

# **IMPACTO DE LAS NORMAS DE SOFT LAW EN EL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

**Por Pablo Damián Colmegna**

## **RESUMEN**

En el presente trabajo se procederá a indagar acerca del papel que desempeña el soft law en el derecho internacional de los derechos humanos. Para ello se realizará un análisis del concepto a la luz del derecho internacional en general, para luego pasar a examinar las particularidades propias del soft law en materia de derechos humanos. La idea que motiva este análisis está centrada en la convicción de que remarcar la relevancia de las normas soft law en la materia deviene una tarea ineludible si lo que se busca generar compromisos claros por parte de los Estados en la protección y el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos.

## **PALABRAS CLAVE**

Soft law – Derecho Internacional de los Derechos Humanos – Naciones Unidas – Comisión Interamericana de Derechos Humanos

# THE IMPACT OF SOFT LAW RULES ON THE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

By Pablo Damián Colmegna

## SUMMARY

In the following investigation it will be analyzed the role that soft law rules play in the development of international human rights law. Accordingly, it will be developed the concept within the framework of general international law, and then it will be exposed the particularities of soft law in relation to human rights rules. The idea that spurs this analysis is the conviction that it is an unavoidable task to underline the relevance of soft law rules in relation to human rights in the search for real State commitments in the protection and development of international human rights law.

## KEY WORDS

Soft law – International Human Rights Law- United Nations – Inter-American Commission on Human Rights

# IMPACTO DE LAS NORMAS DE SOFT LAW EN EL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Por Pablo Damián Colmegna\*

*“El examen de las recomendaciones de las organizaciones internacionales no debe detenerse en la constatación de su carencia de fuerza obligatoria... Su verdadero problema estriba en la determinación de sus efectos jurídicos más allá de la imposibilidad de crear obligaciones jurídicas inmediatas.”<sup>1</sup>*

## I - Introducción

Resulta indudable que las normas soft law han desempeñado un rol destacado en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tal como se comprueba cuando se observa que el primer instrumento que dio contornos precisos a lo que se hoy se conocen como derechos humanos era precisamente una norma de soft law nacida de una organización internacional. Sin embargo, mucho se ha discutido acerca de lo que debe entenderse por soft law, originándose debates respecto de si constituye una fuente autónoma del derecho internacional o si necesariamente debe entenderse que está relacionado con las fuentes históricamente reconocidas. También se ha investigado sobre las posibles razones por las cuales los Estados recurren a este tipo de instrumentos, pero no se han analizado las particularidades que se presentan en relación con el derecho internacional de los derechos humanos. Por otra parte, se ha analizado el supuesto carácter vinculante de las resoluciones de organismos internacionales, y en gran parte se ha arribado a una conclusión que les niega la posibilidad de obligar jurídicamente a los Estados. Sin embargo, intentaré demostrar que, como sucede en todos los órdenes, la materia en análisis admite matices.

El objetivo del presente trabajo será examinar esa relación particular que se da entre las normas de soft law y los derechos humanos, con la idea de demostrar que éste resulta un campo en donde se refleja con mayor claridad la tensión entre las nociones de consensualismo y justicia como base del ordenamiento jurídico internacional. Se analizarán particularmente las resoluciones emanadas de la Asamblea General de las Naciones Unidas, los trabajos emanados de los Comités creados por los tratados de derechos humanos y en el plano regional, serán analizadas las recomendaciones que emite la Comisión Interamericana de

---

\* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ayudante alumno en la materia Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Catedra de la Dra. Mónica Pinto Integrante del Proyecto UBACyT La responsabilidad internacional del Estado por violación de los derechos humanos: sus particularidades frente al derecho internacional general. Directora: Silvina S. González Napolitano (2011-2012). Integrante del equipo que representó a la Facultad de Derecho (UBA) en la World Human Rights Moot Court Competition 2011, celebrada en la Universidad de Pretoria, Sudáfrica

<sup>1</sup> MAZUELOS BELLIDO Ángeles, *Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?*, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, N°. 8, 2004, p. 7. Disponible en: <http://www.reei.org/>.

Derechos Humanos. Mi hipótesis es que todas ellas constituyen una especie dentro del género soft law, las cuales poseen más que un valor meramente simbólico.

Comenzaré por analizar los alcances del concepto mismo de soft law en el derecho internacional para luego adentrarme en las distintas definiciones que existen respecto del término soft law, tanto en la jurisprudencia de tribunales internacionales como en la doctrina, y enunciaré cuál es la acepción del concepto que se utilizará a lo largo de la presente investigación. Posteriormente expondré las razones principales por las cuales los Estados recurren al dictado de normas soft law. Seguidamente, explicaré la posible caracterización del soft law como fuente autónoma de derecho internacional y los argumentos que se esgrimen en contra de esa concepción. Una vez establecido ello, procederé a demostrar de qué manera la evolución que sufrió el Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde mediados del siglo XX contribuye en gran medida a que hoy en día resulte imposible considerar que las normas de soft law en esta materia carecen de valor jurídico vinculante para los Estados.

## **II – Conceptualizaciones acerca el alcance de las normas soft law**

Las normas soft law pueden tener diversas denominaciones, tales como resoluciones, recomendaciones, guías, códigos o estándares de conducta (SHAW, 2008: 118). Incluso se ha llegado a sostener que la jurisprudencia constituiría una forma de soft law (GUZMAN & MEYER, 2009). Sin embargo, de la lectura de numerosas obras de doctrina se observa que no existe una definición precisa del término soft law, sino que el mismo varía dependiendo de los atributos que se predicen del mismo. Así es como Bodansky, distinguiéndolas de los tratados internacionales, enumera una serie de características de los instrumentos soft law: están formulados en términos exhortatorios; no cuentan con disposiciones finales relativas, por ejemplo, a la ratificación o a la entrada en vigor; tampoco cuentan con un cuerpo de normas que regulen su creación, aplicación, interpretación modificación, terminación y validez. Pero quizás el punto más destacable es que no tienen una limitación vinculada a la expresión del consentimiento, lo cual implica que si bien no vincula a los Estados que la formulan tampoco permite que los Estados que no la votaron se desentiendan de ella (BODANSKY, 2010: 156).

Por otra parte, se ha dicho que lo que le otorga valor jurídico al soft law es el hecho de que se trata de “instrumentos previstos en los tratados constitutivos de organizaciones internacionales, que se adoptan en el ejercicio de poderes conferidos y de acuerdo con un determinado procedimiento” (MAZUELOS BELLIDO, 2004: 13). Sin embargo, dicha posición no explica cómo se insertarían en el mundo jurídico aquellas normas no vinculantes que se adoptan por fuera de una organización internacional, como sucede con los memorandums de entendimiento.

En otro sentido, Shaw propone como criterio de identificación de una normas soft law un análisis literal del instrumento en cuestión, de manera de identificar la existencia de la voluntad de las partes en obligarse (SHAW, 2008: 118).

Pero las anteriores constituyen posturas que se apartan de la regla, la cual consiste en considerar que los instrumentos soft law poseen dos características: a) dudosa juridicidad; b) dudosa fuerza vinculante (MAZUELOS BELLIDO, 2004: 2). A continuación analizaremos estas dos facetas.

### **III – Hacia la calificación de las normas soft law como fuente del Derecho Internacional**

En gran medida, la calificación de una norma soft law como norma jurídica reproduce las discusiones que se han dado en torno a si corresponde considerar que el derecho internacional tiene carácter jurídico, de manera tal de ser considerado como Derecho.

Una de las teorías esbozadas para dar cuenta del contenido jurídico del derecho internacional fue elaborada por Jellinek, quien en su momento sugirió que se podría considerar que se está frente a una norma jurídica cuando el comportamiento posterior del Estado se adecua a dicha norma (DIEZ DE VELASCO, 2007: 104). Sin embargo, esta posición resulta inadecuada para explicar el fenómeno, ya que no da cuenta de cual sería la situación de esa norma respecto de los Estados que ya venían comportándose conforme a ella con anterioridad. Además, recurrir a la eficacia como pauta para la identificación de una norma conlleva el problema de no saber cuándo ni de dónde ella surge, provocando que todo y nada pueda ser considerado como una norma jurídica.

También resulta interesante analizar el criterio propuesto por Akehurst, quien menciona que para distinguir el derecho internacional de las reglas no jurídicas debe indagarse si los Estados consideran a esa regla como norma de derecho internacional (AKEHURST, 1994: 14). El problema es que no existe una pauta fija para determinar cuándo los Estados consideran que están frente a una norma jurídica y, si se recurre al concepto de obligatoriedad, aparece el problema de qué debe entenderse por el mismo en el derecho internacional.

Duguit se ha inclinado por considerar, de una u otra manera, que lo que caracteriza a una norma jurídica es el hecho de que se encuentra disponible el uso de la fuerza institucional por parte de un ente que monopoliza el uso de la coerción – que generalmente es el Estado - para forzar su cumplimiento (DIEZ DE VELASCO, 2007: 106). Pero esta postura no puede ser trasladada sin más al derecho internacional ya que en el derecho internacional nunca ha existido, en forma centralizada, un aparato coercitivo capaz de forzar el cumplimiento de las normas, con excepción, hasta cierto punto, de las normas que contribuyen al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales respecto de cuyo cumplimiento el Consejo de Seguridad desempeña un rol preponderante. Más aún, como lo explica Hart, la existencia de una sanción que respalde a la norma internacional no se revela como un elemento esencial del derecho internacional, como sí ocurre respecto de las normas de derecho interno, dadas las diferencias que existen entre uno y otro ordenamiento jurídico (HART, 1998: 270). Por otra parte, creer que la sanción existe porque los Estados tienen a su disposición la adopción de contramedidas o el derecho a la legítima defensa significa no comprender que la aplicación de sanciones no puede descansar en los sujetos del ordenamiento, sino que deben emanar del ordenamiento mismo (SHAW, 2008: 5).

Es desde esta última perspectiva que debe analizarse el fenómeno del soft law. Sobre el mismo se ha dicho que resulta difícil caracterizarlo como derecho en sentido estricto ya que constituye un derecho programático o en formación, es decir un derecho que cuenta con una vocación de obligatoriedad pero que no llega a ser obligatorio (ANDORNO, 2007). De esa manera, una norma soft law podría verse como un reflejo del derecho internacional sólo para aquellos autores que consideran al derecho internacional como un conjunto de normas morales, tales como Hobbes, Austin y Binder (DIEZ DE VELAZCO, 2007: 103). Como consecuencia, al tratarse de una obligación moral su incumplimiento solo provocaría un reproche por parte del resto de los Estados de la comunidad internacional (HART, 1998: 281), sin que se genere la responsabilidad internacional del Estado infractor. Pero, como hemos visto, la obligatoriedad no resulta un elemento adecuado para calificar a una norma como jurídica en el plano del derecho internacional debido a la dificultad para definir qué debe entenderse por obligatoriedad.

Por esta dificultad es que debe concluirse en que no existe ningún obstáculo para considerar que el derecho internacional está integrado por el soft law. Más aún, el soft law constituye un elemento de incidencia considerable en el desarrollo del derecho internacional (SHAW, 2008: 117). Y aún cuando se sostuviera que la obligatoriedad es un elemento característico del derecho internacional, la falta del mismo no debe detener el análisis del fenómeno del soft law. En palabras de Mazuellos Bellido, uno no debe quedarse sólo con la afirmación de que el soft law no es vinculante, sino que ese hecho debe impulsarnos a buscar cuáles son efectos más allá de su imposibilidad de crear obligaciones jurídicas (MAZUELOS BELLIDO, 2004: 7). Con ese espíritu es que se encara el presente trabajo de investigación.

#### **IV - Razones por las cuales los Estados recurren al dictado de normas soft law**

Se ha sugerido la idea de que las normas soft law, caracterizadas por carecer de fuerza vinculante para los Estados que las adoptan, presentan ciertas ventajas por sobre los tratados internacionales, los cuales constituyen los acuerdos vinculantes por excelencia. Así es como las normas soft law pueden ser adoptadas y modificadas más rápida y flexiblemente que los tratados, ya que las mismas no requieren ratificación; son más fáciles de negociar ya que implican un menor nivel de compromiso; mitiga los posibles efectos adversos que para el Estado podría tener el dictado de la norma, ya que la misma resulta no vinculante (BODANSKY, 2010: 156). También se ha dicho que su utilidad reside en constituir una herramienta útil para el juez al aplicar el derecho, para el legislador al elaborar las normas, para el jurista al tiempo de pensar las reglas y para el operador jurídico en general (DREYZIN DE KLOR, 2006). Por último, se ha señalado que en realidad su existencia debe verse como una manifestación de la intención política de un Estado de comportarse de determinada manera (SHAW, 2008: 118).

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) el recurso al soft law puede decirse que apunta a persuadir a un Estado infractor para que modifique su comportamiento. Así es como se suele recurrir a debates públicos sobre el comportamiento del Estado incumplidor tanto en la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) como en el Consejo de Derechos humanos, los cuales culminan

con resoluciones condenatorias; publicidad de informes realizados por grupos de trabajo o relatores nombrados por un órgano internacional para la investigación de violaciones, etc (STEINER, 2000: 37).

A continuación se procederá a analizar el impacto y alcance de las normas soft law en relación con los sistemas de protección de los derechos humanos.

### **V - ¿Son las normas soft law una fuente autónoma del derecho internacional?**

Cualquiera que se dedique al estudio del derecho internacional sabe que predomina la postura que considera que todas las normas que pretendan ser hechas valer por los Estados deben necesariamente tener una conexión con las fuentes enumeradas por el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) (MAZUELOS BELLIDO, 2004: 6). Así es como Sorensen señala que la aparición de nuevas fuentes siempre va a estar vinculada, de una u otra manera, con las fuentes de derecho históricamente reconocidas: los tratados o la costumbre (SORENSEN, 1994: 154).

La vinculación entre una norma de soft law y un tratado estaría dada por el hecho de que, aún cuando los redactores de la Carta hubiesen previsto que las resoluciones de la AGNU fueran obligatorias, ellas no podrían considerarse como una fuente autónoma, toda vez que su fuerza vinculante estaría necesariamente ligada al tratado que les otorga ese carácter. Es decir, se considera que la resolución encuentra su valor jurídico en virtud de haber sido adoptada por un órgano respecto del cual su tratado constitutivo expresamente le confiere esa facultad (AKEHURST, 1994: 45). Y, en el caso de las resoluciones dictadas por la AGNU, ese valor jurídico es el de una recomendación por expresa disposición de la Carta.

Por otro lado, en relación a la vinculación entre soft law y costumbre internacional, se sostiene que en virtud de que son los Estados los que participan en la AGNU las resoluciones que adopten deben verse como práctica en el camino hacia la formación de una norma consuetudinaria (SHAW, 2008: 1212)<sup>2</sup>. De esa manera, se considera que una resolución de la AGNU podría tener un efecto declarativo, cristizador o constitutivo de una norma consuetudinaria (DIEZ DE VELASCO, 2007: 146)<sup>3</sup>. Una manera de mensurar el impacto de una resolución en la costumbre internacional sería a través de la observación de la cantidad de votos en contra que la misma obtuviese, ya que esa información sería relevante para considerar que existe un obstáculo que impide la formación de una norma consuetudinaria o, al menos, permitiría la identificación de los objetores persistentes<sup>4</sup>.

También se ha esgrimido que cuando dos o más Estados votan a favor de una resolución la misma resulta oponible entre ellos por aplicación del principio de la buena fe y del *estoppel* (MAZUELOS BELLIDO, 2004: 4). Sin embargo, consideramos que ello carece de asidero ya que en primer lugar debe

<sup>2</sup> Por su parte, Akehurst considera que no existen obstáculos para tal caracterización, ya que no solo debe tenerse en cuenta lo que los Estados hacen sino también lo que dicen.

<sup>3</sup> Este autor pone como ejemplo de Resolución 2626 (XXV) como ejemplo de una resolución declarativa; a la Resolución 1962 (XVIII) como ejemplo de resolución cristalizadora; y a la Resolución 1514 (XV) como prueba de una resolución constitutiva de una norma de derecho internacional.

<sup>4</sup> Sin embargo, esta postura es pasible de crítica toda vez que no se estaría tomando en cuenta la práctica de los Estados que no integran esa organización internacional.

examinarse el texto del tratado que dio nacimiento a la organización internacional para conocer sobre el posible valor vinculante de una resolución así adoptada.

Finalmente la CIJ, en el caso de la *Legalidad de la Amenaza o el Uso de las Armas Nucleares*, ha dejado entrever una opinión en relación con las resoluciones de la AGNU. Allí la Corte destacó que la repetición de resoluciones de la Asamblea sobre una misma cuestión puede significar un importante paso adelante en la consecución de un objetivo, como lo era lograr el desarme nuclear para este caso en particular<sup>5</sup>. Es decir, la CIJ reconoce que las resoluciones dictadas por la Asamblea tienen un valor que va más allá del de una mera recomendación, dado su potencial transformador de la realidad para la consecución de los objetivos que los Estados consideren necesario alcanzar. Sin embargo, resulta difícil catalogar esta afirmación como netamente jurídica, dado el lenguaje descriptivo que la CIJ utiliza al decir que constituyen "un importante paso". Es decir, no queda del todo claro si la Corte se refería a la opinio iuris, a la práctica de los Estados, o en realidad se estaba refiriendo a una característica propia de una norma de soft law.

En mi opinión, no existe ningún fundamento para considerar que las fuentes mencionadas en el art. 38 del Estatuto son las únicas existentes y las únicas que los tribunales internacionales deban tener en cuenta al momento de emitir sus sentencias (siempre y cuando no se trate de la propia CIJ). El reconocimiento de la existencia de actos unilaterales como fuente de derechos y obligaciones, tal como lo reconoció la CIJ en el *Caso relativo a los ensayos nucleares*, prueba que la existencia de otras fuentes de derecho internacional es posible. Esta postura se refuerza al tener en cuenta lo dicho por Hart, en el sentido de que el derecho internacional se caracteriza por la ausencia de una regla de reconocimiento que permita individualizar cuáles son sus fuentes y qué criterios deben utilizarse para la identificación de sus normas (HART, 1998: 264). En el mismo sentido, Diez de Velasco afirma que la elaboración del derecho queda sometida a los dictados de la práctica y de la manifestación concreta del *consensus generalis*, con independencia de la forma en que dicho consenso se manifieste (DIEZ DE VELASCO, 2007: 146-147). De esa manera no existirían obstáculos que, *a priori*, impidieran la consideración de las normas de soft law como fuente autónoma del derecho internacional. Al menos, esta posición es la que parece adoptar Barberis, quien sugiere que las resoluciones de las organizaciones internacionales pueden ser consideradas como fuente autónoma del derecho internacional, pero siempre que cumplan con ciertos requisitos (BARBERIS, 1994: 159-167).

## VI - Soft law y Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Si bien el dictado de normas de soft law se observa con mayor frecuencia en relación con el derecho internacional económico y con el derecho internacional ambiental (SHAW, 2008: 118) no debe perderse de vista el importante rol que ellas desempeñan en el DIDH. En este último sector las normas de soft law han probado ser de gran utilidad. Baste con mencionar que el Acta Final de Helsinki (1975), un instrumento no vinculante (MAZUELOSS BELLIDO, 2004: 15), produjo un aporte invaluable para

<sup>5</sup> ICJ, *Legality of the threat or use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of July 1996, p. 226.



generar consciencia en los Estados de Europa del Este respecto de la importancia que revisten los derechos fundamentales de los individuos (SHAW, 2008: 118).

El recurso al soft law en el DIDH se explica por la especial naturaleza de esta rama del derecho internacional ya que, a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos del derecho internacional, en esta no existe una práctica previa de los Estados que le de sustento a la creación de una norma jurídica. Es otras palabras, los Estados suelen recurrir al dictado de normas de soft law para dar a conocer su posición respecto de determinados temas en un determinado momento para luego comenzar a actuar en consecuencia y, eventualmente, recurrir a la adopción de un tratado sobre la materia en cuestión. Así es como cobra sentido lo dicho por Steiner en el sentido de que el DIDH puede caracterizarse, por la existencia de una serie de aspiraciones a ser alcanzadas en el futuro (STEINER, 2000: 26).

Distintas son las funciones que el soft law puede desempeñar en el DIDH. En virtud de cómo han acontecido los hechos puede decirse que las normas soft law, además de cumplir una función moralizadora, también orientan el desarrollo posterior del DIDH, tal como sucedió con la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) (DIEZ DE VELASCO, 2007: 656). Más específicamente, en relación con los órganos creados por los tratados sobre DDHH, puede advertirse que las recomendaciones que emiten son de gran utilidad para exponer ante la comunidad internacional los índices de cumplimiento o incumplimiento del tratado en cuestión. De esa manera, puede decirse que las normas de soft law no sólo pueden afectar la imagen de un Estado a nivel internacional sino que también son susceptibles de desencadenar una opinión crítica de las políticas públicas que se desarrollen en el mismo y, de esa manera, favorecer la consolidación de una sociedad civil activa que reclame el cumplimiento de las obligaciones asumidas internacionalmente por el Estado (ABBOTT & SNIDAL, 1998: 27).

El soft law adquiere mayor protagonismo en lo que respecta al sistema universal de protección de los derechos humanos, entendiendo por tal a aquel nacido en el marco de la Organización de Naciones Unidas. Ello en virtud de que los tratados allí celebrados tienen la particularidad de prever la creación de un órgano cuasi-jurisdiccional cuya función es la de interpretar y supervisar el cumplimiento del tratado por parte de los Estados a través de la emisión de Observaciones finales, Observaciones Generales y Comunicaciones, documentos estos que pueden clasificarse dentro de lo que se conoce como soft law dado que carecen de valor jurídico vinculante para los estados (DIEZ DE VELASCO, 2007: 651). Sin embargo, corresponde destacar que los Estados no siempre concibieron el sistema como uno que debiera implementarse a través de mecanismos de supervisión laxos como los que existen actualmente sino que, al momento de redactar la DUDH, los Estados habían manifestado la necesidad de crear un Tribunal Internacional encargado de velar por la protección de los derechos humanos (McGOLDRICK, 1994: 5)

En opinión de quien escribe, lo que puede evidenciarse como un factor que le da mayor fuerza al soft law en el DIDH es el hecho de que, actualmente, pareciera que las de derechos humanos gozan de una jerarquía superior a la de otras áreas del derecho internacional. Ello en virtud de que desde el dictum de la CIJ en el caso Barcelona Traction, se reconoce que todos los Estados tienen un interés jurídico en

que las normas de derechos humanos sean respetadas, consagrando lo que luego serían denominadas obligaciones *erga omnes*<sup>6</sup>. Esa postura fue luego recogida durante la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos. En ella se sostuvo que “la promoción y protección de los derechos humanos es una cuestión prioritaria para la comunidad internacional”<sup>7</sup>, remarcando a su vez que “los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”<sup>8</sup>. Más aún, la Comisión de Derecho Internacional ha sugerido la idea que la prohibición de la violación grave de los derechos fundamentales del hombre constituye una norma de *Ius cogens* (AKEHURST, 1994: 48)<sup>9</sup>.

Como consecuencia de esta vinculación con el concepto de obligaciones *erga omnes* y normas *ius cogens*, el DIDH se ha transformado en un campo en el que se manifiestan valores fundamentales para la comunidad internacional, entre los cuales se pueden mencionar la prohibición del apartheid, la descolonización y la protección del medio ambiente (HILLGENBERG, 1999: 499-515). Así es como actualmente debe considerarse que esta rama del derecho internacional escapa a la tradición consensualista que predomina desde que en el caso Lotus la Corte Permanente de Justicia Internacional estableciera que no cabía presumir limitaciones a la libertad de acción de los Estados, ya que para que estos resultaran obligados debía mediar una manifestación de su consentimiento<sup>10</sup>.

Por esa razón, considero que corresponde darle mayor protagonismo al soft law en el ámbito internacional, ya que el mismo puede verse como una expresión del grado de consenso que existe en la comunidad internacional en relación con el contenido del DIDH, resultando irrelevante discernir si se trata de un instrumento vinculante o no. Así es como una norma de soft law permitiría identificar no sólo cuáles son esos derechos y libertades fundamentales que han sido ascendidos a la categoría de obligaciones *erga omnes* e *ius cogens*, sino que también permitiría un mejor discernimiento del alcance de los derechos contenidos en un tratado internacional de derechos humanos. En suma, se podría decir que el soft law en DIDH constituye una manifestación que se adecua a la noción de nuevo derecho internacional esbozada por el Juez Álvarez en el caso del Canal de Corfú<sup>11</sup>.

Las normas soft law en el DIDH emanan principalmente de las organizaciones internacionales, ya que son estas últimas las que estructuran todo el sistema de protección y promoción de los derechos humanos (DIEZ DE VELASCO, 2007: 651). Entre ellas puede mencionarse al Consejo de Derechos Humanos, la AGNU y los Comités creados para cada uno de los tratados celebrados en el marco tanto del sistema universal como del sistema regional. A continuación se analizará cada una de estas variantes.

<sup>6</sup> ICJ, *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962)(Belgium v. Spain) Second Phase*, Judgment of 5 February 1970, pars. 33 y 34.

<sup>7</sup> Conferencia Mundial de Derechos Humanos, *Declaración y Programa de Acción de Viena*, 25 de junio de 1993, Preámbulo.

<sup>8</sup> *Ibid*, párr 5.

<sup>9</sup> Sea que los derechos humanos pertenecen a una u otra categoría es una cuestión que va allá de los objetivos de la presente investigación

<sup>10</sup> PCIJ, *The case of the S.S. "Lotus" (France vs. Turkey)*. Judgment of September 7, 1927, p. 18.

<sup>11</sup> CIJ, *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania – Corfu Channel* – Sentencia del 9 de abril de 1949. Opinión individual del Juez Álvarez, p. 40.

## VI.1 – Las Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas

Corresponde señalar que, en relación con las resoluciones de la AGNU, podría predicarse que las mismas cuentan con un valor superior a las resoluciones de cualquier otra organización internacional con fundamento en tres elementos: a) la propia Carta de la ONU (Carta) establece que los Estados miembros deben hacer que los Estados que no son parte de la organización se conduzcan de acuerdo a los propósitos y principios de la Carta<sup>12</sup>, lo cual implica que el respeto universal por los derechos humanos mencionado en la misma y que pudiera ser fomentado a través de una resolución de la Asamblea, no puede lograrse sino mediante la participación de todos los Estados de la comunidad internacional (PINTO, 2009: 18); b) el art. 103 de la Carta insinúa que la misma consagra un orden público internacional, concepto que alcanzaría a los derechos humanos (PINTO, 2009: 22); c) existe un acuerdo en que las prácticas de obstrucción sistemática y de rechazo total de las recomendaciones de las Naciones Unidas contravienen lo dispuesto en el art. 56 de la Carta (PINTO, 2009: 20). Además, en el año 1955 Lauterpacht sostuvo que si bien las resoluciones de la AGNU no pueden considerarse fuente de obligaciones, en ciertas ocasiones pueden servir de autorización legal a los Estados Miembros determinados a actuar individual o colectivamente<sup>13</sup>. También la CIJ, en el caso sobre la *Legalidad de la Amenaza o el Uso de las Armas Nucleares*, expresó que las resoluciones de la AGNU, aunque no son vinculantes pueden, en ocasiones, tener valor normativo<sup>14</sup>.

Sin embargo, las observaciones anteriores resultan aplicables a todas las resoluciones de la AGNU, por lo que corresponde preguntarse ¿existe un elemento adicional que coloque a las resoluciones sobre DDHH que las coloque en una categoría especial en el marco general de las resoluciones adoptadas por la AGNU? La respuesta debe ser afirmativa, basándonos en nuestra postura anteriormente expuesta en el sentido de que el soft law en DIDH tiene la virtud de expresar valores compartidos por la comunidad internacional.

Es decir, tomando en cuenta que la promoción y protección de los derechos humanos parece encontrarse más allá de del consentimiento de los Estados en obligarse a respetarlos y garantizarlos debe necesariamente concluirse en que las resoluciones que la AGNU adopte en la materia deberán incorporarse al cuerpo normativo del DIDH. Prueba de ello es que el procedimiento extraconvencional nacido en 1968, mediante la resolución 1235 del ECOSOC, establecía que la Comisión de Derechos Humanos (hoy reemplazada por el Consejo de Derechos Humanos) se encontraba facultada a analizar situaciones de violaciones a los derechos humanos, para lo cual podía utilizar como fundamento a la

<sup>12</sup> Naciones Unidas, Carta de las Naciones Unidas, 24 de octubre de 1945, 1 UNTS XVI, Art. 2.6.

<sup>13</sup> CIJ, *Voting Procedure on Questions Relating to Reports and Petitions Concerning the Territory of South West Africa*. Opinión Consultiva del 7 de junio de 1955, opinión individual del Juez Lauterpacht, p. 115.

<sup>14</sup> CIJ, *supra* nota 5, para. 70.

DUDH y al resto de las declaraciones adoptadas no sólo por la AGNU sino por todo otro órgano de Naciones Unidas<sup>15</sup>.

Además, se considera que, en general, el cuerpo normativo del DIDH, además de estar integrado por tratados, está constituido por algunas declaraciones emanadas de la AGNU, como por ejemplo la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones del año 1981 (DIEZ DE VELASCO, 2007: 658).

### **VI.1.a) Hacia un mayor protagonismo de la AGNU en la protección de los DDHH**

Es la opinión de quien escribe que resulta conveniente que las resoluciones de la AGNU en materia de DIDH sean consideradas obligatorias, al menos por las siguientes razones. Se entiende que la negativa a considerar a la AGNU como un órgano legislativo se debe, principalmente, a la sobre representación de Estados del Tercer Mundo en la misma, los cuales tendrían una mayoría automática en la toma de decisiones y, por lo tanto, tendrían el poder para imponer su voluntad a la del resto de los Estados (BARBERIS, 1994: 283). Pero se olvida que una AGNU con facultades legislativas en relación al DIDH podría servir de contrapeso al Consejo de Seguridad (CS), el cual es un órgano representado por cinco de los Estados con mayor poderío militar y económico que cuenta con el poder de emitir resoluciones obligatorias para el resto de la comunidad internacional. Dicho contrapeso se revela imperioso si se considera que el CS ha intervenido ante crisis humanitarias por considerarlas incluidas dentro de las situaciones previstas en el art. 39 de la Carta, siendo que en todos los casos esas intervenciones se llevaron a cabo en países del Tercer Mundo y no fue precisamente el CS el que actuó, sino que se dedicó a dictar resoluciones autorizando a los Estados a recurrir al uso de la fuerza (BLOKKER, 2000: 543-544). De esa manera, una AGNU fortalecida estaría en condiciones de poner un freno en aquellos casos en que no queda claro si el CS realmente autorizó a los Estados a recurrir al uso de la fuerza, tal como sucedió con las resoluciones 688 (Irak), 1199 y 1203 (Kosovo) (BLOKKER, 2000: 546).

La AGNU debería funcionar como contrapeso aún en el caso de que el CS se encuentre entendiendo en una cuestión distinta a una crisis humanitaria, ya que los derechos humanos de los Estados involucrados se verían igualmente afectados, aún si solo se tratase de la aplicación de sanciones económicas. La AGNU debería estar allí para recordarle al CS que en su accionar se encuentra limitado por los principios y propósitos de la Carta<sup>16</sup>, entre los cuales figura el respeto por los derechos humanos<sup>17</sup>.

### **VI.1.b) Un caso particular: la Declaración Universal de los Derechos Humanos**

<sup>15</sup> Sin embargo, hay que destacar que mediante este procedimiento también se utilizaba como base normativa todo tratado en vigor respecto del Estado bajo escrutinio.

<sup>16</sup> Así lo establece el art. 24.2 de la Carta.

<sup>17</sup> En efecto el art. 1.3 establece como principio realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales.

Si bien se suele decir que aún cuando las resoluciones de la AGNU reciban el nombre de declaración o Carta no es indicativo de un status jurídico especial (MAZUELOS BELLIDO, 2004: 9), ello no parece aplicable en relación con la DUDH. El desarrollo del DIDH posterior a la adopción de la DUDH demuestra la relevancia que una resolución de la AGNU en la materia puede llegar a adquirir

La DUDH surgió el 10 de diciembre de 1948 mediante el dictado de la Resolución 217 A (III) de la AGNU, hecho que en gran medida puede explicarse por la preocupación que los Estados sintieron respecto de la debilidad de las disposiciones de DDHH contenidas en la Carta, lo cual hacía necesaria la adopción de una Carta de Derechos (SHELTON, 2007: 14). Los Estados que la firmaron lo hicieron sin considerar que la misma establecía obligaciones jurídicas a su cargo, pero el hecho de que haya sido adoptada sin votos en contra revela que la misma podría ser encasillada como una interpretación auténtica de la Carta, desarrollando el contenido del término derechos humanos allí contenido (FERNANDEZ, 1996: 56). Además, durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968, se adoptó otra resolución por la cual se expresó que la DUDH debía considerarse como una fuente de obligaciones para los Estados (AKEHURST, 1994: 84). En razón de que “un instrumento jurídico debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema normativo en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar”<sup>18</sup>, la voluntad originaria de los Estados debe ser contrastada con el desarrollo normativo posterior, de manera tal de considerar la norma tal como rige en el momento de ser interpretada<sup>19</sup>. Esto nos conduce a sostener que, en vista del desarrollo del DIDH desde 1948, tal como se lo expuso y, a pesar de que la DUDH surgió de una resolución de la Asamblea, existen varios indicios que demuestran el valor vinculante de la DUDH.

El valor jurídico de la DUDH también puede extraerse de la postura que considera que las resoluciones adoptadas por la AGNU deben entenderse a la luz de la función que cumple la ONU como vehículo para interpretar, monitorear y hacer cumplir las obligaciones que emanan de los tratados (ALVAREZ, 2005: 317). En ese caso, la DUDH podría verse como una interpretación del término “derechos humanos” que en varias ocasiones figura en la Carta, postura a la que adhiere Shelton (SHELTON, 2007: 15).

Por otra parte, no debe olvidarse que el carácter universal de la DUDH se ve reforzado por el hecho de que los instrumentos constitutivos de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos hacen referencia a ella (SHELTON, 2007: 21). Así es como la DUDH está mencionada en los preámbulos de la Convención Europea sobre Derechos Humanos, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos.

Desde un punto de vista histórico, la DUDH también debe verse como el primer paso hacia la consolidación del DIDH ocurrida en 1966, año en que los derechos humanos terminan por insertarse en

<sup>18</sup> CII, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Opinión Consultiva de 21 de junio de 1971, p. 31.

<sup>19</sup> Esa misma postura fue la adoptó la Corte IDH en relación con la Declaración Americana de Derechos Humanos. Ver: Corte IDH, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del art. 64 de la Convención Americana de derechos Humanos*, Opinión consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, para 37.

la escena internacional al ser consagrados en tratados internacionales con fuerza vinculante para los Estados, tales como el PIDESC y el PIDCP.

En síntesis, la DUDH constituye paradigma respecto del valor que puede llegar a adquirir una resolución de la AGNU. Sin embargo, permanece abierta la cuestión de si ese status especial con respecto a otras resoluciones se debe al momento en que fue creada, a su contenido intrínseco, a la conducta posterior de los Estados en relación a la misma, o es resultado de la suma de estos tres factores.

## **VI.2 – Los órganos de los tratados sobre derechos humanos en el sistema universal**

Por sistema universal de protección de los derechos humanos me refiero a aquel que está formado por los distintos tratados sobre derechos humanos que nacieron al amparo de la ONU. Este sistema fue calificado como uno en el que conviven normas que demandan un cambio profundo en el comportamiento del Estado con un sistema frágil para su implementación (STEINER, 2000: 25). Es decir, tomando en cuenta la tipología de Abbot y Snidal, se podría calificar a los tratados de DDHH como obligatorios (*O*), con un nivel medio de precisión (*p*) y de delegación (*d*) (ABBOT & SNIDAL, 2000: 424).

En cuanto a la delegación, los órganos creados por estos tratados (en adelante, los denominaré Comités) se caracterizan por las siguientes funciones: recibir informes periódicos de los Estados y emitir Observaciones Finales sobre los mismos para que el Estado dedique mayores esfuerzos en aquellas áreas en la que registra un menor cumplimiento; realizar Observaciones Generales que interpretan el alcance y contenido de los derechos enunciados por los tratados; y algunos de ellos reciben peticiones de los individuos que alegan la violación de los derechos establecidos en el tratado del cual están encargados de supervisar (mayormente se decide la adopción de un Protocolo abierto a la firma de los Estados para que los órganos cuenten con esta última atribución). Sin embargo, se considera que estas tres funciones están íntimamente entrelazadas unas con otras (STEINER, 2000: 21). Así es como, por ejemplo, las Observaciones Finales en relación a los informes periódicos, o a las comunicaciones sirven de base, a su vez, para la elaboración de las Observaciones Generales (STEINER, 2000: 52). Pero todas estas decisiones y recomendaciones tienen en común la característica de no ser vinculantes para los Estados parte en el tratado en cuestión.

Sin embargo, cabe preguntarse ¿por qué los Estados han formulado un sistema tan laxo para la implementación de los tratados de DDHH? Una primera respuesta consiste en decir que el sistema fue diseñado de esa manera para lograr que el mayor número posible de Estados se incorpore al sistema de protección creado (STEINER, 2000: 19). Como segunda explicación puede esgrimirse el desacuerdo que a nivel global existe sobre el concepto de derechos humanos, en donde muchas veces los Estados alegan cuestiones de relativismo cultural para desligarse de todo el desarrollo experimentado por el DIDH (SHELTON, 2007: 29). Este desacuerdo se evidenció, fundamentalmente, cuando entre 1946 y 1948 los Estados decidieron darle contenido a la expresión “derechos humanos”, que por primera vez se enunciaba

en la Carta de la ONU<sup>20</sup>, a través de lo que luego se convertiría en la DUDH<sup>21</sup>. Una tercera explicación posible es que ellos perciben a los mecanismo de protección como atentatorios de sus derechos soberanos (STEINER, 2000: 18). Sin embargo, en la actualidad está fuera de discusión que los Estados no pueden oponer su soberanía para impedir el escrutinio de la comunidad internacional respecto del cumplimiento de las obligaciones que emanan de las normas de DIDH (DIEZ DE VELASCO, 2007: 650).

De esta forma, pareciera ser que el sistema universal fue ideado de manera tal que su máxima contribución al DIDH sea la de desarrollar, a través de los Comités, el contenido y alcance de los derechos consagrados en cada uno de los tratados (STEINER, 2000: 42). Por esta razón se ha argumentado que la calificación de las elaboraciones a cargo de los Comités como soft law en realidad no es tal, ya que en realidad precisan el contenido del DIDH y complementan las posibles lagunas que pudieran llegar a existir (MAZUELOSS BELLIDO, 2004: 26). Y está bien que así sea, ya que no se justificaría llamar a una conferencia internacional para la reforma de un tratado cada vez que surgieran desacuerdos acerca de la interpretación que corresponde otorgarle a una determinada disposición. O peor sería si se dejase la determinación del contenido de la obligación en cabeza de los Estados, lo cual podría llevar a que se pusiera en duda la existencia misma de esa obligación (MAZUELOSS BELLIDO, 2004: 33).

Ahora bien, en vistas de lo anteriormente expuesto corresponde preguntarse: ¿es realmente posible considerar que el sistema ideado resulta inadecuado para proteger los derechos humanos? Considero que no. A pesar de que se sostiene que los Comités desempeñan una escasa o nula función respecto de la protección de los DDHH, corresponde decir que los mismos constituyen la herramienta que permite el anclaje de las normas de derechos humanos en una determinada institución encargada de velar por su observancia (STEINER, 2000: 19). Así es como los tratados no se limitan a expresar el comportamiento que los Estados deben observar, sino que establecen órganos encargados de supervisar su cumplimiento. Además, las recomendaciones que estos órganos emitan, aun cuando no sean obligatorias para los Estados, producen importantes efectos. Como señala Steiner, la publicidad que a las mismas se les puede afectar negativamente la imagen internacional del Estado, el cual, guiado por su propio interés, iniciará cursos de acción para revertir esa situación. Más importante aún, Steiner puntualiza que las recomendaciones de un Comité pueden convertirse en materia de debate al interior del propio Estado, provocando que ONGs y grupos opositores tengan argumentos legítimos para sustentar sus reclamos ante el gobierno de turno (STEINER, 2000: 51).

También debe remarcarse que es la debilidad de los Comités la que induce a los Estados a integrarse al sistema, ya que ratificar el tratado no se traduce en costos considerables, sino que les genera el beneficio de aparecer ante la comunidad internacional como un Estado respetuoso del DIDH. Más aún, en la práctica puede observarse cómo la debilidad del mecanismo de protección es sólo aparente ya que

<sup>20</sup> La Carta hace mención a los derechos humanos en los arts. 1.3; 13.b; 55.c; 56; 62.2; 68; y en el Preámbulo, párr. 2.

<sup>21</sup> Sin embargo, no debe perderse de vista que los Estados no optaron por la firma de un tratado sino hasta 1966 y aún así lo hicieron dividiendo los derechos humanos en categorías tales como derechos civiles y políticos por un lado y económicos, sociales y culturales por el otro. Con posterioridad irían apareciendo otros tratados que protegían grupos específicos de personas o de derechos.

los órganos de DDHH han ampliado sus facultades con el paso de los años. Piénsese como el Comité de DDHH estableció, en relación con las comunicaciones individuales, que el hecho de que el Protocolo PIDCP guarde silencio respecto a la naturaleza de las observaciones emitidas por el Comité no significa que un Estado pueda libremente elegir si cumplirla o no hacerlo (STEINER, 2000: 30). En consecuencia, el Comité puede requerir al Estado que, pasados 90 días desde el dictado de la observación, le informe qué medidas ha tomado para dar efecto a la misma<sup>22</sup>.

También la Comisión de DDHH, mediante los procedimientos 1235 y 1503, amplió el ámbito de protección más allá del que originariamente se le había conferido (STEINER, 2000: 20).

En lo que respecta al funcionamiento de los Comités en general, utilizo como muestra lo que sucede con el Comité de Derechos Humanos, cuyo diseño ha servido de modelo para el desarrollo posterior del resto de los Comités creados en el marco de los tratados de DDHH (DIEZ DE VELASCO, 2007, 669).

En primer lugar, en el proceso de examen de los informes periódicos se producen discusiones entre los miembros del Comité y los representantes del Estado que está siendo examinado, las cuales tienen lugar en reuniones públicas (STEINER, 2000: 22). Ello le da al Estado la posibilidad de conocer en qué áreas puede estar incurriendo en responsabilidad internacional por violaciones de DDHH, lo cual resulta útil toda vez que en muchas ocasiones los Estados, por falta de conocimiento del sistema universal de protección, pueden no ser conscientes de que se hayan en un estado de incumplimiento del tratado en cuestión. Así quedaría delineada lo que podría denominarse la función pedagógica que cumple el sistema, al poner una serie de expertos independientes al servicio de los Estados para que le señalen al Estado cuál es la forma de mejor cumplir con sus obligaciones (STEINER, 2000: 51)<sup>23</sup>. Debe ser por esta razón que se considera que el sistema de examen de informes periódicos se considera más efectivo que el trámite de las comunicaciones para inducir un cambio en el comportamiento del Estado (STEINER, 2000: 37). Además, este mecanismo fue el que mejor ha colaborado con la instalación del discurso de los derechos humanos en la escena internacional (STEINER, 2000: 50).

En segundo lugar, el carácter soft del procedimiento de las comunicaciones se revela por el modo cómo está regulado, utilizando un lenguaje tal que no deja lugar a que el Comité pueda ser considerado como un órgano de adjudicación (STEINER, 2000: 22). Por otra parte no está del todo claro el valor vinculante de las comunicaciones que se adoptan en el sistema de petición individual, por lo que no se sabe si son obligatorias o sólo recomendatorias (STEINER, 2000: 23). A pesar de ello, este sistema sí produce sus efectos ya que las comunicaciones también se presentan como una oportunidad para que el Comité desarrolle el contenido del tratado que le dio nacimiento (STEINER, 2000: 39).

El tercer mecanismo de implementación, característico del sistema universal, refiere a la elaboración de observaciones generales. La importancia que las mismas puedan tener en el

<sup>22</sup> Comité de Derechos Humanos, *Eustace Henry and Everaldo Douglas v. Jamaica*, Comunicación No. 571/1994, UN Doc. CCPR/C/57/D/571/1994, 25 de julio de 1996.

<sup>23</sup> Este autor lo considera un diálogo constructivo entre el Comité y el Estado.



comportamiento de los Estados dependerá, en gran medida, de la argumentación jurídica utilizada y de que se desarrolle el tratado de manera seria (STEINER, 2000: 52). Pero sin duda, su elaboración promueve el debate acerca del tratado en análisis, todo lo cual redundará en beneficio del desarrollo del DIDH (STEINER, 2000: 52).

Por último, no debe olvidarse que las elaboraciones realizadas por los Comités sirven de ayuda a órganos jurisdiccionales. Así es como la Corte Interamericana de Derechos Humanos resaltó que cuando sea aplicable la CADH y otro tratado internacional procederá a aplicar el que resulte más favorable para la protección de los DDHH<sup>24</sup>. De ello se deduce que al aplicar ese tratado lo hará teniendo en cuenta los estándares elaborados en torno al mismo por el Comité respectivo.

En síntesis, se observa que, aunque la estructura institucional del sistema universal puede parecer inadecuada para lograr una protección eficaz de los derechos fundamentales, produce importantes resultados para la causa del DIDH, por lo que puede decirse, en palabras de Steiner, que por más precaria que su estructura pueda parecer sigue siendo preferible que al menos ella exista (STEINER, 2000: 52).

### **VI.3 – Los órganos de derechos humanos en los sistemas regionales**

Del análisis del Sistema Europeo, del Sistema Interamericano y del Sistema Africano de protección de los derechos humanos se observa que los mismos prevén el establecimiento de órganos de tipo cuasi-judicial<sup>25</sup> respecto de cuyos actos pueden predicarse las características que se les atribuye a las normas soft law.

En relación al Sistema Interamericano ese órgano es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). De la historia de la CIDH se observa la misma lógica que se presenta en el sistema universal: crear un órgano aparentemente débil e ir ampliando progresivamente sus facultades. Así es como la CIDH, que nació en 1959 como un órgano para promover el respeto por los derechos humanos posteriormente, se transformó en órgano competente para recibir comunicaciones, requerir información a los Estados y formular recomendaciones para lograr una mayor efectividad en el cumplimiento de los DDHH (SHELTON, 2007, 18). Actualmente, también está facultada para supervisar que los Estados cumplan con la Convención Americana de Derechos Humanos.

Entrando en el análisis de las funciones de la CIDH, se observa que la misma cuenta con una serie de herramientas que, si bien producen resultados que no son vinculantes, no por ello se revelan menos efectivas en la modificación de la conducta del Estado bajo examen. En primer lugar deben mencionarse a las visitas in loco y los informes que resultan de ellas, un mecanismo que se considera que ha contribuido de manera decisiva para lograr un cambio de actitud en los Estados americanos debido a la difusión que de los derechos humanos logró realizarse (VARGAS CARREÑO, 2003: 507). Ello resulta aún más

<sup>24</sup> Corte IDH, *La colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, para 52.

<sup>25</sup> Si bien en el sistema Europeo, la Comisión, desapareció en el año 1998 luego de la adopción del Protocolo No. 11 Asimismo, en el SIDH cabe resaltar que la CIDH tuvo su origen con anterioridad a que se adoptara la Convención Americana sobre Derechos humanos.

llamativo en aquellos casos en que la CIDH actuó fundándose en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, instrumento no vinculante, respecto de aquellos Estados no parte de la Convención Americana de Derechos humanos<sup>26</sup>. Pero corresponde señalar que en la práctica se ha visto que son los propios Estados los que piden asesoramiento jurídico de la CIDH tanto para conocer la situación de los DDHH en su territorio (como sucedió con Panamá) (VARGAS CARREÑO, 2003: 514) como para cumplir con sus recomendaciones (VARGAS CARREÑO, 2003: 508). La autoridad moral y el prestigio de la CIDH es tal que, aún sin existir ninguna norma al respecto, las partes en un conflicto interno llegaron a someter el mismo a la mediación de la CIDH, acatando lo que esta finalmente resolvió (VARGAS CARREÑO, 2003: 509).

Un comentario especial debe hacerse en relación con los informes de solución amistosa y los informes definitivos que la CIDH emite. En un relevamiento de medidas adoptadas por los órganos del Sistema Interamericano entre los años 2001 y 2006 se observa que paradójicamente, los Estados han mostrado mayor voluntad para cumplir con las soluciones amistosas a las que se arriba por intermedio de la Comisión Interamericana, mientras que las sentencias de la Corte Interamericana registran un incumplimiento del 59%. Pero, también corresponde destacar que las medidas recomendadas a través de los informes finales de la CIDH registraron un incumplimiento del 71% (BASCH y otros, 2010: 20). Sin embargo, no se observa la misma predisposición para cumplir con los informes finales, los cuales sólo son cumplidos en un 11%. Ello resulta llamativo dado que tanto estos como los informes de soluciones amistosas carecen de fuerza vinculante, si bien se sostiene que, respecto de los informes de solución amistosa, los Estados tienen la obligación de cumplirlos (KRSTICEVICH, 2007: 22). Sin embargo, corresponde destacar que si las decisiones adoptadas en el marco del SIDH no se cumplen no es debido a la falta de voluntad política de los Estados sino que se trata de un problema que, en más de una ocasión, se vincula con cuestiones de orden legal como administrativo (KRSTICEVICH, 2007: 18). Además, puede suceder que para reparaciones distintas de las dinerarias, exista la necesidad de la participación de varias instituciones al interior del Estado, lo cual torna dificultosa la implementación de las decisiones emanadas del SIDH (BASCH y otros, 2010: 28). Otras cuestiones, como el mayor o menor grado de consolidación de las instituciones democráticas o la situación económica, también constituyen factores que inciden en el cumplimiento de las recomendaciones formuladas por la CIDH.

## VII - Conclusiones

En el desarrollo de la presente investigación pudo observarse como el soft law debe considerarse integrado al derecho internacional, ya que a pesar de ser caracterizado por no contar con la obligatoriedad como uno de sus atributos, hemos probado cómo ese no es un elemento esencial para la definición del ordenamiento jurídico internacional. También se demostró cómo el DIDH escapa a la impronta consensualista que ha caracterizado al derecho internacional, provocando que los instrumentos soft law adquieran mayor protagonismo. En este sentido, se ha demostrado cómo las normas soft law facilitan la

<sup>26</sup> Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1979, Art. 1.

determinación de lo que constituyen los valores fundamentales para la comunidad internacional en un momento dado, destacándose la importante función que desempeñó y aún desempeña la DUDH. Así fue como se sostuvo que los instrumentos soft law deben ser considerados como parte integrante del DIDH. También se esbozó una propuesta para la consideración de las resoluciones de la AGNU en materia de derechos humanos como obligatorias, al menos respecto de aquellas que están relacionadas con el DIDH.

En relación con los sistemas de protección, se mostró cómo al anclar los tratados en instituciones débiles, se promueve la mayor participación de los Estados de la comunidad internacional. Pero esa debilidad es solo aparente ya que nada impide que posteriormente esas mismas instituciones adquieran su propia dinámica y amplíen sus facultades a favor de una mayor protección de los DDHH. Por último vimos cuáles han sido los efectos de los instrumentos soft law generados tanto en las instituciones del sistema universal como en las instituciones del Sistema Interamericano.

Sin embargo, con el desarrollo realizado no se propone sustituir la celebración de tratados por la adopción de normas soft law. En cambio, nuestra propuesta estuvo guiada por el convencimiento de que las normas soft law no sólo integran el DIDH sino que constituyen una herramienta fundamental para lograr su afianzamiento en la comunidad internacional.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABBOTT K. & DUNCAN S. (2000), "Hard and Soft Law in International Governance" en *International Organization* 54, 2000, 3, 421-456.
- ABBOTT K. & SNIDAL D (1998)., "Why States Act Through Formal International Organizations". En *Journal of Conflict Resolution*, 1998, 42, 1, 3-32.
- AKEHURST M. (1973), *Introducción al Derecho Internacional*, Madrid, Alianza Universidad Textos, 1994.
- ALVAREZ J. (2005), *International organizations as law-makers*. New York, Oxford University Press, 2006.
- ANDORNO R. (2007), "The Invaluable Role of Soft Law in the Development of Universal Norms in Bioethics", UNESCO, 2007. Disponible en: <http://www.unesco.de/1507.html>. Última consulta: 19 de marzo de 2012.
- BARBERIS J. (1994), *Formación del Derecho Internacional*. Buenos Aires, Editorial Rodolfo Ábaco Desalma, 1994.
- BASCH F. y otros (2010), "La efectividad del sistema interamericano de protección de derechos humanos: un enfoque cuantitativo sobre su funcionamiento y sobre el cumplimiento de sus decisiones". En *SUR Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2010, 7, 12, 9-35.
- BLOKKER N. (2000), "Is the Authorization Authorized? Powers and Practice of the UN Security Council to Authorize the Use of Force by Coalitions of the "Able and Willing", *EJIL*, 2000, 11, 3, 541-568.

- BODANSKY D. (2010), *The Art and Craft of International Environmental Law*. London, Harvard University Press, 2010.
- DREYZIN DE KLOR A. (2006), "Comercio en el MERCOSUR y desarrollo. Límites a propósito del laudo once y del primer laudo del Tribunal Permanente de Revisión". En Biblioteca Jurídica Virtual. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/123.5/cnt/cnt11.htm#P15>. Última consulta: 18 de marzo de 2012.
- FERNANDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ C. (1996), *La interpretación de las normas internacionales*. Navarra. Ed. Aranzadi, 1996.
- GUZMAN A. & MEYER T. (2009), "International Common Law: the soft law of international tribunals". En *Chicago Journal of international Law*, 2009, 9, 2, Simposio de Jueces Internacionales.
- HART H. (1961), *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- HILLGENBERG H. (1999), "A Fresh Look at Soft Law". En *EJIL*, 1999, 10, 3, 499-515.
- KRSTICEVIC V. (2007), "Reflexiones sobre la ejecución de las decisiones del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", en CEJIL, *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*. Buenos Aires, 2007.
- MAZUELOS BELLIDO A. (2004), "Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?". En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. 2004. Disponible en: <http://www.reei.org/>. Última Consulta, 3 de marzo de 2012.
- MCGOLDRICK D. (1994), *The Human Rights Committee. Its role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*. Oxford, Clarendon Press, 1994.
- PINTO M. (1997), *Temas de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009.
- SHELTON D. (2007), "An introduction to the History of International Human Rights Law". *The George Washington University Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper No. 346*, 2007. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1010489>. Última consulta: 5 de marzo de 2012.
- SORENSEN M. (1973), *Manual de Derecho Internacional Público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- SHAW M.(1997), *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- STEINER H. (2000), "Individual Claims in a World of Massive Violations: What Role for the Humans Rights Committee?", en ALSTON P. & CRAWFORD J. (2000), *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- VARGAS CARREÑO E. (2003), "Funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Observaciones in loco e informes sobre situaciones derechos humanos", 2003, pp.506-527. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/33.pdf>. Última consulta: 28 de febrero de 2012.

- DIEZ DE VELAZCO M. (1973), *Instituciones del Derecho Internacional Público*. Madrid, Tecnos, 2007.

## JURISPRUDENCIA

- PCIJ, *The case of the S.S. "Lotus" (France vs. Turkey)*. Judgment of September 7, 1927.
- ICJ, *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania – Corfu Channel*, Judgment of 9 April 1949. Separate opinion by Judge Alvarez
- ICJ, *Voting Procedure on Questions Relating to Reports and Petitions Concerning the Territory of South West Africa*. Advisory Opinion of 7 June 1955, Separate Opinion of Judge Lauterpacht.
- ICJ, *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962)(Belgium v. Spain) Second Phase*, Judgment of 5 February 1970.
- ICJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion of 21 June 1971.
- ICJ, *Legality of the threat or use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of July 1996.
- Corte IDH, *La colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.
- Corte IDH, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombres en el marco del art. 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos*, Opinión consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989.
- Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*, Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Fondo). Serie C. No. 33.
- *Eustace Henry and Everaldo Douglas v. Jamaica*, Communication No. 571/1994, UN Doc. CCPR/C/57/D/571/1994.