

---

# LA INCIDENCIA DEL LLAMADO *SOFT LAW* O DERECHO BLANDO EN LA INTERPRETACIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL\*

**Diego Andrés Zambrano Pérez\*\***

## **Resumen**

El presente artículo aborda el surgimiento de nuevas fuentes del Derecho en un contexto globalizado en el que las sociedades contemporáneas evolucionan vertiginosamente, y frente a las cuales el aparato estatal afronta retos complejos, produciéndose toda clase de manifestaciones de difícil conceptualización desde la óptica jurídica. Como ejemplo de esto, se encuentra el *soft law* o derecho blando, expresión anglosajona que suele utilizarse para identificar una serie de actos e instrumentos que, no obstante carecer en principio de clara fuerza vinculante, terminan insertándose dentro de la jerarquía normativa de los ordenamientos jurídicos internos con una gran vocación reguladora o, cuando menos, irrumpiendo en el alcance de los parámetros aplicables a la hermenéutica de las relaciones entre los Estados, los derechos constitucionales y los tratados

---

\* El presente texto surge como consecuencia de una investigación realizada en el marco del estudio de la cátedra impartida por el profesor Tomás de la Quadra-Salcedo denominada "*Perspectivas actuales del Derecho público*", asignatura del máster oficial universitario en derecho público en la Universidad Carlos III de Madrid, España.

\*\* Abogado egresado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, Magíster en Derecho Público de la Universidad Carlos III de Madrid, con especialización en Derecho Público, Ciencia y Sociología Políticas de la Universidad Externado de Colombia y diplomaturas internacionales de especialización en Derechos Sociales, Políticas Públicas y Gestión Global Humanitaria del Instituto Internacional Henry Dunant de Santiago de Chile y en Defensa Internacional de los Derechos Humanos del Centro Latinoamericano de Derechos Humanos. Correo electrónico: d7\_andres@hotmail.com.

internacionales de derechos humanos. Esto último, a partir de una perspectiva pragmática reflejada en un breve repaso al desarrollo jurisprudencial que ha sido ofrecido al tema de la caracterización de las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos por parte de la Corte Constitucional colombiana.

**Palabras Clave:** *soft law* o derecho blando, derecho duro, nuevas fuentes del derecho, fuerza vinculante, jurisdicción constitucional, Juez constitucional.

## 1. INTRODUCCIÓN

Una perspectiva novedosa desde la que puede acometerse el estudio del Derecho público hoy en día, bien puede ser aquella a través de la cual se efectúa toda una serie de aproximaciones metodológicas vinculadas con el surgimiento de nuevas fuentes normativas en los ordenamientos públicos y privados, en donde adquiere particular importancia no ya solamente la influencia creciente de los fenómenos de *regulación* y de *autorregulación*, sino también el efecto expansivo del denominado *soft law*,<sup>1</sup> concepto éste, si se quiere, genérico y ambiguo para referirse a todos aquellos actos o instrumentos que si bien no están dotados, *prima facie*, de un verdadero carácter vinculante, en la realidad práctica terminan incorporándose de una u otra forma en el sistema de fuentes tradicional con serias repercusiones en los terrenos de la hermenéutica.

Sin duda alguna, los nuevos arreglos de la gobernanza han transformado el paradigma que traía consigo la ciencia de la administración pública para lograr acuerdos estratégicos y estructurar herramientas reguladoras, inclusive, entre ac-

---

<sup>1</sup> En el artículo se mantendrá la expresión en inglés *soft law*, teniendo en cuenta su extendida utilización por parte de autores de habla hispana.

tores no estatales, los cuales no tienen capacidad alguna para crear normas y obligaciones de tipo jurídico que promuevan una determinada práctica en una dirección específica. La cuestión no es de poca monta. Conviene reconocer que el aparato estatal ha tenido múltiples obstáculos para adaptarse a los tiempos actuales, lo que, sumado a la incapacidad del legislador para reconocer las realidades fácticas imperantes y de los tribunales para resolver casos difíciles, ha derivado en la búsqueda de interesantes fórmulas de solución mediante novedosos instrumentos con vocación reguladora. Surgen así nuevas figuras por entero extrañas a los andamiajes habituales del sistema de fuentes, pero con la gran virtualidad de ajustarse a los contextos sociales y a la acelerada actividad de la administración que se ve enfrentada, las más de las veces, a escenarios de flexibilización en los procedimientos de elaboración de las normas, negociaciones que involucran a actores públicos y privados, la impericia del conocimiento técnico o especializado, entornos en donde se exploran estrategias más democráticas de adopción de decisiones y de participación de la sociedad civil; o, simplemente, estas nuevas figuras como *soft law* se enfrentan al desafío de depositar responsabilidades en otros ámbitos e instancias.<sup>2</sup>

Como lo podrá anticipar el lector avezado, el derecho se dice *blando* porque no reúne las suficientes condiciones para configurarse, en estricto sentido, como un derecho duro o *hard law*, esto es, con un carácter obligatorio que posibilite el poder de reacción del ordenamiento ante el evento de ser incumplido. Ha de señalarse que no podría tenerse tampoco como parámetro de validez de las normas ni sería justificable su refutación, así como tampoco contaría con sanción aquél que desconozca sus contornos.

---

<sup>2</sup> SARMIENTO, Daniel, *El Soft Law Administrativo. Un estudio de los efectos vinculantes de las normas no vinculantes de la Administración*, Thomson Civitas, Pamplona, 2008, p. 27.

Sin embargo, es cierto que el nivel de aceptación y de cumplimiento de ese tipo de instrumentos parece corresponderse con el estimado para las normas *hard law*, con lo cual, hasta los Tribunales se han orientado por atribuirle efectos en el mundo del Derecho.<sup>3</sup> De esta suerte son las resoluciones, directrices, cartas de servicios, circulares, instrucciones, códigos de conducta, protocolos de actuación, normas técnicas y toda una serie adicional de documentos cuyos alcances y efectos no son claramente comprensibles, pero que se evidencian en cuanto permiten llenar de contenido una disposición legal o reglamentaria, condicionar la aplicación de otras normas, anticiparse a la aplicación misma del Derecho y hasta servir de elemento de juicio o de interpretación, aun cuando se nos indique que ello sólo es plausible en un escenario puramente normativo. Dicho en otras palabras, se trata de normas que no tienen el ropaje de normas, sin que por tal razón se concluya que su existencia no apareja ciertos efectos jurídicos.

Al tiempo que la configuración dogmática del *soft law* puede plantearse en el marco del Derecho internacional general, tomando como base las organizaciones transnacionales y la abundante creación de normas jurídicas para regular el derecho de gentes<sup>4</sup> y las relaciones comerciales entre los Estados, también puede decirse que se abre paso en el Derecho administrativo por vía de las manifestaciones dentro y fuera de la administración para la prestación efectiva de servicios públicos y la satisfacción del interés general. No obstante, no son estos escenarios los que habrán de ser profundizados. La curiosidad por abordar más a fondo las especificidades del *soft law* alientan su estudio desde un segmento del ordenamiento que, a primera vista, parece no tener relación alguna de conexidad con los asuntos previamente distinguidos: *la justicia constitucional*.

---

<sup>3</sup> *Ibíd.*, pp. 32-63.

<sup>4</sup> BARBERIS, Julio A., *Formación del Derecho Internacional*, Ábaco, Buenos Aires, 1994, p. 257

Para nadie es un secreto que la transformación más importante de esa faceta del Derecho en la segunda mitad del siglo XX, en América Latina y Europa continental, fue la conversión de la Constitución en una verdadera norma jurídica. De hecho, a partir de esa importante transformación los distintos órdenes jurídicos han delineado mecanismos eficaces para asegurar que sean sometidos tanto los poderes públicos como los privados a los Textos Superiores y, por esa vía, al respeto de los derechos fundamentales.<sup>5</sup> De ahí que la expresión *constitucionalización del derecho* sea comúnmente usada para caracterizar, de algún modo, cualquier ordenamiento jurídico en el cual hubiese una Constitución dotada de supremacía y en el que sus normas irradian, material y axiológicamente, todo el sistema jurídico.

Precisamente, esa fuerza normativa expansiva de la que se habla, ha dado vía libre a la incorporación de disposiciones normativas y principios de derecho blando que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros de constitucionalidad, independientemente de que dicho control sea abstracto o concreto, para garantizar la protección de un determinado derecho.

Lo que pretende demostrarse en el presente artículo de reflexión es que los documentos que hacen parte del *soft law* o derecho blando han ido adquiriendo paulatinamente un valor tan significativo en el ámbito del sistema de fuentes, que no sólo han ido más allá del mundo propio del derecho internacional o el derecho comercial, sino que, a su vez, han logrado posicionarse como un referente cardinal en las actividades cotidianas de los Jueces, incluidos, por supuesto, aquellos encargados de la guarda y supremacía de la Constitución Política al momento de

---

<sup>5</sup> WÖHRMANN, Gotthard, "The Federal Constitutional Court. An Introduction", recurso en línea: <http://www.iuscomp.org/gla/literature/inbverfg.htm>. [artículo publicado originalmente en BORN, Sigrid (ed.), *Law on the Federal Constitutional Court*, trad. Martin Fry, Inter Nations, s.l., 1996].

fundamentar sus decisiones. Cuestión que, valga apuntar, ha permanecido invisibilizada en el panorama académico contemporáneo.

Con miras, entonces, a desarrollar el propósito enunciado, el objeto de estudio será la jurisprudencia elaborada por la Corte Constitucional colombiana, pues ella permitirá demostrar que los instrumentos *soft law* son una categoría emergente en el sistema de fuentes y que su aplicabilidad encuentra una notable incidencia en la resolución de los asuntos que son de su competencia. Bajo esa lógica, entonces, han de cumplirse dos objetivos. El primero es dar cuenta de la aparición de la figura del *soft law* en ámbitos ajenos al derecho internacional o comercial, cuyas aproximaciones críticas son nulas o apenas incipientes. El segundo, por su parte, ha de ilustrar, desde una perspectiva pragmática, que los operadores jurídicos se encuentran enfrentados a retos hermenéuticos en sede de la administración de justicia en los que, muchas veces, se relacionan instrumentos de derecho blando o *soft law* a los que deben acudir para resolver un caso concreto o mejorar el estándar de protección allí dispuesto, muy a pesar de que se ponga en tela de juicio el carácter vinculante de aquellos en el universo de las fuentes emergentes y su efectiva aplicación en los ordenamientos jurídicos.

Para cumplir con el plan trazado, se ha estructurado este escrito en varios apartados. En el primero de ellos se propone una aproximación teórica de lo que puede entenderse por *soft law*. Se recogen algunos antecedentes sobre su concepto, la naturaleza de la figura, su posicionamiento en el sistema de fuentes y se exhiben algunas de sus principales diferencias con el *hard law*. En el segundo apartado se identifican algunas de las razones por las cuales el *soft law* ha empezado a irrumpir en el discurso del derecho en general y en el ámbito de lo constitucional, en particular.

En tercer y último lugar, se demostrarán las herramientas hermenéuticas que ha empleado la Corte Constitucional colombiana para la solución de determinados casos en los que se incorporan actos o instrumentos de *soft law*, todos los cuales serán ilustrados mediante la elaboración de una breve y concreta línea jurisprudencial que explore los campos de uso y aplicación de este tipo de documentos de derecho blando y enuncie algunas de sus potencialidades en la práctica del derecho internacional de los derechos humanos y en la vigencia de derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico local.

## 2. APROXIMACIONES AL TÉRMINO *SOFT LAW*

Las auténticas problemáticas de raigambre jurídico jamás se hallan en las constituciones, en los códigos, en las leyes o en las decisiones de los Jueces, expresaba con gran acierto Gustavo Zagrebelsky en su obra *El derecho dúctil*, en la que además dejaba por sentado que para arribar a una solución específica, había que indagar, según su criterio, en lo que no aparecía expreso. Lo anterior, entre otras razones, para explicar que la noción básica que teníamos sobre el derecho del Estado, hoy por hoy, no puede reconocerse como una realidad política operante, pues desde hace varios lustros han venido actuando vigorosamente otra clase de influencias, tales como la formación de polos de poder alternos; y, semejantes al andamiaje estatal que maniobran igualmente en sus campos de atracción y que llegan a superarlo en sus márgenes territoriales: la paulatina institucionalización supranacional y la potestad en cabeza de los individuos para la justiciabilidad de sus derechos, los cuales pueden hacerse valer ante jurisdicciones internacionales frente a los Estados a los que pertenecen.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 10a. ed., Madrid, Trotta, 2011, pp. 9-17.

De esa manera, no podría insinuarse de manera radical una erosión del Derecho público, pero sí, por lo menos, que se han retraído la mayoría de sus elementos, en la medida en que en la actualidad no se perciben como algo de lo que se predique univocidad y consistencia. No en vano, una de sus actuales notas características es la *pérdida de su posición central*<sup>7</sup> que le compromete a enfrentarse a un pluralismo creciente que exige propuestas y consensos verificables y ciertamente posibles.

Esa indiscutible ductilidad que se demanda, bien podría aplicarse al caso del *soft law*, figura que se explica en la actualidad a partir de la necesaria búsqueda de acuerdos entre sujetos estatales y supraestatales, y de la superación de insuficiencias y limitaciones del Estado contemporáneo mediante la adopción de una inmensa variedad de manifestaciones normativas que, ha de agregarse, campean en los universos jurídicos que envuelve a su paso. Lleva razón Daniel Sarmiento cuando previene en "La autoridad del Derecho y la naturaleza del *soft law*"<sup>8</sup> sobre la atomización del aparato estatal, que no es otra cosa que el justo reconocimiento a la existencia de organizaciones supranacionales de integración y de escalones regionales y locales de decisión que también han asumido un evidente protagonismo, incluso en modelos de gobierno que amparan la centralización del poder político. Cuestión ésta que, sin duda, transforma la estructura territorial e institucional del Estado y, por consiguiente, desdibuja el papel que distingue al derecho "forzando la irrupción de técnicas de colaboración y coordinación que invierten y desvirtúan los diseños constitucionales originarios".<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> RUFFILLI, Roberto. "Crisi dello Stato e storiografia contemporanea", *Istituzioni Società Stato II, Nasita e crisi dello Stato moderno: ideologie e istituzioni*, Il Mulino, Bolonia, (1979) 1990, pp. 213 y ss.

<sup>8</sup> SARMIENTO, Daniel, "La autoridad del Derecho y la naturaleza del *soft law*", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, 2006, pp. 221-266. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2490146>.

<sup>9</sup> *Ibid.*

En las anotadas circunstancias, cabría puntualizar que, de alguna manera, el principio de legalidad sufre una marcada flexibilización. En últimas, se trata de una insubordinación protagonizada por una fuente emergente, que descuella por su falta de normatividad y desapego a la rigidez propia de la ley.

### **2.1. La expresión, sus antecedentes y su aplicación en los ámbitos público y privado**

Aquellos actos que carecen de carácter obligatorio y cuyo incumplimiento no puede ser exigido por las autoridades, se conocen como *soft law*. Se trata, pues, de prácticas que no han emanado de las fuentes tradicionales del derecho, quedando, en principio, fuera del ámbito de lo jurídico.<sup>10</sup> En otras palabras, se trata de una cuasi-legalidad que no tiene vinculatoriedad y cuya fuerza de enlace es mucho más débil que la de la ley ordinaria.

En líneas generales, la doctrina revisada sobre el tema converge en el sentido de reconocer que la expresión *soft law* se remonta a la denominada *lex imperfecta* que en el curso del sistema jurídico romano, por contrapeso a las *leges rogatae*, identificaba aquellos instrumentos que carecían de la *sanctio*, que era la determinación de las consecuencias por la violación de la ley, pese a que contaban con *praescriptio*, esto es, iniciativa de Magistrado y aprobación por parte de la asamblea comicial, y *la rogati*, que correspondía al contenido de la norma.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> TORO HUERTA, Mauricio Iván del., "El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006, pp. 513-549.

<sup>11</sup> SARMIENTO, D., *op. cit.*, p. 75.

Es aceptado comúnmente anotar como punto de partida que el término fue acuñado por Lord Mcnair,<sup>12</sup> en su intento por establecer distinciones entre lo que era entendido por interpretación del derecho vigente y la modificación del derecho vigente, en donde la referida locución se empleaba para describir enunciados normativos formulados como principios abstractos cuya legitimación y operatividad devenía de su aplicación por vía judicial. Sin embargo, en la actualidad, la forma en que se conoce al *soft law* proviene sobre todo de las corrientes del derecho internacional por virtud de los organismos supranacionales que, en su conjunto, representan junto al Estado, una de las instituciones más influyentes y ampliamente extendidas en el mundo.<sup>13</sup> Sobre el particular, no existe duda alguna acerca de que las empresas se han convertido en agentes socialmente relevantes dado su papel de transformadores del desarrollo y agentes de una mayor integración e internacionalización de los mercados de bienes y servicios.

Ha sido esa importante apertura comercial la que ha puesto de relieve cómo los instrumentos normativos, utilizados por los distintos competidores de todas las latitudes, han experimentado transformaciones insospechadas. En este contexto es incomparable el ritmo de los negocios internacionales con aquel impuesto por el legislador, pues la actividad regulatoria de este último deviene limitada por su escasa capacidad de reacción ante las nuevas prácticas del mercado, ciertamente relevantes al ámbito jurídico.

Con razón entonces, que sea dable la preocupación generalizada por la articulación de respuestas ante las demandas de transparencia e independencia de

---

<sup>12</sup> MAZUELOS BELLIDO, Ángeles, "Soft law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 8, 2004, pp. 1-40.

<sup>13</sup> CRESPO RODRÍGUEZ, Miguel, *Transparencia y buen gobierno. Su regulación en España*, Madrid, La Ley, 2005.

quienes interactúan en dichos mercados. No sobra recordar, a manera de ejemplo, el movimiento de *corporate governance* que surgió precisamente como reacción a escándalos financieros y a distintos abusos en la retribución de los administradores, para intentar dar un giro radical en el rumbo de los sistemas de gobierno societario basado, no sólo en normas de imperativo cumplimiento, sino en valores éticos adoptados por las partes interesadas en la forma de reglas y principios, siguiendo recomendaciones voluntarias de códigos o manuales que, de una u otra manera, envuelven condiciones de vinculatoriedad y exigibilidad,<sup>14</sup> al menos, por parte del mismo mercado en términos de credibilidad y reputación.<sup>15</sup>

Esto último, trajo a colación de nueva cuenta el tema de la importancia sobre que los ordenamientos jurídicos cuenten con normas e instrumentos adecuados para regular las diferentes entidades que actúan en los mercados financieros, tanto en el propósito de que conduzcan a la revisión y perfección del bagaje normativo construido sobre la materia, como en la búsqueda de una mayor confianza en las instituciones del sector. No se trata, pues, de una cuestión distinta a la pervivencia

---

<sup>14</sup> Para ilustrar el tema en España, cabe resaltar los informes Olivencia, del 28 de febrero de 1998, el Informe Aldama del 8 de enero de 2003 y, finalmente, el Código Unificado de Buen Gobierno, aprobado por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en 2006 y mejor conocido como "Código Conthe", todos los cuales incorporaron gran variedad de disposiciones de *soft law* con disímiles consecuencias, visto desde las perspectivas ontológica y empírica. En Colombia, por su parte, bien vale la pena traer a colación las guías ambientales, puesto que el Estado ya no impone sólo de manera unilateral una regulación dotada de fuerza vinculante para asegurar la realización de sus fines; también acuerda con los particulares destinatarios de dichas normas unos estándares de conducta de cumplimiento voluntario. Es el caso de la Resolución 1023 de 2005, expedida por el Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, en el que establecen guías como instrumento de autogestión y regulación las guías ambientales son documentos técnicos *no vinculantes* de orientación conceptual, metodológica y procedimental para apoyar la gestión, manejo y desempeño ambiental de los proyectos, obras o actividades que se realicen, invocando el sentido de la responsabilidad social. Consultar, SANTAELLA QUINTERO, Héctor, *Normas técnicas y Derecho en Colombia. Desafíos e implicaciones para el Derecho en un entorno de riesgo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

<sup>15</sup> HUTTON, Amy P., "The Determinants and Consequences of Managerial Earnings Guidance Prior to Regulation Fair Disclosure and Biasin Analysts", *Contemporary Accounting Research*, vol. 22, pp. 867-914. DOI: 10.1506/6QUR-CR5M-AQQX-KX1A; STICKEL, Scott E., "Reputation and Performance among Security Analysts", *The Journal of Finance*, vol. 47, núm. 5, diciembre de 1992, pp. 1811-1836. DOI: 10.1111/j.1540-6261.1992.tb04684.x.

entre regulación —*norma*— y autorregulación —*autonomía*— como modelos concurrentes y complementarios.<sup>16</sup>

Pero el auge y desarrollo del *soft law* en el Derecho internacional no se ha producido únicamente en el escenario de las actividades comerciales, sino que ha hundido sus raíces, por igual, en el ámbito de lo público.<sup>17</sup> Recuérdense al efecto que, después de las guerras mundiales la comunidad internacional emprendió la tarea de articular una serie de procesos orientados a la redefinición de valores y preceptos dotados de carácter universal y susceptibles de protegerse por parte de los Estados, resultado de lo cual, el 10 de diciembre de 1948, se firmó la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.<sup>18</sup>

Así las cosas, comienzan a emerger paulatinamente una cantidad sustancial de instrumentos internacionales tales como declaraciones, pactos y convenios que, a la vez que han resultado útiles en la ampliación del catálogo de derechos humanos, han desarrollado paralelamente una serie de obligaciones de respeto y garantía de

---

<sup>16</sup> OLIVENCIA RUIZ, Manuel, "¿Los Códigos de buen gobierno en la crisis o la crisis de los códigos de buen gobierno?", *Revista el Sistema Financiero y el Gobierno Corporativo*, Unión Nacional de Cooperativas de Crédito, diciembre de 2012, pp. 25-28.

<sup>17</sup> Pueden incluirse como motivos de la proliferación del *soft law* en el ámbito internacional, los siguientes: (i) el empoderamiento de organismos internacionales para adoptar normas de *hard law*; (ii) el temor del Estados hacia la adopción de normas *hard law* por su rigidez; (iii) el carácter pedagógico del *soft law* que induce a los Estados a participar en iniciativas reguladas por actos atípicos; (iv) la sofisticación y el desarrollo del derecho internacional; (v) la eficacia de los instrumentos atípicos al momento de definir consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento; (vi) la capacidad del *soft law* para integrar intereses y actores, y fomentar la participación de los sujetos afectados y, finalmente, (vii) el antiformalismo que rodea a la adopción del *soft law*, alejado de normas de votación, quórum, plazos. Véase, SHELTON, Dinah, *Commitment and Compliance. The Role of Non-binding Norms in the International legal System*, Oxford, OUP, 2000, pp. 12 y 13.

<sup>18</sup> Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A de 10 de diciembre de 1948. Con todo, esto no significa que con anterioridad a la promulgación de este documento, no existieran textos elaborados por órganos internacionales encaminados a la protección de los derechos humanos. Por ejemplo, desde 1919 fue creada la Organización Internacional del Trabajo (OIT), primer organismo especializado de las Naciones Unidas en fomentar la justicia social y los derechos humanos y laborales a través de la formulación de documentos como convenios y recomendaciones.

los Estados dentro de cada uno de los órdenes jurídicos internos, al punto de que se han llegado a estructurar mecanismos de exigibilidad judicial internacional.

## **2.2. Naturaleza, características y funciones atribuidas a la figura del *soft law***

Aun cuando interesa destacar el hecho de que la expresión *soft law*, también denominada derecho blando, derecho flexible o pre-derecho, es bastante imprecisa, así como el papel que desempeña en el sistema de producción de normas, de la mayoría de las lecturas sobre su naturaleza emerge, espontáneamente, que se trata de una fuente alternativa con vocación de generar efectos jurídicos, carente, en principio, de coercitividad y desapegada, por entero, como ya se dijo, del principio de legalidad.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Para algunos autores, el *soft law* es un derecho-programa con un sustrato ético formulado a través de principios y objetivos, y no por reglas detalladas y precisas (LACHS, Manfred, "The Threshold in Law-making", en BERNHARDT, Rudolf, et al. (eds.) *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 493-501). Valencia Restrepo ubicará al *soft law* a medio camino entre la ética (es un deber moral) y la política legislativa; véase VALENCIA RESTREPO, Hernán, *Derecho Internacional Público*, Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 2003, p. 495. No obstante, la interacción entre tratados y determinadas configuraciones de *soft law* y la forma en como se han desarrollado en el ámbito de los derechos humanos han propiciado que algunos autores cuestionen acertadamente la pertinencia de considerar como *soft law* instrumentos no jurídicamente vinculantes, cuando justamente precisan el contenido del Derecho; véase MAZUELOS BELLIDO, Ángeles, "Soft law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 8, 2004, pp. 1-40. 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"; véase GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, *Derecho Internacional Público*; Madrid, Trotta, 1995, p. 619. Asimismo, se considera como una técnica normativa favorable la unificación del Derecho que se genera en determinados foros de codificación internacional; véase, FERNÁNDEZ ROZAS, Juan Carlos, "Los procesos de unificación internacional del Derecho privado: técnicas jurídicas y valoración de resultados, *La unificación jurídica en Europa*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP (J.M. García Collantes, ed.), Civitas, Madrid, 1999, p. 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 Bernard, 1998: 123). Hay quienes consideran que el *soft law* es un derecho espontáneo, en tanto que 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, J. C., *Curso de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1991, p. 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, Brigitte, *Manual de Introducción al Derecho*, Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J. Delgado Ocando, Maracaibo, 1991).

Bernhardt considera que se trata de acuerdos no vinculantes que permanecen solamente en el ámbito de los compromisos políticos,<sup>20</sup> mientras que Alonso García les dota de plenos efectos jurídicos.<sup>21</sup> Sin embargo, existe otra vertiente intermedia entre estas dos posturas que intenta identificar los instrumentos de *soft law* a partir de una serie de características específicas: (i) la formulación en términos no obligatorios conforme a procesos tradicionales de creación de derechos; (ii) términos vagos e imprecisos; (iii) que se trate de órganos que no tengan autoridad para dictar normas; (iv) que se trate de actores no estatales; (v) que los acuerdos se basen en una adhesión voluntaria y no existan mecanismos de exigibilidad.<sup>22</sup> Desde una *perspectiva ontológica*, el *soft law* se caracteriza por contar con presupuestos taxativos de consecuentes abiertos e indeterminados, que reclaman la maximización de sus objetivos.

En este sentido, tiene causa y objeto concretos, pero su finalidad es genérica, en la medida en que su desafectación del sistema formal de fuentes le impide contar con plenos efectos jurídicos. Por tanto, es ontológicamente un *mandato de optimización*, una proposición prescriptiva que pretende ser cumplida, pero sólo en parte.<sup>23</sup>

Con fundamento en una *perspectiva empírica*, cada acto o instrumento *soft* puede tener una estructura de *regla* o de *principio*. En la práctica existen instrumentos

---

<sup>20</sup> BERNHARDT, Rudolf, "Las fuentes del derecho comunitario: La Constitución de las Comunidades", en *Treinta años de Derecho comunitario*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1984, p. 84.

<sup>21</sup> ALONSO GARCÍA, Ricardo, "El *soft law* comunitario", *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 154, enero-abril, 2001.

<sup>22</sup> CHINKIN, Christine, "Normative Development in the International Legal System" en SHELTON, D (ed). *Commitment and Compliance. The Role of Non Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, pp. 30-31. DOI:10.1093/acprof:oso/9780199270989.003.0002

<sup>23</sup> ALEXI, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2001, pp. 86 y 87.

que se articulan como *reglas*, estableciendo un antecedente y un consecuente determinado, y otros simplemente con un consecuente indeterminado, que implica un mayor grado de compromiso de sus destinatarios, comprendiendo reglas o principios.

En suma, la tipología del *soft law* puede ser abordada desde diversos frentes, a pesar de que inicialmente se lo vincule con normas meramente programáticas formuladas a modo de principios. Podemos empezar a darnos cuenta de que su evolución ha permitido que algunos instrumentos del *soft law* alojen contenidos normativos específicos, acaparando mucho más atención y relevancia frente a los demás mecanismos jurídicos convencionales.

Incluso, también se ha llegado a calificar el *soft law* como fuente de derecho emergente,<sup>24</sup> por las nuevas formas de gestión administrativa que genera y las novedosas dinámicas de cooperación entre los poderes y sus ciudadanos que resultan de su aplicación. Por eso, en cuanto a las funciones que el *soft law* cumple en el sistema del derecho internacional pueden ser enunciadas las siguientes, a saber: a) como avance del *hard law*, b) como una alternativa al *hard law*, c) como complemento al *hard law*, y d) como un parámetro interpretativo del *hard law*.

### **2.3. Algunas diferencias entre el *hard law* y *soft law***

La discusión entre las opciones *hard law* y *soft law* no es reciente en el seno del Derecho internacional.<sup>25</sup> Cuando se alude al primero es para referirse a todas aquellas

---

<sup>24</sup> SARMIENTO, D., "La autoridad...", *art. cit.*

<sup>25</sup> Para efectos de estudiar las diferentes visiones en torno al significado mismo de las expresiones *hard law* y *soft law*, puede consultarse TRUBEK, David M., COTTRELL, Patrick y NANCE, Mark, "*Soft Law*", '*Hard Law*' and

normas o regulaciones con carácter obligatorio. En otros términos, se trata de un régimen cuya construcción, ejecución y vigencia recae directamente en la autoridad y el poder del Estado, por medio del control legítimo de sus medios de coerción.<sup>26</sup> Éste abarca desde obligaciones sustanciales y procedimentales, hasta dispositivos especiales y específicos para hacerlas cumplir a modo de sanciones legales o económicas.<sup>27</sup>

Por su parte, Kenneth Abbott y Duncan Snidal<sup>28</sup> señalaron que las disposiciones de *hard law* tienen que contar, a lo sumo, con tres presupuestos: la precisión, la obligatoriedad y la delegación. Esto, comoquiera que una *dura lex* imponga gravámenes de contenido general que se articulen con un mayor grado de precisión al definir con más propiedad la conducta que prohíbe o que autoriza, y es susceptible de interpretarse y de hacerse cumplir por las autoridades competentes.

Por regla general, cuando se utiliza la expresión *hard law* es para designar tratados o acuerdos internacionales que estipulan obligaciones precisas para los Estados firmantes o los sujetos intervinientes. En el ámbito local, bien puede afirmarse que sirve para llamar la atención sobre el cumplimiento de las normas de Derecho positivo, en el que las prescripciones son claras y de obligatorio cumplimiento, y que además aparejan la posibilidad de sanción en el evento de su inobservancia. Por el contrario, la posición generalizada de la doctrina frente al *soft law* es consi-

---

European Integration. Toward a Theory of Hybridity", University of Wisconsin Legal Studies, documento de trabajo 1002, noviembre 2005. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.855447>.

<sup>26</sup> KIRTON, John J. y TREBILCOCK, Michel J., *Hard Choices, Soft Law. Voluntary Standards in Globe Trade, Environment and Social Governance*, Aldershot, Ashgate, 2007, p. 9.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 177.

<sup>28</sup> ABBOTT, Kenneth W. y SNIDAL, Duncan, "*Hard Law and Soft law in International Governance*", *International Organization*, vol. 54, 2000, p. 421. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1402966>.

derarlo como un fenómeno con un carácter jurídicamente no vinculante, aunque por ello carente de cierta relevancia *iuris*.<sup>29</sup>

Se describe al *soft law*, por ejemplo, dentro del campo de la gobernanza como un nuevo arreglo que cuenta con un determinado carácter normativo, es decir, que no posee rasgos de obligatoriedad, uniformidad, justiciabilidad, o autoridades que lo hagan cumplir. Son "meras reglas de conducta que en principio no tienen fuerza legal obligatoria pero que de todas formas pueden tener efecto prácticos".<sup>30</sup> Y a pesar de que no pueden ser aplicadas sanciones como consecuencia del incumplimiento de un instrumento *soft law*, la realidad práctica ha llegado a relativizar tal aserto, pues viene acentuándose el término *soft coerción* para demostrar, de alguna manera, que se cuenta con herramientas especiales para alcanzar un nivel aceptable de censura o reproche.<sup>31</sup>

### 3. ALGUNAS RAZONES SOBRE LA INCURSIÓN DEL *SOFT LAW* O DERECHO BLANDO EN EL DERECHO

El sociólogo Zygmunt Bauman<sup>32</sup> se refiere a la globalización como un proceso vertiginoso que atraviesan las sociedades que ahora son forzosamente mutables y fluidas, pero sin identidad fija. Este autor llama la atención sobre el uso poco meditado del término, por lo cual trataré de caracterizarlo brevemente.

---

<sup>29</sup> TORO HUERTA, M., "El fenómeno del *soft law*...", *art. cit.*, p. 519.

<sup>30</sup> SNYDER, Francis, "The Effectiveness of EC Law", en DAINTITH, Terence (ed.), *Implementing EC Law in the United Kingdom*, Wiley, Nueva York, 1995.

<sup>31</sup> CALDERÓN CARRERO, Juan Manuel y CAAMANO ANIDO, Miguel Ángel. "Globalización económica y poder tributario. ¿Hacia un nuevo derecho tributario?", *Civitas. Revista Española de derecho financiero*, núm. 114, 2002, pp. 245-288.

<sup>32</sup> BAUMAN, Zygmunt, *La Cultura en el mundo de la modernidad líquida*, trad. Lilia Mosconi, FCE, Madrid, 2013, p. 33.

La globalización puede definirse como "un proceso complejo de intensificación, interrelación e interdependencia de las relaciones entre países, personas, economías, bienes y servicios, cuyo motor o eje es la economía y los avances tecnológicos y comunicacionales".<sup>33</sup> Proceso que, vale anotar, da lugar a la casi instantánea e intensa interrelación que permite hablar de la disolución de las fronteras espacio-temporales en un contexto global.

La globalización económica es la tendencia predominante que se caracteriza por la posibilidad de la apertura de mercados y finanzas, la deslocalización empresarial, el consumo y la producción mundial, así como la desregulación de la economía. Immanuel Wallerstein describe el proceso como el de una "economía mundo",<sup>34</sup> a efectos de subrayar el hecho de que la globalización como proceso propiamente dicho está sujeto a una tendencia económica en particular. Por vía de ejemplo, Ulrich Beck en su obra<sup>35</sup> deja entrever que la económica, es sólo una de las aristas del fenómeno descrito, categorizándolo como *globalismo* todo aquello que no tiene que ver con lo económico; la integración de éste con la *globalidad* resulta en la globalización en sentido amplio.

Como puede apreciarse, las múltiples significaciones que se le atribuyen a la globalización hacen de ella un concepto *multidimensional*<sup>36</sup> porque abarca un vasto y complejo conjunto de procesos relacionados entre sí, entre los que despuntan la autonomía adquirida por la economía en relación a la política; la emergencia de

---

<sup>33</sup> RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo, "Transformaciones del constitucionalismo en el contexto de la globalización", *El derecho en el contexto de la globalización*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp.187-219.

<sup>34</sup> WALLERSTEIN, Immanuel, *El moderno sistema mundial. La agricultura capitalista y los orígenes de la economía mundo europea en el siglo XVI, Siglo XXI*, Madrid, 1979.

<sup>35</sup> BECK, Ulrich, *¿Qué es la globalización?*, Paidós, Barcelona, 2001.

<sup>36</sup> CLARK, Ian, *Globalization and International Relations Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 35.

nuevas estructuras de decisión que operen en tiempo real y con alcance universal; las alteraciones producidas de las condiciones de competitividad de empresas y sectores; la desnacionalización de derechos y el surgimiento de estructuras político-económicas multipolares que suponen nuevas fuentes de cooperación y conflicto tanto en el movimiento de capital como en el desarrollo del sistema mundial.<sup>37</sup>

Ha de ponerse de relieve que las complejas interdependencias que caracterizan al mundo contemporáneo no han sido superadas del todo en su conjunto. "Disminuido", "defectuoso" y "vacío" han sido algunos de los adjetivos con los que se ha calificado al Estado contemporáneo para hacer frente al proceso de globalización, mientras que el carácter cambiante de las relaciones económicas trasnacionales ha creado un nuevo y limitado contexto de acción estatal.<sup>38</sup>

En íntimo enlace con lo anteriormente tratado, la ciencia jurídica, como disciplina académica que es, se ha encontrado envuelta en una permanente evolución de las formas en que se manifiesta. Particularmente, los temas que tienen que ver con los síntomas y rasgos de la globalización obligan a todos los juristas a abordar cuestiones trascendentes de la teoría jurídica desde otra perspectiva. Y es que los avances tecnológicos y la manera en que se llevan a cabo hoy en día las relaciones interpersonales, impulsan a que el Derecho se renueve constantemente porque "ya no es sólo el Estado quien tiene el monopolio de la creación de determinados sistemas legales, sino que ahora las nuevas prácticas sociales y el dinamismo de la sociedad"<sup>39</sup> se están convirtiendo en nuevos actores jurídicos en sí mismos.

---

<sup>37</sup> FARIA, José Eduardo, *El Derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 49.

<sup>38</sup> STRANGE, Susan, "The Defective State", *Revista Daedalus*, vol. 124, 1995, pp. 56.

<sup>39</sup> CASSESE, Sabino, *El Derecho Global. Justicia y democracia más allá del Estado*, trad. Juan J. Gutiérrez Alonso, Sarmiento, Global Law Press, Sevilla, 2011.

En este sentido el "fenómeno de la globalización ha originado que el derecho deje de ser un concepto unitario y centralizado"<sup>40</sup> para ser lo que ahora, un espacio en el que la horizontalidad de las relaciones de todos sus actores permiten su constante transformación y adecuación a las realidades del presente siglo. Lleva razón el famoso concepto de Estado moderno de Ronald Dworkin que afirmaba que la ciencia y la teoría jurídica deben preocuparse por la construcción de nuevos conceptos de derecho que faciliten su aplicación de una manera más práctica, y no de una forma compleja, a todas las sociedades y todos los tiempos, haciendo de esta manera del Derecho una cuestión más pragmática, en últimas, porque "el derecho es un ente alerta que debería identificar los signos de los tiempos en los que influye".<sup>41</sup>

El influjo de los procesos de integración económica, y la combinación con el desarrollo de las tecnologías digitales, ha modificado no sólo al Estado sino también las formas de concebir y de crear el derecho, y el *soft law* es una expresión de la adaptación a este nuevo contexto global. Aun con la dinámica vertiginosa que vive el mundo hoy en día, no deja de ser particularmente llamativa la permanente evolución de las reglas que rigen las relaciones jurídicas derivadas de la interacción de un número cada vez mayor de agentes económicos; quienes, no obstante su nacionalidad, concurren a un entorno global que ofrece un amplio abanico de opciones negociales y que, sin duda, desborda los alcances de los mercados domésticos. Ello conduce a aceptar, por otro lado, que el tradicional sistema de fuentes kelseniano ha sido alterado por obra de la contracción sufrida por el poder público frente al sector privado y la dimensión económica de una realidad regida, en gran medida,

---

<sup>40</sup> SCHIERA, Pierangelo y CLAVERO, Bartolomé, *Del poder legal a los poderes globales. Legitimidad y medida en política*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013.

<sup>41</sup> DWORKIN, Ronald, *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, trad. Ernest Weikert Garía, Paidós, Barcelona, 2008.

por empresas supranacionales, en cuyos ámbitos de acción proliferan normas privadas de carácter obligacional de dudosa naturaleza jurídica, que reclaman inmediatez y activismo para su adaptabilidad al nuevo entorno.

El *soft law* pasa así, de constituir meras normas programáticas, a adoptar la forma de marcos de referencia con contenidos normativos específicos, incluso más potentes que los derivados del propio *hard law*. Para ilustrar la discusión bien vale la pena dar cuenta de los panoramas público y privado. De una parte, han de tenerse en cuenta las resoluciones, en teoría, no vinculantes de organizaciones internacionales como una actividad normativa indirecta y con carácter simplemente exhortativo;<sup>42</sup> que, en todo caso, se caracterizan por anticiparse al derecho y servir de marco interpretativo. De ello dan cuenta las "Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores", mejor conocidas como "*Reglas de Beijing*" (aprobadas mediante Resolución 40/33 del 28 de noviembre de 1985), y las "Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad" (aprobadas mediante Resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990), las cuales figuran en el ordenamiento jurídico colombiano como instrumentos valiosos para la codificación de las principales obligaciones internacionales de Colombia en la materia, de suerte que se consideran como parámetros de control de constitucionalidad de las disposiciones legales que versan sobre dicho tópico.

Han de resaltarse, por igual, todos aquellos instrumentos que ante lagunas normativas llenan de contenido una determinada prerrogativa. Es el caso, a nivel

---

<sup>42</sup> Sentencias C-203 de 2005 y C-684 de 2009 de la Corte Constitucional colombiana. Las *Reglas de Beijing* o "*Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores*" codifican, sistematizan y desarrollan estándares mínimos en la investigación y juzgamiento de personas menores de edad reconocidos en el Derecho internacional de los derechos humanos, los cuales deben ser respetados en todos los casos de procesamiento de menores de edad por violación de la Ley penal.

regional, de las *Reglas de Heredia* que, aun siendo de *soft law*, fueron delineadas para enfrentar el vacío normativo y jurisprudencial que existía sobre la forma como los tribunales debían publicar su información en Internet cuando examinaran casos con información personal sensible. Su origen es fruto de la intención de un grupo de países y de autoridades judiciales para solucionar un problema que empezaba a avizorarse como complejo y que no tenía herramientas para saber hacia dónde orientarse.<sup>43</sup>

Por otra parte, en el espectro de lo privado, cabe mencionar las soluciones de autorregulación que proponen los actores, sobre todo en el campo de la Responsabilidad Social Empresarial: se encuentran códigos de ética o documentos de principios y valores expedidos por organizaciones que representan los intereses de las empresas, como el de la Cámara de Comercio Internacional o, en muchas otras ocasiones, entidades que representan a los gobiernos, como la OECD, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, que buscan articular estándares de conducta para el comercio internacional.<sup>44</sup>

Sumado a lo anterior, debe agregarse el deterioro de las características de generalidad y abstracción de la ley como norma jurídica. Entendiendo por generalidad

---

<sup>43</sup> Las *Reglas de Heredia* han alimentado el debate sobre la publicación de sentencias en Internet y son el punto de referencia de cómo se debe enfocar este tema. Tampoco han sido superadas, porque no ha surgido nada que las remplace ni han perdido vigencia. Al contrario, han sido convalidadas en diferentes países, como Argentina, con un conjunto de leyes llamadas de democratización de la justicia, en donde se reproduce la idea central de publicación anonimizada. Costa Rica ha empezado a operar el sitio web del Poder Judicial con base en estas reglas. México las ha aplicado a nivel de la Suprema Corte.

<sup>44</sup> Dentro de los instrumentos más relevantes de *soft law* que incorporan estándares y principios internacionales están: (i) el *Pacto Mundial* que tiene la función de promover el desarrollo sostenible y la responsabilidad social, (ii) *The Global Reporting Initiative* cuya meta es proporcionar elementos de soporte para la elaboración de memorias y directrices en materia de Responsabilidad Social Empresarial; (iii) los sistemas de certificación SA8000 e ISO14000 que dan constancia del cumplimiento de normas en materias de derechos humanos, de las directivas de la Organización Internacional del Trabajo, así como de convenciones de derechos.

la garantía de imparcialidad del Estado respecto a los componentes sociales, así como de su igualdad jurídica. Y por abstracción, la generalidad en el tiempo, consistente en prescripciones destinadas a valer indefinidamente, y fundamentada sobre la base de supuestos de hecho abstractos. Ambas notas características, al tiempo que respondían a la moderación del poder, la separación del mismo y a la igualdad ante la ley, también garantizaban la seguridad jurídica, la estabilidad del orden jurídico, la certeza y la previsibilidad del Derecho.

Hasta no hace mucho podíamos haber hablado de la concentración de la producción jurídica en un solo actor constitucional: el legislador, sino fuera por la que Zagrebelsky llama *pulverización del derecho legislativo*, originada en la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal al punto de desdibujarse su sentido regulatorio, consecuencia natural de la diversificación de los grupos sociales y estratos por virtud de la intensificación de la integración, el predominio de lo económico, el auge de las tecnologías y manifestaciones como el cosmopolitismo.<sup>45</sup>

La multiplicidad de tratamientos normativos y la necesidad de adecuación, transformación, derogación y sustitución de los contenidos de los dispositivos legales a específicas realidades sociales, han derivado en un exacerbado pluralismo legislativo que conlleva el reconocimiento alucinante de valores, intereses y prerrogativas dispares y, en muchos casos, diametralmente opuestas entre sí. Tiene razón, pues, Zagrebelsky, al concluir sobre la ley que "ya no es una garantía absoluta y última de estabilidad, sino que ella misma se convierte en instrumento y causa de inestabilidad".<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> HELD, David, "La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita", trad. De S. Mazzuca, Paidós, Barcelona, 1997, p. 321.

<sup>46</sup> ZAGREBELSKY, G., *op. cit.*, p. 38.

Otro hecho indiscutible es la incapacidad del legislador para generar consensos en todos los ámbitos y niveles: "la complejidad de la realidad social, unida a la rapidez con la que acaecen los avances tecnológicos, han puesto a los parlamentos contra las cuerdas a la hora de adaptar las normas que rigen la convivencia a la complejidad del día a día".<sup>47</sup>

Por otro lado, también es cierto que los avances tecnológicos establecieron una nueva era revolucionaria con paradigmas que han modificado la actuación de las empresas, los particulares y los poderes públicos,<sup>48</sup> tornando al legislador en una suerte de máquina normativa que regula como puede y acomete unos sucesos que luego no logra descifrar. Pero también es cierto que los gobiernos dificultan la tarea a través de la articulación de procedimientos y técnicas que intentan pasar por alto la función reguladora del legislador, y por ello es que se explican las denominadas leyes de delegación o de acompañamiento que logran imponer en circunstancias especiales en las que legislan excepcionalmente.

Dentro de las deficiencias que pueden sumarse al legislador se encuentra aquella que se refiere al proceso de elaboración de las normas; el que, por regla general, termina siendo excesivamente rígido y muy prolongado, dificultando las labores de interpretación seria y de redacción concreta de las medidas por implantar, que en muchas ocasiones desconocen gran parte de la realidad normada;<sup>49</sup> y, en otras tantas, consienten normas abiertas e indeterminadas, las cuales bien pueden abrir paso a instrumentos de *soft law* o de derecho blando. Y esto es así porque la in-

---

<sup>47</sup> SARMIENTO, D., *El Soft Law Administrativo*, op. cit., p. 33.

<sup>48</sup> VALLESPÍN OÑA, Fernando, *El futuro de la política*, Taurus, Madrid, 2000, p. 25.

<sup>49</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Justicia y Seguridad Jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas ediciones, Madrid, 1999, p. 77.

determinación no permite encuadrar ciertos parámetros de valor o de experiencia incorporados previamente al ordenamiento jurídico de forma razonable, dado que para la definición de sus contornos no existen referentes normativos precisos. Legislación que queda, entonces, a la deriva de la interpretación que de ella hagan los operadores jurídicos cuando quiera que la asuman como materia relevante para resolver los casos que se le presenten.

Y es que, tanto la maleabilidad, como la apertura y la indeterminación de las normas abren paso a una cierta discrecionalidad judicial que hace factible la adopción de toda clase de soluciones. De hecho, el fenómeno expansivo de la constitucionalización del derecho ha admitido la aplicación de principios y mandatos que constituyen auténticas novedades jurisprudenciales. Tendencia a la que se suma la aplicación de valores, que hace mucho más compleja la interpretación de textos legales.

En este escenario, tampoco resulta extraño que las actuaciones judiciales comiencen a ser objeto de censura debido a la falta de homogeneidad en los criterios aplicados y, si se quiere, a la innovación de soluciones a modo de respuestas a asuntos complejos por fuera del ordenamiento jurídico. De esa forma "nace una desconfianza generalizada hacia el poder judicial, un temor ante las actuaciones discrecionales de los tribunales, expresadas en fallos discutibles en los que un órgano judicial contradice abiertamente lo dispuesto por el legislador, o aprovecha las deficiencias técnicas de la norma para lograr el resultado que mejor se ajusta a su buen criterio".<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> SARMIENTO, D., *El soft law administrativo, op. cit.*, p. 41.

#### **4. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE COLOMBIANA Y EL *SOFT LAW* EN LA RESOLUCIÓN DE ASUNTOS DE CONSTITUCIONALIDAD ABSTRACTA Y CONCRETA**

Una vez recogidos algunos de los elementos conceptuales que permiten identificar actos e instrumentos del *soft law*, pretendo mostrar a continuación que la Corte Constitucional colombiana los ha empleado en numerosas ocasiones, en el marco de sus competencias de control abstracto de constitucionalidad de leyes, al igual que en el ámbito del control concreto que realiza mediante la revisión de sentencias de tutela proferidas en virtud de la solicitud de amparo constitucional de derechos fundamentales amenazados o vulnerados.<sup>51</sup> De esta manera, expondré algunos ejemplos destacados en los que dicha Corte ha empleado este tipo de instrumentos, con el fin de ilustrar el valor que les ha conferido. Ello dará cuenta sobre qué tipo de usos ha hecho el Tribunal Constitucional colombiano de los mismos, y permitirá establecer si se han presentado variaciones en la utilización de instrumentos de *soft law*.

Con el análisis de la jurisprudencia enunciada será posible dar respuesta a la cuestión relativa al carácter que dicho Tribunal ha otorgado a los documentos de *soft law*. Esto es, si se ha inclinado por reconocerle fuerza vinculante como una fuente de Derecho más, o si por el contrario, lo ha utilizado como un criterio o parámetro de interpretación que puede complementar la labor del operador jurídico. Así mismo, intentaré ilustrar cuál ha sido la orientación de las decisiones de esta Corte mediante la elaboración de una línea jurisprudencial que dé cuenta de la posición

---

<sup>51</sup> La Corte Constitucional colombiana tiene dos competencias básicas. Una de ellas es de control abstracto de las leyes, el cual es ejercido por el impulso de las demandas ciudadanas o en aquellos casos en que la Constitución prescribe un control automático de constitucionalidad. La otra competencia es la que tiene para llevar a cabo la eventual revisión de los fallos de tutela proferidos por Jueces de instancia dentro de las acciones de tutela invocadas para el amparo de derechos fundamentales vulnerados o amenazados. (C.P., artículo 241).

asumida en los casos de estudio y los cambios de jurisprudencia que se han producido en este tema.<sup>52</sup>

#### **4.1. La utilización de instrumentos de *soft law* en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana**

En múltiples ocasiones la Corte Constitucional colombiana se ha valido de instrumentos considerados como parte del *soft law* o derecho blando, tanto en la adopción de sentencias de control de constitucionalidad, como de revisión de tutelas. En seguida presento algunas de estas decisiones, para analizar y poder concluir sobre la actividad de este Tribunal en la materia objeto de estudio, esto es, que muestren si ese alto Tribunal se ha inclinado hacia una posición que propenda por conferir fuerza normativa vinculante a instrumentos de Derecho internacional público consideradas de *soft law*, o se ha inclinado más bien por tomarlos como fuentes auxiliares para contribuir a la identificación e interpretación de las fuentes principales. A partir del estudio de estos casos, me propongo mostrar los contenidos esenciales de las sentencias objeto de análisis, con la finalidad última de evidenciar la posición que ha asumido la Corte en cuanto al carácter de diversos instrumentos y documentos de *soft law*, y el papel que ha reconocido a éstos en el sistema de fuentes interno.

---

<sup>52</sup> Esta metodología ha sido propuesta por Diego López y ampliamente utilizada en el análisis jurisprudencial en Colombia, particularmente en el seguimiento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a fin de evaluar la orientación y los cambios de precedente que ha asumido dicho Tribunal en gran diversidad de temas. Así, se trata de una herramienta de análisis dinámico de precedentes que se materializa gráficamente, a partir de una pregunta o un problema jurídico bien definido y que muestra las soluciones que la jurisprudencia ha dado al problema, lo cual permite reconocer si existe o no un patrón de desarrollo decisional. La descripción detallada de la metodología y de su trasfondo teórico, se encuentra en LÓPEZ MEDINA, Diego, *El derecho de los Jueces*. 2a. ed., Legis/Universidad de los Andes, Bogotá, 2006. Véase en esp. Cap. 5: "La línea jurisprudencial: análisis dinámico de precedentes", pp. 139-192.

Pues bien, una primera aproximación válida del tema puede encontrarse en la sentencia T-371 de 2001, donde la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional se pronunció sobre el caso de un ciudadano víctima de desplazamiento forzado en el departamento del Chocó, por amenazas recibidas de parte de grupos paramilitares. El solicitante del amparo no había podido acceder al Registro Único Nacional de Población Desplazada, con su consecuente exclusión del Programa de Atención para la población desplazada por la violencia de la Red de Solidaridad Social. Por esta razón se encontraba en condición de total desamparo, sin ayuda humanitaria de alimentación, alojamiento, atención psicosocial, salud y educación.

Las razones esgrimidas por la entidad encargada de realizar su registro partían de considerar que éste no era procedente, puesto que el ciudadano afectado *i)* no aportó documentos nuevos; *ii)* sus declaraciones contenían información contradictoria; y *iii)* de conformidad con la Delegación de la Red de Solidaridad para el departamento del Chocó, los hechos presuntamente causantes del desplazamiento del peticionario, no habían tenido lugar. Con todo, la Corte concedió el amparo al accionante y ordenó a la Red de Solidaridad Social su inclusión en el Registro Único de Población Desplazada y la consecuente prestación de los beneficios derivados del registro. Para arribar a tal decisión, el Tribunal colombiano se basó en la definición de desplazamiento interno contenida en la propia jurisprudencia constitucional y la legislación interna, pero lo que es más importante en cuanto al objeto de la presente investigación, tomó como fundamento los Principios Rectores de los Desplazados Internos, emanados de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU. En efecto, lo que resultó determinante en la decisión del Alto Tribunal fue el hecho de que, en los Principios no estaba contenido un requisito atinente a una declaración de funcionario público o privado para que se configurara la situación de desplazamiento interno.

Así pues, señaló enfáticamente que el artículo del cuerpo reglamentario en el que aparecía consagrado el requisito de tal declaración<sup>53</sup> debía ser objeto de una interpretación razonable, en la cual se debían aplicar "criterios de interpretación sistemática teleológica, y más favorable a la protección de los derechos humanos". Y añadió que el decreto que contenía la regla restrictiva no podía desconocer ni la legislación interna, ni mucho menos la Constitución Política, a la cual, en su concepto, estaban incorporadas normas supranacionales como los "Principios Rectores de los Desplazamientos Internos", emanados de la ONU y el artículo 17 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949,<sup>54</sup> que buscan proteger a los desplazados y no exigen certificación de tal fenómeno de facto. Como se ve, en este caso, la Corte colombiana otorgó valor normativo vinculante a los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, por dos vías: i) la primera de ellas, al indicar que, en tanto dichos Principios no contemplaban un requisito de naturaleza administrativa para el reconocimiento de la condición de desplazado interno, tal condición era por definición un fenómeno de facto, así establecido en el derecho

---

<sup>53</sup> Se refiere al artículo 2°, inciso 2° del Decreto 2569 de 2000, que dispone: "Es desplazado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional, abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertades personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: Conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias que emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público.

El Gobierno Nacional a través de la Dirección General para los Derechos Humanos del Ministerio del Interior o la entidad que esta delegue, declarará que se encuentra en condición de desplazamiento aquella persona desplazada que solicite tal reconocimiento mediante el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 32 de la ley 387 de 1997, a saber:

Declarar esos hechos ante la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, las personerías municipales o distritales o cualquier despacho judicial, y

Solicitar que se remita para su inscripción a la Dirección General para los Derechos humanos del Ministerio del Interior o a la oficina que este designe a nivel departamental distrital o municipal copia de la declaración de los hechos de que trata el numeral anterior."

<sup>54</sup> En la sentencia T-1635 de 2000, se analizaron no sólo las normas de la Constitución Política, sino también los tratados aprobados por Colombia en la materia conformantes del bloque de constitucionalidad, que protegen a la población desplazada.

internacional de los derechos humanos; y, ii) de otra parte, al señalar expresamente que los Principios objeto de referencia, se encuentran incorporados a la Constitución Política de Colombia, o lo que es lo mismo, hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

Por otra parte, la Corte Constitucional, en la sentencia C-355 de 2006, despenalizó el aborto en tres casos específicos. La decisión del alto Tribunal consistió en condicionar la declaratoria de constitucionalidad del artículo del Código Penal que penalizaba el aborto, a que no se incurriera en delito, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo, se produjera en los siguientes casos: i) cuando la continuación del embarazo constituyese peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; ii) cuando existiera grave malformación del feto que hiciera inviable su vida, certificada por un médico; y, iii) cuando el embarazo fuese el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

En virtud de que algunas de las demandas públicas de inconstitucionalidad para la despenalización del aborto basaban buena parte de su argumentación tanto en tratados y convenios suscritos por el Estado colombiano en favor de los derechos de las mujeres, como en recomendaciones y observaciones de Comités de la Organización de Naciones Unidas, e instrumentos varios de *soft law*, la Corte plasmó algunas consideraciones en torno a este tema. De igual manera ocurrió con los salvamentos y aclaraciones de voto que suscitó tan polémico tema.

De este asunto interesa destacar que esa Corporación estableció una clara diferenciación entre el valor normativo de los tratados internacionales de derechos

humanos que conforman el bloque de constitucionalidad, bien sea entendido en sentido estricto o en sentido lato, y los documentos que recogen las interpretaciones de dichos tratados hechas por los organismos encargados de establecer su alcance. Y concluyó que la jurisprudencia de las instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos contenidos en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, sin que dichos documentos interpretativos llegaran a integrar directamente el bloque, lo cual les resta todo valor normativo dentro del sistema constitucional.

De igual manera, hizo una distinción adicional entre la jurisprudencia de instancias internacionales, a partir de la referencia expresa a aquella proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como única instancia judicial del Sistema Interamericano,<sup>55</sup> y las recomendaciones y observaciones formuladas por otros organismos internacionales que no tienen atribuciones judiciales, sin desconocer que tales documentos "pueden ser tenidos en cuenta para interpretar los derechos

---

<sup>55</sup> Respecto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional ha sostenido que debe ser un parámetro hermenéutico para los Jueces constitucionales. Así lo estableció, por ejemplo, en sentencia C-936 de 2010, al señalar: "[...] en virtud del artículo 93 de la CP, los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, de lo cual se deriva que la jurisprudencia de las instancias internacionales encargadas de interpretar estos tratados constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales." No obstante, es importante anotar que en sentencias como: C-370 de 2006 y C-442 de 2011, la Corte ha reconocido fuerza vinculante a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en los siguientes términos: "Por su relevancia como fuente de Derecho Internacional vinculante para Colombia, por tratarse de decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte transcribirá algunos de los apartes más relevantes de algunas de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas a estándares sobre justicia, no repetición, verdad y reparación de las víctimas de los graves atentados contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario." De igual manera, importa señalar que tal fuerza vinculante se ha circunscrito a: i) recordar que las sentencias de dicho órgano son obligatorias para el caso concreto; y ii) establecer que si bien son referentes importantes, no pueden ser utilizados indiscriminadamente como precedente, ni pueden ser trasladadas dichas decisiones de manera automática al caso colombiano "en ejercicio de un control de convencionalidad que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia [...]".

fundamentales contenidos en la Carta de 1991, y que su relevancia varíe según sea su naturaleza y función a la luz del tratado internacional correspondiente".<sup>56</sup>

Con fundamento en tales consideraciones, el alto Tribunal colombiano tuvo en cuenta ciertas disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como relevantes para examinar la constitucionalidad de la prohibición total del aborto, sin que tales instrumentos resultaran determinantes para la Corporación.

A partir del análisis de esta sentencia, se observa que la Corte asumió una postura diferente que apunta incluso a restar carácter vinculante, como fuente del derecho internacional, a los tratados de derechos humanos, en tanto no los asume como parámetros de constitucionalidad de las leyes internas. En este pronunciamiento, el Tribunal colombiano se decantó por una posición, según la cual, estos últimos son parte del bloque de constitucionalidad, sin que funjan como estándares respecto de los cuales se pueda establecer la constitucionalidad de una disposición legal. En relación con los documentos emitidos por los intérpretes autorizados de dichos tratados, los redujo aquí a meras pautas interpretativas para establecer el alcance de tales instrumentos integrantes del bloque de constitucionalidad, e incluso, de los propios derechos reconocidos en la Carta Fundamental colombiana, sin ningún tipo de vinculatoriedad.

---

<sup>56</sup> En la sentencia C-200 de 2002 la Corte Constitucional sostuvo que las recomendaciones de los órganos de control de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia debían ser tenidas en cuenta para interpretar los derechos fundamentales consagrados por la Constitución.

Para finalizar este aparte en el que he intentado ilustrar cómo ha utilizado la Corte Constitucional colombiana algunos instrumentos de *soft law* en la protección de personas en situación de especial vulnerabilidad, a continuación haré referencia a la sentencia T-884 de 2006 que estudió el caso de un joven con discapacidad auditiva viendo vulnerado su derecho de acceso a la educación superior, como consecuencia de la adopción de una medida regresiva por parte del centro educativo.

En aquella ocasión, la Corte Constitucional revisó el caso de un joven que padecía hipoacusia sensorial profunda bilateral, y a quien un establecimiento público de educación técnica profesional había negado el acceso al programa que había escogido, pues para ese año lectivo no se ofrecería a personas con limitaciones auditivas, sino únicamente a personas oyentes. Ante la actuación del centro educativo, el peticionario consideró vulnerados sus derechos a la igualdad y a la educación y solicitó el amparo de los mismos. Concurría, además, una situación que, en su opinión, hacía más evidente la conculcación de sus derechos, pues el centro educativo había ofrecido durante varios periodos lectivos anteriores el programa de su interés en la modalidad de cursos mixtos integrados por personas oyentes y sordas,<sup>57</sup> y para el año en que el joven quiso participar en el proceso de admisión para adelantar dichos estudios, la institución no ofreció el programa ni en la modalidad de programa mixto, ni tampoco en cursos especiales para personas sordas.

---

<sup>57</sup> La propia sentencia señala que "[d]e conformidad con los instrumentos internacionales y la hermenéutica efectuada por sus intérpretes autorizados, los mandatos constitucionales, la legislación en materia de derecho a la educación de las personas con discapacidad, y la reiterada jurisprudencia proferida por este Tribunal Constitucional, el modelo por el que deben propender los Estados contemporáneos, en la medida de sus posibilidades, es el de la *integración* de las personas con discapacidad al sistema general de educación, a fin de garantizar una verdadera integración social".

La Sala Séptima de Revisión de tutelas decidió conceder el amparo constitucional de los derechos invocados por el peticionario, pues consideró que la suspensión de la prestación del servicio de educación que venía adelantando la institución educativa demandada —y que se compadecía con las previsiones que en materia de integración de la población con discapacidad y, en particular, con limitaciones auditivas contempla el ordenamiento jurídico colombiano—, representaba una medida regresiva injustificada que implicaba el incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el Estado en materia de efectividad progresiva del derecho a la educación, particularmente respecto de sujetos de especial protección como la población sorda.

Después de hacer referencia a tratados y otros instrumentos de derecho internacional, la sentencia toma la Observación General No. 5 del Comité del PIDESC<sup>58</sup> sobre los derechos de las personas con discapacidad,<sup>59</sup> las Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad,<sup>60</sup> al igual que el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad<sup>61</sup> como insumo fundamental de la decisión que finalmente adopta. Estos instrumentos de *soft law* indican que la mejor manera de educar a las personas con discapacidad se materializa dentro del sistema general de educación, esto es, en entornos integrados que no impliquen su aislamiento. Adicional a lo anterior, son claros en establecer que el Estado tiene el deber de velar porque los profesores reciban la capacitación adecuada

---

<sup>58</sup> En las sentencias C-406 de 1996, C-251 de 1997, T-568 de 1999, C-010 de 2000, T-1319 de 2001, C-671 de 2002, T-558 de 2003 y T-786 de 2003, entre otras, la Corte Constitucional ha destacado que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de los tratados sobre derechos humanos y, por ende, de los propios derechos constitucionales.

<sup>59</sup> Naciones Unidas. Documento E/1995/22, párrafo 34.

<sup>60</sup> Anexo de la Resolución 48/96 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1993.

<sup>61</sup> Resolución 37/52 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 3 de diciembre de 1982.

para impartir la educación que corresponda según las necesidades de los niños, jóvenes y adultos con discapacidad en escuelas ordinarias. Y señala, de la misma manera, que es importante contar con los recursos humanos y técnicos en aras de que esta población con limitaciones alcance el mismo nivel de educación que las demás personas.

Específicamente, las normas consultadas por el Alto Tribunal colombiano, hacen énfasis en que sólo en caso de que el sistema general de educación no se encuentre en condiciones de atender las necesidades de toda la población con discapacidad, debe acudir a la educación especial. Sin embargo, este instrumento es claro en señalar que la educación especial sólo debe ser un espacio de preparación de este grupo poblacional para su posterior ingreso en el sistema de educación general, comoquiera que los Estados deben propender por la integración gradual de los servicios de enseñanza especial en la enseñanza general. La Sala de Revisión, después de analizar lo prescrito por los anteriores instrumentos, no sólo encontró que, efectivamente, había existido una vulneración de los derechos a la educación y a la igualdad del ciudadano accionante, por vulneración del principio de prohibición de regresividad establecido en el PIDESC, por lo cual concedió el amparo de sus derechos fundamentales, sino que decidió ajustar la orden mediante la cual se materializaría la protección, a tales prescripciones, al ordenar al centro educativo que ofreciera el programa de interés del peticionario para el periodo lectivo siguiente, en su modalidad de curso mixto (para personas sordas y oyentes), y que en el futuro se abstuviese de suspenderlo nuevamente en virtud del principio de progresividad.

En dicha ocasión, la Corte reiteró que el alcance del consenso internacional en materia de derechos de las personas con discapacidad es tan amplio, que la propia Corporación ha sostenido que "las obligaciones del Estado colombiano para con los discapacitados, no sólo surgen de los tratados y convenios internacionales

ratificados por Colombia, sino en general de las manifestaciones de voluntad de la comunidad internacional con respecto del reconocimiento de sus derechos humanos y de su dignidad humana, principios que además de regir el orden público internacional, son pilares fundamentales de la constitucionalidad colombiana".<sup>62</sup>

Se ve entonces cómo en esta ocasión la Corte dotó de fuerza vinculante a varios instrumentos de *soft law* o derecho blando adoptados en el ámbito de protección de la población con discapacidad, y así lo reconoció expresamente al señalar que, debido al amplio consenso internacional los tratados y convenios en la materia no son sólo de cumplimiento obligatorio para el Estado colombiano, sino que también lo son las diversas "manifestaciones de voluntad" en pos de realizar los derechos fundamentales de esta población.

Otro caso particularmente relevante es el analizado en la sentencia T-603 de 2003, en donde la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional debió estudiar el caso del despido de varios integrantes de una asociación sindical recién conformada en el INPEC, sin que mediara justa causa y sin haber obtenido la autorización judicial requerida para el efecto, como lo exige la protección foral.

Los peticionarios en la acción de amparo exigieron el reintegro y el pago de sus salarios por violación del derecho a la libertad sindical, con fundamento en las recomendaciones impartidas por el Comité de Libertad Sindical de la OIT.

La Sala, en relación con este punto, procedió a reiterar la sentencia T-568 de 1999, e indicó que, en efecto, tales instrumentos están dotados de carácter vinculante,

---

<sup>62</sup> Sentencia C-410 de 2001.

en virtud de las obligaciones contraídas por el Estado colombiano, al suscribir y ratificar el Tratado constitutivo de la OIT. Diferenció, no obstante, las recomendaciones pronunciadas por la OIT y las de sus órganos de control, y respecto de las primeras señaló que "no son normas creadoras de obligaciones internacionales, sino meras directrices, guías o lineamientos que deben seguir los Estados partes en busca de las condiciones dignas en el ámbito laboral de sus países;<sup>63</sup> mientras que las recomendaciones de sus órganos de control en ocasiones son vinculantes".

Así, con fundamento en lo anterior, la Corte concluyó que las recomendaciones emitidas por el Comité de Libertad Sindical no constituían meras directrices o lineamientos que debiera seguir el Estado colombiano, sino que, antes bien, constituían una orden expresa vinculante para éste. Por esta razón, concedió la acción de tutela, al encontrar que asistía razón a los peticionarios, en tanto de la recomendación cuya aplicación solicitaban, en efecto, emergía una obligación para el Estado, por lo cual ordenó al Instituto Penitenciario el reintegro de los empleados despedidos con desconocimiento del fuero sindical que les asistía.

Se observa que este es un pronunciamiento que reconoce carácter vinculante absoluto a las recomendaciones del citado Comité de Libertad Sindical de la OIT, reiterando sin un análisis muy profundo una providencia previa que así lo había establecido. Así, dotó la Corte a este instrumento particular de *soft law* de valor normativo de obligatorio cumplimiento por el Estado.

---

<sup>63</sup> Consultar las Sentencias C-562 de 1992, C-147 de 1994 y C-468 de 1997 de la Corte Constitucional de Colombia.

En otra oportunidad, la Corte, en la sentencia T-979 de 2004, se pronunció sobre el caso de 155 trabajadores oficiales pertenecientes a la Secretaría de Obras Públicas de un municipio colombiano, que fueron desvinculados bajo el argumento de la liquidación de dicho ente. Los trabajadores alegaron que la causal de supresión del cargo no estaba contemplada por el ordenamiento jurídico para quienes tuvieran ese tipo de vinculación con la administración, sino únicamente para los empleados públicos.

Una vez agotados los recursos judiciales internos, sin obtener una decisión favorable, la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) interpuso queja contra el Estado colombiano ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT, en la que solicitaba su condena por la violación de los derechos de los trabajadores, entre otros, asociación y fuero sindical. Con ocasión de esta queja, el Comité de Libertad Sindical formuló recomendaciones al Consejo de Administración para su aprobación.

Con todo, las autoridades colombianas concernidas no dieron curso a las recomendaciones, por lo que los accionantes acudieron a la acción de tutela, solicitando su cumplimiento. La Corte Constitucional, contrario a lo sostenido en sentencias previas arriba referidas, fue categórica en afirmar que las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical no tenían carácter vinculante para los Estados miembros de la OIT, y que para que tales recomendaciones tuvieran efectos era necesaria su adopción por el Consejo de Administración.

De lo anterior la Corte derivó que la acción de tutela resultaba improcedente para solicitar el cumplimiento de dichas recomendaciones, máxime cuando en el presente caso, los peticionarios habían acudido en reiteradas ocasiones a este mecanismo constitucional para obtener el cumplimiento de la recomendación varias veces sometida a consideración del Consejo de Administración.

Se observa a partir de lo anterior, un cambio drástico de postura por parte de la Corte Constitucional, la cual negó en esta ocasión toda fuerza vinculante a las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT.

#### **4.2. Línea jurisprudencial sobre el carácter conferido por la jurisprudencia constitucional colombiana a los instrumentos de soft law**

En el cuadro 1 se muestra cuál ha sido la orientación de las decisiones de la Corte Constitucional colombiana así como las variaciones que se han producido en la jurisprudencia.<sup>64</sup> El punto que nos interesará evaluar será el del tratamiento que ha dado la Corte Constitucional a diversos instrumentos de derecho blando, en términos de si los ha considerado vinculantes jurídicamente o les ha atribuido el valor de mera pauta interpretativa carente de obligatoriedad normativa.

Cuadro 1

Los instrumentos de <i>soft law</i> constituyen una mera pauta interpretativa, sin fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico interno	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ T-568/99</li> <li>■ T-371/01</li> <li>■ T-603/03</li> <li>■ T-979/04</li> <li>■ C-355/06</li> <li>■ T-884/06</li> </ul>	Los instrumentos de <i>soft law</i> tienen fuerza vinculante y constituyen una fuente de derecho internacional que obliga al Estado
--	--	---

<sup>64</sup> Se seguirá el modelo propuesto por Diego López, ya comentado previamente en el presente capítulo. Su metodología, como había sido señalado, se encuentra ampliamente explicada en LÓPEZ MEDINA, D., *El derecho de los Jueces*, op. cit., pp. 137 y ss.

De acuerdo con el gráfico se puede apreciar que en la parte de las sentencias analizadas, la Corte Constitucional colombiana se ha inclinado más por conferir carácter vinculante a ciertos instrumentos de *soft law*, al considerar que las recomendaciones, observaciones generales, principios y, en general, los documentos emitidos por los órganos autorizados para interpretar los tratados y convenios no son meras directrices orientadoras, sino que a ellos subyacen auténticas obligaciones que deben cumplir los Estados partes de dichos instrumentos que sí hacen parte del bloque de constitucionalidad y a los que se someten los Estados al momento de suscribir y ratificar.

Así, por ejemplo, en la sentencia T-371 de 2001, en la que la Corte Constitucional restó validez a un requisito administrativo que estaba obstaculizando el disfrute de las ayudas humanitarias a que tenía derecho un ciudadano en situación de desplazamiento forzado, con fundamento en los Principios Rectores del Desplazamiento Interno, pues entendió que los mismos se hallaban incorporados a la Constitución Política y, en consecuencia, los dotó de valor normativo, para poder establecer que el desplazamiento forzado interno, de acuerdo con este instrumento, no requería de una declaración de autoridad, sino que se trataba de un fenómeno de hecho, ya de por sí vulneratorio del conjunto de derechos fundamentales de los que se es titular, como para que el Estado se encargara de hacer más gravosa dicha situación con la exigencia de requisitos administrativos no contemplados en el derecho internacional de los derechos humanos y, en particular, en los mencionados Principios.

Este Tribunal interpretó el carácter de instrumentos de derecho blando en un sentido similar en las sentencias que reconocieron valor vinculante a las recomendaciones emanadas del Comité de Libertad Sindical de la OIT y que permitieron a esta Corporación ordenar su cumplimiento por vía de tutela, dada su obligatoriedad

en el Estado colombiano. Este es el caso de las sentencias T-568 de 1999 y T-603 de 2003.

Lo mismo hizo en la sentencia T-884 de 2006 en la que analizó la suspensión del servicio de formación técnica profesional que venía prestando una institución de educación superior en favor de la población con limitaciones auditivas. La Sala Séptima de Revisión se inclinó por el reconocimiento del valor normativo de varios instrumentos de *soft law* que le permitieron concluir, en primer lugar, que dichas manifestaciones de voluntad en el concierto internacional, respecto de la necesidad de proteger y materializar los derechos de la población con discapacidad, dotaba de un mayor grado de vinculatoriedad a observaciones generales, principios y normas regulatorias de la materia; y, en segundo lugar, y derivado de lo anterior, que estos instrumentos podían tener una aplicación directa en la resolución de casos particulares. Así procedió la Sala, y dio una solución acorde con los documentos de los intérpretes autorizados en materia de educación para la población con discapacidades.

Con todo, la apreciación de que la tendencia de la jurisprudencia constitucional ha sido la de reconocer valor normativo vinculante a los instrumentos de *soft law* tiene su contrapeso, como se evidencia en el cuadro, pues si bien es cierto, la jurisprudencia ha propendido por dicho extremo de la disyuntiva que planteamos, no lo es menos que en algunos casos, como ocurre con la sentencia T-979 de 2004, la Corte ha asumido una posición completamente opuesta incluso tratándose de iguales instrumentos del Derecho internacional, como es el caso de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT. Igual ocurre con la sentencia que despenalizó el aborto en tres situaciones específicas, pues, a pesar de que las demandas solicitaron a la Corte tomar instrumentos de *soft law* como parámetros de constitucionalidad, ésta fue clara en indicar que estos constituían meras pautas de interpretación, sin que

estuvieran dotadas de valor normativo, ni mucho menos pudieran ser tenidas en cuenta como criterios para establecer la constitucionalidad de una disposición legal.

El anterior ejercicio ha permitido apreciar, no solamente que el Juez constitucional se ha valido para resolver casos difíciles de instrumentos de *soft law*, sino también que no se ha expresado bajo un mismo derrotero, puesto que no ha habido un único criterio en relación con el papel y el valor jurídico de los documentos de *soft law* en el ordenamiento jurídico colombiano. Según el análisis que venimos de hacer, se evidencia que la Corte ha tenido cambios significativos de posición y que su jurisprudencia no ha sido uniforme. Así pues, no puede hablarse de un precedente claro en la materia, fenómeno éste que tiene lugar con cierta frecuencia tratándose de sentencias de tutela, pues las Salas de Revisión cuentan con mayor libertad para apartarse de los precedentes que han establecido otras Salas de la misma jerarquía, al no existir una sentencia de unificación adoptada por el pleno de la Corte para el caso.

A pesar de estas dificultades provenientes de la lógica misma del funcionamiento de los Tribunales Constitucionales, no se pueden desconocer los avances que en materia de aplicación de instrumentos de *soft law* ha tenido esta Corte en múltiples escenarios constitucionales específicos.

## 5. CONCLUSIONES

A lo largo del presente escrito se mostró un panorama teórico general que permitiera explicar los elementos más importantes del surgimiento del *soft law* en el derecho internacional, comercial y constitucional, no solamente en el marco de lo privado, sino en el ámbito del derecho público, en donde tan poca atención se le ha prestado

al tema que no existe un criterio unívoco en cuanto a su uso y repercusiones. De igual manera, se pretendieron plasmar los principales argumentos que han surgido en torno a la discusión sobre su naturaleza y gradación en el sistema de fuentes, así como las posibles causas que coadyuvaron a su fortalecimiento como un nuevo arreglo de la administración pública para lograr consensos y orientar políticas públicas en un determinado sentido.

Otro de los propósitos trazados era observar cómo, a la luz de la jurisprudencia constitucional colombiana, los documentos que hacen parte del *soft law* adquieren en un ordenamiento jurídico interno, sin mayor resistencia de análisis, especial relevancia *iuris*, bien como criterios relevantes de interpretación o bien como postulados de obligatorio cumplimiento, no sólo cuando se recurre a ellos para garantizar determinados derechos constitucionales, sino para mejorar sus contenidos, atribuyéndoseles, de manera fluctuante, características especiales tales como la vinculatoriedad, aun cuando de ordinario se ha afirmado que tales actos e instrumentos no son obligatorios ni integran, en estricto sentido, el bloque de constitucionalidad.

Así se desvirtúa la idea conforme a la cual los Jueces, en particular aquellos encargados de la supremacía del Texto Constitucional, al momento de resolver cualquier problemática que se les presente, acuden exclusivamente al sistema tradicional de fuentes del derecho para plantear con base en él una posible respuesta en un caso particular, como si se tratase de un andamiaje jurídico exhaustivo, completo y coherente.

Con todo, bien vale la pena señalar, a partir del esfuerzo de sistematización aquí plasmado, algunas de las ideas que el presente escrito aporta a la interesante discusión sobre el papel de los instrumentos de *soft law* en el derecho público:

1. De acuerdo con el presupuesto de la fragmentación en el sistema de fuentes del Derecho internacional, a diferencia de lo que usualmente dicta la enseñanza tradicional, está compuesto por una asistemática multiplicidad de textos, contenidos normativos y metodologías de exigibilidad que se superponen entre sí. Se estructura también con la participación de diversos actores, diferentes a los Estados; los cuales también, de acuerdo a sus posibilidades, intervienen en los procesos que definen los recursos normativos que rigen el Derecho internacional.
2. El *soft law* puede variar en sus grados de vinculatoriedad dependiendo del nexo que le una con el ordenamiento jurídico. Dicho en otras palabras, toda norma necesita un vínculo con el sistema de fuentes para que pueda desplegar los efectos que trae consigo el Derecho. Por esto el *soft law* no desplazará a *hard law*, ya que la existencia del primero se explica en la pervivencia del segundo.
3. El *soft law* puede desempeñar una función legitimadora de la actuación de los poderes públicos, asumiendo un rol normativo que se nutre de la participación de distintos sujetos, o desplegando un marco normativo de cumplimiento voluntario que va a condicionar la actuación del Estado. En ambos casos, el *soft law* pretende generar confianza en la actividad del poder público, integrando a los destinatarios de las políticas públicas u ofreciéndoles garantías adicionales mediante técnicas que incrementan la transparencia.
4. La aparición del *soft law* debe entenderse como una manifestación relativamente reciente del poder público dentro del espacio constitucional que coadyuva en el cumplimiento de los programas normativos trazados por el Texto Constitucional y el legislador.
5. En el campo del sistema universal de protección de derechos humanos, el *soft law* adquiere mayor protagonismo, puesto que los tratados allí

celebrados tienen la particularidad de prever la creación de órganos cuasi-jurisdiccionales cuya función es la de interpretar y supervisar el cumplimiento de los tratados por parte de los Estados a través de la emisión de observaciones finales, observaciones generales y recomendaciones.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, Ricardo, "El *soft law* comunitario", *Revista de Administración Pública*, núm. 154, enero-abril 2001, pp. 63-94.
- BERNHARDT, Rudolf, "Las fuentes del Derecho Comunitario. La Constitución de las Comunidades", *Treinta años de Derecho comunitario*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1984, pp. 73-86.
- CASSESE, Sabino, *El Derecho Global. Justicia y democracia más allá del Estado*, trad. Juan J. GUTIÉRREZ, Global Law Press, Sevilla, 2011.
- CHINKIN, Christine, "Normative Development in the International Legal System", SHELTON D. (ed.), *Commitment and Compliance. The Role of Non Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, pp. 30-31.
- DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván, "El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del Derecho internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006, pp. 513-549.
- MAZUELOS BELLIDO, Ángeles, "Soft law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 8, 2004, pp. 1-40.
- O'CONNELL, M.E., "The Role of Soft Law in a Global Order", D. SHELTON (ed.), *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, pp. 100-114.
- RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo, "Transformaciones del constitucionalismo en el contexto de la globalización", RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo, *El Derecho en el contexto de la globalización*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp.187-219.

- RUFFILLI, R., "Crisi dello statu e storiografia contemporanea", *Istituzioni Società Stato II, Nasita e crisi dello Statu moderno: ideologie e istituzioni*, IL Mulino, Bologna, 1990.
- SARMIENTO, Daniel, *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos vinculantes de las normas no vinculantes de la Administración*, Thomson Civitas, Madrid, 2008.
- \_\_\_\_\_, "La autoridad del derecho y la naturaleza del *soft law*", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, 2006, pp. 221-266. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2490146>.
- SCHIERA, Pierangelo y CLAVERO, Bartolomé, "Del poder legal a los poderes globales. Legitimidad y medida en política", Fundación Coloquio Jurídico Europeo, España, 2013.
- TRUBEK, David, COTRELL, Patrick y NANCE, Mark, "Soft law, Hard law and European Integration: Toward a Theory of Hybridity", *Revista de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes*, Octubre de 2008.
- VALENCIA RESTREPO, Hernán, *Derecho Internacional Público*, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 2003.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 10a. ed., 2011.

### **Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia**

- Sentencia T-568 de 1999
- Sentencia T-371 de 2001
- Sentencia T-603 de 2003
- Sentencia T-979 de 2004
- Sentencia T-884 de 2006
- Sentencia C-355 de 2006