

El *Soft Law* y su aplicación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre*

Yoselyn Bermúdez Abreu

Alix Aguirre Andrade

Nelly Manasía Fernández

Centro de Investigaciones de Derecho Privado

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Universidad del Zulia

ybermudez@luz.edu.ve - aaguirre@luz.edu.ve

nmanasia@luz.edu.ve

Resumen

El objetivo de esta investigación es analizar la técnica legislativa del *Soft Law* aplicada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. La investigación es descriptiva y se utiliza la técnica de la ob-

* La presente investigación constituye un avance del Proyecto “Tendencias Normativas del Derecho Mercantil Internacional en la Era Globalizadora”, adscrito al Centro de Investigaciones de derecho Privado (CIDEP) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia. Financiado según número de registro CH1127-2004, por el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de la Universidad del Zulia (CONDES-LUZ).

servación documental. Se concluye que el *Soft Law* constituye una técnica legislativa que ha permitido la creación de directrices no vinculantes a seguir por los Estados en la regulación de los derechos humanos a los fines de facilitar la suscripción de tratados internacionales para resguardar derechos inherentes al individuo.

Palabras clave: *Soft Law*, Declaraciones de Derechos Humanos, Técnica Legislativa.

The Soft Law and its Application to the Universal Declaration of Human Rights and the American Declaration of the Rights and Duties of Man

Abstract

The objective of this investigation is to analyze the legislative technique of the Soft Law applied to the Universal Declaration of Human Rights and the American Declaration of the Rights and Duties of Man. The research is descriptive and uses documentary observation. Conclusions were that the Soft Law constitutes a legislative technique that has permitted the creation of non-binding directives to be followed by the States in the regulation of human rights aiming to facilitate subscription to international treaties that protect inherent individual rights.

Key words: *Soft Law*, Declaration of Human Rights, legislative technique.

Introducción

El desarrollo de la unificación del Derecho implica un proceso que se manifiesta con la creación de instrumentos legales contentivos de estrategias y políticas sociales globales de las cuales participan los sujetos de la comunidad internacional. Así, los Es-

tados han prevenido la necesidad de una dialéctica propia del Derecho Internacional, en la formulación de una parte, de normas internacionales con carácter vinculante y, de otra parte, de principios éticos y enunciados que proclaman una política jurídica uniforme en el ámbito mundial.

La presente investigación realiza una reflexión analítica de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, centrandó el estudio en la técnica legislativa aplicada a ambos textos internacionales y la preeminencia que en ellas tienen las distintas expresiones de protección del individuo, lo cual determina su alcance y normal aceptación.

Lo expuesto se debe a que la protección de los derechos humanos se ha visto fundamentada en las referidas Declaraciones; sin embargo, desde el punto de vista jurídico doctrinario existen diversas posturas sobre su carácter formal o moralmente vinculante. De esta forma, el presente trabajo describe la implementación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre y la naturaleza dual que se debate en la doctrina sobre su obligatoriedad. Por ello, se analiza la técnica legislativa del *Soft Law* y las implicaciones derivadas de su aplicación en las citadas Declaraciones, así como sus características y naturaleza jurídica.

En tal sentido, el objeto de este trabajo constituye un tema atractivo a todos aquellos que les inquiete el campo de la técnica legislativa empleada por las organizaciones internacionales, así como la trascendencia que tiene el ser humano como eje motor en las distintas actividades que despliega en la sociedad contemporánea y el paradigma actual de la regulación de los derechos humanos, por lo cual presenta actualidad y contemporaneidad y por ende, resulta merecedor de argumentaciones bajo la perspectiva del estudio de la ciencia del Derecho.

La metodología aplicada es de tipo descriptiva, documental, consultándose fuentes doctrinarias primarias y secundarias, además del uso de la interpretación y hermenéutica jurídica.

1. Los Derechos Humanos

Los derechos humanos se pueden definir como: "...las facultades esenciales pertenecientes a toda persona humana por razón de su naturaleza, y necesaria [aplicación en]... la vida comunitaria, que el ordenamiento jurídico debe reconocer y proteger" (Verna, 1992: 19); asimismo, Truyol citado por Verna, define los derechos humanos como:

...aquellos derechos fundamentales que posee el hombre por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad, derechos que le son inherentes y que lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados (Verna, 1992: 19).

Por otra parte, los derechos humanos descansan sobre los principios de la dignidad y la libertad del ser humano; en este sentido, se afirma que toda persona posee una serie de derechos fundamentales que deben ser universalmente reconocidos. Al respecto, Recasens Siches señala que: "El pensamiento de la dignidad consiste en reconocer que el hombre es un ser que tiene fines propios que cumplir por sí mismo y no puede ser un medio para cumplir fines ajenos a los propios" (Citado por Verna, 1992:22).

Ello plantea que la libertad individual se corresponde además, con el campo de lo fáctico y lo descriptivo, considerando que puede hacer, o dejar de hacer, conforme a su arbitrio. Más, en el campo de lo normativo, la libertad de la persona se circunscribe al deber ser, pues, el individuo a ella tiene derecho en tanto cumpla ciertos parámetros que legitimen su conducta. En este sentido, el individuo dispone y usufructúa de una serie de derechos innatos, extrapatrimoniales, inalienables e intransferibles, universales e

indivisibles, de orden económico, social, cultural y político, fundamentados en la libertad y la dignidad.

En este sentido, según la teoría *ius naturalista*, los derechos humanos son innatos porque le pertenecen al individuo debido a su propia condición, ya que la existencia de los derechos no depende del reconocimiento del Estado, sino que derivan de la propia naturaleza y dignidad del ser humano. Asimismo, se afirma que los derechos humanos son de contenido extrapatrimonial, por cuanto no pueden ser reducidos a una mera valoración económica, aun cuando resulta imperativo que las reparaciones derivadas de la violación de derechos humanos, conlleven a un resarcimiento económico.

Igualmente, los derechos humanos son inalienables e intransferibles, es decir, irrenunciables, incluso por sus propios titulares sin que sea factible que puedan cederse o canjearse. Por último, son universales e indivisibles puesto que sus titulares son hombres y mujeres sin distinción de raza, credo, sexo, edad, ideología y condición social; siendo tutelados tanto por las legislaciones internas como por el derecho internacional de manera general ya que su exigibilidad es uniforme y no hay derechos más exigibles que otros.

2. La Declaración Universal de los Derechos Humanos

Se puede anotar como antecedente inmediato de la Declaración Universal de los Derechos Humanos el reconocimiento internacional que se establece en el Preámbulo y en los artículos 1, 8, 13, 55, 56, 62, 68 y 76 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). En virtud de ello, se encargó a dos órganos principales de la ONU, como son la Asamblea General y el Consejo Económico y Social (ECOSOC), la tarea de crear un documento en el que se estableciera de manera clara y precisa los derechos humanos a que se refería la Carta Fundamental.

Es así como el 16 de febrero de 1946, el ECOSOC crea la Comisión de Derechos del Hombre.

El preámbulo de la Carta de la ONU "...reafirma la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de los derechos de hombres y mujeres".

Asimismo, entre los propósitos de la Organización está el enunciado previsto en el Numeral 3 del Artículo 1, el cual consagra:

Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión (Organización de las Naciones Unidas, 2005).

El Artículo 8 de la Carta también consagra el derecho de los hombres y las mujeres, de poder ser elegidos para ejercer cualesquiera funciones dentro de la Organización. De igual forma, el literal "b" del Artículo 13 establece la función de la Asamblea General de la ONU para fomentar y hacer efectivos sin ningún tipo de discriminación, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Por su parte, los artículos 55 y 56 de la Carta, consagran el principio de cooperación internacional, promoviendo el respeto a los derechos humanos y el compromiso por parte de los Estados miembros de la Organización de realizar todas las medidas tendientes para cristalizar la promoción y respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales.

En cuanto al artículo 55, Sorensen ha encontrado opiniones divergentes acerca de su interpretación. De esta forma:

Una afirma que impone un deber general, a los Estados miembros, de respetar los derechos humanos. La otra expresa que los Estados

miembros no aceptan ninguna obligación definitiva en el campo de los Derechos Humanos porque la Carta no especifica los derechos que deben ampararse. A favor de esta opinión se puede argüir que la conferencia de San Francisco rechazó una proposición tendiente a que la carta velara no sólo por la promoción sino por la protección de los derechos humanos (Sorensen, 1978: 477).

Asimismo, el contenido de los artículos 62, 68 y 76 de la Carta constituye un emplazamiento tanto a los Estados miembros de la Organización como a los órganos que la conforman, a promover y proteger dentro de la comunidad internacional, los derechos humanos y las libertades fundamentales del individuo.

Del análisis de los artículos referidos, se observa que la Carta no define los derechos humanos ni las libertades fundamentales, así como no contiene disposición alguna que asegure su observancia por parte de los gobiernos de Estados (Sorensen, 1978: 479).

Es así como, la ONU fundamenta en los artículos expuestos en la Carta, la creación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada sin objeción alguna y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948. En este sentido, Verna afirma:

La Asamblea General proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación y el respeto a estos derechos y libertades y aseguren por medidas progresivas de carácter nacional e internacional su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los territorios colocados bajo su jurisdicción (Verna, 1992: 50).

Igualmente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclama la igualdad entre hombres y mujeres sin ningún tipo de discriminación basada en sexo, color, raza, idioma, reli-

gión, condición social, opinión política, bienes, nacimiento u otra discriminación.

Además, los derechos y libertades protegidos por la Declaración se encuentran comprendidos en dos categorías (Sorensen, 1978: 54). En primer lugar, los derechos civiles y políticos, como el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de las personas, la libertad frente a la esclavitud y servidumbre, la libertad ante la tortura o el tratamiento o castigo inhumano o degradante, la libertad ante el arresto y detención arbitraria, el derecho a un juicio justo por un tribunal independiente e imparcial, el derecho a ser considerado inocente hasta que se pruebe la culpabilidad, la inviolabilidad de la reserva y el secreto de la correspondencia, la libertad de movilización y de residencia, el derecho de buscar y disfrutar de asilo contra la persecución, el derecho a la nacionalidad, el derecho de contraer nupcias y de fundar una familia, el derecho de ser propietario, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, la libertad de opinión y de expresión, la libertad de reunión pacífica y de asociación y, el derecho de votar y de participar en el gobierno.

En segundo lugar, los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales incluyen el derecho a la seguridad social, el derecho al trabajo, descanso y ocio recreativo, el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a la educación y el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad.

Por último, en cuanto al valor jurídico de la Declaración, la doctrina presenta opiniones diferentes. Kelsen sostiene que la misma tiene un valor meramente moral y Cassin señala que la Declaración contiene llanamente la concreción del concepto de derechos humanos a que alude la Carta (Garretón, 2005) y que su valor es moral por cuanto: "... no es ley, ni convención, sino una proclamación sin valor jurídico para derogar leyes o reglamentos internos de los Estados miembros que contraríen los derechos y li-

bertades contenidas en la Declaración” (Citado por Verna, 1992: 54).

Igualmente, Camargo opina que: “La Declaración Universal de los Derechos Humanos no es tratado internacional, sino únicamente una declaración de principios teóricos. Cuanto más es una pauta o regla de conducta y de obligación moral” (Citado por Verna, 1992: 54).

De otra parte, existen autores como Monroy, quien considera que ésta constituye un anexo a la Carta de la ONU y por lo tanto, tiene el valor jurídico similar a ésta; así mismo, Burgenthal sostiene que la Declaración tiene valor jurídico, cuando afirma que:

... la Declaración universal es una interpretación... de los derechos humanos y libertades fundamentales que de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas dichos Estados tienen la obligación legal de promover (Citado por Verna, 1992: 55).

Consideramos que el acatamiento a la Declaración Universal de los Derechos Humanos constituye un deber moral por parte de los Estados, de respetar y proteger los derechos y libertades de los individuos; por tal motivo, la Declaración es una exhortación a los Estados, a celebrar tratados internacionales y crear mecanismos de protección de los derechos humanos.

3. Los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano

Mediante un proceso evolutivo que ha significado la adopción de diferentes instrumentos internacionales, los Estados americanos han llegado a estructurar un Sistema Regional de Promoción y Protección de los Derechos Humanos debidamente reconocidos y definidos; así mismo, se establecen normas de conducta obligatorias para garantizar su promoción y protección mediante la creación de órganos destinados a velar por la fiel observancia de los mismos.

Al analizar el transcurso de la historia, resulta difícil encontrar un período de relevancia en donde el tema de los derechos del hombre haya tenido mayor significado teórico y práctico, como ha sido en el lapso que abarca desde 1948 hasta la actualidad, debido a acontecimientos que han impulsado cambios en la conciencia de los pueblos americanos. Ante tales sucesos, las legislaciones internas de los Estados americanos se han avocado a legislar en materia de derechos humanos tanto en sus Constituciones como en sus leyes y, las Organizaciones Internacionales han producido una serie de documentos jurídicos internacionales de carácter regional (pactos y convenios) donde se reconocen y protegen los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano.

Es por lo expuesto que, en materia de derechos humanos:

...los Estados americanos, en ejercicio de su soberanía, han adoptado una serie de instrumentos internacionales que se han convertido en la base de un sistema regional de promoción de los derechos humanos. Dicho sistema normativo reconoce y define estos derechos, establece obligaciones tendientes a su promoción y protección, y crea órganos destinados a velar por su observación (Organización de los Estados Americanos, 2003: 3).

De esta forma, lo concerniente a los derechos humanos en el sistema interamericano tiene su fundamento jurídico en la Carta de Bogotá o Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) [1], suscrita en la IX Conferencia Panamericana celebrada en Bogotá, del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948 y, modificada por el Protocolo de Cartagena de 1985. En este sentido, la Carta de la OEA hace mención expresa en su preámbulo a los derechos humanos, al enunciar que:

Seguros [del] sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el res-

peto de los derechos esenciales del hombre (Organización de los Estados Americanos, 2005).

Igualmente, incluyó entre sus principios rectores, el respeto de los derechos esenciales del hombre en el Artículo 3, Literal "I", que dispone: "Los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo". Asimismo, el Artículo 17 del citado instrumento expresa: "Cada Estado tiene el derecho a desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural, política y económica. En este libre desenvolvimiento el Estado respetará los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal".

3.1. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

El Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos se inició formalmente con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre [2] en la Novena Conferencia Panamericana celebrada en Bogotá en 1948, en la cual se adoptó la propia Carta de la OEA que proclama los *derechos fundamentales de la persona humana* como unos de los basamentos de la Organización (OEA, 2003: 3). Este documento tiene la virtud de haber sido el primer instrumento internacional emanado del continente americano; sin embargo, en sus comienzos, no se logró la aspiración de haber sido aprobado como Convención (Verna, 1992: 105).

En la Resolución XL sobre Protección Internacional de los Derechos Esenciales del Hombre (México, 1945), antecedente de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, fue necesario que, a objeto de que la protección fuera llevada a la práctica, se precisara tales derechos y deberes mediante una Declaración adoptada por los Estados en forma de Convención; en consecuencia, el Comité Jurídico Interamericano [3] redactó un proyecto de Declaración para ser sometido a la consideración de

los gobiernos a fin de que fuera adoptado en forma de norma internacional vinculante (Organización de los Estados Americanos, 2003: 5).

Igualmente, otros precedentes de esta Declaración se encuentran en algunas de las resoluciones aprobadas por la Octava Conferencia Internacional Americana (Lima, Perú, 1938), en la Declaración en Defensa de los Derechos Humanos, en la Conferencia Interamericana sobre los Problemas de la Guerra y la Paz que adoptó la Resolución XL sobre Protección Internacional de los Derechos Esenciales del Hombre (México, 1945) y en el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) (Río de Janeiro, Brasil, 1947).

El Proyecto de Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre preparado por el Comité Jurídico Interamericano fue presentado y aprobado en el marco de la Novena Conferencia celebrada en 1948, convirtiéndose en el primer instrumento internacional de su tipo, ya que fue aprobada con antelación a la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU (Organización de los Estados Americanos, 2003: 5).

Sin embargo, la ausencia del carácter vinculante de la Declaración Americana sobre los Deberes y Derechos del Hombre condujo a que, en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile en 1959, se determinara lo siguiente:

...dados los progresos alcanzados en materia de derechos humanos después de once años de proclamada la Declaración Americana y los avances que paralelamente se experimentaron en el seno de las Naciones Unidas... se halla preparado el ambiente en el Hemisferio para que se celebre una convención. Considera indispensable que tales derechos sean protegidos por un régimen jurídico... Con tal propósito, en la Parte I de la resolución se encomienda al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un proyecto de Convención sobre derechos humanos... (OEA, 2003: 7).

A partir de este exhorto por las naciones del continente americano, comienzan las actuaciones que propiciaron la creación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3.2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)

Los antecedentes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se remontan a la Conferencia Interamericana celebrada en México en 1945, la cual encomendó al Comité Jurídico Interamericano la preparación de un proyecto de Declaración. Sin embargo, por cuanto la promoción y protección de los derechos humanos en el sistema interamericano estaba sustentada sobre un instrumento declarativo, esa realidad jurídica experimentó un cambio sustancial cuando el Consejo Interamericano de Juristas redactó un proyecto de Convención, que luego de ser analizado y revisado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la OEA convocó a una Conferencia Especializada en Costa Rica en el año 1969, con la finalidad de discutir el proyecto. Una vez estudiado y analizado, éste fue aprobado adoptándose finalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual entró en vigencia a partir del 18 de julio de 1978.

De tal forma que, la Convención Americana sobre Derechos Humanos vino a fortalecer el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, al otorgar atribuciones a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y establecer los mecanismos de promoción y protección de esos derechos.

Esta Convención se desarrolla mediante un preámbulo y tres partes distribuidas en once capítulos y 82 artículos. En el Preámbulo, se reafirma el propósito de los Estados americanos de consolidar en el continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre. En este sentido, se reconoce que tales derechos tienen su fundamento en

los atributos de la persona humana sin ninguna clase de discriminación, razón por la cual se justifica una protección internacional de naturaleza convencional, que complementa la que ofrece el derecho interno de cada Estado.

4. La Técnica Legislativa del *Soft Law* y su aplicación en las Declaraciones

La técnica formal se refiere a una primera etapa del proceso de formulación de la norma, la cual consiste en el arte de legislar; asimismo comprende el modo de discutir, aprobar y promulgar los preceptos normativos (Bernard, 1991:10). En este sentido, las resoluciones de la Asamblea General de la Organización de la ONU, como resultado de esta práctica legislativa, en determinadas circunstancias reciben el nombre de *Declaración*,

...lo cual no es indicativo per se de un estatus jurídico determinado y diferenciado de las más frecuentes resoluciones, si bien llama la atención sobre la importancia de la materia tratada; a veces se puede optar por estas denominaciones con el fin de hacerlas escapar a su destino jurídico de denominaciones (Mazuelos Bellidos, 2005).

Según la práctica de la Organización de las Naciones Unidas, la Declaración "...es un instrumento oficial y solemne, adecuado para ocasiones muy especiales en la que se enuncian principios de importancia grande y permanente, como la Declaración Universal de Derechos Humanos" (Mazuelos Bellidos, 2005).

De igual manera, Valencia Restrepo trata la Declaración como:

La voz Declaración... [que] se emplea para encabezar aquellas Resoluciones de carácter formal o solemne, que enuncian principios de grande y duradera importancia, y que crean el órgano que las expide una fuerte expectativa de que serán cumplidas por los miembros de la comunidad internacional (2003: 498).

Se afirma por ello que, la declaración es un *Soft Law* y por ende, no tiene el carácter coercitivo que posee un *Hard Law*, como lo son un tratado internacional o una convención, ya que el único mecanismo que puede otorgarle tal condición es el procedimiento de incorporación al Derecho interno de los Estados.

Otros consideran que: "... [la] declaración es la exposición de ciertas reglas o principios de Derecho Internacional que dos o más Estados creen conveniente exponer públicamente o solemnemente" (Guerra Iñiguez, 1991: 445) y, el órgano internacional que la dicta pretende que sus preceptos sean respetados por los Estados, de allí su característica de ser persuasiva.

De esta forma, las resoluciones recomendatorias o declaraciones "...no constituyen un proceso normativo del derecho internacional" (Valencia Restrepo, 2003: 494). Por ello, la doctrina advierte la ausencia de obligatoriedad del resultado de esta técnica legislativa, por cuanto son sugerencias a ser adoptadas por los Estados miembros del órgano interestatal promotor.

Por lo tanto, el carácter de *Soft Law* se le atribuye a las resoluciones no obligatorias de los organismos internacionales, las cuales promueven principios para los Estados (Mazuelos Bellidos, 2005), pues sólo constan de un enunciado ético, formulado por objetivos y no por reglas detalladas y precisas. Es así como algunos consideran que "... [el] soft law es primordialmente un producto ideológico propiciado por aquellos que pretenden otorgar obligatoriedad a ciertas resoluciones de las... Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales" (Barberis, 1990: 567).

4.1. Características

Se señala en principio, que las Declaraciones son de origen no vinculante y, como *Soft Law*, son reglas con ausencia de fuerza intrínseca, adoptadas bajo el convencimiento de su necesario acatamiento, por tanto, las Declaraciones son observadas por los Es-

tados aún cuando no están obligados a hacerlo. De esta forma ha sido considerado por Cesáreo Gutiérrez, que:

...en cualquier caso, su no obligatoriedad no implica una negativa de su carácter jurídico. A fin de cuentas se trata, de directrices no obligatorias, pero a la postre actos jurídicos son, con formas jurídicas se revisten, se adoptan por representantes de los Estados. Son categorías jurídicas por más que no sea exigible su cumplimiento por los métodos y las consecuencias que el Derecho Internacional impone al acatamiento de sus normas (1995: 618).

El adjetivo *Soft*, pretende significar un tipo de norma suave, maleable, no muy rigurosa, débil (Higgleton, 1998: 1571), o de acuerdo al derecho español, un *derecho blando* o *en agraz*, y que asociado al ámbito legal "...carece... de fuerza obligatoria, en el estricto sentido jurídico, porque no se pretende que su observancia sea impuesta por los órganos del Estado... cuya aplicación dependerá del convencimiento de su valor intrínseco" (Parra Aranguren, 1992: 61).

Este tipo de normativa en *agraz* comprende normas que no causan obligaciones, por tanto su incumplimiento no provoca reacciones o rechazos por parte del orden jurídico internacional; antes bien, "...dejan en mano de sus destinatarios no sólo un amplio margen de apreciación sino sobre todo la posibilidad, en última instancia, de no respetarlas, sin verse por ello acusados de violar el Derecho Internacional" (Gutiérrez, 1995: 617).

El *Soft Law* por tanto, no constituye parte de un régimen obligatorio, a menos que, en el caso de los Estados, debe ser ratificado o adoptado por la legislación interna para adquirir obligatoriedad; así mismo, en el caso de estar dirigido a la regulación de las negociaciones de los particulares, su carácter imperativo deviene de la autonomía de la voluntad de las partes, siendo potestativo para ellas incluirlas en sus distintas obligaciones, esto en el ámbito del Derecho privado.

Una característica connotada del *Soft Law* es su generalidad. Por ello, "...en ocasiones se hace hincapié en la imposibilidad de ejecutar las normas "soft" debido a su falta de especificidad. Simma nota que los tratados de derechos humanos tienen un contenido "soft" de manera que es difícil verificar su violación" (De la Vega, 1988: 378). En ello ha contribuido la naturaleza atípica del Derecho Internacional, carente de un organismo con atribuciones legislativas centralizadas para la producción de normas jurídicas generales y abstractas, con la coercibilidad propia de los ordenamientos jurídicos internos.

4.2. Naturaleza jurídica

En cuanto a la naturaleza jurídica del *Soft Law*, algunos consideran que se trata de un Derecho Programa, basado en principios éticos que contribuyen a prefigurar lo que posteriormente se desarrollará como Derecho y, cuyo significativo ejemplo son las resoluciones de los organismos internacionales.

Por su parte, Valencia Restrepo ubica al *Soft Law* "...a medio camino entre la ética (es un deber moral) y la política legislativa" (2000: 495). Sin embargo:

La interacción entre tratados y (determinadas formas de) soft law se han desarrollado de tal manera en el ámbito de los Derechos humanos que algunos cuestionan acertadamente la pertinencia de considerar como soft law instrumentos no jurídicamente vinculantes cuando justamente precisan el contenido del Derecho (Mazuelo Bellidos, 2005).

Otros como Cesáreo Gutiérrez consideran que el *Soft Law* determina el "deber ser" de la norma jurídica: "...en el mundo de la justicia íntegra, pura,... [y] radical" (1995: 619). También se considera una técnica normativa favorable a la unificación del Derecho que se genera en determinados foros de codificación internacional (Fernández Rozas, 1991: 162). La técnica jurídica en su fase descriptiva o propiamente técnica es: "...el conjunto de reglas

que dirige la relación de la norma o “sistemas de reglas técnicas” que determinan la elaboración práctica del Derecho, siendo dicha fase denominada simplemente “técnica” (Delgado Ocando, citado por Bernard, 1998: 123).

Un sector de la doctrina considera que el *Soft Law* es un derecho espontáneo, pues nace o emerge de los usos y costumbres de los operadores jurídicos y comprende todo un conjunto de actos de variados tipos (guías jurídicas, leyes modelo, recomendaciones, resoluciones, entre otros), constituyendo un conjunto de reglas surgidas del obrar de los participantes en el contexto internacional (Fernández Rozas, 1991: 171).

Se considera también ley imperfecta, pues son normas desprovistas de sanción o incoercibles que en algunos casos constituyen declaraciones de principios desprovistos de sanción y, debido a ello, no son normas jurídicas (Bernard, 1994: 31).

Conforme a lo expuesto, diversos son los criterios que determinan la naturaleza jurídica del *Soft Law* y, del mismo modo, las Declaraciones participan de diversas posturas para determinar su esencia. Así, consideramos que una Declaración está contenida de normas programáticas, integrada de lineamientos generales a seguir por los Estados, cuando legislan en materia de derechos humanos. De igual forma, constituyen el prototipo de una norma en agraz, primaria e imperfecta que se materializa como norma jurídica al otorgársele carácter vinculante en el derecho interno e internacional.

Por ello, opinamos que las Declaraciones fueron redactadas como las directrices que debían seguir los Estados como deber moral, sin constituir Derecho Internacional obligatorio, redactadas como un *Soft Law*. Sin embargo, éstas han sido aceptadas por diferentes Estados y, así mismo, han sido citadas e invocadas en distintos textos normativos y, en consecuencia, actualmente resulta innegable su valor jurídico.

Conclusiones

El resguardo de los derechos humanos en la comunidad jurídica internacional comenzó con la creación de la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre. En ellas, la técnica legislativa aplicada es la del *Soft Law*, la cual se describe como no vinculante, por estar integrada de normas programáticas.

Ahora bien, la utilización de esta técnica legislativa caracterizada por ser flexible, fue el primer paso para la creación de normas jurídicas que consagran los deberes y derechos del hombre, considerando que es realmente ardua, la tarea de lograr el consenso absoluto entre las naciones del mundo, al procurar cumplir con las formalidades solemnes propias de un tratado internacional.

Sin embargo, ha ocurrido una transformación en la técnica legislativa en materia de los derechos humanos en el ámbito internacional, que parte desde la aplicación del *Soft Law*, el cual ha permitido la creación de estas Declaraciones, hasta materializar la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, en el continente americano. Ello evidencia el logro de la técnica legislativa del *Soft Law*, pues la misma ha sido determinante en el seguimiento de sus lineamientos generales por las naciones, cuando éstas legislan en materia de derechos humanos.

Lo antes señalado demuestra que el carácter formal de las normas en materia de derechos humanos no constituye el patrón fundamental para regularlos ya que las Declaraciones *in comento* carecen de coercibilidad. De allí, la necesidad de incorporar sus preceptos normativos en tratados internacionales y en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados. Sin embargo, debido al tratamiento actual que se le da a los derechos humanos, ha sido una necesidad de orden moral sentida en la sociedad mundial, y una aspiración de la comunidad internacional, la de exhortar a los Estados en la aplicación tanto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos como de la Declaración Americana de los Debe-

res y Derechos del Hombre para el resguardo en la integridad de las personas.

Por lo expuesto, los planteamientos desarrollados permiten señalar que el marco regulador de la comunidad internacional se encuentra en un proceso de evolución de los principios que sustentan la protección a los derechos humanos. Para ello, la continua motivación que emerge de la comunidad mundial ha permitido la aplicación tanto de la técnica legislativa clásica utilizada para la creación de los tratados internacionales como la técnica legislativa moderna del *Soft Law*, mediante la participación mancomunada de los sujetos de Derecho Internacional, con el objeto de garantizar la efectividad de los sistemas de protección de los derechos humanos.

De esta forma, se procura emplear mecanismos jurídicos por lo cuales se abandona la praxis de regulaciones aisladas y, por el contrario, se asume que los problemas del componente humano pertenecen al ámbito universal y éste debe brindar resguardo internacional. El horizonte de los nuevos desafíos que plantean los momentos actuales, exige a la comunidad internacional de una preparación superior, demostrativa de un reflexivo estudio de los derechos humanos y de un certero criterio, ajustado a las connotaciones de los problemas que contemporáneamente se generan.

Notas

1. La Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) experimentó tres modificaciones: la primera es producto del Protocolo de Cartagena de Indias, aprobado el 5 de diciembre de 1985. Una segunda forma ocurrió mediante el Protocolo de Washington, aprobada el 14 de diciembre de 1992, y una última modificación se realizó en el Protocolo de Managua, adoptado el 10 de junio de 1993.
2. La Organización de los Estados Americanos fue creada en la Novena Conferencia Interamericana en abril de 1948, en Bo-

gotá. Es una organización internacional que trata de afianzar la paz y la seguridad del Continente, previendo las posibles causas de desavenencias y promoviendo, una acción solidaria y cooperativa, el desarrollo económico, social y cultural de los Estados de América (Guerra Iñiguez, 1991: 567).

3. El Comité Jurídico Interamericano se encuentra integrado por once juristas nacionales de los Estados miembros, nombrados por un período de cuatro años por la Asamblea General, siguiendo el criterio de una equitativa representación geográfica, por lo que no puede haber más de un miembro de la misma nacionalidad; y sometidos, además, a un régimen de renovación parcial. Tiene su sede fija en Río de Janeiro. Tiene como finalidad promover el desarrollo progresivo y la codificación del Derecho Internacional y estudiar los problemas jurídicos referentes a la integración de los países para el desarrollo del Continente, así como, procurar uniformar las legislaciones nacionales. El Comité representa a los Estados miembros de la organización y tiene absoluta autonomía técnica. Además, establece relaciones de cooperación con Universidades, Institutos y otros centros docentes para el estudio, investigación, enseñanza y divulgación de los asuntos jurídicos de interés internacional.

Lista de Referencias

- BARBERIS, Julio. **Formación del Derecho Internacional**. Abaco de Rodolfo de Palma. Buenos Aires, 1990.
- BERNARD, Brigitte. **Manual de Introducción al Derecho**. Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J. Delgado Ocando. Maracaibo, 1991.
- CAMARGO, Pedro. **Manual de Derechos Humanos**. Editorial Leyer. Segunda edición. Bogotá, Colombia, 2004.
- DE LA VEGA, Richard. **A hard Law al soft law: a panel**. 1998.
- GARRETÓN, Roberto. **Los derechos humanos y las Naciones Unidas**. En formato electrónico: <http://www.ombudsman.cl/pdf/mecanismos-ddhh.pdf>. Consulta: abril, 19, 2005.

- GUERRA IÑIGUEZ, Daniel. **Derecho Internacional Público**. Signocrom Impresos C.A., Caracas, 1991.
- GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo. **Derecho Internacional Público**. Editorial Trotta. Madrid, España, 1995.
- HIGGLETON, Elayne. **The Chambers Dictionary**. Grain Britain, 1998.
- MAZUELOS BELLIDO, Ángeles. **Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?** En formato electrónico: <http://www.reei.org>. Consulta: abril, 19, 2005.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. **Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano**. Secretaría General de los Estados Americanos; Washington, 2003.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. En formato electrónico: <http://www.oas.org/juridico/spanish/carta.html>. Consulta: abril, 19, 2005.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. **Declaración Universal de los Derechos Humanos**. Asamblea General del 10.12. 1948.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. En formato electrónico: <http://www.un.org/spanish/aboutun/charter/index.htm>. Consulta: abril, 19, 2005.
- PARRA ARANGUREN, Gonzalo. “La importancia del Instituto Internacional para la Unificación del Hemisferio (Unidroit)”. En: **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**. No. 82. U.C.V., Caracas, 1992.
- SORENSEN, Max. **Manual de Derecho Internacional Público**. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1978.
- VALENCIA RESTREPO, Hernán. **Derecho Internacional Público**. Editorial Universidad Pontificia Bolivariana. Primera edición, 2003.
- VERNA DE BRICEÑO, Elizabeth. **Presencia de los Derechos Humanos**. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1992.