ Vid. Douglas Sarro, Do Lenders Make Effective Regulators: An Assessment of the Equator Principles on Project Finance, 13 German L.J. 1525 (2012). Pág. 1529-1530.

⁸⁴ Vid. Grupo del Banco Mundial. 2019. Historia de la Corporación Financiera Internacional. Pág. 12, pár. 2.

sobre sostenibilidad social y ambiental. Estos procedimientos surgieron a partir de las críticas que la IFC recibió por el financiamiento de la hidroeléctrica Pangué en Chile en 1996, debido al impacto social y ambiental que generaría⁸⁵. Según la IFC las guías ambientales que creó se convirtieron en prácticas estandarizadas no solo para la IFC, sino para toda la industrial de la banca comercial⁸⁶.

Poco después del efecto que las políticas ambientales y sociales tuvieron, estas empezaron a atraer el interés de algunos bancos comerciales globales que se dieron cuenta de que también necesitaban expandir su debida diligencia con respecto al financiamiento de proyectos con grandes impactos y riesgos sociales y ambientales⁸⁷

En 2003 se crearon los Principios del Ecuador (los Principios) con miras a establecer patrones ambientales en el financiamiento de proyectos⁸⁸. A pesar de que la IFC indica que los Principios son el estándar relevante de financiamiento para los países en desarrollo y que cada institución financiera implementa sus propias políticas y procedimientos que reflejan los Principios⁸⁹, en 2004 Robert Lawrence indicó que la aplicación de los Principios todavía era incierta, pues no estaban desarrollados temas clave como en qué tipo de proyectos se podrían aplicar, en especial con respecto al monto del financiamiento, por lo que su aplicación e interpretación era ambigua⁹⁰.

⁸⁵ Los impactos de la presa incluían: “riesgo de ruptura de la presa, los cambios en la calidad, cantidad y régimen de escurrimiento aguas abajo, la reducción o incremento de los servicios recreacionales del río, daño o mejoramiento de la actividad pesquera, los costos intangibles que experimenta la población desplazada de la zona de inundación -especialmente cuando se trata de minorías indígenas- y las pérdidas económicas y culturales que resultan de la inundación de tierras agrícolas, ciudades, obras de infraestructura y sitios arqueológicos. En los últimos años se han incorporado a esta lista la pérdida de biodiversidad o de sistemas naturales únicos, incluidas las áreas silvestres asociadas a hoyas hidrográficas.” Vid. Nelson, M. 1991. Proyecto Hidroeléctrico Pangué: ¿Qué está en juego en el Alto Bío Bío? Ambiente y desarrollo. Pág. 7-8, pár. Final-1.

⁸⁶ Vid. *Ibidem*, Pág. 91, pár. 2.

⁸⁷ Vid. *Ibidem*, Pág. 99, pár. 1.

⁸⁸ Principios del Ecuador o Equator Principles. Fueron desarrollados en 2003 por un grupo de las principales instituciones financieras. Pretenden asegurar que la infraestructura de los proyectos que estas instituciones financian, sean construidas y operadas de una forma ambiental y socialmente responsable. Vid. Douglas Sarro, Do Lenders Make Effective Regulators: An Assessment of the Equator Principles on Project Finance, 13 *German L.J.* 1525 (2012). pág. 1526, pár. 1.

⁸⁹ Vid. Grupo del Banco Mundial. 2019. Historia de la Corporación Financiera Internacional. Pág. 99, pár.3.

⁹⁰ Vid. Robert F. Lawrence; William L. Thomas, The Equator Principles and Project Finance: Sustainability in Practice, 19 *Nat. Resources & Env't.* 20 (2004).

El profesor Lawrence indica que los Principios estaban destinados a aplicar a lo que ha sido consuetudinariamente conocido por las instituciones que adoptaron los Principios como “financiamiento de proyectos”⁹¹. Entre las varias formas de financiamiento de proyectos existentes, las instituciones financieras entendían el financiamiento de proyectos como el préstamo que sería reembolsado por el mismo proyecto, sin que exista un prestatario en particular.⁹² Es decir, los Principios aplicarían solo en proyectos que son financiados por el mismo proyecto, en la medida en que las ganancias del proyecto reembolsarán al prestamista.

No obstante, para Lawrence, esta forma de ver el financiamiento de las instituciones que recogen los Principios no es clara ni consistente, pues no todas estas instituciones están de acuerdo en qué debe ser considerado como “financiamiento de proyectos”. Esto ha impedido que los Principios se apliquen de forma homogénea, pues no se sabe a qué proyectos se los aplicarían. El profesor Lawrence asegura que, de hecho, los Principios han sido aplicados a proyectos que tienen algún deudor en específico, a quien se le exigiría el cumplimiento de la obligación en caso de falta de reembolso; y no solo se han aplicado a diseños que dependen de las ganancias del proyecto⁹³. De igual forma, en 2004, Las instituciones que recogieron los Principios consideraron que los proyectos que podrían tener impacto ambiental superarían los 50 millones de dólares, por lo que los principios deberían aplicar a proyectos de 50 millones o más; no obstante, para el 2012, cuando se revisaron por tercera vez los Principios, esa cifra descendió a 10 millones⁹⁴.

A pesar de las inconsistencias que existen con respecto a la aplicación de los Principios, no se puede ignorar que el origen de la adopción de estas prácticas es la influencia que las IFIs han tenido sobre las instituciones que recogieron los Principios. Si bien las instituciones que aprobaron los Principios y las IFIs no pertenecen al mismo grupo, pues unas actúan en el plano doméstico y las otras en el ámbito internacional; en materia ambiental, las instituciones domésticas se han adherido a límites establecidos por

⁹¹ Existen varias formas de financiamiento de proyectos, las más comunes son: el financiamiento de infraestructuras a largo plazo, proyectos industriales y servicios públicos; estructuras financieras de recursos limitados o sin recursos; y pago por el flujo de fondos del proyecto. Vid. Corporate Finance Institute. Project Finance—A Primer. Financing for Specific Projects and Assets.

⁹² Vid. *Ibidem*, pág. 21, pár. 2.

⁹³ Vid. *Ibidem*, pág. 24, pár. 2.

⁹⁴ Vid. Equator Principles. 2012. Scope. Pág. 3.

instituciones como la IFC⁹⁵, cuyo rol ha sido establecido en párrafos anteriores. Esto permite considerar que la participación de las IFIs en el ámbito legislativo internacional es lo suficientemente influyente como para regular las prácticas ambientales de las instituciones financieras domésticas. Es prueba suficiente la emisión de los Principios del Ecuador, que surgió por iniciativa de una OI que finalmente incorporó a las instituciones financieras domésticas más importantes del mundo.

Como se estableció en los subcapítulos 2.1 y 2.2, el BERD fue el primer banco de desarrollo en establecer políticas y estándares ambientales que fueron insistentemente aplicadas en los proyectos que financió. En 1998, la IFC no solo estableció sus estándares sociales y ambientales, sino que llamó la atención de las instituciones financieras domésticas y estas accedieron a utilizar sus guías como prácticas ambientales estandarizadas⁹⁶, lo que dio paso a que las instituciones financieras comerciales más importantes del mundo adopten los Principios del Ecuador que contienen políticas y lineamientos ambientales que regulan el financiamiento de proyectos con gran impacto y riesgos ambientales. Está claro que existen documentos entre las instituciones financieras que adoptaron los Principios y entre las IFIs que recogen prácticas ambientales reiteradas con miras a mitigar los riesgos en el ecosistema; por lo que, es posible que el Relator Especial de la CDI se haya referido a este tipo de prácticas cuando se remitió al documento de condiciones de préstamos del BERD, que reconoce que existen prácticas de instituciones financieras internacionales que crean normas de costumbre internacional.

1.3 Influencia de las instituciones financieras internacionales sobre las instituciones financieras que suscriben los Principios del Ecuador

En los noventa se adoptó el manual de prevención y disminución de contaminación del Banco Mundial, así como las guías ambientales de la Corporación Financiera Internacional (IFC). La adopción de estándares ambientales para otorgar préstamos se contrapone a los intereses de los prestamistas privados, pues los costos son más altos y las ganancias netas son menores por lo que el riesgo a que los beneficiarios no puedan cumplir con el reembolso del préstamo es mayor. Es a causa de estos inconvenientes que las instituciones financieras necesitaban la presión de instituciones financieras internacionales para adoptar lineamientos ambientales. Cuando las

⁹⁵ Vid. Adrienne Margolis. 2010. Equator Principles, 6 In-House Persp. 13. Pág. 14, pár. 6. Vid. Supra nota 78.

⁹⁶ Vid. supra nota 80.

instituciones financieras decidieron crear los Principios del Ecuador, utilizaron como modelo las guías ambientales de instituciones como el Banco Mundial⁹⁷. Uno de los objetivos de los Principios era igualar el campo de juego y establecer unos estándares mínimos a los que los mayores prestamistas se adherirían⁹⁸ y cumplirían como una obligación exigida por las instituciones que recogieron los Principios.

Sin las instituciones financieras internacionales, estos estándares ni siquiera habrían sido tomados en cuenta. En 1994, la empresa fundidora de aluminio eslovaca SLOVALCO, pidió un préstamo al BERD para modernizar tres fundidoras. Previo al desembolso del dinero, el BERD realizó una auditoría de las instalaciones y posicionó al proyecto en la categoría A—es decir, alto impacto ambiental. La auditoría dio como resultado un plan de acción ambiental que requería que una de las fundidoras sea cerrada por no cumplir con los estándares del BERD. Tres meses después, la segunda fundidora también fue cerrada⁹⁹. Casos como este, que tuvo consecuencias reales por el incumplimiento del acuerdo ambiental convenido con el BERD, fueron parte de los incentivos de las instituciones financieras para crear los Principios.

1.4 Inconsistencia en la aplicación de estándares ambientales por las instituciones financieras en general

Si bien las prácticas que se pretendían implementar con los principios de Ecuador tenían un objetivo noble, parece ser que estas se quedaron en el mundo de lo ideal y no han sido aplicadas como se pretendía. John Frinjs de la organización no gubernamental Banktrack indica que no existe consistencia en la aplicación de los Principios del Ecuador y tienen un efecto limitado en la protección del planeta¹⁰⁰. Una revisión estratégica emitida por la Asociación de los Principios del Ecuador indicó que también existe frustración entre los prestamistas acerca de la falta de consistencia entre las instituciones financieras que suscriben los Principios del Ecuador en su aplicación¹⁰¹. Antony Crockett de Clifford Chance indica que, a pesar de su naturaleza voluntaria, la

⁹⁷ Vid. Robert F. Lawrence; William L. Thomas, *The Equator Principles and Project Finance: Sustainability in Practice*, 19 *Nat. Resources & Env't.* 20 (2004), pág. 22, pár.3.

⁹⁸ Vid. *Ibidem*. Pág. 22, pár. 2.

⁹⁹ Vid. Linarelli, J. *The European Bank for Reconstruction and Development: Legal and Policy Issues*, 18 *B. C. Int'l & Comp. L. Rev.* 361 (1995). Pág. 386, pár. Final.

¹⁰⁰Vid. Sarro, D. 2012. *Do Lenders Make Effective Regulators: An Assessment of the Equator Principles on Project Finance*, 13 *German L.J.* 1525 (2012). pág. 1535, pár. 1.

¹⁰¹ Vid. *Ibidem*.

existencia de los Principios de Ecuador es necesaria, pues sin ellos aquellos países que no regulan estos temas, simplemente no tendrían un estándar¹⁰². Si bien esta declaración es una defensa a la existencia de los Principios, esta solo confirma la falta de carácter vinculante de los mismos.

El caso SLOVALCO, así como el reproche social que surgió a partir del financiamiento de la Presa de las Tres Gargantas y el oleoducto entre Chad y Camerún, si bien tuvieron consecuencias por el incumplimiento de los estándares ambientales y sociales, no permiten considerar que esas consecuencias fueron el resultado del incumplimiento de una obligación que tenía como fuente una convicción de obligatoriedad que provenía de una norma de costumbre, pues en esa época aún no existían prácticas reiteradas en el tema y estos casos fueron los primeros ejemplos de sanciones por razones ambientales. Las obligaciones de SLOVALCO tenían como fuente el plan de acción ambiental acordado con el BERD, cuyos efectos eran inter-partes. El reproche por el financiamiento a la presa y el oleoducto dio como resultado ciertos principios cuyo cumplimiento aún sigue en duda, pero esas sanciones morales no fueron consecuencia de la violación a una norma que vinculaba a las instituciones que los financiaron, sino el resultado de una nueva corriente que empezaba a proteger el ecosistema.

Tal como el Relator Especial de la CDI lo menciona, existen prácticas entre las IFIs de tal generalidad y duración que son consideradas como normas de costumbre. Sin embargo, Sir Michael Wood solo toma en cuenta el documento de las condiciones de préstamos del BERD y de ninguna otra institución financiera. Deja abierta la puerta a considerar las prácticas de las instituciones financieras internacionales, pero no existe concreción acerca de si realmente existen o no normas de costumbre creadas a partir de estas prácticas.

Existen otras prácticas, además de las ambientales, que provienen de las IFIs que tampoco otorgan una respuesta concreta acerca de la participación de las IFIs en el desarrollo legislativo. En 1965, la ONU estableció como meta de aporte a los flujos de ayuda, hasta 1980, el 1%. El Comité de Ayuda al Desarrollo se adhirió a esa meta. Sin embargo, en 1969, el Banco Mundial, junto con el gobierno canadiense, emitieron el informe Pearson en el que se establecía que las metas de los 60s habían fracasado, por lo

¹⁰² Vid. Cit. *Ibidem.* pág. 14, pár final.

que se instaba a los Estados ricos a que aporten el 1% anual de su PIB y ayuda del 0,7% de su PIB al desarrollo. En 1992, en la cumbre de Río de Janeiro, los países del norte firmaron varias declaraciones a favor del 0,7% y en 2002 se firmó el consenso de Monterrey en el que se insta a los donantes a cumplir con el 0,7%. Si bien parecía influyente la disposición del 0,7% emitida por el Banco Mundial, ahora sabemos que solo 5 de 22 Estados comprometidos cumplieron con esa meta¹⁰³.

Como se ha analizado, es verdad que existen prácticas reiteradas, pero no se encuentra el elemento subjetivo de convicción de que sean jurídicamente vinculantes. No hay duda de que existen exigencias ambientales por el BERD hacia los prestatarios, pero esas exigencias provienen tanto de los documentos internos del BERD como de los acuerdos de financiamiento celebrados entre las partes. Tampoco se puede considerar que las exigencias del BERD sean consideradas como una costumbre obligatoria para otras OIs. Incluso con aquellas IFIs que parecen ser más influyentes en el mundo de las instituciones financieras como la IFC¹⁰⁴, las ONGs alegan que no existe transparencia en varios de sus procesos, pues es el cliente el que debe llevar a cabo las prácticas ambiental y socialmente responsables y es la IFC la que evalúa, según sus términos, dichas prácticas; sin embargo, no publica los resultados¹⁰⁵.

Las prácticas de la IFC no son transparentes. No se sabe si los requisitos ambientales fueron exigidos, además no existe evidencia de qué prácticas se llevan a cabo y cuáles son sus estándares. Más allá de estos estándares aparentemente aceptados por las instituciones financieras que adoptaron los Principios del Ecuador, estos señalan expresamente que la evaluación ambiental será aceptada según las consideraciones subjetivas e independientes de los signatarios de los Principios, es decir, de los prestamistas, por lo que no existen estándares reales, ni una práctica concreta, a causa de la subjetividad de la apreciación de cada institución financiera¹⁰⁶. No se trata estándares vinculantes, sino de guías que dependen de la subjetividad de las instituciones financieras y no de una convicción de obligatoriedad.

¹⁰³ Vid. Calvo. A. 2000. Organismos Financieros Internacionales: Bancos Regionales De Desarrollo e Instituciones Financieras Multilaterales. España. UNED. Págs. 6-17.

¹⁰⁴ Vid. Adrienne Margolis, Equator Principles, 6 In-House Persp. 13 (2010), pág. 14, pár. 5. Indica que la IFC ha establecido políticas que tienen estándares de desarrollo y sostenibilidad ambiental y social que pretenden mejorar la responsabilidad ambiental.

¹⁰⁵ Vid. *Ibidem*.

¹⁰⁶ Vid. Equator Principles. 2012. Principio 2.

Si bien existen pautas de conducta entre las IFIs, sigue siendo muy oscuro si la obligatoriedad proviene de una norma que se considera vinculante o de un contrato de financiamiento. El elemento de convicción en las prácticas ambientales no existe entre las instituciones financieras tanto domésticas como internacionales. Robert Lawrence indicó expresamente que, dado que el financiamiento de proyectos tiene lugar en países en desarrollo, el principal marco legal del proyecto es aquel que consta en los documentos del préstamo¹⁰⁷, es decir, la fuente de obligaciones de la relación prestatario-prestamista, tal como han demostrado los proyectos financiados por el BERD, es el contrato y no una norma consuetudinaria. En los proyectos del BERD podemos ver que las pautas ambientales que los beneficiarios tienen que seguir, les son vinculantes como miembros del BERD y en la medida en que aceptaron los documentos de la institución. No existe entonces evidencia de que el carácter vinculante general de ciertas prácticas ambientales y sociales sea tal por normas consuetudinarias, sino que lo es por documentos de financiación que difieren según el proyecto.

A pesar de los incentivos de IFIs como el BERD, y de casos como el de SLOVALCO, todavía no está claro el elemento de convicción con respecto a estas prácticas, pues como fue establecido en el punto 2.1, incluso el BERD ha sido inconsistente con los actos que adopta para mitigar los efectos ambientales de los proyectos que financia. Asimismo, la IFC, si bien indica que a partir de las críticas por el financiamiento de la presa Pangué la institución mejoró sus estándares ambientales; no ha impedido que otros proyectos como el oleoducto de Baku-Tbilisi-Ceyhan (BTC) sean llevados a cabo¹⁰⁸. De igual forma, es verdad que las instituciones que recogieron los principios del Ecuador establecieron lineamientos ambientales para reducir los riesgos ecológicos de los proyectos que financian, pero no hay claridad acerca de en qué proyectos aplican los Principios, e incluso, el mero hecho de distinguir entre proyectos para aplicar o no los Principios deja claro que no consideran como prácticas vinculantes a sus estándares que en principio deben ser aplicados para cualquier proyecto que pueda tener impacto ambiental. Los estándares de evaluación ambiental recogidos por los

¹⁰⁷ Vid. Robert F. Lawrence; William L. Thomas, *The Equator Principles and Project Finance: Sustainability in Practice*, 19 *Nat. Resources & Env't.* 20 (2004). Pág. 21, pár. 2.

¹⁰⁸ Este proyecto construyó un oleoducto que pasa por Azerbaijan y Georgia y llega hasta la costa turca del Mediterráneo. Transporta un millón de barriles de petróleo al día. La ruta pasa por un amplio margen de tierra para todos los usos, afectando a más de 17,700 parcelas utilizadas como viviendas en 515 pueblos, por lo que involucra un conjunto complejo de cuestiones sociales y ambientales. Vid. Grupo del Banco Mundial. 2019. *Historia de la Corporación Financiera Internacional*. Pág. 94, pár. 2.

Principios no están reconocidos ni siquiera en los países de mayor conciencia ambiental¹⁰⁹. Por lo tanto, si bien existen prácticas reiteradas realizadas tanto por las IFIs como por las instituciones financieras que recogieron los Principios del Ecuador, estas prácticas no son observadas con la convicción de que son normas jurídicas vinculantes. Por lo tanto, los estándares ambientales no cumplen con uno de los dos elementos de la costumbre que necesitan para ser aceptadas como normas consuetudinarias internacionales.

A pesar de que en el marco del BERD y otras instituciones financieras las OIs no demuestran cumplir con los requisitos para generar normas de costumbre, es innegable que los bancos de desarrollo tienen una influencia de gran magnitud en la regulación de las relaciones financieras, incluso cuando estas provienen de documentos contractuales. Es por esta razón que en el siguiente capítulo se analizarán las ventajas y desventajas de aceptar la participación de las OIs en la creación de normas de costumbre internacional desde una perspectiva teórica.

Capítulo III: Perspectivas teóricas del desarrollo de normas de derecho consuetudinario internacional por las organizaciones internacionales

A pesar de que en la actualidad existen más de trescientas OIs¹¹⁰, no existe una posición homogénea en la academia acerca de la participación que las OIs puedan tener en el proceso legislativo internacional. Los autores no parecen tener una conclusión clara acerca de la libertad que se les debería dar a las OIs para poder crear normas de DIP. Hay autores que reconocen expresamente que la tensión entre soberanía e intereses de la comunidad es un problema irresuelto¹¹¹. Mientras que hay otros para quienes la cuestión no es si las OIs pueden crear costumbre, sino cuándo pueden hacerlo¹¹². Se discute si el papel que desempeñan las OIs en el desarrollo de costumbre es una cuestión que depende de qué tipo de OIs se están estudiando; o si las OIs son simplemente sujetos del DIP que, en cuanto han sido creados por los Estados y sus competencias han sido transferidas por

¹⁰⁹ Vid. Robert F. Lawrence; William L. Thomas, *The Equator Principles and Project Finance: Sustainability in Practice*, 19 *Nat. Resources & Env't.* 20 (2004). Pág 24, pár 4.

¹¹⁰ Vid. Álvarez, J. (2008). *Governing the World: International Organizations as Law Makers*. *Suffolk Transnational Law Review*. p. 1-2.

¹¹¹ Vid. Klabbers, J. (2015). *An introduction to international organizations law*. Cambridge University Press, pág. 6.

¹¹² Vid. Daugirdas, K. 10 de abril de 2018. "International organizations and the creation of customary international law", University of Michigan, documento de investigación sobre derecho público núm. 597, Pág. 15. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=3160229> o en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3160229>.

estos últimos a través de un texto constitutivo, no deberían tener participación alguna en el proceso legislativo, pues este tradicionalmente compete a los Estados. Esta sección comparará las diferentes posiciones de la academia en la creación de costumbre internacional por las OIs y finalmente buscará determinar por qué no existe consenso entre los autores.

1.1 Tensión entre el principio de soberanía y la necesidad de las organizaciones internacionales de responder a necesidades contemporáneas

En 1948, en el caso de reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) determinó que la ONU tiene la capacidad de presentar demandas por daños no solo ocasionados a la organización misma, sino a todos quienes están a su servicio¹¹³. A partir de este caso se reconoció la personalidad jurídica objetiva de la ONU que le permitiría participar como ente autónomo en las relaciones internacionales. Malcolm Shaw¹¹⁴ indica que para que un sujeto adquiera personalidad jurídica en el Derecho Internacional necesita asimilar la interrelación entre derechos y obligaciones reconocidos en el sistema internacional, así como la capacidad para ejercerlos¹¹⁵. Bajo esta definición de personalidad jurídica internacional, el caso de reparación de daños sería suficiente para reconocer, como el mismo caso explica, la personalidad objetiva de una OI, pues la CIJ reconoció que la ONU puede presentar demandas por daños ocasionados a sí misma y a sus funcionarios, esta acción de la ONU, en la medida en que involucra no solo a la OI, sino a cualquier sujeto que atente contra la organización, podría ser considerada como práctica relevante para la creación de costumbre en temas que involucren a la reparación de los daños sufridos por una OI o un Estado, no solo a sí mismos, sino a sus funcionarios.

No obstante, Shaw también afirma que la personalidad internacional es una mezcla de participación y aceptación de la comunidad internacional. El último elemento, para el jurista, dependerá de factores como el tipo de OI que se esté analizando¹¹⁶. El autor no considera decisivo el fallo de la CIJ y considera que no solo es suficiente el ejercicio de derechos y obligaciones, sino que en la práctica la personalidad jurídica de las OIs dependerá de factores como la capacidad para mantener relaciones con los

¹¹³ Vid. Organización de las Naciones Unidas. 1948. Reparation for Injuries Case. <https://www.icj-cij.org/en/case/4>

¹¹⁴ Jurista británico y asociado del Institut de Droit International. Enseñó en la Universidad de Leicester y Cambridge. Autor del libro *International Law*.

¹¹⁵ Shaw. M. 2017. *International Law*. Cambridge University Press. Pág. 156, pár. 1.

¹¹⁶ Vid. *Ibidem*. Pág. 156, pár. 2.

Estados, concluir tratados con ellos, así como el estado que se les ha atribuido bajo el derecho municipal¹¹⁷. Es claro que el autor busca limitar las facultades legislativas de las OIs, así como limitar a las OIs que pueden participar.

Fuera de una perspectiva Estado céntrica, Robert McCorquodale, profesor en la Universidad de Nottingham, indica que el DIP, si bien nació como una idea flexible con el fin de compaginar actos de Estados, comunidades y personas, finalmente se redujo a una dicotomía de sujeto-objeto, según la cual el objeto será a quién se aplicará la norma creada por el sujeto, siendo el sujeto ninguno otro que los Estados, quienes gozarían del monopolio de la creación de leyes¹¹⁸. Sin embargo, considera que, a partir de la opinión consultiva del caso de reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, el nacimiento de nuevos sujetos de derecho internacional dependerá de las necesidades de la comunidad, pues son los requisitos de la comunidad de Estados los que han hecho que se creen nuevos sujetos diferentes a los Estados como es el caso de las Naciones Unidas.

El autor indica que pueden participar en la creación de DIP quienes tienen la capacidad para hacerlo, en la medida en que sus funciones les permitan ser partícipes de la creación de DIP, y siempre que manejen adecuadamente el derecho internacional¹¹⁹. Solo de esta forma, según el autor, se puede determinar quienes están involucrados realmente con el DIP. Es decir, no se puede descartar la participación de las OIs, pues no importa el actor, sino de qué forma un participante ejerce sus funciones dentro del marco de lo que se considera la buena administración del DIP¹²⁰. Al respecto cita a Christoph Schreuer:¹²¹

Deberíamos ajustar nuestro marco intelectual a una realidad multicapa que consiste en una variedad de estructuras autorizadas... [en las que] lo que importa no es el estatus formal de un participante...sino el ejercicio real y preferible de una función¹²².

Arthur Watts, jurista británico y ex miembro del equipo de la CDI, indica que es necesario un desarrollo progresivo del derecho internacional público, pues sin este no

¹¹⁷ Vid. *Ibidem*. Pág. 206, pár. 1.

¹¹⁸ Vid. d'Aspremont, J., Besson, S., & Knuchel, S. (Eds.). 2017. *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*. Oxford University Press. Sources and the Subjects of International Law: A Plurality of Law-Making Participants, Robert, M., cap 35, págs. 749 a 768.

¹¹⁹ Vid. *Ibidem*, pág. 754.

¹²⁰ Vid. *Ibidem*.

¹²¹ Graduado de la Universidad de Viena, Cambridge y Yale. Ex profesor de la Universidad de Viena, Austria.

¹²² Vid. d'Aspremont, J., Besson, S., & Knuchel, S. (Eds.). 2017. *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*. Oxford University Press. Sources and the Subjects of International Law: A Plurality of Law-Making Participants, Robert, M., cap 35, pág. 754, nota al pie 22.

habrá un cambio pacífico que sea acorde a las circunstancias cambiantes en un mundo variable. El autor indica que ha habido casos en que las OIs han podido participar en las negociaciones para la codificación de textos y que, si bien es una excepción más que una regla, ha habido casos en que las OIs han creado costumbre internacional, como es el caso de la “Declaración de Principios de Derecho Internacional sobre las relaciones amistosas y cooperación entre Estados”¹²³. Al respecto el autor indica:

El preámbulo de la declaración ubicó expresamente a los siete principios de la Carta de las Naciones Unidas, que se cubrieron por la Declaración dentro de un contexto de desarrollo progresivo y codificación (penúltimo párrafo), y la CIJ desde ahí ha considerado a esa resolución como una aceptación de la validez de las reglas declaradas por la resolución, y como una expresión de *opinio iuris* que respeta a dichas reglas, por lo que tiene una vida legal separada de las provisiones de la Carta de las Naciones Unidas¹²⁴

Como indica el autor, esta es una excepción más que una regla y, además, no se puede obviar que el ejemplo de la Declaración sobre relaciones amistosas de los Estados, sigue teniendo una naturaleza de derecho blando, es decir, no es vinculante, por lo que, para conocer su influencia, es necesario analizar quiénes la cumplen y si la cumplen con la convicción de que es vinculante, investigación que pertenece a otro trabajo.

Niels Blokker, a favor de la participación de las OIs, no discute acerca de la objetividad de la personalidad jurídica de las OIs, sino que afirma que organizaciones como la CDI evitan reconocer la autonomía de las OIs por su personalidad jurídica que ya ha sido reconocida, y esquivan hablar sobre el peso que las OIs podrían tener como nuevos sujetos de DIP. El autor se remite al informe sobre responsabilidad de las OIs en el que la CDI reconoció la existencia cada vez más relevante de las OIs, e incluso concluyó con la creación de los artículos sobre responsabilidad de las OIs¹²⁵; por lo tanto, para Blokker, es arbitraria la decisión de negar las facultades legislativas de las OIs, más aún bajo un argumento que rechaza su autonomía, cuando años atrás la CDI reconoció, de forma expresa, la personalidad jurídica propia de las OIs que les da la suficiente autonomía como para generar responsabilidad internacional al igual que crear normas de costumbre.

¹²³ Vid. Watts, A. Codification and Progressive Development of International Law. Pág. 33.

¹²⁴ Vid. *Ibidem*.

¹²⁵ Vid. Blokker, N. 2017. *International Organizations and Customary International Law: Is the International Law Commission Taking International Organizations Seriously?* International organizations law review 14. 1-12, pág. 4-12.

Autores como Jed Ordematt señalan que es necesario eliminar la visión estado-céntrica en la creación de fuentes de Derecho Internacional, pues esta oscurece la participación de las OIs en cuanto entes con personalidad jurídica propia y la reduce a una actuación dentro de un marco de competencias transferidas por los Estados, a través de un texto constitutivo¹²⁶. El jurista holandés reconoce a las OIs como entes autónomos y elimina la consideración de estas como simples foros en los que los Estados negocian.

James D. Fry señala que el punto de vista estado-céntrico ya no se adapta a las necesidades actuales del mundo, las cuales, según el jurista austriaco, requieren la participación de nuevos sujetos en el desarrollo de fuentes de DIP. D. Fry, considera que no es verdad que las normas internacionales han sido creadas por consenso de los Estados, pues incluso la teoría clásica de formación de costumbre no toma en cuenta la opinión de cada uno de los Estados, sino de aquellos que tienen interés directo en la creación de una norma de costumbre. Por lo tanto, la participación de las OIs en el proceso legislativo no representa, ni un cambio en la forma como los Estados crean costumbre, ni una amenaza a la soberanía de los Estados, más allá de la amenaza que las normas consuetudinarias creadas por Estados ya podría representar. Así, la importancia de la aceptación de los aportes de las OIs proviene de la necesidad de adaptar las necesidades de los Estados, que evolucionan a pasos acelerados y que son ampliamente desarrollados por las OIs¹²⁷, que no necesariamente violan el principio de soberanía¹²⁸.

¹²⁶ Vid. Ordematt, J. 2017. *The Development of Customary International Law by International Organizations*. Pág. 511.

¹²⁷ Vid. Fry, D. J. 2012. *Formation of Customary International Law through Consensus in International Organizations*, 17 *Austrian Rev. Int'l & Eur. L.* 49. P. 54.

¹²⁸ Es necesario recalcar la figura del objetor persistente en este punto, pues si un Estado objetó la aplicación de cierta norma de forma consistente y clara, de forma que haya sido conocida por otros Estados, cuando la norma estaba en proceso de formación, esa norma no será vinculante para el Estado que se opuso, por lo que los Estados tienen en sus manos la protección de soberanía en la adopción de normas internacionales. Si bien es parte de un trabajo de investigación diferente, es necesario dejar claro que aún no está resuelto el problema que involucra a los Estados que buscan disentir de una norma consuetudinaria, ya aceptada como tal, a través de conductas adversas. Las normas consuetudinarias internacionales se forman ya sea a través de la aquiescencia o de la falta de reacción de los Estados ante la formación de una norma de costumbre. En cualquiera de los dos casos existe consentimiento, ya sea expreso o tácito. El objetivo de mantener el consentimiento de los Estados como norma básica en la creación de costumbre es mantener el orden público internacional, por lo que el aceptar las conductas adversas de aquellos países que no objetaron desde un principio sería una vulneración al mismo. Desde esta perspectiva, las OIs, al generar normas de costumbre internacional, también podrían vulnerar el orden público, ya que en su proceso legislativo no habría consentimiento de aquellos Estados que consideran que las OIs no tienen facultades legislativas, por lo que estos no estarían aceptando tácitamente una norma de costumbre, y tampoco considerarían necesario objetar persistentemente, pues simplemente no considerarían necesario preocuparse por ese tipo de prácticas, a causa de su origen. Vid. Shaw. M. 2017. *Public International Law. Custom. Protest, Acquiescence and Change in Customary Law*. Pág. 67, pár. 2.

En las perspectivas doctrinarias expuestas, las diferencias sustanciales tienen como punto de partida el aceptar, por un lado, que la comunidad internacional está compuesta solo por Estados, quienes son los únicos llamados a proteger su soberanía y regular sus asuntos internos, así como crear las normas que los vincularían; o por otro lado, por sujetos diferentes a los Estados, quienes necesariamente se involucrarían en la dirección que toman las relaciones internacionales. Ninguno de los autores pudo eliminar por completo la participación de las OIs en el DIP contemporáneo, pero aquellos quienes niegan su relevancia en el proceso legislativo buscan mantener la hegemonía de los Estados en el sistema internacional. Jan Klabbbers¹²⁹ indica que el DIP se basa sobre todo en el consentimiento de los Estados, quienes lo han dado como individuos libres y soberanos. Es la razón por la que el DIP debería responder a sus peticiones, pues de no hacerlo corre el riesgo de perder el respeto de aquellos a quienes debería regular¹³⁰.

Sin embargo, Klabbbers reconoce que no solo basta con reconocer las peticiones de los Estados, sino de recordar las necesidades de la comunidad internacional¹³¹. Son las OIs quienes generalmente se encargan de regular y acoger estas demandas. La doctrina de los poderes implícitos nace de la necesidad de las OIs de responder plenamente a las demandas, en función del efecto útil de las OIs, para poder alcanzar sus objetivos, independientemente de que ciertos actos que realicen no se encuentren expresamente reconocidos en sus textos constitutivos. Para Klabbbers, la tensión que existe entre soberanía y necesidades de la comunidad, así como el principio de atribución de poderes y la doctrina de poderes implícitos, es un problema que no tiene solución y que no son pocos los juristas que consideran que la sobre apreciación de las OIs en el DIP es una violación absoluta al principio de soberanía¹³².

Si bien el principio de soberanía es un pilar clave en el desarrollo pacífico del DIP, no podemos obviar la naturaleza interdependiente de las relaciones internacionales contemporáneas. Así lo afirma Shaw. El autor reconoce que la interdependencia es necesaria en el mundo actual, sin embargo, solo la reconoce dentro de las relaciones de los Estados¹³³. Sin perjuicio de lo que los autores puedan señalar, Klabbbers y Shaw tienen

¹²⁹ Profesor de la Universidad de Helsinki. Miembro de la Academia Holandesa en Helsinki. Autor de varios libros, entre esos *International Law e Introduction to International Organizations* que es al que me referiré.

¹³⁰ Vid. Klabbbers, J. 2015. *An introduction to international organizations law*. Cambridge University Press, pág. 4.

¹³¹ Vid. *Ibidem*. Pág. 6.

¹³² Vid. *Ibidem*. Pág. 5, pie de pág. 15.

¹³³ Vid. Shaw, M. 2017. *Public International Law*. Cambridge University Press. Pág. 157.

una perspectiva más realista. La pugna entre soberanía de los Estados y efecto útil de las OIs siempre va a existir, ya que la participación de las OIs necesariamente involucra la intervención en asuntos internos de los Estados, más aún si los Estados se ven obligados a cumplir normas de costumbre internacional creadas por sujetos ajenos a ellos. De igual forma, la intervención de las OIs en el DIP es inevitable, pues como lo indica Shaw, la interdependencia es fundamental en la actualidad; no obstante, no se puede reducir a una cooperación netamente estatal, pues es necesario incluir a aquellos sujetos que fueron creados por lo Estados con el fin de que regulen aquellas áreas que los Estados no podían manejar por sí solos, por ejemplo, la inversión en los sectores vulnerables, función específica de los bancos de desarrollo. Estas instituciones existen y han influido en los cambios políticos y económicos de los países en desarrollo, por lo que su intervención no puede ser ignorada.

En la sección que analiza al BERD, se pudo identificar el apoyo del Banco al financiamiento de dos proyectos que vulneran los principios de precaución y prevención en materia ambiental, y si bien se determinó que las prácticas de las IFIs no son normas de costumbre, pues no cumplen con el elemento de convicción, los lineamientos ambientales de las instituciones financieras, que no necesariamente son proteccionistas, están muy cerca de formar reglas consuetudinarias vinculantes. Las OIs son parte del sistema internacional y para evitar que influyan en gran escala en los asuntos internos de los Estados, así como en la transgresión de principios fundamentales del DIP, la discusión no debería enfocarse en si participan o no en el proceso legislativo, sino en cómo lo hacen, qué prácticas han creado, por qué lograron ser vinculantes, quiénes las han adoptado y qué se puede hacer para regularlas. Los Estados solo pueden ser regulados en la medida en que son reconocidos como los únicos sujetos con facultades plenas en el DIP, lo mismo debería pasar con las OIs, quienes tienen una influencia tan importante como la de los Estados en el sistema internacional.

1.2 Razones para limitar (o no) la participación de las organizaciones internacionales en el proceso legislativo consuetudinario

Jan Klabbbers indica que existen tres tipos de situaciones en las que las OIs podrían intervenir: i) la relación entre OIs y los Estados miembros, que involucra temas como los poderes de las OI o su financiamiento, ii) la relación de la OI con su personal u otros órganos de la OI, y iii) la relación entre las OIs y el mundo, esto es la celebración de

tratados, inmunidades o responsabilidad¹³⁴. En este trabajo analizamos la tercera relación, pues la creación de derecho internacional consuetudinario necesariamente involucra la relación de las OIs con otros sujetos del DIP, ya sea la relación entre OIs o la relación de estas con los Estados. El efecto que las OIs puedan tener en las relaciones entre Estados, en las relaciones entre OIs, o entre estas y los Estados, ha sido analizado con cautela y tampoco existe una conclusión consistente y homogénea entre los juristas acerca de qué relaciones las OIs podrían regular.

Tullio Treves, ex miembro del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, señala que la participación de las OIs debe ser examinada con cautela, pues actúan en el marco de sus competencias y, sobre todo, porque estas actúan en nombre de los Estados más que por sí mismas. Señala que las prácticas de las OIs serán relevantes en la medida en que esas prácticas tengan efectos directamente en las OIs¹³⁵. A pesar de eliminar los efectos que las OIs puedan tener en la relación con los Estados o entre estos, el autor no deja de mencionar que la organización comunitaria europea sí reemplaza en todo o en parte a los Estados miembros y su práctica es ampliamente relevante en áreas como los derechos humanos, derecho ambiental, derecho del mar y en relaciones económicas¹³⁶. Esta apreciación permite pensar que no se elimina por completo la participación de las OIs en el desarrollo de costumbre con efectos sobre los Estados, sino que el considerar a una práctica como influyente para la creación de una norma de costumbre dependerá del tipo de organización, su composición y el tipo de funciones que ejercen en comparación con la de los Estados¹³⁷.

Kristina Daugirdas, por ejemplo, no duda acerca del peso que la Unión Europea (UE) pueda tener en el desarrollo legislativo, pues indica que los Estados miembros, tal como lo explicó la CDI en el quinto informe, transfirieron competencias públicas que solo pueden ser ejercidas por la UE y ya no por los Estados miembros, por lo que impedir que las OIs creen costumbre implicaría impedir que los Estados miembros de la UE, así como de otras organizaciones regionales, sean partícipes del proceso legislativo consuetudinario. Así lo reconoció también el Relator Especial de la CDI en el tercer

¹³⁴ Vid. Klabbbers, J. 2015. *An introduction to international organizations law*. Cambridge University Press, pág. 3, pár. 2.

¹³⁵ Vid. *Ibidem*. pág. 51. *La CIJ en sus opiniones consultivas acerca de la conclusión de tratados por las OIs parece referirse a costumbre relevante para la OI y el Estado anfitrión*.

¹³⁶ Vid. *Ibidem*, pág. 52.

¹³⁷ Vid. Schermers, H. y Blokker, N. 2011. *International Institutional Law: Unity within Diversity*. P. 23.

informe¹³⁸. La profesora de la Universidad de Michigan parte de un análisis más práctico, pues resalta que, si los Estados eliminaron competencias propias para transferirlas a la organización regional, ciertamente no pretendían perder fuerza de decisión en las relaciones con otros Estados, al contrario, pretendían organizarla y maximizarla, por lo que no existe razón alguna para limitar la participación de instituciones como la UE.

Además de las competencias de la UE, la profesora Daugirdas afirma que el hecho de que exista la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (VCLTIO) es una prueba clara de que las OIs participan en la creación de derecho internacional y de que los Estados sí han empoderado a las OIs para generar derecho internacional¹³⁹. Los acuerdos que las OIs celebran con los países anfitriones—acuerdos de país anfitrión—son un claro ejemplo de la participación conjunta de los Estados y las OIs para generar Derecho. Kristina Daugirdas cita a una opinión consultiva de la CIJ de 1980—acerca de un acuerdo de país anfitrión entre la OMS y Egipto sobre la transferencia de la sede regional desde Egipto hacia Jordania—que estableció que las cláusulas de terminación de otros acuerdos de país anfitrión establecían una conducta de buena fe entre la OI y el Estado anfitrión, por lo que la OMS y Egipto debían cumplir sus obligaciones de buena fe. La CIJ llegó a esta conclusión a partir de una serie de prácticas llevadas a cabo entre Estados y OIs que crearon una regla que les vincula en este tema, según la CIJ¹⁴⁰.

Este es un ejemplo claro de la participación de las OIs en la creación de práctica reiteradas y relevantes en sus relaciones con los Estados. Aún así, este tipo de actos son excepciones a la regla de limitar la influencia de las OIs, pues, a pesar de que las prácticas de las OIs existen, los Estados insisten en mantener el poder final de decisión con respecto a qué prácticas cuentan para la creación de costumbre internacional. De esta forma, la Convención de Viena del Derecho de los Tratados que vinculan a las OIs— conocida como CVDTIOI—no ha sido ratificada por los 35 Estados necesarios—solo Estados— para que entre en vigor. Es decir, si bien los Estados aparentan separarse de una visión estado-céntrica, en realidad no parece que exista el interés de ratificar aquellos instrumentos que eliminarían su hegemonía frente a otros actores internacionales, pues,

¹³⁸ Vid. Daugirdas. 2018. *International Organizations and the Creation of Customary International Law*. University of Michigan. Pág. 6-7.

¹³⁹ Vid. *Ibidem*.

¹⁴⁰ Vid. *Ibidem*. Pág. 13.

según el ejemplo señalado, buscan que las decisiones finales solo sean tomadas por ellos¹⁴¹, independientemente de las necesidades de la comunidad y los objetivos para los que fueron creadas las OIs.

Los Estados necesitan equilibrar sus intereses, razón por la que existe resistencia a aceptar como miembros del DIP a sujetos ajenos a ellos. James D. Fry indica que “la creación de una nueva norma de costumbre internacional es un ejercicio que implica un balance entre los perjuicios y beneficios que esta norma podría traer”¹⁴². Como vimos en las opiniones de los Estados en el primer capítulo, Estados Unidos afirmó que la capacidad de las OIs para crear normas de costumbre depende de si los Estados les han conferido dicha competencia. Esta declaración no implica que las OIs nunca puedan crear costumbre internacional, sino que los Estados no las han facultado para hacerlo¹⁴³. Es una afirmación que necesariamente nos hace cuestionar si los perjuicios y balances que una norma creada por una OI pueda traer es un análisis que solo pueden hacer los Estados, negando así la participación directa de las OIs y manteniendo un modelo necesariamente estado-céntrico.

Según la opinión de Estados Unidos, la participación de las OIs en el desarrollo de costumbre podría ser solo indirecta y en la medida en que no sea perjudicial para los intereses de todos o algunos Estados, así como en la medida en que los Estados les hayan autorizado a crear costumbre. Estas afirmaciones, además de cuestiones como la negativa a ratificar la CVDTOI, necesariamente implican que, para algunos Estados, no existe la tensión entre el principio de atribución de poderes y la doctrina de poderes implícitos de la que Jan Klabbers habla, sino que la participación de las OIs, en cualquier aspecto del DIP, depende solamente de las atribuciones que los Estados les transfirieron y de los límites que los Estados establecen.

Finalmente, y a pesar de la negativa de países como Estados Unidos, tanto los autores con razones a favor de la participación de las OIs en la creación de costumbre internacional, así como los autores con razones en contra de la intervención, coinciden en que las OIs relevantes para legislar costumbre son aquellas que tienen una composición especial. Los autores que se oponen mencionan que hay que acercarse con cautela a este

¹⁴¹ Vid. *Ibidem*. Pág. 18.

¹⁴² Vid. Fry, D. J. 2012. *Formation of Customary International Law through Consensus in International Organizations*, 17 *Austrian Rev. Int'l & Eur. L.* 49. p. 56

¹⁴³ Vid. Daugirdas, K. 10 de abril de 2018. “International organizations and the creation of customary international law”, University of Michigan, documento de investigación sobre derecho público núm. 597, Págs. 6-7 Disponible en <https://ssrn.com/abstract=3160229> o en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3160229>.

tipo de OIs, reconocen indirectamente que estas OIs son influyentes y resaltan que en cierto grado están interviniendo en el DIP. No expresan lo que los autores a favor sí lo hacen, es decir que no se puede negar que las OIs ya participan en las relaciones internacionales y que las atribuciones y obligaciones de OIs de la naturaleza de la UE, la ONU o los bancos de desarrollo, han sido ejercidas al mismo nivel en el que los Estados las ejercen y cumplen, e incluso en algunos casos lo han hecho en lugar de ellos.

1.3 Primacía de unas organizaciones internacionales sobre otras en el proceso legislativo consuetudinario

Como se ha explicado a lo largo de este trabajo, si bien este análisis se enfoca en el estudio de la influencia que todas las OIs han tenido, no son todas las OIs las que podrían participar de forma relevante en la creación de costumbre internacional. Por ejemplo, en casos como el de la Unión Europea (UE), Jed Ordematt señala que la Corte de Justicia de la Unión Europea (CJUE) rechaza la idea de que la CVDTOI pueda ser aplicada a la Unión Europea, pues las clases de acuerdos que celebra la UE ameritan la aplicación de la Convención de Viena de 1969—es decir aquella que solo aplica a Estados—por lo que el derecho consuetudinario de los tratados debe ser adaptado al contexto único de la Unión Europea¹⁴⁴. A pesar de ser este un argumento débil, dado que la CJUE es un órgano de la UE, es claro que la CJUE motivó su decisión acerca de qué instrumento aplicar, no con base en las directrices de aplicación de las convenciones, sino con base en la naturaleza de la organización internacional involucrada y las atribuciones establecidas en el texto constitutivo de la UE.

No hay que pasar por alto el hecho de que la UE ha sido una OI que ya ha influido en el desarrollo legislativo y no solo ha reemplazado a sus Estados miembros, sino que estos han adoptado internamente actos patrocinados por la UE. August Reinisch, profesor de la Universidad de Viena, indica que, si bien muchos Estados se han opuesto a la comparación de la UE con un Estado, la realidad es que la UE, con base en la doctrina de los poderes implícitos¹⁴⁵ ha ampliado sus funciones y ha ejercido competencias claramente estatales como ser miembro fundador de otras OIs y ser parte de tratados,

¹⁴⁴ Vid. Ordematt, J. 2017. *The Development of Customary International Law by International Organizations*. p. 505.

¹⁴⁵ Doctrina que implica que las organizaciones internacionales tienen poderes que, si bien no están expresamente reconocidos en los textos constitutivos, pueden ser deducidos de las competencias que sí están reconocidas. Vid. Reinisch, A. 2017. *Sources of International Organizations' Law: Why Custom and General Principles are Crucial*. Pág. 3, pár final.

sobre todo, en materia económica¹⁴⁶. Igualmente, Bruno de Witte, profesor belga en la Universidad de Maastricht, señala que los actos unilaterales de la Unión Europea ya han sido implementados en los órdenes legales internos de los Estados miembros de una forma más efectiva que actos de otras OIs¹⁴⁷. Es evidente que OIs como la UE han superado, por un lado, la discusión de si las OIs pueden ser considerados como sujetos de DIP y, por otro lado, permiten considerar que la participación de ciertas OIs no es irrelevante y es incluso necesaria en la creación de derecho internacional.

No solo la CJUE ha considerado la importancia de OIs como la UE. Las cláusulas de organizaciones regionales de integración (RIO por su nombre en inglés) que se incluyen en los tratados, permiten que las OIs de integración puedan participar en los mismos como cualquier otro Estado parte. Jed Ordematt señala que la base de datos de los tratados firmados por la Unión Europea indica que 80 acuerdos internacionales, incluyendo la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, tienen cláusulas de integración regional, por lo que el aceptar a las organizaciones regionales como partes de los tratados, al mismo nivel que los Estados, es una práctica general¹⁴⁸¹⁴⁹, que reconoce que las OIs regionales han participado al nivel de los Estados en actos internacionales.

De igual forma, si bien este es un caso de codificación más que de creación, existen OIs sin las cuales normas fundamentales que regulan las relaciones comerciales no estarían recogidas en cuerpos normativos que se consideran vinculantes. La cláusula de nación más favorecida (NMF) fue en principio recogida por el artículo 1 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)¹⁵⁰. Años más tarde pasó a ser considerada como la base del desarrollo comercio, y fue recogida por la Organización Mundial de Comercio (OMC)¹⁵¹. La intervención de la OMC en la codificación de esta

¹⁴⁶ Vid. d'Aspremont, J., Besson, S., & Knuchel, S. (Eds.). 2017. *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*. Oxford University Press. Sources of International Organizations' Law: Why Custom and General Principles are Crucial. Reinisch, A. Págs. 1007 a 1025.

¹⁴⁷ Vid. Witte, B. 2017. Sources and the Subjects of International Law: The European Union's Semi-Autonomous System of Sources. P. 16.

¹⁴⁸ Vid Ordematt, J. (2017). *The Development of Customary International Law by International Organizations*. p. 506. Estas cláusulas permiten que las organizaciones de integración regional, como la Unión Europea, intervengan en una convención como partes de la misma.

¹⁴⁹ La relevancia de la consideración de las OIs como partes en un tratado radica en que la costumbre internacional se forma también a partir de acuerdos ratificados por los Estados, por lo tanto, si una organización internacional formaría parte de la práctica que surge a partir de un acuerdo del que también es parte, sería claro que cierta norma consuetudinaria también provino de la participación de una OI.

¹⁵⁰ El GATT fue creado previamente (1947) a la creación de la OMC (1995). Los países miembros del GATT fueron quienes fundaron la Organización Mundial del Comercio (OMC) en 1995.

¹⁵¹ Vid. OMC. Principios del Sistema de Comercio. Recuperado el 22 de noviembre desde https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm

norma confirma el peso de ciertas OIs en el DIP, así como la influencia que este tipo de OIs, que están conformadas por la mayoría de los países, tienen en las relaciones internacionales. Es inevitable aceptar que estas OIs existen y organizan los campos de acción de los Estados. Si lograron tener una facultad codificadora, qué podría impedir que desarrollen una facultad legislativa, bajo el mismo concepto de poder alcanzar los objetivos para los que fueron creadas.

1.4 Las resoluciones como formas de identificación y creación de normas de costumbre internacional por las organizaciones internacionales

No solo basta con estudiar las clases de OIs que participan en la creación de normas de costumbre, sino que es indispensable analizar qué clase de actos son los que las crean. La CDI en la conclusión doce, analizada en el primer capítulo, afirmó que las resoluciones no pueden desarrollar costumbre internacional. Sin embargo, tanto los Estados como el Relator Especial en los comentarios del quinto informe están de acuerdo en que las resoluciones que provienen de órganos como la Asamblea General tienen un peso diferente por su universalidad y estatus dentro de las relaciones internacionales¹⁵². Así, el jurista Tullio Treves, ex miembro del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, cita el fallo de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sobre el principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales, en donde la CIJ lo reconoce como norma de costumbre internacional con base en tres resoluciones de la Asamblea General¹⁵³. La CIJ dijo que en ciertos casos se establecen normas de costumbre invocando imperativos morales, consecuencias lógicas de ciertos procesos y la autoridad de ciertas convenciones¹⁵⁴. A partir de este caso, por un lado, se confirma la importancia de la composición de una OI y, por otro lado, se establece que la CIJ considera a la ONU como un órgano lo suficientemente autónomo como para generar costumbre a partir de resoluciones que recogen práctica reiterada. Si se toma en cuenta la perspectiva de la CIJ, las resoluciones son la expresión de las prácticas de las OIs que permiten crear costumbre, por su mera existencia, más allá de cómo se haya creado, contrario a lo que estableció el Relator Especial de la CDI. Pese a la consideración de la CIJ, los Estados no tienen una posición consistente con respecto a las resoluciones de la Asamblea General: por un lado

¹⁵² Vid. Supra nota 30.

¹⁵³ Vid. Treves, T. Customary International Law. 2006. Max Planck Institute Public International Law Encyclopedia. pár. 20.

¹⁵⁴ Vid. Ibídem, pág. 21.

aceptan resoluciones en materias económicas y, por otro lado, descartan las resoluciones que contienen materia ambiental.

Por ejemplo, ha habido un claro rechazo de los países hacia una aceptación unánime de las resoluciones ambientales, mientras que las resoluciones económicas han tenido una aceptación inmediata. En 1992, Geoffroy Palmer, ex primer ministro de Nueva Zelanda, señaló que las normas de costumbre difícilmente podrían otorgar protección al medio ambiente y que si se pretendiese aprobar resoluciones cuyo fin es el mismo, se tienen que eliminar métodos como la aprobación por consenso¹⁵⁵. Más tarde, estas ideas fueron comprobadas: el Protocolo de Montreal tuvo que adoptar un sistema de mayoría simple, pues las resoluciones no pasaban bajo el requisito de unanimidad; y la Convención Marco sobre Cambio Climático, así como la Convención de Basilea, tuvieron que adoptar un sistema de súper mayoría en el caso de que no se adopten las resoluciones en unanimidad.¹⁵⁶ Por el contrario, las resoluciones acerca del área de la zona marítima exclusiva fueron rápida y unánimemente adoptadas por los Estados en la Tercera Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar¹⁵⁷. Se distingue, entonces, un sesgo que depende de la materia regulada. Sin embargo, para concluir si las OIs crean costumbre a través de sus resoluciones es necesario analizar cuán reiteradas han sido esas resoluciones y si otras OIs o los estados han adoptado prácticas emitidas en esas resoluciones con la convicción de obligatoriedad. Esto requeriría una investigación más profunda, y como se observó con el BERD y otras instituciones financieras, si bien pueden existir prácticas reiteradas, el elemento de convicción necesario para la creación de normas de costumbre es mucho más difícil de alcanzar.

1.5 Una crítica importante a la intervención de las organizaciones internacionales en el derecho internacional: el margen de apreciación de los Estados

El profesor Lawrence se refiere a una de las críticas más importantes al momento de considerar la participación de las OIs en el desarrollo de normas de costumbre internacional, especialmente cuando estas normas serían vinculantes no solo para ellas. Regresando al análisis de las instituciones financieras internacionales, indica que una de las diferencias más importantes entre los estándares de las IFIs y el control doméstico de

¹⁵⁵ Vid. Palmer, G. 1992. *New Ways to Make International Environmental Law*. P. 264, p. 1.

¹⁵⁶ Vid Fry, D. J. (2012) *Formation of Customary International Law through Consensus in International Organizations*, 17 *Austrian Rev. Int'l & Eur. L.* 49. p. 65.

¹⁵⁷ Vid. *Ibidem*, P. 65.

proyectos es que este reconoce que hay circunstancias individuales que no permiten aplicar de forma absoluta los estándares de las IFIs, pues necesitan considerar cuestiones políticas, técnicas y económicas que solo pueden ser examinadas internamente¹⁵⁸. Joseph Weiler de la Universidad de Nueva York señala que hay límites necesarios que no pueden ser legislados por el DIP, pues dependen solamente de la cultura y apreciación de cada comunidad¹⁵⁹. Estos límites, conocidos como límites fundamentales—*fundamental boundaries*—dan apertura a los Estados para que, a partir de interpretaciones estándares de las normas convencionales, apliquen estas normas en concordancia con los valores de la comunidad.

El profesor Weiler indica que los derechos fundamentales son al individuo como los límites fundamentales son a la comunidad. Lo que los límites fundamentales pretenden rescatar es la naturaleza social del ser humano, pues es erróneo considerar a la humanidad solo desde una perspectiva del individuo, como lo hace la teoría de los derechos y libertades individuales. Los límites fundamentales buscan mantener los “diferentes reinos del poder”¹⁶⁰. Las normas nacionales y transnacionales tienen que necesariamente trabajar en equipo. Por un lado, las normas transnacionales no pueden permitir que las autoridades transgredan la autonomía básica y la libertad del individuo y, por otro lado, las normas nacionales tienen que proteger sus valores sociales e impedir que las normas transnacionales influyan en las decisiones sociales de las comunidades¹⁶¹. Los límites fundamentales permiten que las comunidades puedan vivir con diferencias balanceadas que las mismas comunidades consideran fundamentales. A nivel doméstico, por un lado, el individuo necesita ser protegido del poder del gobierno, pero por otro lado la comunidad necesita ser protegida, a través de un gobierno, de las transgresiones del individuo al interés general¹⁶². A nivel internacional, los Estados cuentan con un margen de apreciación que les permite adaptar sus necesidades y sus diferencias culturales a estándares fundamentales establecidos por cuerpos judiciales internacionales, que serán aplicados y obedecidos de manera diferente por cada Estado, según sus principios y creencias.

¹⁵⁸ Vid. *Ibidem*, Pág. 23, pár. 5.

¹⁵⁹ Vid. Weiler, H. 2009. *Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: Common Standards and Conflicting Values in the Protection of Human Rights in the European Legal Space*. Pp. 74.

¹⁶⁰ Vid. *Ibidem*, Pág. 75, pár. 1.

¹⁶¹ Vid. *Ibidem*, pág. 75-76, pár. Final.

¹⁶² Vid. *Ibidem*, Pág. 78, pár. 2.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dentro del caso *Otto Preminger-Institut contra Austria*, indicó que, en virtud del artículo 9 del Convenio Europeo—derecho a la libertad de conciencia, pensamiento y religión— “un Estado puede legítimamente estimar necesario adoptar medidas encaminadas a reprimir ciertas formas de comportamiento, incluida la comunicación de informaciones e ideas consideradas incompatibles con el respeto a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión de los demás”. Asimismo, en virtud del artículo 10 del Convenio—respeto a los derechos de los demás—el Instituto Otto Preminger, que pretendió proyectar una película que violaría los valores religiosos de Innsbruck, estaría violando el derecho de los ciudadanos de Innsbruck a ejercer su derecho a la libertad de religión. el Tribunal Europeo decidió que Austria no había inaplicado las normas convencionales, pues había respetado los valores católicos de Innsbruck.

Estos límites son la principal razón por la que se critica la facultad legislativa de las OIs sin la intervención de los Estados miembros o más allá de las competencias acordadas en sus textos constitutivos, pues a pesar de ser foros de discusión de los Estados y de tener personalidad jurídica propia con poderes implícitos que les permiten alcanzar sus objetivos; las OIs no podrían considerar cada aspecto cultural, político o económico que solo es de conocimiento interno de cada Estado. Al contrario, al ser las OIs organismos con objetivos específicos que tienen una política de respeto al interés general, podrían adoptar lo que el profesor Weiler describe como un acercamiento maximalista, según el cual se recoge el estándar más alto de protección, con la idea de que al ser el más alto es el mejor para todos; sin considerar que esos estándares altos de protección violan ciertos valores sociales fundamentales que, a pesar de ser estándares menores, no transgreden derechos fundamentales del individuo, sino funcionan con base en valores culturales específicos.

Conclusión

A lo largo del trabajo se pudo rescatar que el debate sobre las facultades legislativas de las organizaciones internacionales para crear normas de costumbre internacional se enfoca ya sea en una visión estado-céntrica o en una perspectiva socio-céntrica. Hay autores que parten del punto de que el principio rector de las relaciones internacionales es el de soberanía, por lo que ningún sujeto, sea este un Estado o una organización internacional, puede intervenir en los asuntos internos de los Estados. Por otro lado, hay juristas que indican que es imposible negar la influencia que las organizaciones

internacionales han tenido en el desarrollo del DIP, pues su existencia es el resultado de las necesidades exigidas por las comunidades con base en un interés general, al que las organizaciones internacionales responden.

La CDI emprendió un trabajo de seis años con el objetivo de establecer directrices que permitirían identificar normas de costumbre de forma más fácil y homogénea. En el camino, la comisión se encontró con formas de creación que involucraban a agentes diferentes a los estatales. Para poder establecer directrices acerca de cómo identificar la creación de normas de costumbre, la CDI tenía que aclarar quiénes podían crearlas. La CDI no logró otorgar una respuesta absoluta acerca de la importancia de las OIs en la creación de normas de costumbre internacional. Si bien pretendió reducir su participación a los límites de sus textos constitutivos e incluso buscó esconder el efecto útil de su personalidad jurídica, para solo reconocer a los Estados como creadores de costumbre, la CDI no pudo evitar tener que referirse a temas como la naturaleza de ciertas OIs, su composición y los aportes de estas al Derecho Internacional Público, por ejemplo, en temas de manejo de situaciones beligerantes que han sido desarrollados por OIs como la ONU. De esta forma, el enfoque limitante de la CDI a las OIs tuvo como resultado un texto contradictorio que reconoce como máximo exponente de la creación de costumbre al Estado, niega la objetividad de la personalidad jurídica de las OIs, pero finalmente, si bien limita a algunos casos la participación de las OIs, reconoce que algunas tienen competencias que igualan su práctica al nivel de la de los Estados.

El relator especial Michael Wood, se remitió a las condiciones de préstamos del BERD que reconocen incuestionablemente que las IFIs crean normas de costumbre, pero no precisó a qué prácticas se refiere, ni en qué medida las IFIs han creado costumbre. Según el análisis de este trabajo, si bien existen prácticas reiteradas en proyectos ambientales, que han sido aplicadas a los mismos y que incluso su inobservancia ha tenido consecuencias prácticas; la inconsistencia en la aplicación de estándares ambientales por el propio BERD, la oscuridad del manejo de las políticas proteccionistas de la Corporación Financiera Internacional, y la diferenciación entre proyectos que según su tipo de financiamiento serán susceptibles o no a la aplicación de los Principios del Ecuador, permiten concluir que no existe el elemento de convicción en las prácticas ambientales. Por lo tanto, a pesar de encontrar prácticas reiteradas, estas no cumplen con el elemento de convicción de obligatoriedad—*opinio iuris*; por lo que, según el análisis realizado en este trabajo, ni el BERD, ni las instituciones financieras internacionales han

creado normas de costumbre internacional en materia ambiental, sino directrices de comportamiento que no son vinculantes.

Como afirmó Klabbers, la tensión entre el principio de soberanía y la doctrina de los poderes implícitos es un problema de difícil solución, pues los Estados siempre van a querer proteger su hegemonía y el control de sus asuntos internos, y la sociedad siempre va a querer que sus necesidades, que evolucionan con la interdependencia global, sean atendidas. Los Estados no escondieron sus preocupaciones acerca de otorgar demasiada libertad a las OIs, pero entre ellos existe una clara disidencia acerca del rol que las OIs tienen. Existe una brecha abismal entre sus opiniones; mientras unos exigen nivelar la participación de las OIs a la de los Estados, otros rechazan indiscutiblemente que las OIs puedan ejercer competencias diferentes a las establecidas por los textos constitutivos, pues tienen que obedecer las conductas impuestas por los Estados en cuanto sujetos supremos del DIP. Independientemente del debate entre Estados, es importante recalcar que el hecho de que existan opiniones tan extremas entre ellos tiene como resultado final el reconocer que la participación de las OIs en el sistema internacional ya no puede pasar desapercibido y que la intervención de las OIs en el DIP iguala a la de los Estados, pues sus efectos son directos incluso en las relaciones entre estos últimos.

El análisis del BERD no tuvo como conclusión una norma de derecho internacional consuetudinario creada por una OI; sin embargo, una investigación más profunda de cada uno de sus proyectos, así como proyectos financiados por otros bancos de desarrollo, y la adopción de políticas ambientales de otras instituciones financieras podrían dilucidar si existen normas de costumbre que cumplan con los dos elementos fundamentales. El hecho de que Michael Wood haya citado a las condiciones del BERD, así como el que reconozca de forma expresa que existen prácticas de las IFIs que han creado normas de costumbre, no puede ser aceptado incuestionablemente, ni rechazado apresuradamente, pues todavía hay muchas prácticas, en distintas materias y en el marco de las IFIs, que tienen que ser analizadas, para poder tener una conclusión real acerca de la participación de las OIs en la creación de normas de costumbre internacional.

Aunque la CDI haya finalizado su informe acerca de la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario en el 2018, hay todavía vacíos que permiten pensar que ciertas OIs participan en el proceso legislativo consuetudinario, independientemente de los problemas que esa participación pueda atraer. Si bien la participación de las OIs en la creación de costumbre puede vulnerar valores esenciales de las comunidades y transgredir límites fundamentales como lo expuso el profesor Weiler; la intervención de

las OIs en el desarrollo legislativo consuetudinario debe ser revisada para llegar a una conclusión realista acerca de qué OIs crean derecho internacional consuetudinario y cómo sus prácticas han logrado volverse vinculantes, lo que no solo es útil, sino necesario para poder regular de forma más efectiva a las OIs, tal como se intenta regular a los Estados.

Bibliografía

- Álvarez, J. (2008). *Governing the World: International Organizations as Law Makers*. Suffolk Transnational Law Review. p. 1-2.
- Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo. Condiciones generales de préstamos, garantías y otros acuerdos de financiación del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo. (2012). Art. 2.
- Banco Internacional de Fomento y Desarrollo. Texto constitutivo del Banco Internacional de Fomento y Desarrollo. Art. 1.
- Blokker, N. *International Organizations and Customary International Law: Is the International Law Commission Taking International Organizations Seriously?* International organizations law review 14 (2017) 1-12, p. 4. P. 12.
- Calvo. A. 2000. Organismos Financieros Internacionales: Bancos Regionales De Desarrollo e Instituciones Financieras Multilaterales. España. UNED.
- Calduch, R. 1991. Relaciones Internacionales. Edit. Ediciones Ciencias Sociales. Madrid. pag. 4.
- Carta de las Naciones Unidas. 2019. Art. 39 y 41.
- Casado, R. 2017. Derecho Internacional. Editorial Tecnos: Madrid. P. 210.
- Comisión de Derecho Internacional. Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional. Art. 1 y Art. 18.
- Comisión de Derecho Internacional. 2014. Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario. pág. 1-2.
- Comisión de Derecho Internacional. 2018. Quinto informe sobre identificación de derecho internacional consuetudinario de la Comisión de Derecho Internacional.

- Comisión de Derecho Internacional. 2018. Comentarios a las conclusiones del Quinto informe sobre identificación de derecho internacional consuetudinario de la Comisión de Derecho Internacional.
- Corte Internacional de Justicia. (Gr. Bret., Francia, Italia, Japón vs. Alemania) S.S. Wimbledon. Ser. A. No. Agosto 17, 1923.
- Daugirdas, K. 10 de abril de 2018. "International organizations and the creation of customary international law", University of Michigan, documento de investigación sobre derecho público núm. 597, Pág. 15. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=3160229> o en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3160229>.
- Equator Principles. 2012. Scope. Pág. 3.
- Estatuto del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo. Art. 2.
- Fry, D. J. (2012) *Formation of Customary International Law through Consensus in International Organizations*, 17 *Austrian Rev. Int'l & Eur. L.* 49. p. 61.
- Klabbers, J. (2015). *An introduction to international organizations law*. Cambridge University Press, pág. 4.
- Lawrence, R; Thomas, W. 2004. The Equator Principles and Project Finance: Sustainability in Practice, 19 *Nat. Resources & Env't.* 20.
- Linarelli, J. The European Bank for Reconstruction and Development: Legal and Policy Issues, 18 *B. C. Int'l & Comp. L. Rev.* 361 (1995).
- Margolis, A. 2010. Equator Principles, 6 *In-House Persp.* 13.
- McCorquodale, R. 2017. Sources and the Subjects of International Law: A Plurality of Law-Making Participants. *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*. Oxford University Press, 2018.
- OMC. Principios del Sistema de Comercio. Recuperado el 22 de noviembre desde https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm

Ordematt, J. (2017). *The Development of Customary International Law by International Organizations*.

Owen McIntyre, The Role of Customary Rules and Principles of International Environmental Law in the Protection of Shared International Freshwater Resources, 46 Nat. Resources J. 157 (2006).

Palmer, G. 1992. New Ways to Make International Environmental Law. The American Journal of International Law, Vol. 86, No. 2 (Apr., 1992), pp. 259-283 Published by: Cambridge University Press

Políticas sociales y ambientales del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo. 2019. Compromisos del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo.

Reinisch, A. 2017. Sources of International Organizations' Law: Why Custom and General Principles are Crucial. The Oxford Handbook of the Sources of International Law. Oxford University Press, 2018.

Sarro, D. 2012. Do Lenders Make Effective Regulators: An Assessment of the Equator Principles on Project Finance, 13 German L.J. 1525

Shaw, M. *International Law*. (Cambridge University Press 2017), p. 61.

Schermers, H. G., & Blokker, N. M. (2011). *International institutional law: unity within diversity*. Martinus Nijhoff Publishers.

Stone, J. 1957. The Vocation of the International Law Commission, 57 Colum. L. Rev. 16. pág. 20.

Texto Constitutivo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. Artículo 1.

Texto constitutivo del Banco Africano de Desarrollo. Art. 1.

Texto Constitutivo del Banco Asiático de Desarrollo. Art. 1.

- Thürer, D. 2009. *Soft Law*. Oxford Public International Law. Oxford University Press, 2015.
- Treves, T. *Customary International Law*. 2006. Oxford University Press, 2015. Max Planck Institute Public International Law Encyclopedia.
- Watts, A. *Codification and Progressive Development of International Law*. Oxford University Press, 2015.
- Weiler, H. 2009. *Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: Common Standards and Conflicting Values in the Protection of Human Rights in the European Legal Space*.
- Weinberger S. *The Wimbledon Paradox and the World Court: Confronting Inevitable Conflicts between Conventional and Customary International Law*, 10 *Emory Int'l L. Rev.* 397 (1996).
- Witte, B. 2017. *Sources and the Subjects of International Law: The European Union's Semi-Autonomous System of Sources*. *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*. Oxford University Press, 2018.
- Yin, L. (2007). *Intervention v. Co-operation: Legitimacy of the EBRD Conditionality*.