



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

FACULTAD DE DERECHO.

**EL SOFT LAW EN LA ESTRUCTURA DE LAS FUENTES DEL
DERECHO INTERNACIONAL: ANÁLISIS SELECTIVO DE LAS
OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS**

MARÍA ANTONIETA DÍAZ ERIS.
MARIO SEBASTIAN TEJEDA ARANCIBIA.

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para
optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas.

Profesora Guía: María Angélica Benavides Casals.

Santiago, Chile

2022.

AGRADECIMIENTOS.

Frente a los virtudes y altibajos que toma realizar todo desafío en el contexto actual de pandemia y la necesidad de realizar el trabajo de forma remota, aprendiendo y desarrollando nuevas formas de investigación, empeñamos durante estos tres años de todas nuestras fuerzas para poder completar una memoria con la exigencia y calidad que necesita. De esta forma, nuestra principal intención es poder aportar con nuestra investigación a la Academia y a quienes estén interesados en el Derecho Internacional.

Así no queda nada mas que expresar nuestra gratitud a todos quienes hicieron posible realizar este trabajo. Agradecemos a nuestras familias por el constante apoyo que nos brindaron a través de sus consejos y muestras de cariño que nos brindaron la fuerza necesaria para poder continuar día a día frente a la adversidad. A nuestras mascotas que nos alegraban las tardes de trabajo con su presencia.

Asimismo, agradecemos a todos los autores quienes a través de sus investigaciones, trabajos y opiniones nos permitieron completar este trabajo, entregándonos herramientas para poder emitir nuestras apreciaciones personales. Es por ello, que podemos decir que “Estamos parados sobre hombros de gigantes”.

Por último, no podemos concluir nuestros agradecimientos sin mencionar el aporte esencial que nos entregó nuestra profesora guía María Angélica Benavides Casals, quien nos motivó y exigió a rendir al máximo. Además, de su constante disposición y enseñanza en este largo trayecto.

María & Mario

INDICE

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I: FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL	8
1. Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.	11
2. Críticas al Artículo 38.	14
3. Hard law.	17
4. Conclusiones preliminares.	19
CAPÍTULO II: SOFT LAW	22
1. Definición.	22
2. Elementos y Características.	25
3. Tipos de instrumentos de Soft Law.	27
4. Áreas del Soft Law.	31
5. Opiniones de los Académicos sobre el uso del Soft Law.	37
6. Conclusiones preliminares.	43
CAPÍTULO III: OPINIÓN CONSULTIVA.	46
1. Distintas Opiniones Consultivas en el mundo.	46
2. Opinión Consultiva de la Corte Interamericana.	50

3. El Efecto Jurídico de las Opiniones Consultivas.	58
4. Análisis selectivo de Opiniones consultivas y Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	63
5. Conclusiones preliminares.	80
CONCLUSIÓN	82
BIBLIOGRAFÍA	85

INTRODUCCIÓN

En el siguiente trabajo se enfocará en realizar una investigación del funcionamiento de las Opiniones Consultivas en América Latina. La razón de esto se debe a que durante mucho tiempo se ha tenido una equivocada noción de la función de la Opinión Consultiva, sobre todo, respecto al valor vinculante que poseen ellas.

Este tema es útil abordarlo, debido a que existe una necesidad de lograr esclarecer las definiciones respecto a su valor vinculante, permitiendo de esta forma que al ser utilizadas las Opiniones Consultivas sean desde una base clara y no de interpretaciones que derivan en aplicaciones incorrectas. Lo anterior es importante, en primer lugar, ya que las Opiniones Consultivas están siendo utilizadas para ampliar el catálogo de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, provocando un mal uso de su verdadero valor en el Derecho Internacional tal como han mencionado algunos académicos, en segundo lugar, debido a que la aplicación de las Opiniones Consultivas están enfocadas en el creciente uso del Soft Law internacional.

El método de investigación en el cual nos basaremos es el método de análisis de la jurisprudencia internacional, así también, el análisis de la doctrina internacional. Además, examinaremos los aspectos históricos relacionados a las Opiniones Consultivas dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como también, aspectos históricos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. De igual forma, respecto al análisis de la doctrina sobre el Soft Law como las Opiniones Consultivas y las fuentes del Derecho Internacional Público nos basaremos en Artículos Académicos.

La investigación comenzará con la revisión de las fuentes del Derecho Internacional, ya que, no es posible entender las ideas del Derecho Blando, y de las Opiniones Consultivas, sin antes analizar las fuentes del Derecho Internacional que son la base

de la aplicación del derecho. Es tal su importancia que el académico Cohen, explica al respecto “The traditional doctrine of sources has served international law well over the past century. It has helped provide structure and coherence during a time when international law was expanding rapidly and dramatically. But the doctrine’s explanatory power is increasingly being challenged”.¹

Una vez explicadas las fuentes, nos enfocaremos en analizar la figura del Soft Law, que para algunos autores es el futuro del Derecho Internacional, en cuanto a sus aplicaciones y a la flexibilidad que otorga este tipo de derecho. Sin embargo, existe la noción que las características del Soft Law podrían afectar la armonía de las relaciones internacionales, ya que muchos autores niegan su existencia. En cambio, hay autores entre ellos, Van Hoff, como se citó en Mazuelos, que tiene un punto de vista intermedio sobre el Soft Law, refiriéndose a ello de la siguiente forma “ (...) Existiría una *zona gris de Soft law* entre el *blanco* Derecho y la *negrura* del no-Derecho”.² Debido a esta variedad de visiones sobre el Soft Law es que estudiaremos tanto sus elementos como características, los distintos instrumentos del Soft Law, como así las distintas opiniones que tienen los académicos respecto a su uso.

Posteriormente al análisis del Soft Law, continuaremos con el estudio de las Opiniones Consultivas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. De igual forma, en este punto realizaremos una revisión del efecto vinculante y cómo varía el efecto de las opiniones consultivas en los distintos sistemas internacionales

¹ COHEN, Harlan Grant. Finding International Law: Rethinking the Doctrine of Sources. **Iowa Law Review** [En línea], 93: 67-169, 2007, [Fecha de consulta 15-09-2021]. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=983579>

² MAZUELOS, Ángeles. Soft law ¿Mucho ruido y pocas nueces? **Revista Electrónica de estudios internacionales** [En línea], (8): 1697-5197, 2004, [Fecha de consulta 11-08-2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1004415>

regionales. Para finalizar con la exposición de los distintos casos y Opiniones Consultivas dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CAPÍTULO I: FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

Cuando nos referimos a la expresión “Fuentes del Derecho” debemos entenderla en dos sentidos; en sentido formal y en sentido material.

El Profesor Carlos Cerda señala “la principal acepción de fuente se refiere a los procesos de creación, transformación y extinción de las normas jurídicas, es decir, lo que comúnmente se llaman las fuentes formales que son parte de una clasificación que comprende también a las fuentes reales (factores y elementos que determinan el contenido de esas normas) y a las fuentes históricas (documentos que son antecedentes e inspiración de ciertas normas)”.³

Por lo tanto, las fuentes formales del derecho son las maneras de creación o elaboración de las normas jurídicas internacionales. Estas normas jurídicas internacionales son establecidas por los propios Estados. Por otro lado, las fuentes materiales del derecho son las diferentes causas que incurren en la creación de las normas jurídicas internacionales, estas causas pueden ser de origen histórico, social o económico.

Las fuentes formales funcionan bajo la lógica de la expresión formal del consentimiento que manifiestan los Estados entre sí, ya que ellos son los que establecen las normas jurídicas internacionales que los obligan. Weil citado por Orrego, indica que “De no haber voluntarismo, el derecho internacional dejaría de cumplir sus funciones”⁴. En efecto, para mantener la coexistencia de las naciones y

³ CERDA, Carlos. La nota diplomática en el contexto del soft law y de las fuentes de derecho internacional. **Revista de derecho** [En línea] 30 (2):159-179, 2017. [Fecha de consulta 17-09-2021]. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502017000200007>

⁴ ORREGO VICUÑA, Francisco. Creación del derecho en una sociedad global: ¿Importa todavía el consentimiento? **Revista de Estudios internacionales** [En línea], 37 (146): 85-103, 2004, [Fecha de consulta: 17 de septiembre de 2021]. Disponible en: <https://revistaei.uchile.cl/index.php/REI/article/view/14544/1485>

salvaguardo de sus intereses es un reto para el Ordenamiento Jurídico Internacional, desde sus orígenes ha tenido estos objetivos producto de los constantes conflictos ocurridos en la historia, y se ha tenido que crear un sistema que permita mantener los intereses de las naciones respetados, permitiendo así la convivencia internacional. Es por ello, que el “El sistema jurídico internacional fue creado desde su inicio como un sistema destinado a mantener y garantizar la coexistencia de intereses distintos en la comunidad de naciones” tal como indica el profesor Orrego⁵.

Benavides respecto del consentimiento de las fuentes aceptadas mayoritariamente señala que “En cada una de ellas está presente el consentimiento para crear la vinculación jurídica. El consenso debe estar manifestado de forma clara, llegar a una concreción o manifestación que lo haga visible al resto de los Estados”⁶.

El consentimiento es el factor esencial de la normativa internacional, ya que si se abandona dicho consentimiento el sistema internacional se vería perturbado. Es por ello que, Weil citado en Orrego señala “aunque sea de una mayoría, que no requiere el consentimiento el sistema normativo se desestabiliza y se transformará en una lucha por el predominio de ideologías y valores que no se reflejan en el derecho”⁷.

Para la doctrina existe un consenso de que las fuentes del Derecho Internacional se encuentran en el Artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia, pero algunos autores señalan que las fuentes del Derecho Internacional señaladas en el Artículo 38 ECIJ no son las únicas formas de manifestar el consentimiento y la voluntad de los sujetos. Dupuy citado por Orrego señala que “El Artículo 38 nunca

⁵Ibidem, p. 82.

⁶ BENAVIDES CASALS, María Angélica. El soft law en el contexto de las fuentes del derecho internacional: Aportes para la discusión. **Revista de Derecho Público**. [En línea], (94): 1- 16, 2021, [Fecha de consulta: 17 de septiembre de 2021]. Disponible en: <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/64239/67869>

⁷Ibidem, p. 83.

pretendió ser una enumeración de las fuentes, puesto que quiso orientar a la Corte Interamericana de Justicia en su aplicación del derecho internacional”.⁸ De la misma forma, el profesor Francisco Orrego indica que “Tampoco se estableció una prioridad entre las principales expresiones del derecho internacional, esto es, los tratados y el derecho consuetudinario”.⁹

Aunque otros autores ven al Artículo 38 como una limitación a la multiplicidad de fuentes que pueden existir en el Derecho Internacional, al respecto Cerda señala que “La limitación que hace esta lista ha provocado, desde hace mucho tiempo, un debate acerca de la existencia de otras fuentes y por el valor jurídico de las mismas”.¹⁰

Por su parte, Jiménez indica que “Incluso la propia noción de “fuentes” se considera ambivalente, equívoca e incompleta y se suele incluir dentro de las formas o procedimientos de creación de derechos y obligaciones internacionales ciertos actos unilaterales de los Estados, algunos comportamientos recíprocos”¹¹.

Por consiguiente, se hace necesario el análisis del Artículo 38 ECIJ para conocer qué es lo que contiene y cuáles son las fuentes establecidas en dicho artículo, lo que nos permitirá entender el debate en torno a las fuentes.

⁸Ibídem, p.85.

⁹Ibídem.

¹⁰CERDA, p.160.

¹¹ JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco. El derecho internacional en mutación. El test <<civilizatorio>> del estado del derecho internacional (¿soft-law de baja o alta intensidad?) y el régimen de las fuerzas de estabilización de la paz. **Revista electrónica de Estudios Internacionales** [En línea], (35): 1697-5197, Junio 2018. [Fecha de consulta: 14 de octubre de 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6542810>

1. Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

La Corte Internacional de Justicia es un órgano jurisdiccional internacional que funciona con su propio estatuto. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en su Artículo 38 señala los diversos tipos de reglas que la Corte Internacional utilizará para resolver las controversias en que intervenga. Los antecedentes históricos señalan que El artículo 38 tiene sus orígenes en el artículo que tenía el mismo número e idéntica redacción del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional que fue establecida bajo los auspicios de la Liga de las Naciones en 1921¹². La razón para que existan estas reglas, según Lima serían que “Los Estados solo iban a permitir la existencia de una Corte Permanente si identificaban precisamente cuál sería el derecho a ser aplicado por aquel tribunal”¹³.

Por lo tanto, el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia queda de la siguiente manera:

Artículo 38

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
 - a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

¹² CERDA, p.162.

¹³ LIMA, Lucas. *O surgimento da Corte Permanente de Justiça Internacional: formação europeia e fundamento voluntarista*. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM** [En línea], 8(1): 1-23, 2013. [Fecha de Consulta: 14 de octubre]. Disponible en: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/8724>

- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.”¹⁴

Respecto al Artículo 38, podemos señalar que existe una clasificación respecto a las fuentes del Derecho Internacional, esa clasificación se basa en el valor vinculante que estas tienen. Esta clasificación se divide en dos: Fuentes Formales y Fuentes Auxiliares. Las primeras se refieren a Las Convenciones Internacionales, la Costumbre Internacional y los Principios Generales de Derecho. En cambio, las segundas son las Decisiones Judiciales y las Doctrinas de los Publicistas de Mayor Competencia.

A continuación, nos vamos a referir acerca del significado de cada fuente y cómo el consentimiento se ha manifestado.

La primera fuente que menciona el Artículo 38 ECIJ son los Tratados Internacionales, los cuales consisten en una convención celebrada entre sujetos de Derecho Internacional con el objeto de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones regido por el Derecho Internacional¹⁵. El consentimiento en los tratados

¹⁴CIJ. Artículo 38. Estatuto de la corte internacional de Justicia.1945 [En línea]. [Fecha de consulta 17 septiembre 2021]. Disponible en: <https://www.un.org/es/documents/icjstatute/chap2.htm#:~:text=Art%C3%ADculo%2038,le%20sean%20sometidas%2C%20deber%C3%A1%20aplicar%3A&text=los%20principios%20generales%20de%20derecho,d>

¹⁵ MUÑOZ, Pedro. Apunte Académico de la Cátedra de Derecho Internacional Público del profesor Marcelo Cevallos Fuentes. Temuco, Chile: Universidad Autónoma de Chile, 2014. 160 p.

debe ser manifestado en forma expresa por los Estados, a través del acto de ratificación. Asimismo, el autor Benadava, señala al respecto que “El tratado es un modo plenamente voluntario de creación de normas”¹⁶.

Por su parte, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados define a los Tratados como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.¹⁷

Asimismo, otra fuente mencionada por el artículo es la Costumbre, definida como “la repetición constante y uniforme de una determinada práctica realizada con la convicción de que es jurídicamente obligatoria”¹⁸. La costumbre es una fuente formal del Derecho Internacional cuando se cumplen los requisitos señalados anteriormente. Por lo tanto, acá el consentimiento se da en forma tácita, ya que no se encuentra escriturado, y es por ello que no se tiene certeza jurídica sobre la formación del Derecho Internacional.

Luego, el artículo menciona Los Principios Generales del Derecho, entendiéndose por ellos como aquellos fundamentos que a pesar de que se encuentran en el Derecho Interno de los Estados, son fundamentales para el Derecho Internacional, ya que estos principios representan valores jurídicos esenciales para las personas¹⁹ y, por lo tanto, deben ser la base para los acuerdos que tomen los Estados. Algunos ejemplos de estos principios son el principio de la Buena Fe, el principio de la Cosa Juzgada, entre otros. Ahora bien, respecto al consentimiento de los principios como

¹⁶ BENADAVA, Santiago. Derecho Internacional Público (8ª. ed.). Santiago, Chile. LexisNexis, 2004. 436p.

¹⁷ ONU. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. [En línea]. 1969. [Fecha de consulta: 17 octubre 2021]. Disponible en: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf.

¹⁸ MUÑOZ, p. 10.

¹⁹ Ibídem, p. 15.

estos son más abstractos y generales, el consentimiento debe expresarse en instrumentos jurídicos dotados de autoridad, un ejemplo de esto es el Artículo 26 de la Convención Interamericana, que nos indica que, si los Estados llegan a un acuerdo convencional, estos deben cumplirlo por todos los medios que tiene en su poder para llegar a un cumplimiento que sea adecuado del tratado. Además, este cumplimiento que hacen los Estados debe ser de buena fe, esto es, una disposición de ánimo de los Estados para cumplir a cabalidad el tratado mediante la ratificación. Lo positivo del *pacta sunt servanda* y la buena fe es que impide el abuso del derecho, debido a que los Estados con la ratificación de un tratado se obligan jurídicamente al cumplimiento y saben que se exponen a la eventual sanción por parte de la comunidad internacional o por un estado que reclame que se someta al estado infractor a un tipo de sanción.

Finalmente, el Artículo 38 menciona a la Jurisprudencia como fuente, la cual se refiere a la doctrina que proviene del Conjunto de Sentencias de los Tribunales de Justicia Internacional que posibilitan constituir una predisposición en cuanto a la forma en que debiese ser resuelto un determinado asunto²⁰. En esta fuente del derecho, el consentimiento es manifestado por las partes en litigio a través de la ratificación de la decisión del caso concreto por el Tribunal Internacional.

2. Críticas al Artículo 38.

En la doctrina existen críticas al Artículo 38, esto se debe a que existen voces discordantes a la efectividad de este artículo para englobar las fuentes existentes en el Derecho Internacional.

²⁰ *Ibíd*em, p. 16.

En ese mismo orden, el autor Del Toro Huerta ha señalado que “tradicionalmente se identifica al Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) como la expresión básica de las distintas “fuentes” del derecho internacional. Sin embargo, se reconoce también ampliamente que la enumeración de las fuentes atribuida a este artículo, además de no establecer una jerarquía entre ellas tampoco es exhaustiva²¹.

Tal como señala Cerda, “existe una corriente de la doctrina que señala que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no debería erróneamente ser referido como la regla universal que gobierna la lista finita de fuentes, teniendo en cuenta su demostrada obsolescencia y su insuficiencia”²².

El origen de disponer este artículo como el foco principal de aplicación de derecho en el Derecho Internacional, está guiado por las ideas positivistas imperantes en el derecho actual, donde lo formal es lo principal, es allí que la crítica de Duplessis, citado por Cerda, encuentra justificación “Y que la “sacralización” del artículo 38 por la doctrina positivista encuentra una justificación en el problema legítimo de atenuar la propia incertidumbre de una sociedad internacional desprovista de una autoridad exclusiva y jerárquica en la producción del derecho”²³.

Muchas veces se entiende el Artículo 38 como una jerarquía internacional de normas pero que no conducen a la realidad, en términos similares Cerda Dueñas

²¹DEL TORO HUERTA, Mauricio. El Fenómeno del Soft Law y las Nuevas Perspectivas del Derecho Internacional. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**. [En línea]. 6: 513-549, 2006. [Fecha de consulta 17 octubre 2021]. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/160/257>

²²CERDA, p.160.

²³ CERDA, p.160.

señala “se considera que las fuentes del derecho son más que las establecidas en el Estatuto de la Corte y eso necesariamente ha planteado una nueva configuración de la teoría de las fuentes de derecho internacional debido a que se trata más que una serie de límites y jerarquías doctrinales”²⁴

La idea tradicional de las fuentes del Derecho Internacional no ha sido la excepción y nuevos procesos de creación normativa reclaman su reconocimiento²⁵. Como ha advertido Julio Barberis, citado por Del Toro “el orden internacional actual no constituye un sistema cerrado en el que existe un número determinado y limitado de modos de creación de normas jurídicas. Los miembros de la comunidad internacional pueden acordar nuevas fórmulas para crear el derecho de gentes”²⁶.

Por lo tanto, podemos decir que el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia está limitando las nuevas formas de creación de derecho, lo que provoca que constantemente en la doctrina se está cuestionando la eficacia del artículo para enfrentar las tendencias actuales que se están desarrollando en la comunidad internacional. Se ha señalado que el Artículo 38 engloba el Derecho Formal, y algunos autores consideran que estos instrumentos mencionados en el artículo corresponden a los de Hard Law, asunto que analizaremos a continuación.

²⁴ Thirlway citado por Cerda (2017) señala cuál sería la mayor crítica: “la mayor crítica de la doctrina tradicional de las fuentes es que no es capaz de explicar ni regular la inmensa masa de actividad cuasilegislativa que genera el derecho internacional que los Estados deben tomar en cuenta en sus actividades y relaciones día a día” Esta cita está dotada de realidad, la cual es que los sujetos internacionales exploran las alternativas que no se encuentran dentro del artículo 38. Ibidem, p.7.

²⁵ Ibidem, p.160.

²⁶ DEL TORO. p.515.

3. Hard law.

Si se traduce la terminología Hard law, el resultado es la palabra Derecho Duro, que esconde la idea de que no puede ser moldeado, Cerda Dueñas señala al respecto que “surgió la postura que conforma una clasificación de las fuentes entre el llamado Derecho Duro, Hard law, y el Derecho Blando, Soft law. La mayoría de la doctrina establece que las fuentes contenidas en el Artículo 38 son Derecho Duro y que las nuevas constituyen el Derecho Blando.”²⁷

Asimismo, se puede identificar al Hard Law como aquellas normas que hayan sido productivas mediante las denominadas “fuentes” tradicionales del Derecho Internacional, en particular, mediante los Tratados y la Costumbre, dejando fuera del ámbito de lo jurídico otras manifestaciones de voluntad de los sujetos de Derecho Internacional²⁸.

El profesor Benadava respecto a los medios auxiliares para la determinación de las reglas de Derecho Internacional, señala que “estos medios sirven a quienes aplican el derecho internacional, así determinan o prueban la existencia o el contenido de reglas internacionales no escritas, así también estos medios permiten que reglas no escritas como el Derecho Internacional consuetudinario o los principios generales de derecho se consoliden dando el carácter de Hard law”.²⁹

Damato al hablar de Hard Law, lo distingue necesariamente del Soft Law, indicando “Hard law invites comparison with soft law from micro and macro viewpoints. At the

²⁷ CERDA, p.160.

²⁸ DEL TORO, p.528.

²⁹ Señala el autor: “Existen ciertos medios auxiliares que sirven a quienes aplican el derecho internacional (cancillerías, asesores jurídicos, tribunales internacionales e internos, etc.) para determinar o probar la existencia y contenido de las reglas internacionales no escritas: normas consuetudinarias y principios generales de derecho. Por otra parte, estos medios contribuyen a elaborar, cristalizar y consolidar dichas normas; dándoles carácter de hard law,”. BENADAVA, Santiago. Derecho Internacional Público (8ª. ed.). Santiago, Chile. LexisNexis, 2004. 436p.

micro level, a unit of soft law consists only of a norm, whereas a unit of hard law consists of a norm plus a coercive element.”³⁰

Tal como señala en la doctrina, la gran diferencia es que serían normas en que una tiene un carácter coercitivo y mientras las de Soft Law no lo tendría. Pero, no solo se queda en el carácter coercitivo que tendría cada norma, sino más bien en la diferencia puntual que tienen en cuanto a los objetivos, el Soft Law, tiene objetivos impuestos por los académicos, que a pesar de que sean impuesto por ellos, aun esos objetivos siguen siendo discutibles, no así los objetivos del Hard Law, estos son, la perpetración de la evolución natural de las normas. D’Amato al respecto señala “Hard law, like soft law, is goal-oriented. The main problem with the goals of soft law was that it was imposed upon the law by scholars writing about the law. This imposition required the scholars to provide filters, which they were unable to do. By contrast, the goal of all hard law is self-imposed; it grows out of the nature of hard law. It is the goal of self-perpetuation.”³¹

Respecto a la posibilidad que el Hard Law, se pueda unir a la flexibilidad que proporciona el Soft Law, actualmente se está debatiendo acerca de los efectos que puede tener esta práctica, así la autora Anna Di Robilant señala lo siguiente “More tepid in praising the virtues of soft law, the champions of hybridity call for combinations of traditional hard law and soft law processes. While emphasizing the virtues of soft law as an organic social product ensuring effectiveness and a pluralistic respect for diversity, they claim that it may be most effective if combined with hard law. Hybrids may come in various shapes, the combination of OMC processes with framework directives being a favorite option. Advocates of hybridity

³⁰ D'AMATO, Anthony. International Soft Law, Hard Law, and Coherence. Northwestern Public Law Research Paper. 08-01. [En línea]. 8 (1): 1-31, 2008. [Fecha de consulta: 13 septiembre 2021]. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1103915>

³¹ Ibidem, p. 10.

differ about the role they attribute to hard law. For some, hard law is to secure a regulatory bottom-line below which soft law may not fall; soft standards and guidelines complement a base of binding hard norms securing rights and determining fundamental policy directions. For others hard law constitutes a default regime to be complied with in the absence of soft law spontaneous and experimental normative regimes”³².

4. Conclusiones preliminares.

La teoría de las fuentes del Derecho Internacional es un asunto que la doctrina internacional no está completamente de acuerdo, no han definido por completo que se entienden por fuentes, cuales aplicar y cuáles no. A pesar de lo anterior, se sigue utilizando la concepción de fuente y la idea de fuentes sirve para aplicar el Derecho Internacional, como también donde emergen las normas internacionales o lo que es realmente es jurídico o no jurídico.

Es así que creemos que no nos podemos apartar de la idea fundamental de que existen las fuentes en el Derecho Internacional, además de que existe la división entre fuentes formales y materiales. Sin embargo, reconocemos las críticas que aparecen respecto a las fuentes.

Dentro de la idea de fuentes, el Artículo 38 ECIJ marca el punto de inflexión entre las fuentes formales y materiales. Las fuentes materiales no se encuentran en el Artículo 38, ya que, en esta disposición no se puede apreciar el origen o contenido

³² DI ROBILANT, Anna. Genealogies of soft law. **The American Journal of Comparative Law.** 54(3):499-554. Julio, 2006.

de una regla. Lo que permite este artículo es evidenciar la consagración o formalización de esta regla jurídica positiva. Por lo tanto, el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, aleja lo material en el ámbito de fuentes a un sector secundario o de relevancia menor, ya que, la importancia del artículo en el ámbito es preponderante y todo el contenido de este artículo se considera como fuentes para resolver un conflicto internacional, es decir, el derecho aplicable por los jueces van a ser los enumerados en esta norma.

Si bien, el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es considerado por la mayoría como fuentes formales del Derecho internacional Público, este artículo ha demostrado deficiencias en cuanto a dar respuesta a la evolución del Derecho Internacional, ya que producto de distintos eventos sociales y el surgimiento de nuevos derechos en la esfera internacional han provocado que surjan nuevos instrumentos, que permiten la solución de las deficiencias que ha surgido, pero que no cuentan con la existencia formal por el derecho internacional. Ahora bien, estos instrumentos han sido adoptados por distintos países que buscan complementar su Ordenamiento Jurídico con nuevas percepciones sobre Derechos Humanos, provocando así un enriquecimiento en las normas internas.

Es en vista de esto que consideramos que si bien, el formalismo da una seguridad jurídica a los sujetos de Derecho Internacional, también limita las posibles nuevas formas de creación de derecho o aplicación del derecho. Por ende, creemos que siguiendo con el modelo actual del Artículo 38 no sería posible aceptar nuevas formas de evolución que no se logran englobar e incorporar en la idea de un tratado, de una costumbre, de un principio general internacional, decisiones judiciales, o doctrina de publicistas.

Es por ello, que dentro del debate doctrinario se crea la separación entre Hard Law y lo conocido como Soft Law. El Hard Law se engloba dentro del Artículo 38 ECIJ. Mientras, el Soft Law serían todos estos nuevos instrumentos que no se pueden encontrar en este artículo. No obstante, actualmente dichos instrumentos están generando efectos jurídicos en los sujetos de Derecho Internacional.

A pesar de lo anterior, hay autores que son más partidarios del Hard law, quienes señalan que la aplicación de los instrumentos de Soft Law no deben ser validados por el Derecho Internacional. Sin embargo, creemos, esto no permite incorporar los buenos instrumentos del Soft Law, aunque, teniendo en consideración, que la completa aceptación de dichos instrumentos podría traer más inconvenientes que mejoras. En razón de lo anterior, es necesario revisar el concepto de Soft Law.

CAPÍTULO II: SOFT LAW

Para comenzar, Del Toro señala que en lugar de “fuentes formales”, en sentido estricto, en Derecho Internacional existe el principio de que el consentimiento amplio de los Estados genera reglas de aplicación general. Es decir, una regla de derecho internacional es aquella que ha sido aceptada como tal por la comunidad internacional. Siendo la costumbre y los tratados las fuentes principales del ordenamiento jurídico internacional, aunque no necesariamente las únicas formas de creación de derechos y obligaciones internacionales³³. De lo anterior, es posible entender que no existe una forma establecida para la creación de normas de derecho internacional, los estados y las partes de la sociedad internacional en ocasiones han optado por una nueva vía, que contiene a su vez múltiples formas de expresarse, es lo que la doctrina internacional conoce como Soft Law, es un decir un Derecho blando, flexible, alejado de la rigurosidad de las formalidades que contienen el artículo 38.

1. Definición.

Es importante tener presente que el término Soft Law tal como indica Del Toro, fue introducido al lenguaje del Derecho Internacional por Lord McNair, quien acuñó el término para distinguir entre proposiciones de *lege lata* y de *lege ferenda*, y no para diferenciar un fenómeno complejo que supone la existencia de variaciones normativas que van desde lo no vinculante hasta lo vinculante, del “no derecho” al derecho, de lo soft a lo hard.³⁴

³³ DEL TORO, p.526.

³⁴Ibidem.

No existe un concepto único del Soft Law, debido a su reciente incorporación al debate internacional, pero diversos autores han planteado definiciones:

P. Weil lo define como “Are neither soft law nor hard law: they are simply not law at all”³⁵. Esta cita de Weil, no le otorga un carácter de ley, desmarcándose de esta forma del debate que trataba de ubicar el Soft Law como una norma internacional.

Por su parte Timothy L. Meyer define como “Those nonbinding rules or instruments that interpret or inform our understanding of binding legal rules or represent promises that in turn create expectations about future conduct”³⁶. El autor acerca al derecho blanco a un lugar donde su funcionamiento está orientado a interpretar y mejorar la comprensión de las normas jurídicas vinculantes, como también representa problemas que pueden crear expectativas sobre una conducta a futuro de los sujetos internacionales. En ningún caso le otorga un carácter vinculante.

Del Toro opta por englobar al Soft Law como “la expresión que busca describir la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante, aunque no carentes de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica. Ello supone la existencia de una normatividad relativa en el sistema internacional y la consecuente afrenta al modelo dicotómico tradicional”³⁷.

Schwarcz en el Artículo Soft Law as governing law al respecto señala “Although not well- defined, soft law generally refers to non-state rules that may be aspirational or

³⁵ WEIL, Prosper. Toward Relative Normativity in International Law? **The American Journal of international Law**. 77(3):413-442, Julio 1983.

³⁶ GUZMÁN, A; MEYER, T. Explaining Soft Law. **UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics**. [En línea]:1-60,2010 [Fecha de consulta: 15 Junio 2022]. Disponible en: <https://escholarship.org/uc/item/90w080tp#author>

³⁷ DEL TORO. p. 519.

reflect best practices but are not yet legally enforceable”³⁸. Este autor sigue la línea de Meyer en cuanto a que el Soft Law son reglas aspiracionales, pero que en ningún caso tiene un efecto de vinculación.

Tadenz Grnchalla-Wesierski lo define por su parte como “Economic soft law norms are legal or non-legal obligations which create the expectation that they will be used to avoid or resolve disputes. They are not subject to effective third party interpretation, and their subject matter and formation are international in nature”³⁹. El autor se enfoca en el ámbito internacional, si bien, también la ubica como reglas legales o no legales que crean expectativas que pueden servir en futuras disputas, además de señalar la naturaleza internacional del Soft Law. A partir de esta definición, que le da un carácter más amplio en comparación a las otras definiciones, podemos observar lo complejo que es ubicar al Soft Law. A pesar de la complejidad, es evidente las similitudes de dichas definiciones, pues los autores concuerdan en el carácter no vinculante que tiene el Soft Law, sin negar los efectos jurídicos que producen. Estos autores denominan al Soft Law como “expectativas”, debido a que podrían aportar a resolver disputas, dejando de esta forma abierta la posibilidad de utilizar las normas del Soft Law en algún procedimiento contencioso.

Más adelante, observaremos el comportamiento en los procedimientos consultivos en América Latina, donde utilizan un instrumento de Soft Law -- Opiniones consultivas-- para ampliar el catálogo de derecho u ordenar las directrices políticas de la región en materia de Derechos Humanos.

³⁸ SCHWARCZ, Steven. Soft law as Governing Law. **Duke Law School Public Law & legal theory Series**. [En línea].8: 2471-2515, 2020. [Fecha de consulta 12 noviembre 2021]. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3307418#

³⁹ GRNCHALLA-WESIERSKI, Tadenz. A framework for Understanding “Soft Law”. **McGill Law Journal**, 30: 37-88, 1984.

2. Elementos y Características.

En conformidad al autor Grnchalla- Wesierski, señala y analiza los elementos de las normas del Soft Law en el ámbito del Derecho Internacional Económico, inicia analizando que existen dos tipos de normas de Soft Law, las normas legales y las no legales. En las normas legales señala que existen dos elementos que componen dichas normas, el primero es el elemento subjetivo del derecho blando llamado discreción y el segundo es el elemento objetivo llamado exigibilidad⁴⁰.

En cuanto al elemento objetivo señala que existe más allá de los límites que tiene el elemento subjetivo y en el espacio del elemento objetivo el Soft Law puede llegar a ser ejecutable, si es que nos encontramos dentro del área de las normas legales del Soft Law. ⁴¹

El funcionamiento del Soft Law para Grnchalla-Wesierski se basa en cuánto mayor discreción exista en las normas del Soft Law, estas no podrían ser ejecutables. En cambio, el elemento objetivo del Soft Law si puede ser ejecutable e incluso podría ayudar a solucionar controversias entre las partes, siempre que exista la mayor precisión de la norma del Soft Law.⁴².

⁴⁰“Soft law is often unenforceable because the parties retain discretion over the content of the obligation over its exigibility. This discretion over the content of the obligation or over its exibility. This discretion will be called the subjective element of soft law”. *Ibíd*em, p. 40

⁴¹ “Beyond these limits, soft law contains the objective element which is enforceable, The sanctions available to enforce the objective element will depend in part on whether the soft law is legal or non-legal. Legal soft law is found in international organizations, which legally bind states which are parties to them legal sanctions are clearly available for legal soft law”. *Ibíd*em.

⁴² “The objective aspect of soft law may also facilitate the peaceful resolution of disputes. Soft law prevents an escalation of differences to a greater extent than would otherwise occur in reciprocal diplomacy.’ The greater the precision in the soft law norm, the greater this effect is likely to be”. *Ibíd*em, p. 70.

Ahora bien, en cuanto a las características, Del Toro utilizó las características dadas por Abbott y Snidal, que tienen en común los distintos instrumentos del Soft Law son que dichos instrumentos “expresan expectativas comunes de conducta adoptadas generalmente en el marco de organizaciones internacionales”. Además, de que son creados o adoptados en su mayoría por sujetos de derecho internacional (con la participación o no de otros actores internacionales), sin que para ello se siga todo el proceso tradicional para la creación de normas internacionales, por lo que no pueden considerarse como “fuentes formales de derecho” (tratados o costumbre) y, en consecuencia, carecen de fuerza obligatoria. Sin embargo, y este es el principal aspecto distintivo, a pesar de carecer de fuerza vinculante tales instrumentos se caracterizan por su capacidad de producir ciertos efectos que varían dependiendo el grado de compromiso, la precisión de sus cláusulas y la delegación de facultades a organismos internacionales de supervisión”⁴³.

En suma, del análisis de las citas podemos encontrar que el Soft Law tiene un efecto jurídico, aunque desconocen el carácter de fuente formal. Frente a la problemática del efecto vinculante o la posibilidad de ejecutar la obligación, no existe consenso entre los autores. De esta forma, el autor Grnchalla-Wesierski señala que el Soft Law puede llegar a ser ejecutable si es que existe precisión en las normas del Soft Law, misma idea que comparten los autores Abbot y Snidal, pero quienes no le otorgan el efecto vinculante, sino que lo llaman efecto jurídico. A raíz de lo anterior, es importante analizar como Soft Law actúa en el Derecho Internacional cuando está presente en instrumentos internacionales.

⁴³ DEL TORO, p. 538.

3. Tipos de instrumentos de Soft Law.

La flexibilidad del Soft Law permite que este pueda expresarse en variados instrumentos, no existe una única forma, a continuación señalaremos los siguientes:

Baldassare Pastore, menciona algunos de los instrumentos que se encuentran en el Derecho Internacional “En el ámbito internacional, en la categoría de Soft Law se recogen declaraciones de principios de las Naciones Unidas, junto con resoluciones, exhortaciones, votos y apelaciones. También se incluyen normas convencionales, non-binding agreements, resoluciones, recomendaciones y declaraciones de principios de organizaciones o conferencias internacionales con valor meramente exhortatorio y no obligatorio, de orientación o programáticos, que encarnan nuevas exigencias de reglamentación; así como aquellas normas que, por ser parte de acuerdos aún no entrados en vigencia o finalizados, no tienen efectos jurídicos”.⁴⁴

Estos son algunos de los instrumentos que se pueden considerar como Soft Law, pero no son los únicos, pues la variedad de dichos instrumentos va creciendo cada día dependiendo de la perspectiva de los diversos actores en la materia. Es por ello, que algunos autores consideran inestable el uso de Soft Law, esto debido a la multiplicidad y la falta de formalismo que tienen estos instrumentos.

Asimismo, diversos autores consideran que dentro de los instrumentos de Soft law se deben considerar **la nota diplomática**. Uno de estos autores es Cerda, quien cita a la Embajada de la Confederación Suiza para definir este instrumento como “la forma de correspondencia más utilizada, tanto para los asuntos administrativos de rutina como para cuestiones políticas mayores. La nota es un instrumento de la

⁴⁴ PASTORE, Baldassare. Soft Law y la teoría de las fuentes del derecho. **Soft power: Revista euro-americana de teoría e historia de la política**. [En línea]. (1):74-89, 2014. [Fecha de consulta: 16 Septiembre 2021]. Disponible en: <https://editorial.ucatolica.edu.co/index.php/SoftP/article/view/1772>

correspondencia diplomática y un elemento constitutivo de un acuerdo internacional, susceptible de generar derechos y obligaciones de derecho internacional. En los dos casos, la forma es generalmente la misma”⁴⁵

Tal como señala la cita de la Confederación Suiza, la nota diplomática puede generar derechos, pero no toda nota diplomática los genera, solamente si esta correspondencia señala que tendría tal característica, tal como sucedió en la nota diplomática de Francia y Camboya.

De igual forma, existen otros autores que consideran al **Código de conducta** como un instrumento de Soft Law, uno de estos autores es Grnchalla- Wesierski, quien señala otros tipos de códigos como las que se pueden encontrar en organizaciones internacionales como la ONU y la O.E.C.D, que a pesar de no ser una norma legal, pueden terminar regulando las conductas de las personas, que finalmente puede ser incorporado por los países y aceptado en la jurisdicción nacional⁴⁶.

La autora Mazuelos Bellido señala en su texto “Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?” respecto a los códigos de conducta que son utilizados por los actores no estatales o propuestos por los Estados u organismos internacionales a dichos actores para regular sus comportamientos los actores no estatales frecuentemente regulan sus comportamientos. Estos instrumentos son considerados como Soft Law, ya que se trata de mecanismos no (jurídicamente) vinculantes. Asimismo, Mazuelos señala que el carácter no vinculante de los códigos de conducta auto normativos, en ocasiones devienen obligatorios para sus destinatarios a través del

⁴⁵ CERDA, p. 175.

⁴⁶ “One type of non-legal soft law, the code of conduct, merits separate mention. Usually it is formulated by an international organization such as the U.N. or the O.E.C.D. It is a form of soft law which, although non-legal, regulates the conduct of persons within the jurisdiction of states. Depending on its precision, it may lend itself to incorporation by legislation into national laws, and it may also provide the basis for other unilateral state action”. GRNCHALLA-WESIERSKI, p. 21.

consentimiento expreso de éstos y en otros casos habría que esclarecer si las partes entienden quedar vinculadas conforme a Derecho o al margen de éste.⁴⁷

Asimismo, Grnchalla-Wesierski menciona como instrumento de Soft Law a la **legitimación colectiva** para referirse al hecho de que algunos tipos de normas de Soft Law pueden tener efectos en partes que no participaron en la creación de normas del Soft Law, ya que muchos estados se conforman con la norma del Derecho Blando. Esto sucede cuando algunos miembros de la sociedad internacional crean y adoptan una norma, este autor lo llama la legitimación colectiva , y sucede muchas veces con las resoluciones que adoptan la asamblea general de la ONU ya que la asamblea representa el deseo colectivo de la sociedad internacional, y mediante la legitimación colectiva algunos países en ausencia de norma optan por tomarla e incorporarlas, generando a las resoluciones de la ONU, un carácter de fuente de derecho internacional a pesar de que a los países que no son partes no puedan en teoría exigirles el cumplimiento o su incorporación a sus estados.⁴⁸

Ahora bien, cabe señalar que existen más tipos de instrumentos de Soft Law entre ellos están Las comunicaciones y directrices de la comisión, los acuerdos inter-institucionales, los códigos de conducta [referido a la lex mercatoria]⁴⁹.

⁴⁷ MAZUELOS, p.5.

⁴⁸ Non-parties may conform to the soft law norm because, where there is no other norm, any standard has a certain attractiveness. This may especially be the case with a norm that has been "collectively legitimized" by at least some members of international society. The cogency of the "collective legitimization" depends on the number, importance and diversity of the states that have become parties to the soft law norm. Thus, a norm adopted by consensus of the U.N. General Assembly can be said to express the "collective will" of international society, because of the close-to-universal membership of the Assembly. For this reason, some even consider certain of these types of resolutions as a formal source of international law." GRNCHALLA- WESIERSKI, p.21.

⁴⁹ En ese sentido la autora señala lo siguiente "The Commission's Communications and Guidelines as well as Inter-Institutional Agreements are further examples of institutional Soft Law. Social actors are also active producers of soft law; while private actors such as multinational corporations issue codes of conduct, quasi-public bodies such as trade associations and standardization bodies may develop guidelines and codes of practice as well. The so-called "New Lex Mercatoria" may be seen as soft law generated by global merchants; the Unidroit Principles and the standard contracts

Dentro de los instrumentos donde el Soft Law es aplicable están las **Resoluciones no vinculantes de Organizaciones Internacionales**, las cuales son llamadas en el Derecho Internacional como “Recomendaciones”, ya que efectúan una actividad normativa indirecta o exhortativa, pues proponen una conducta no obligatoria pero deseable por las competencias atribuidas por los tratados constitutivos⁵⁰.

De la misma forma, podemos indicar que se considera al interior de los mecanismos de Soft Law a las **Resoluciones generales de la ONU**, sobre todo en materias específicas en su competencia, el profesor Benadava en su libro “Derecho Internacional Público” señala que estas no revisten carácter obligatorio, ya que son meras recomendaciones, pero que son el punto de partida de nuevo posible derecho.⁵¹ Asimismo, Marco Gerardo Monroy, señala que parte de la doctrina considera que tales resoluciones de los organismos internacionales constituían un Soft Law, es decir, una especie de *derecho in statu nascendi* o derecho de menor valor vinculante.⁵² En definitiva, todas estas características señaladas son de la naturaleza de las normas del Soft Law, y dentro de las publicaciones en relación con el Derecho Blando, es recurrente que vinculen las resoluciones generales de la ONU como un ejemplo de normas de Soft Law.

En conclusión, mencionamos en este apartado algunos de los instrumentos que forman parte del Soft Law, los cuales en la práctica representan las características

developed by the International Chamber of Commerce (ICC) and other arbitration bodies are also among the multiple species of soft law. Finally, academics may take the lead in developing soft law; The Lando Principles on European Contract Law (PECL) are a prominent soft tool developed by a group of self-appointed academics and tailored on the model of the American Restatements. DI ROBILANT, p. 16.

⁵⁰ MAZUELOS, p. 6.

⁵¹ “También algunas de estas organizaciones como la Organización de las Naciones Unidas, han aprobado resoluciones generales sobre materias de su competencia. Aunque estas resoluciones no revisten generalmente carácter obligatorio, ya que son meras recomendaciones, algunas de ellas codifican o cristalizan reglas de derecho internacional general, o constituyen el punto de partida para la elaboración de dichas normas mediante tratados y la costumbre “. BENADAVA, p. 18.

⁵² MONROY CABRA, Marco. Aproximación al concepto de fuentes del derecho internacional. **Revista Estudios Socio- Jurídicos**. [En línea]. 7 (2): 77-91, 2005. [Fecha de consulta 12 noviembre 2021]. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/733/73370204.pdf>

de la naturaleza de esta nueva forma del derecho internacional, en el cual destaca su valor no obligatorio para los Estados, pero que genera un efecto jurídico entre las partes. Asimismo, podemos señalar que producto de las nuevas metas del orden mundial como la cooperación, la convivencia, la economía, la democracia, el multilateralismo, pluralismo, la moral, el medioambiente, los derechos humanos, y la justicia pueden crearse otros mecanismos de Soft Law para satisfacer los nuevos desafíos que presenten la comunidad internacional.

4. Áreas del Soft Law.

El Derecho regula distintos aspectos de la sociedad internacional, entre las áreas en el que Soft Law actúa existen tres que abarcan la mayoría de los análisis por parte de los académicos, por lo tanto, enfocaremos nuestro análisis en el Derecho Internacional Económico, el Derecho Internacional Medioambiental y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El auge de la globalización permite que los Estados continuamente interactúen entre ellos, dejando la economía de estar vinculada a un área local orientándose en grandes acuerdos comerciales internacionales. Es así como la velocidad del comercio ha traído que los Estados necesiten lograr acuerdos de manera más rápida, optando por las normas del Soft Law en el **Derecho Internacional Económico**. Grnchalla- Wesierski señala al respecto “Economic Soft law norms are formed by either international organizations or the agreement of state representatives and deal with problems of international commerce or investment. Thus, in both the formation and the subject matter of economic soft law norms, relations between states are implicated”⁵³

⁵³ GRNCHALLA-WESIERSKI, p. 45.

Las normas del Soft Law permiten la flexibilidad necesaria para que se logre un acuerdo en materia de inversiones, muchas veces las dificultades de lograr un tratado internacional producto a las formalidades retrasan o impiden la concreción de un acuerdo internacional en materia económica. Schwarcz aborda esto señalando “The rise of soft law responds, at least in part, to the increasing difficulty of adopting international treaties. A treaty or convention—the terms are synonymous—is a legal agreement or compact among nations. The politics of a treaty, and the expectation that it needs a widespread consensus, can discourage its adoption”.⁵⁴

Schwarcz en la cita anterior señala que el Soft Law es utilizado como una alternativa a la adopción de tratados internacionales como de igual manera, a la ley modelo, debido a que la formalidad de un tratado puede desalentar su adopción debido al largo proceso de negociación y su vinculación.⁵⁵ Esto se expresa a través de mecanismos que evitan el cumplimiento de la obligación o la exigencia de hacer ejecutar el contenido de la norma, el Soft Law en el Derecho Económico permite esa flexibilidad. Grnchalla- Wesierski, aborda esto con el estudio de las cláusulas de escape, al respecto el autor señala “Exigibility means that compliance may be required with the objective part of the obligation, but the state bound may have an escape clause upon which it can rely to maintain that the obligation is nevertheless not exigible”⁵⁶. Esto quiere decir que las normas del Soft Law Económico permiten que los Estados participantes puedan trabajar de la manera más cómoda, incluyendo cláusulas que le permitan no hacer exigible la obligación.

⁵⁴ SCHWARCZ, p. 2477.

⁵⁵ Agrega el mismo autor que “Not needing governmental validation or consent, soft law can provide rules of conduct when treaty-making and model laws fail. The adoption of soft law also can help incrementally to develop norms, which governments may later try to codify into hard law”. SCHWARCZ, p. 2481.

⁵⁶ GRNCHALLA-WESIERSKI, p. 50.

El escenario actual plantea la necesidad de que los sujetos internacionales opten por la elección del Soft Law en los acuerdos comerciales internacionales, aunque no significa que optarán siempre por las normas del Derecho Blando, ya que la multiplicidad de instrumentos no permiten tener un único camino de elección, es así que Schwarcz plantea cuando sería la óptima utilización de las normas de Soft Law, el autor señala “Synthesizing the foregoing analysis, sophisticated parties to business contracts should have the right to choose soft law as governing law if (1) the choice of law does not create significant externalities (or the social benefits of that choice are likely to exceed those externalities); (2) the soft law is clear and accessible; and (3) the soft law has legitimacy by virtue of being either generally accepted, promulgated by a respected independent and unbiased organization, or manifestly fair”⁵⁷.

El medio ambiente es un área en la cual el derecho está continuamente desarrollándose, la sociedad internacional está con un interés real en la protección del medio ambiente. El **Derecho Internacional Medioambiental** es un aspecto joven, por ejemplo, si lo comparamos con otras áreas como el Derecho Penal Internacional o el Derecho Económico Internacional, pero el hecho que sea reciente no es señal de que no esté continuamente abordando por la comunidad internacional.

El Soft Law no escapa de lo anteriormente señalado, ya que ha encontrado en el Derecho internacional del Medio Ambiente un lugar donde los instrumentos han podido desenvolverse. Cárdenas por su parte señala “Although soft law has appeared in all international fields, IEL has been one of the most productive scenarios”.⁵⁸

⁵⁷ SCHWARCZ, p. 2471.

⁵⁸ CÁRDENAS, p. 368.

El Derecho Ambiental está vinculado al Soft Law, debido a que esta nueva tendencia de derecho permite llegar a acuerdos de manera más rápida. La urgencia de los problemas medioambientales repercute en la comunidad internacional, y genera que los integrantes del Derecho Internacional opten por instrumentos jurídicos que sean rápidos de implementar. En consecuencia, de que la utilización de instrumentos formales o de las fuentes tradicionales no permiten satisfacer la urgente necesidad de protección en el área medioambiental. Cárdenas señala “International law, as any other legal field, should obey the dictates of reality and not the other way around, as the obsolete doctrine wants to believe. IEL Meanwhile is just the perfect branch of general international law in which such analysis could be carried out”.⁵⁹ Por lo tanto, la comunidad internacional ha optado por conferencias internacionales⁶⁰ u opiniones consultivas para regular el Derecho Internacional del Medioambiente siendo este tipo de instrumentos conocidos por su carácter de Soft Law.

El Soft law está presente en el Derecho Internacional de los **Derechos Humanos**, ya sea en su área regional o global, cuando nos referimos de manera regional es a través de los distintos instrumentos que posee la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derecho Humanos, y cuando nos referimos de forma global es mediante el funcionamiento de la Asamblea general de las Naciones Unidas.

⁵⁹ CÁRDENAS, p. 365.

⁶⁰ Cárdenas desarrolla esta idea señalando: “Such kind of documents of “unrecognizable” nature emerged in very well know environmental international meetings, namely the 1972 UN Conference on The Human Environment (Stockholm), the 1992 UN Conference on Environment and Development (Rio de Janeiro- Earth Summit I)”. CÁRDENAS, p. 368.

Cabe señalar que el impacto que tiene el Soft Law en el área de los Derechos Humanos a diferencia de otras áreas se debe tal como indica el autor Colmegna, a su especial naturaleza, el autor señala que “El recurso al soft law en el DIDH se explica por la especial naturaleza de esta rama del derecho internacional ya que, a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos del derecho internacional, en esta no existe una práctica previa de los Estados que le de sustento a la creación de una norma jurídica”⁶¹. Asimismo, Colmegna expresa que en cuanto al factor que da fuerza al Soft law en esta materia es el hecho de que los derechos humanos gozan de una jerarquía superior a la de otras áreas del derecho internacional⁶².

Se debate en la doctrina el efecto jurídico que tendría el Soft Law en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Para algunos no sería más allá de un efecto moral, que influenciará la práctica de los Estados en la promoción y protección de los Derechos Humanos. Otros plantean que no tienen efecto jurídico alguno, porque el Soft Law no cuenta con las herramientas necesarias para dar cumplimiento a las normas de Soft Law. Sin embargo, no se puede desconocer el valor real que tiene el Soft Law en el Derecho Internacional, ya que permite a través de los diferentes instrumentos el cumplimiento de los tratados internacionales, como también ampliar el catálogo de derechos o informar a la comunidad internacional acerca del incumplimiento de parte de un Estado. Es por ello, que Díez de Velasco, citado por Colmegna señala que “Distintas son las funciones que el soft law puede desempeñar en el DIDH. En virtud de cómo han acontecido los hechos puede

⁶¹Continúa el autor señalando que “En otras palabras, los Estados suelen recurrir al dictado de normas de soft law para dar a conocer su posición respecto de determinados temas en un determinado momento para luego comenzar a actuar en consecuencia y, eventualmente, recurrir a la adopción de un tratado sobre la materia en cuestión.” COLMEGNA, Pablo. Impacto de las normas de soft law en el desarrollo del derecho internacional de los Derechos Humanos. **Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja**. [En línea]. (8): 27-47, 2012. [Fecha de consulta: 14 de noviembre de 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4358362>

⁶²Ibidem, p 35.

decirse que las normas soft law, además de cumplir una función moralizadora, también orientan el desarrollo posterior del DIDH, tal como sucedió con la Declaración Universal de Derechos Humanos”.⁶³

El Soft Law interactúa en esta área y se expresa a través de la DUDH, DADDH⁶⁴, Observaciones Generales, emisión de Informes, Documentos, Informes de Solución Amistosa, Visitas in Loco. Es debido a los instrumentos anteriormente señalados que el Soft Law está presente en el área de los Derechos Humanos, promoviendo y respetando así a los Derechos Humanos y a las libertades fundamentales.

Finalmente, estas tres áreas del Derecho Internacional juegan un rol importante en la aplicación del Soft Law, ya que estas materias necesitan acuerdos rápidos, donde se excluye los riesgos derivados del incumplimiento y las consecuencias de la responsabilidad internacional en el marco de los mecanismos institucionales de solución de controversias⁶⁵, dejando de lado los instrumentos tradicionales para llegar a un acuerdo internacional como por ejemplo los tratados internacionales. Sin embargo, el constante uso del Soft Law ha traído diversas opiniones respecto de los beneficios como también de los riesgos, los cuales analizaremos a continuación.

⁶³ Colmegna desarrolla más esta idea y señala la utilidad: “Más específicamente, en relación con los órganos creados por los tratados sobre DDHH, puede advertirse que las recomendaciones que emiten son de gran utilidad para exponer ante la comunidad internacional los índices de cumplimiento o incumplimiento del tratado en cuestión. *Ibidem*.”

⁶⁴ Cabe señalar que estas dos declaraciones fueron antecedentes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). De igual forma, señalan las autoras Bermúdez, Aguirre y Manasía que: podemos indicar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos vino a fortalecer el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, al otorgar atribuciones a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y establecer los mecanismos de promoción y protección de esos derechos. BERMUDEZ ABREU, Yoselyn; AGUIRRE ANDRADE, Alix y MANASIA FERNANDEZ, Nelly. *El Soft Law y su aplicación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre. Frónesis* [En línea]. 13 (2): 9-30. [Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2021]. Disponible en: <http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S131562682006000200002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1315-6268.

⁶⁵ MAZUELOS, p. 541.

5. Opiniones de los Académicos sobre el uso del Soft Law.

El empleo de las normas del Soft Law en el contexto de las relaciones internacionales sigue siendo un tema que no tiene una sola mirada, ya que actualmente ha sido discutido los beneficios y riesgos que conlleva esta práctica.

A continuación, realizaremos un análisis de las opiniones de los académicos del uso del Soft Law.

Comenzamos con el análisis de la profesora María Angélica Benavides que se enfoca en la complejidad del derecho internacional y como el Soft Law puede interferir dentro de este complejo escenario, en ese sentido Benavides señala “La pretendida juridicidad del soft law abre la posibilidad de ahondar la complejidad del derecho internacional público y la vinculación efectiva de los Estados. La existencia de un grupo de normas jurídicas que ellos aprecian como inequívocamente vinculantes, permite la posibilidad de accionar en el caso de incumplimiento mediante los efectos de la responsabilidad internacional. El peligro de contornos difusos entre aquello que los Estados aceptan como norma exigible y aquello que es un deseo de derecho o inicio de formación de derecho, constituiría una distorsión en que todo puede ser oponible y, por tanto, jurídicamente exigible al Estado”⁶⁶.

De lo anterior, podemos concluir que a pesar de que el Soft Law puede actuar en este escenario complejo, la autora advierte del peligro de los contornos difusos respecto a lo que es una norma aceptada por los Estados en contraste a las aspiraciones en materia legal que pueden tener las partes involucradas. Entonces, al no existir una claridad de lo que se entiende como una norma frente a lo que es un deseo provocaría una confusión a lo que puede ser exigible al Estado.

⁶⁶ BENAVIDES CASALS, p. 8-9.

Por otra parte, el académico Tadeusz Gruchalla- Wesierski, quien en la conclusión de su artículo “A Framework for Understanding “Soft Law”” indica que el Soft Law es una solución útil a los problemas del Derecho Internacional de manera más eficaz que el Hard Law. Asimismo, las normas de este Derecho Blando entregan estándares racionales para resolver conflictos extraterritoriales de manera más serena.⁶⁷

De acuerdo a esta conclusión, podemos destacar que le entrega una validación al uso del Soft Law. Además, el empleo de las normas del Soft Law el autor las visualiza como una forma de resolver posibles disputas internacionales, por lo tanto, podemos indicar que el carácter del Soft Law es más amplio, ya que no solo se enfoca en mejorar las relaciones internacionales, sino que podría utilizarse dar solución a un posible caso contencioso.

Por su parte, el autor Baldassare Pastore, en la conclusión de su artículo Soft Law y la teoría de las fuentes del derecho indica que “Los actos del soft law recomiendan un objetivo, indican una disposición que hay que adoptar, un programa al cual atenerse, un aspecto que hay que considerar y un valor que reclama atención. Establecen, en resumen, una orientación que constitutivamente presenta la forma del “más o menos” y requiere una gradualidad en el proceso de realización, influyendo en la producción normativa.

⁶⁷ “Soft law is a useful solution to practical problems of international relations. One such solution is still unexplored, but it is potentially very important for international economic relations: it is the extent to which soft law may legitimize extraterritorial application of national laws. Nevertheless, it seems that soft law norms can provide rational standards upon which some extraterritoriality disputes may be peacefully resolved. In similar ways, soft law solutions may be able to cope with other delicate problems in international relations more efficiently than "hard" law or reciprocal diplomacy”. GRNCHALLA. WESIERSKI, p. 86 y 87.

El soft law, por lo tanto, forma parte del corpus normativo y participa en el proceso de positivización. Es una fuente del derecho, puesto que de alguna forma se le considera capaz de generar reglas jurídicas”.⁶⁸

El autor, señala que el Soft Law provoca una influencia en los Estados orientando la producción de normativas distintas del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Por lo que, el Soft Law sería una fuente del Derecho, ya que acentúa su uso en el proceso de creación de normas jurídicas.

Por otro lado, el académico Carlos Cerda Dueñas en el artículo “La nota diplomática en el contexto del Soft Law y de las fuentes del Derecho Internacional” señala que “Es evidente que en el estudio de los procedimientos técnicos de creación de las normas jurídicas internacionales deben tomarse en cuenta ahora a los instrumentos que comprenden el fenómeno jurídico del soft law como ciertas resoluciones de los organismos internacionales y ciertos actos unilaterales de los Estados. Asimismo, debe incluirse a las figuras jurídicas análogas a las ya reconocidas fuentes, específicamente las modalidades de los tratados como los acuerdos ejecutivos y la nota diplomática, cuya categoría de fuente le fue conferida ya por un tribunal internacional. Siempre tomándose en cuenta que no todo lo que produce efectos jurídicos es, por tanto, fuente de derecho, es decir, se debe hacer un análisis previo del instrumento antes de atribuirle la categoría de fuente internacional. El hecho innegable es la existencia de nuevas fuentes en el derecho internacional. Evidentemente, “el fenómeno contemporáneo de soft law ataca a un sistema notoriamente frágil, risible a los ojos de los realistas en su impotencia de cara a la importancia de los acontecimientos internacionales”, pero indudablemente es el resultado del dinamismo propio de la disciplina jurídica.”⁶⁹

⁶⁸ PASTORE, p. 86.

⁶⁹ CERDA, p. 177.

En resumen, el análisis de este autor está enfocado en el efecto jurídico que tendrán los instrumentos de Soft Law, el cual es más reservado, ya que el indica que hay que analizar primero el instrumento del Soft Law, para ver de esta forma si se puede incorporar o no como fuente, es decir, hay que analizar si un instrumento tiene o no tiene efecto jurídico demostrable o evidente, debido a que no todos los instrumentos que pueden existir en el aspecto del Soft Law serían una fuente del Derecho Internacional.

Con relación al uso del Soft Law, el autor Fabián Cárdenas en su artículo “A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin” ha señalado que aún queda mucho por ver de la lista tradicional de fuentes, ya que se puede incorporar como fuente el soft law, el cual tendría una mayor aceptación en el futuro.⁷⁰

En pocas palabras, podemos indicar que existe una similitud entre el autor anterior (Baldassare Pastore) y con el autor recién mencionado (Fabián Cárdenas), en el sentido que indican que el Soft Law se debe incorporar como fuente de Derecho Internacional.

Asimismo, el autor Mauricio Del Toro Huerta en su artículo “El Fenómeno del Soft Law y Las Nuevas Perspectivas del Derecho Internacional” señala como conclusión que “se obtienen más ventajas buscando una descripción del soft law como fenómeno de la sociedad internacional y analizándolo en todas sus posibilidades y consecuencias que desechando el concepto por su carácter ambiguo, redundante y poco claro. Pues, si bien desde tiempo atrás se estudia el efecto de las resoluciones de las organizaciones internacionales y de otros actos no vinculantes,

⁷⁰ “Altogether, it is undeniable to accept that there is still much to see apart from the traditional list of sources of international law, as there is another side of the coin in which novel ways of making law are still to be explained. Soft law, not being the only candidate, is definitely a promising one, however as the practice continues to increase, what we call “soft” today will be called “hard” tomorrow”. CÁRDENAS, p. 402.

tales como, los acuerdos no normativos, acuerdos políticos o gentlemen's agreements, en mi concepto la idea del soft law, a pesar de su redundancia, permite analizar el fenómeno como un acontecimiento cultural que refleja el estado actual del funcionamiento de la sociedad internacional y nos muestra sus diferentes posibilidades incluso aquellas que, en sus extremos, podrían afectar el funcionamiento del sistema y fraccionar aún más a la comunidad internacional. Esta es la doble cara del soft law que, en el fondo, caracteriza la estructura del derecho internacional, donde legalidad y legitimidad se mantienen en un constante "equilibrio precario" siempre al borde aunque también siempre de pie"⁷¹.

En resumen, el autor analiza la naturaleza del sistema internacional para explicar el fenómeno del Soft Law, ya que su uso se debe al resultado precario del funcionamiento del sistema internacional, donde la legalidad y la legitimidad se encuentran al borde en el sistema internacional. Por lo tanto, este autor analiza el Soft Law bajo la mirada de la naturaleza de la comunidad internacional para así otorgarle mayores ventajas, pues de otra forma se consideraría como un fenómeno del Soft Law como un sistema poco claro y ambiguo.

Por otra parte, el autor Pablo Colmegna en la conclusión de su artículo "Impacto de las Normas de Soft Law en el Desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos" señala que "El soft law debe considerarse integrado al derecho internacional, ya que, a pesar de ser caracterizado por no contar con la obligatoriedad como uno de sus atributos, hemos probado cómo ese no es un elemento esencial para la definición del ordenamiento jurídico internacional"⁷².

Para resumir, este autor no analiza el Soft Law desde los elementos que tienen las fuentes señaladas del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Interamericana de

⁷¹ DEL TORO, p. 545.

⁷² COLMEGNA, p. 44.

Justicia, debido a que este fenómeno no se caracteriza por contener el elemento de obligatoriedad. Asimismo, el autor destaca que ese elemento no es necesario para formar parte del ordenamiento jurídico internacional, ya que el Soft Law cuenta con otros elementos que sí son necesarios para considerarse parte del derecho internacional. como es el elemento vinculatorio.

Finalmente, analizaremos la opinión de la autora Anna Di Robilant, quien en su artículo “Genealogies of Soft law” señala que el Soft Law genera opiniones que avalan su uso, como también que lo condenan. Debido a que es la solución a los males del sistema, o que es una asimilación al sistema americano y al capitalismo global. Sin embargo, el Soft Law se compone de múltiples instrumentos e instituciones que deben ser analizadas por sus méritos.⁷³

En definitiva, esta opinión engloba un análisis distinto al de otros autores mencionados, ya que esta autora demuestra que existen un número importante de instrumentos de Soft Law, no obstante, dichos instrumentos deben ser evaluados por sus méritos más que por sus características de Derecho Suave. En ese aspecto, se acerca al análisis del autor Carlos Cerda que ve la efectividad de los instrumentos del Soft Law en los efectos jurídicos que generan.

A partir de las opiniones de los autores, se puede concluir que existen diferentes opiniones acerca del funcionamiento del Soft Law, no así de la existencia, ya que todos los autores concuerdan en que es un fenómeno que está presente en la

⁷³ “The rhetoric of softness triggers hyperbolic eulogy as well as dire condemnation, as soft law tends to be seen as either the panacea for all European ills or as a surrender to Americanization and global capitalism. However, behind the rhetorical veil of softness lies a vast array of disparate legal devices, entailing widely diverse institutional mechanisms, serving competing professional agendas and implicating different distributional consequences. These multiple tools and consequences should be stripped of the garnish and frills of softness in order to be assessed on their own merits”. DI ROBILANT, p. 554.

comunidad internacional. Asimismo, lo esencial del análisis de las opiniones es que el gran debate que existe en cuanto a los instrumentos, ya que por un lado son considerados como fuente y por otro lado se considera la utilidad que tendrían los instrumentos internacionales de Soft Law. También, otra gran discusión que existe en cuanto a la característica de fuente del Derecho Internacional, ya que algunos autores le dan el mérito de creadora de normas jurídicas y otros son más cautos en otorgarle esta característica, lo cual genera la dificultad de tener que analizar el impacto del Soft Law en la sociedad y el efecto jurídico resultante.

6. Conclusiones preliminares.

De acuerdo al análisis que realiza el autor Del Toro Huerta sobre la definición del Soft Law, coincidimos que el concepto que da el autor es el que más se aproxima a la realidad del ordenamiento jurídico internacional, ya que no le niega los efectos jurídicos y comprende que es un fenómeno jurídico que está surgiendo como respuesta a los conflictos internacionales.

En cuanto a las características de los instrumentos del Soft Law podemos apreciar que el Derecho Blando tiene efectos jurídicos, ya que son adoptados y creados por los sujetos internacionales. Además, de que no están en la categoría de instrumentos que forman parte de las fuentes formales del Derecho Internacional. De igual forma, analizamos los elementos del Soft Law (objetivo y subjetivo), siendo el elemento objetivo el más importante, porque a partir de ese elemento el Soft Law podría ser ejecutable.

Con relación a los instrumentos del Soft Law, podemos concluir que no existe una única forma de instrumento, ya que todo depende del uso a este destinado, de los sujetos que están involucrados en su creación o uso. Además, comparten la esencia

del Soft Law que busca dar la solución a problemáticas internacionales evitando de esta forma las sanciones que impone la comunidad internacional frente al incumplimiento de tratados o acuerdos internacionales.

Con respecto a las áreas en que Soft Law se aplica, podemos indicar que se cumple con los objetivos del Derecho Blanco, ya que estas áreas buscan evitar los riesgos derivados del incumplimiento y las consecuencias de la responsabilidad internacional al momento de dar soluciones a las problemáticas del Derecho Internacional. Además, de dar soluciones más rápidas a los problemas urgentes que se presentan en la comunidad internacional específicamente en el área del Derecho Medioambiental, Derechos Humanos y del Derecho Internacional Económico.

En relación con las distintas opiniones de los académicos del Derecho Internacional, podemos concluir que en la gran mayoría de los autores hay consenso de la existencia del Soft Law. Sin embargo, algunos autores le otorgan un valor de fuente creadora de derechos y otros académicos son más cuidadosos para entregarles esa estimación al momento de analizar el uso del Derecho Blanco en la sociedad internacional.

En definitiva, podemos señalar que el Soft Law genera efectos jurídicos en los sujetos del Derecho Internacional, ya que, los dichos sujetos del derecho internacional han decidido adoptar estos instrumentos para así evitar las complicaciones de los tratados y las fuentes formales del Derecho. Es por ello, que creemos que se debe aceptar este nuevo fenómeno que ha surgido en la comunidad internacional actual para si dar solución rápida y eficaz a los conflictos que el derecho tradicional no ha podido dar respuesta. Asimismo, concordamos con las opiniones de diversos autores que señalan que mientras más claro sea un instrumento internacional de Soft Law, mayor posibilidad tiene en un futuro de ser ejecutado por las partes del Derecho.

El análisis del Soft Law en este capítulo nos permite entrar a analizar uno de los instrumentos en que se aplica el Derecho Blando, los cuales son las Opiniones Consultivas. A continuación, analizaremos el uso de las Opiniones Consultivas y su efecto jurídico generado recientemente en América.

CAPÍTULO III: OPINIÓN CONSULTIVA.

1. Distintas Opiniones Consultivas en el mundo.

Las Opiniones Consultivas son instrumentos utilizados frecuentemente por los organismos internacionales, con características similares entre distintos organismos, pero también con diferencias, dentro de las que podemos mencionar están las Opiniones Consultivas de la Corte Internacional de Justicia⁷⁴ (CIJ), ubicado en el Artículo 65⁷⁵ del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁷⁶, dicho artículo señala lo siguiente:

1. La Corte podrá emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, o de acuerdo con las disposiciones de la misma.
2. Las cuestiones sobre las cuales se solicite opinión consultiva serán expuestas a la Corte mediante solicitud escrita, en que se formule en términos precisos la cuestión respecto de la cual se haga la consulta. Con dicha solicitud se acompañarán todos los documentos que puedan arrojar luz sobre la cuestión.

⁷⁴ Las opiniones consultivas de la CIJ están reguladas en el capítulo IV del Estatuto, desde el artículo 65 al 68 donde además señalar la competencia de esta opinión, está el procedimiento.

⁷⁵ ONU. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Corte internacional de Justicia. [En línea]. 1945.[Fecha de consulta: 25 noviembre 2021]. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/statute-of-the-international-court-of-justice>

⁷⁶ “Un ejemplo de Opinión consultiva es La Corte Internacional de Justicia sustenta en una Opinión Consultiva de 1974 acerca de las Pruebas Nucleares que las declaraciones unilaterales son obligatorias en la medida que expresan la intención del declarante de obligarse”. CERDA. p 169.

La Organización de Naciones Unidas también cuenta con una función consultiva es así como el citado artículo 96 de la Carta de la ONU⁷⁷ señala,

“1.- La asamblea general o el consejo de seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica.

2.- Los otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados para ello por la Asamblea General, podrán igualmente solicitar de la Corte opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de las esfera de sus actividades. “

A diferencia de las opiniones consultivas de la CIDH, las opiniones consultivas reguladas en la Carta de la ONU, pueden ser cualquier cuestión jurídica, esto es evidente, ya que se entiende que las opiniones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se encuentran dentro de la esfera de los Derechos Humanos, en cambio, la Corte Internacional de Justicia puede ver cuestiones acerca de los límites de territorio internacional, cuestiones acerca de soberanía, como también de los Derechos Humanos.

En cuanto a Tribunales enfocados a la protección y promoción de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuenta también con una función consultiva, la cual está ubicada en el Artículo 1 del protocolo N°2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷⁸ que señala:

⁷⁷ ONU. Carta de las Naciones Unidas. [En línea]. 1945.[Fecha de consulta: 7 noviembre 2021]. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/un-charter>

⁷⁸ CONSEJO DE EUROPA. Protocolo N°2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. [En línea].1970. [Fecha de consulta: 18 Agosto 2021]. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=044#>

1. A petición del Comité de Ministros, el tribunal puede emitir opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos.
2. Estas opiniones no pueden referirse a las cuestiones que tratan del contenido o de la extensión de los derechos y libertades definidos en el título I del Convenio y en sus protocolos, ni a las demás cuestiones que, en virtud de un recurso previsto en el convenio, podrán ser sometidas a la Comisión, al Tribunal o al Comité de Ministros.
3. La decisión del Comité de Ministros de solicitar una opinión del Tribunal ha de tomarse por una mayoría de dos tercios de sus miembros titulares.

Existe mayor exigencia en el TEDH, a la solicitud de una opinión consultiva estableciendo quórum para poder solicitar el dictamen, si es que el Comité de Ministro así lo desea. Además, tienen limitaciones en cuanto no pueden referirse a cuestiones que tratan del contenido o extensión de los derechos y libertades ya definidos.

Guevara por su parte intensifica la diferencia, ya que concluye, luego de haber analizado la historia y la característica del Art. 64 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que la función consultiva de la CIDH no es una opinión consultiva -- como lo son el caso de la ONU y la del TEDH--, si no sería una “consulta interpretativa”.⁷⁹

En el continente Africano la figura del Advisor Opinion está regulada en el capítulo V del Protocolo sobre el estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos

⁷⁹ En conclusión, del análisis de los antecedentes legislativos se colige que el art. 64 se refiere a una “consulta interpretativa” y no a una “opinión consultiva” de las previstas por el texto de la Carta de la ONU o del ConvenioEDH, es decir, no se identifica con sus homónimas internacionales. GUEVARA, Augusto. Los dictámenes consultivos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Barcelona, España. J. M. Bosch editor. 2012 :556 p.

Humanos, más específicamente en su artículo 53, donde la traducción⁸⁰ del artículo señala lo siguiente:

1. La Corte podrá emitir una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica a solicitud de la Asamblea, el Parlamento, el Consejo Ejecutivo, el Consejo de Paz y Seguridad, el Consejo Económico, Social y Cultural (ECOSOCC), las Instituciones Financieras o cualquier otro órgano de la Unión según lo autorice la Asamblea.
2. La solicitud de opinión consultiva se hará por escrito y contendrá una declaración exacta de la cuestión sobre la que se solicita la opinión y estará acompañada de todos los documentos pertinentes.
3. Una solicitud de opinión consultiva no debe estar relacionada con una solicitud pendiente ante la Comisión Africana o el Comité Africano de Expertos.

Según Cartes Rodríguez, es similar las opiniones consultivas de la Corte Interamericana con la de la Corte Africana de Justicia⁸¹. Si bien, en la sola lectura

⁸⁰Protocol on the statute of the african court of justice and human rights. Chapter V Advisory Opinion. Artículo 53:

“1. The Court may give an advisory opinion on any legal question at the request of the Assembly, the Parliament, the Executive Council, the Peace and Security Council, the Economic, Social and Cultural Council (ECOSOCC), the Financial Institutions or any other organ of the Union as may be authorized by the Assembly. 2. A request for an advisory opinion shall be in writing and shall contain an exact statement of the question upon which the opinion is required and shall be accompanied by all relevant documents. 3. A request for an advisory opinion must not be related to a pending application before the African Commission or the African Committee of Experts”. AUA. Protocol on the statue of the african court of justice and human rights. Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. [en línea] 2004[fecha de consulta 21 Octubre 2021]. Disponible en: <https://au.int/en/treaties/protocol-african-charter-human-and-peoples-rights-establishment-african-court-human-and>

⁸¹ “La competencia otorgada al Tribunal Africano en materia consultiva es similar a la ostentada por la Corte Interamericana de Justicia. En cambio, en el Convenio Europeo se establece una competencia consultiva más restrictiva: “El Tribunal podrá emitir opiniones consultivas, a solicitud del Comité de Ministros, acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos” (artículo 47.1).” CARTES, Juan. El Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos: ¿hacia un África en paz? **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**. [En línea]

del artículo no es posible encontrar demasiadas similitudes, esto se puede apreciar cuando se analiza el artículo 28 referido a la jurisdicción del tribunal, ya que en punto b) y c) de dicho artículo permite la interpretación de otros tratados concernientes en materia de derechos humanos, o tratados que hayan sido adoptados en el marco de la Unión u organización africana⁸².

Por su parte, la Corte Europea, como también la CIJ cuentan con menor atribuciones en sus procedimientos de consulta, está más limitada, no siendo el caso del Tribunal Africano, quien se acerca más al funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por lo tanto, cada región en cuanto al resguardo de los Derechos Humanos implementa en las opiniones consultivas diferentes herramientas que permiten a sus tribunales tener una mayor o menor capacidad a la hora de utilizar las opiniones consultivas.

2. Opinión Consultiva de la Corte Interamericana.

Ahora bien, el análisis de la Opinión Consultiva es parte esencial para este trabajo investigativo, ya que, con el estudio de la función consultiva interamericana observaremos cómo el Soft Law actúa en la región. Para esto utilizaremos las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero,

17:251-289. 2017 [Fecha de consulta: 16 octubre 2021]. Disponible en: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2017.17.11037>.

⁸² Artículo 28, letra B y C del protocolo sobre el Estatuto de la Corte:

“b) the interpretation, application or validity of other Union Treaties and all subsidiary legal instruments adopted within the framework of the Union or the Organization of Africana de Justicia y Derechos Humanos: African Unity;

c) the interpretation and the application of the African Charter, the Charter on the Rights and Welfare of the Child, the Protocol to the African Charter on Human and Peoples’ Rights on the Rights of Women in Africa, or any other legal instrument relating to human rights, ratified by the States Parties concerned; AUA, p 46.

antes de realizar dicho análisis, procederemos a estudiar los antecedentes de la Corte relacionados al origen, como también sus características.

A partir de la dictación de una opinión consultiva se ha empezado una ola creciente de derecho, orientada a que los países toman la opinión para crear nuevos estándares de aplicación de derecho o fundan sus nuevas leyes en base a la opinión consultiva, y a la interpretación dada por la Corte Interamericana. Empiezan a tener un valor vinculante estas opiniones. Es fundamental situar a la opinión consultiva dentro del Soft Law -- desarrollado anteriormente en los puntos sobre las fuentes del derecho y Soft Law--, especialmente en caso Americano

Para entender cabalmente las opiniones consultivas que ha dictado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es necesario revisar el origen de dicha Corte. El origen de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se remonta a los comienzos de movimiento de los Derechos Humanos, ya que, se buscaba la protección de la dignidad de las personas luego de ésta ser vulnerada en las guerras mundiales de comienzo del Siglo XX, es por eso, que el mundo entendió que es primordial para evitar las vulneraciones a las personas cualquiera sea el posible fundamento que se utilice para ultrajar por parte de los gobiernos del mundo, crear un orden universal orientado a la protección de los Derechos Humanos, gracias a esto la Corte Interamericana encuentra sentido desde su origen.

Ahora, bien es necesario antes de explicar el momento preciso donde se originó la CIDH desarrollar el factor decisivo que tuvo la OEA en la creación de la CIDH, ya que, la Organización de Estados Americanos es anterior. Desde entonces ya se debatía en las primeras asambleas de la OEA la necesidad de contar con un órgano internacional de carácter contencioso, no sin antes, mediante una asamblea crear un comité que dentro de sus principales objetivos sería la promoción y protección de los Derechos Humanos, es así como se crea el Comité de Derechos Humanos. Por lo tanto, antes de la creación de la Corte, ya existían dos instituciones que

velaban por la protección de los Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁸³ y la Organización de Estados Americanos.⁸⁴

Finalmente, el día 22 de mayo de 1979 en San José de Costa Rica se crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos, producto de la Promulgación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que tenía un carácter consultivo y contencioso - es notable el hecho que nuestro país haya sido unos de los precursores del carácter consultivo de la corte, mediante la presentación de su propio proyecto de Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸⁵.

Pero, la función consultiva ha sido objeto de muchos análisis, sobre todo respecto de quien es aplicable, es necesario recordar que no todos los países de América están suscritos a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, por ende tampoco a la CIDH, esto es un escenario distinto al que cuenta la OEA, que si bien

⁸³ Artículo 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos: “Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.

Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia.” OEA. Carta de la Organización de los Estados Americanos. [En línea] 1948. [Fecha de consulta: 15 Agosto 2021]. Disponible en:http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp#Cap%C3%ADtulo%20XV.

⁸⁴ Toller en este caso plantea cómo funciona el comité y la corte en el sistema de protección de Derechos Humanos, señala: Los dos órganos principales del sistema de protección de los derechos en las Américas, como son la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se expresan sobre todo por medio de decisiones de distinto género en casos contenciosos y, en el caso de la Corte, también por opiniones consultivas. TOLLER, Fernando. Propuestas para un sistema de citación de las decisiones de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista Internacional de Derechos Humanos** [En línea]. (223).2012. [Fecha de consulta: 16 noviembre 2021]. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31101.pdf>

⁸⁵ Así lo señala Guevara: “Fue el Proyecto de Convención presentado por el Gobierno de Chile el primero que contempló la competencia consultiva de la futura Corte Interamericana, en tanto poder o facultad del Tribunal “para dar opiniones consultivas”, legitimando por primera vez en el plano internacional a los Estados parte para solicitarlas –art. 66.2 --. “GUEVARA. p 125.

tampoco tiene a todos los Estados Americanos-- Cuba no se encuentra en la OEA- cuenta con un mayor número de estados asociados a dicha organización, más que la propia convención y la CIDH, por ende, el debate doctrinario del aspecto de la aplicabilidad aún no está zanjado.

Respecto de quienes pueden solicitar la opinión consultiva de la Corte, es el propio Tribunal quien en la Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre del 1982⁸⁶, señala quiénes están legitimados para solicitar una opinión, la Corte señala que están legitimados para solicitar opiniones, los órganos de la organización de los Estados Americanos que enumera el capítulo X de la Carta, como también todo Estado miembro de la organización, como también todo estado sea o no miembro de la Convención Americana.⁸⁷ Este es un punto importante, ya que al señalar que los Estados sean o no parte de la convención pueden solicitar una opinión consultiva, también aquellos que no son parte de la convención pueden ser objeto de los efectos jurídicos de una opinión consultiva o dictamen consultivo⁸⁸.

⁸⁶ Esta Opinión Consultiva es la primera que se tiene registro por eso el número 1, por otro lado, la opinión consultiva fue solicitada por el Estado de Perú. La consulta estaba orientada en ver cuáles eran los tratados que podían interpretarse a raíz de la facultad que otorga el artículo 64 de la CADH, a esta opinión consultiva se le conoce como “otros tratados”.

⁸⁷ Específicamente la Corte señala: “El artículo 64 de la Convención confiere a esta Corte la más amplia función consultiva que se haya confiado a tribunal internacional alguno hasta el presente. Están legitimados para solicitar opiniones consultivas la totalidad de los órganos de la Organización de los Estados Americanos que enumera el Capítulo X de la Carta, e igualmente todo Estado Miembro de la misma, sea o no parte de la Convención. El objeto de la consulta no está limitado a la Convención, sino que alcanza a otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, sin que ninguna parte o aspecto de dichos instrumentos esté, en principio, excluido del ámbito de esa función asesora. Por último, se concede a todos los miembros de la OEA la posibilidad de solicitar opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”. OEA. Opinión consultiva 1/82 de 24 de Septiembre de 1982. Corte Interamericana de Derechos Humanos. [En línea]. A (1)15. p .1982 [Fecha de consulta: 15 Octubre 2021]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf

⁸⁸ Luego de analizar las principales características y naturaleza de las opiniones consultivas como su también su historia señala que el término apropiado sería el de Dictámenes consultivos. GUEVARA. p.45.

La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se sitúa en el artículo 64 de la CADH, el cual señala lo siguiente:

Artículo 64 CADH

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Respecto a la importancia y utilidad de las opiniones consultivas, podemos indicar que el autor Faundez Ledezma entiende la importancia y utilidad de las opiniones consultivas como la función que permite el control global de interpretación por parte de los estados miembros, evitando el inicio de procedimientos contencioso⁸⁹.

En cuanto a una definición acerca de la función consultiva existen variadas definiciones, por una parte, Esposito citado por Fuente señala a la función consultiva como “facultad que tienen algunos tribunales de decir el Derecho ante una

⁸⁹ “La utilidad e importancia de esta función radica en que ella permite ejercer un control global sobre la forma como los Estados en su conjunto -e independientemente de cualquier disputa- interpretan y aplican la Convención, corrigiendo cualquier posible desviación; por otra parte, este procedimiento también permite eludir el empleo del procedimiento contencioso y evitar una confrontación con los Estados partes, que los exponga a una sentencia condenatoria”. FAUNDEZ LEDESMA Héctor. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos Institucionales y procesales. **Instituto interamericano de Derechos Humanos**. [En línea](3):1085.2009. [Fecha de consulta: 27 diciembre 2021]. Disponible en: https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si_proteccion_ddhh_3e.pdf

interrogación concreta sobre una cuestión jurídica formulada por ciertos órganos autorizados a requerir opiniones consultivas”.⁹⁰

En cambio, Guevara a la hora de postular una definición de función consultiva opta por inclinarse por la definición de Pasqualucci, donde una opinión consultiva es una declaración o interpretación autoritativa, aunque no vinculante sobre una cuestión o asunto de Derecho Internacional realizada por un Tribunal u órgano arbitral internacional.⁹¹

Se puede obtener además una definición por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que en la Opinión Consultiva OC-Nº3/83 de 8 de Septiembre de 1983, la Corte señala que la función consultiva es un procedimiento que está destinado a “facilitar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA la obtención de una interpretación judicial sobre una disposición de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.”⁹²

Respecto a la Naturaleza jurídica de la competencia consultiva, Guevara la plantea como no convencional, ya que por el solo hecho de participar en la OEA y ésta estar dentro del Sistema Interamericano de Derechos humanos, es obligatoria para todos los países miembros de la OEA aun cuando no estén adscritos a la Convención Americana de Derechos Humanos.⁹³

⁹⁰ FUENTE, Rosario. La jerarquía Normativa en el Mercosur a la luz de la primera opinión consultiva del tribunal permanente de revisión. **El Derecho** [En línea]:226-943.2008. [Fecha de consulta: 28 Noviembre 2021]. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/3116/1/jerarquia-normativa-mercosur-luz.pdf>

⁹¹ GUEVARA, p. 121.

⁹² OEA. Opinión Consultiva 1/83 de 8 de septiembre de 1983. Corte Interamericana de Derechos Humanos. [En línea] (3) 26 p. 1983. [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2021] Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_03_esp.pdf

⁹³ “La competencia consultiva del SIDH es de naturaleza no convencional, en virtud de que es obligatoria para los Estados americanos por el sólo hecho de participar en el sistema de la OEA, constituyendo un método judicial –y jurisdiccional– alterno de carácter consultivo, consistente en un dictamen jurídico instado a petición de parte interesada, con la posibilidad de que otros Estados

La función consultiva es judicial y a la vez jurisdiccional, ya que, según Carlos Esposito, citado por Guevara, tiene elementos como la naturaleza del órgano que los emite, también su procedimiento y cuenta con los fundamentos de base para emitir este dictamen contencioso judicial⁹⁴. Guevara concuerda con Esposito señalando que es judicial, porque al igual que Esposito el procedimiento para consulta tiene normas mínimas donde quedan resguardados los intereses legítimos de los Estados requirentes, que se expresan en dar traslado, presentar observaciones, así también el dictamen se funda en Derecho, contando con los estándares del debido proceso. Y es Jurisdiccional la función consultiva, ya que, aunque resuelva controversias concretas o en este caso interprete en abstracto siempre se funda en una función jurisdiccional.⁹⁵

Guevara ilustra bien al señalar que la función consultiva es jurisdiccional “si bien stricto sensu no existe una controversia entre partes contrarias, en el fondo, en las consideraciones que originan una consulta, el solicitante formula la “eventual aplicación concreta” del dictamen, no pudiendo consistir la solicitud de consulta a la CIDH en una mera interpretación doctrinaria desprovista de una aplicación concreta”⁹⁶.

miembros y los órganos del SIDH participen del procedimiento, emitida por un órgano judicial que dispone de un amplio margen de apreciación –naturaleza permisiva–, que se traduce en la prestación de un servicio con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos –en lo que concierne a la protección de derechos humanos– y a hacer efectivos las libertades y derechos humanos en los Estados miembros, así como el cumplimiento de las funciones que en éste ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA.” GUEVARA. p.124.

⁹⁴ *Ibíd*em, p. 130

⁹⁵ Piza Escalante, citado por Guevara señala: “Es por ello que la función de la CorteIDH es jurisdiccional, tanto si se trate de aplicar el Derecho de la Convención a los casos y controversias concretos, mediante una sentencia con autoridad específica de cosa juzgada... cuanto si de interpretarlo en abstracto, en los casos de duda, mediante una opinión de carácter técnico no vinculante, a través de su jurisdicción consultiva”. *Ibíd*em, p. 127.

⁹⁶ *Ibíd*em, p.128

En cuanto al objetivo o finalidad de la opinión consultiva, es la propia Corte que señala en la Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de Septiembre de 1982 que “La función consultiva de la Corte no puede desvincularse de los propósitos de la Convención. Dicha función tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados Americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA. Es obvio que toda solicitud de opinión consultiva que se aparte de ese fin debilitaría el sistema de la Convención y desnaturalizaría la competencia consultiva de la Corte”⁹⁷.

Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana tienden a estar en el debate doctrinarios, las interpretaciones y los alcances que pueden derivarse de esta facultad de la corte puede ser peligrosa, pero no hay que olvidar el objetivo que tiene la opinión que es favorecer a los Estados miembros el entendimiento de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos y mejorar a la posterior aplicación de estos en los Estados miembros de la OEA. El riesgo surge en las facultades que tiene la CIDH en un dictamen consultivo, suponiendo el caso de que se extralimite y de su interpretación otorgue o amplíe más derechos de los que en un momento los miembros de la convención estaban dispuesto a proteger, ¿Qué efecto jurídico puede tener en los estados miembros, si es que no quieren aceptar? Para esto se debe analizar los organismos internacionales judiciales y como contemplan su función consultiva, la comparativa que resulte permitirá entender de mejor manera la lógica detrás de la Opinión Consultiva de la CIDH.

⁹⁷ OEA. Opinión consultiva 1/82 de 24 de Septiembre de 1982. Corte Interamericana de Derechos Humanos. [En línea]. A (1)15. p .1982. [Fecha de consulta: 15 Octubre 2021]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf

3. El Efecto Jurídico de las Opiniones Consultivas.

Entramos a raíz del desarrollo de este ítem en el apartado más importante de nuestro trabajo, el efecto jurídico de las opiniones consultivas tiene estricta relación con el Soft Law, ya que la doctrina está otorgando innegables efectos jurídicos a este tipo de instrumento internacional. Pero, la pregunta que se nos viene es ¿Cuál es el efecto jurídico de una Opinión Consultiva? ¿Es obligatorio? ¿Es un acto de autoridad?

Todas estas preguntas no tienen un criterio único, la Corte, así como los jueces y doctrinarios aún no definen el efecto jurídico que poseen los dictámenes consultivos. Un ejemplo de esto es lo que piensa el ex Juez de la Corte Don Pedro Nikken, el señala que las opiniones son vinculantes debido que se enmarcan en jurisprudencia de Tribunales Internacionales invocando el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, porque le otorga una característica que lo aleja del ámbito del Soft Law debido a que posiciona a las opiniones consultiva como fuente auxiliar⁹⁸.

Incluso Guevara Palacios, cuando se refiere a el valor vinculante de las Opiniones Consultivas de la CIJ, no le da el carácter obligatorio, el autor señala "Cuando nos referimos a la naturaleza de la competencia consultiva dijimos que a partir de las

⁹⁸ "Las opiniones consultivas son vinculantes para los Estados y sustenta su postura en el art. 64 de la Convención y el art. 1 del estatuto de la Corte, el cual define a la misma como una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención. En consecuencia, al ejercer, sea en el campo contencioso, sea en el consultivo, la función de "aplicar o interpretar" el Pacto de San José, la Corte actúa como un órgano jurisdiccional y sus decisiones tienen naturaleza jurisdiccional. Se trata, en consecuencia, de jurisprudencia como fuente auxiliar del Derecho internacional, en los términos previstos por los artículos 38 y 59 de la Corte Internacional de Justicia, jurisprudencia que ha sido invocada en numerosos casos contenciosos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por último, aunque sus opiniones consultivas no están llamadas per se a ser ejecutadas de inmediato, sí están dotadas de un efecto práctico virtual". NIKKEN, Pedro. La función consultiva de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Instituciones de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. [En línea]: 160- 171, 2003. Disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf>> [Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2021].

interpretaciones que ha realizado la CIJ se entiende que una opinión consultiva constituye una declaración o interpretación autoritativa aunque no vinculante sobre una cuestión o asunto de Derecho internacional realizada por un Tribunal u órgano arbitral internacional”⁹⁹.

Al igual que la Opinión Consultiva de la CIJ, la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana es una herramienta de consulta de carácter interpretativo no vinculante, sin embargo, algunos autores han planteado que este instrumento tendría una fuerza vinculante más allá de lo que la mayoría de la doctrina tiene por establecido, así el propio Guevara al referirse esta vez a los Dictámenes Consultivos de la CIDH señala que “los dictámenes consultivos producen efectos jurídicos los cuales responden a un efecto de interpretación constitucional o convencional –en su caso– de carácter internacional que se adhiriera al bloque normativo del SIDH, y en virtud de la cual el binomio norma–interpretación debe ser seguido por todos los Estados miembros de la OEA y por los órganos del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos, sustentada esta posición desde el punto de vista teórico y analizada desde el punto de vista práctico sólo en un plano horizontal”. Por lo tanto, podemos señalar que este autor realiza una extensión en cuanto a los dictámenes consultivos, indicando que deben ser seguidos por todos los Estados de la OEA, estén o no sometidos bajo la competencia de la Corte, este tema es extensamente discutido en la doctrina.

El mismo Guevara Palacios cita en su texto “Los Dictámenes Consultivos” a Faúndez Ledesma, quien a su vez interpreta que las opiniones consultivas no serían realmente opiniones, ambos autores visualizan a las opiniones como dictámenes consultivos, y que existiría una diferencia entre el instrumento que está en el Art. 64.1 y el 64.2 de la convención americana de Derechos Humanos, el primero sería vinculante para el Estado que lo solicita, y para la segundo numeral del artículo sólo

⁹⁹ Ibidem, p. 288.

será vinculante en el caso de que los Estados ratifiquen la convención americana de derechos humanos¹⁰⁰.

Queda solamente ver que ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a el efecto jurídico que tiene las opiniones consultivas, es así que llegamos a la Opinión consultiva OC-3/83, donde la corte vuelve a citar lo señalado anteriormente con respecto a la naturaleza consultiva del artículo 64, además de remarcar su diferencia con las opiniones consultivas del Tribunal Europeo y de la CIJ, señala que procedimiento contencioso no puede enmarcarse en lo señalado en el artículo 62 de la CADH¹⁰¹, que se refiere a la competencia de la corte y a la

¹⁰⁰ “Faúndez Ledesma afirma que la expresión “opiniones consultivas” ha sido incorrectamente en el Reglamento de la CortelDH, el cual regula el procedimiento consultivo en el Título III denominado De las Opiniones Consultivas, refiriéndose directamente al dictamen con el nombre de “opinión consultiva” –cfr. art. 75.2, Reglamento– y disponiendo que la parte resolutive del mismo debe contener la “opinión de la Corte”⁷³ –y no “la decisión sobre el caso”, cfr. art. 65.1 g, Reglamento–. Coincidimos en que las denominadas “opiniones consultivas” de la CortelDH difieren sustancialmente de las previstas en los instrumentos internacionales antes mencionados, principalmente en cuanto a su naturaleza y efectos jurídicos. Sin embargo debemos disentir con el doctrinario por cuanto realiza una diferenciación entre los dos apartados del art. 64, matización que repercute sobre la naturaleza y sus consecuentes efectos jurídicos. En efecto, afirma Faúndez Ledesma que mientras que el art. 64.1 se refiere a una consulta interpretativa cuyo desenlace es un dictamen vinculante para los Estados parte por emanar del órgano judicial al que le han encargado la interpretación autorizada de la Convención; el art. 64.2 se refiere a una “opinión” de compatibilidad y por tanto se identifica con una “opinión consultiva” de la misma naturaleza que las previstas en la Carta de la ONU. En este último caso habría que determinar si el requirente es un Estado parte de la CADH, puesto que de serlo entonces la “opinión” sería vinculante para este último, ya que en virtud del art. 33 de la Convención ha aceptado la competencia de la CortelDH para velar por el cumplimiento de los compromisos contraídos en la Convención y para definir el alcance de los mismos mediante su interpretación autorizada, sumado al hecho de que estaría obligado a seguir la interpretación de la CortelDH en virtud del principio de cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas en el tratado. Ahora, respecto de los Estados miembros de la OEA y no partes en la CADH, sólo se verían obligados a ajustar su legislación interna a la “opinión” en el caso de que fueran a ratificar la CADH”. GUEVARA, p. 45.

¹⁰¹ El Artículo 62 de la Convención Americana de derechos humanos establece:

1. Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la

aceptación de los Estados a lo que dicte la corte en su funcionamiento, la corte expresamente señala que “la función consultiva es un sistema alterno, que está orientado a contribuir a la interpretación y coadyuvar a la aplicación de los diferentes tratados internacionales suscritos por los Estados miembros de la Convención, como también de la OEA, no otorgándole a este procedimiento un carácter sancionador o con medios de coerción”.¹⁰²

Por lo anteriormente señalado, es donde el carácter de Soft Law de las opiniones es evidenciado de mejor manera, es el propio tribunal en una de las primeras consultas las que aterriza el ámbito de funcionamiento y naturaleza de la función consultiva. Perfectamente podría haber otorgado una interpretación más amplia tal como la que otorgan los doctrinarios anteriormente citados. Que la opinión consultiva sea un instrumento de Soft Law, permite a los Estados la libertad de tomar la interpretación y adaptarla al contexto actual de los países. Esa es la

Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados Miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

¹⁰²: La función consultiva que confiere a la Corte el artículo 64 de la Convención es única en el derecho internacional contemporáneo. Como la Corte ya lo ha expresado en anterior oportunidad, ni la Corte Internacional de Justicia ni la Corte Europea de Derechos Humanos han sido investidas con la amplia función consultiva que la Convención ha otorgado a la Corte Interamericana (Otros tratados, supra 32, párrs. nos. 15 y 16). Cabe aquí, simplemente, poner énfasis en el hecho de que la Convención, al permitir a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA solicitar opiniones consultivas, crea un sistema paralelo al del artículo 62 y ofrece un método judicial alterno de carácter consultivo, destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso. Sería, por lo tanto, contradictorio con el objeto y fin de la Convención y con las disposiciones pertinentes de ésta, adoptar una interpretación que sometería el artículo 64 a los requisitos exigidos por el artículo 62 en cuanto a competencia, restándole así la utilidad que se le quiso dar, por el solo hecho de que pueda existir una controversia sobre la disposición implicada en la consulta. OEA. Opinión Consultiva 1/83 de 8 de septiembre de 1983. Corte Interamericana de Derechos Humanos. [En línea] (3) 26 p. 1983. [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2021] Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_03_esp.pdf

flexibilidad que otorga el derecho blando a los sujetos del derecho internacional, entendiendo que la flexibilidad del Soft Law parte de la base que no siempre un Estado cumplirá con las obligaciones anteriormente pactadas¹⁰³, y el aporte del Soft Law solo queda en estas interpretaciones que permite a la Corte Interamericana ampliar el catálogo de Derechos Humanos más allá de los que señala la Convención, teniendo una influencia jurídica frente a los Estados que tengan una orientación democrática y de respeto de los Derechos Humanos.

Al respecto, nosotros postulamos la tesis de que las Opiniones Consultivas podrían llegar a tener efectos vinculantes, debido a que un Estado puede incorporar en su ordenamiento jurídico que los Dictámenes Consultivos de la Corte Interamericana se respeten y promuevan. Por lo tanto, el Estado cumplirá la labor de respetar las Opiniones Consultivas, ya que está en concordancia con sus objetivos democráticos como la promoción y protección de los Derechos Humanos o los Intereses Nacionales. Asimismo, las Opiniones Consultivas llegan a tener efecto vinculante cuando un Estado acepta y cumple con las sanciones impuestas por la Corte Interamericana en base a una Opinión Consultiva anteriormente emitida.

¹⁰³ Que es caso de la mayoría de los países del mundo, los estados pueden comprometerse a la cooperación internacional, pero a la vez depende del factor político del gobierno de turno, si un país cambia su gobierno hacia otra orientación política, puede que los compromisos internacionales que hayan suscrito sean totalmente contrarios a los intereses gubernamentales de un gobierno, más si el nuevo gobierno de un país tiene caracteres autoritarios.

4. Análisis selectivo de Opiniones consultivas y Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Antes de comenzar a analizar, se debe señalar que atendido los límites de un trabajo de estas dimensiones solo se han elegido algunas opiniones consultivas, atendiendo a las dificultades temáticas de un trabajo de análisis jurisprudencial que requeriría un estudio por sí solo.

Comenzamos el estudio de las Opiniones Consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mencionando la **Opinión Consultiva sobre Identidad de Género e Igualdad y no Discriminación a parejas del mismo sexo del 24 de noviembre de 2017**. Dicha opinión fue anunciada en respuesta a una solicitud presentada por el Estado de Costa Rica que buscaba responder a cinco preguntas en torno a dos temas relacionados con Derechos de personas LGTBI. El primero de ellos trata sobre el reconocimiento del Derecho a la identidad de género y en específico sobre los procedimientos para tramitar las solicitudes de cambio de nombre en razón de la identidad de género. El segundo tema alude a los Derechos patrimoniales de las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Planteadas a través de 5 preguntas¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Estas cinco preguntas son: 1. “Tomando en cuenta que la identidad de género es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en los numerales 11.2 y 18 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado deba reconocer y facilitar el cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una?”;

2. “En caso que la respuesta a la anterior consulta fuera afirmativa, ¿se podría considerar contrario a la CADH que la persona interesada en modificar su nombre de pila solamente pueda acudir a un proceso jurisdiccional sin que exista un procedimiento para ello en vía administrativa?”;

3. “¿Podría entenderse que el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, debe ser interpretado, de acuerdo con la CADH, en el sentido de que las personas que deseen cambiar su nombre de pila a partir de su identidad de género no están obligadas a someterse al proceso jurisdiccional allí contemplado, sino que el Estado debe proveerles un trámite administrativo gratuito, rápido y accesible para ejercer ese derecho humano?”;

No obstante, los fundamentos expuestos por Costa Rica para realizar su solicitud fueron “La desigualdad que existe en cuanto al reconocimiento de los Derechos humanos derivados de la orientación sexual y la identidad de género, ya que hay Estados que garantizan el matrimonio igualitario y cuentan con leyes de identidad de género a diferencia de otros Estados que penalizan las vivencias y expresiones contrarias a la heteronormatividad”. Además de “La jurisprudencia de la Corte en los casos Atala Riffo vs. Chile y Duque vs. Colombia, en las cuales se resolvió que la identidad de género y la orientación sexual son categorías protegidas frente a la discriminación por la CADH, surgen dudas, con respecto al contenido de prohibición de la discriminación en razón de la orientación sexual e identidad de género o, en otras palabras, persisten retos para determinar si ciertas actuaciones se encuentran cubiertas por esta categoría de discriminación”¹⁰⁵

Frente a la solicitud, la Corte respondió de la siguiente forma “Respecto a la expresión de género, la Corte señaló que se puede estimar que la prohibición de discriminar con base en la identidad de género comprende no solamente la identidad real o auto percibida, sino que considerar la identidad percibida de forma externa, indistintamente que esa impresión corresponda a la realidad o no. Al

4. “Tomando en cuenta que la no discriminación por motivos de orientación sexual es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en el numeral 11.2 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo?”, y

5. “En caso que la respuesta anterior sea afirmativa, ¿es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación?”. OEA. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017: Identidad de Género, y no Discriminación a Parejas del Mismo Sexo. Corte Interamericana De Derechos Humanos.[En línea]. (24):145.,2017 [Fecha de consulta: 17 de noviembre 2021]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

¹⁰⁵ Ibidem. p.4.

respecto, se debe tener presente que la expresión de género es una categoría protegida por la Convención Americana en el Artículo 1.1¹⁰⁶.

Con respecto al alcance del Derecho a la no discriminación por orientación sexual, el Tribunal la Corte indicó que dicho derecho no solo se limita a la condición homosexual en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas, ya que los actos sexuales son una manera de expresar la orientación sexual de la persona, por lo cual se encuentran protegidos dentro del mismo derecho.

En cuanto a la identidad de género y sexual, la Corte sostuvo que el derecho a la identidad posee “un valor instrumental para el ejercicio de determinados derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”¹⁰⁷. Por ende, el mismo derecho se constituye en “un medio para el ejercicio de derechos en una sociedad democrática, comprometida con el ejercicio efectivo de la ciudadanía y los valores de la democracia representativa, facilitando así la inclusión social, la participación ciudadana y la igualdad de oportunidades”. Asimismo, la privación de este derecho coloca a las personas en situaciones que dificultan o impiden el goce o el acceso a los derechos fundamentales, creándose así diferencias de tratamiento y oportunidades que afectan los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación. Además, de ser un impedimento frente al derecho que tiene toda persona al reconocimiento pleno de su personalidad jurídica. También, el Estado al otorgar protección a dicho derecho, igualmente estaría garantizando la plena

¹⁰⁶ Artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “ Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", 22 Noviembre 1969.

¹⁰⁷OEA. Opinión Consultiva OC-24/17, p. 48.

vigencia y ejercicio de otros derechos de las personas cuya identidad de género es diferente a la que es asociada con el sexo que les fue asignado al nacer¹⁰⁸.

De igual forma, el Tribunal sobre la identidad sexual señaló que la vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran las relaciones sexuales, son uno de los aspectos principales de ese espacio de la intimidad, en el cual igualmente influye la orientación sexual de la persona, la que dependerá de cómo ésta se auto-identifique¹⁰⁹.

En cuanto a la respuesta a la primer pregunta planteada por Costa Rica sobre el Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el Derecho al nombre y el Derecho a la identidad de género, la Corte indicó que se puede inferir que el derecho de cada persona a definir de manera autónoma su identidad sexual y de género y a que los datos que figuran en los registros, así como en los documentos de identidad sean acordes o correspondan a la definición que tienen de sí mismos, se encuentra protegido por la Convención Americana a través de las disposiciones que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (artículos 7 y 11.2), el derecho a la privacidad (artículo 11.2), el reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3), y el derecho al nombre (artículo 18). Por lo tanto, los Estados deben respetar y garantizar a toda persona, la posibilidad de registrar y/o de cambiar, rectificar o adecuar su nombre y los demás componentes esenciales de su identidad como la imagen, o la referencia al sexo o género, sin interferencias por parte de las autoridades públicas o por parte de terceros¹¹⁰.

Respecto a la respuesta a la segunda pregunta planteada por el Estado de Costa Rica sobre los procedimientos de cambio de nombre y demás datos de identidad por razones de identidad de género, el Tribunal determinó que los Estados cuentan

¹⁰⁸Ibídem, p. 49.

¹⁰⁹ Ibídem, p.46.

¹¹⁰ Ibídem, p. 54.

con la aptitud de establecer y decidir sobre el procedimiento más adecuado de acuerdo con las características propias de cada contexto y de su derecho interno, los trámites o procedimientos para el cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que sean acordes con la identidad de género auto-percibida, independientemente de su naturaleza jurisdiccional o materialmente administrativa, los cuales deben cumplir con los requisitos señalados en la opinión¹¹¹.

En cuanto a la respuesta a la tercera pregunta sobre el Artículo 54 del Código Civil de Costa Rica planteada por el Estado de Costa Rica, el Tribunal señaló que el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, en su redacción vigente, sería conforme a las disposiciones de la Convención Americana, solamente si el mismo es interpretado de conformidad con los estándares previamente determinados para que las personas que desean adecuar integralmente los registros y/o los documentos de identidad a su identidad de género auto-percibida puedan gozar efectivamente de ese derecho humano reconocido en los artículos 3, 7, 11.2, 13 y 18 de la Convención Americana. Asimismo, la Corte sostuvo que el Estado de Costa Rica, podrá expedir un reglamento, en el cual se integren los estándares

¹¹¹ a) deben estar enfocados a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida;

b) deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes;

c) Deben ser confidenciales. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género;

d) deben ser expeditos, y en la medida de lo posible, deben tender a la gratuidad, y

e) no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales. *Ibidem*, p. 69.

anteriormente mencionados al procedimiento de naturaleza materialmente administrativa, promoviendo en forma paralela con la finalidad de garantizar la protección de los derechos humanos de forma más efectiva.

En cuanto a la protección convencional del vínculo entre parejas del mismo sexo, la Convención Americana protege, en conformidad con el derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo. Igualmente, el Tribunal considera que deben ser protegidos dicho vínculo, sin discriminar el vínculo entre las parejas entre personas heterosexuales, en virtud del derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículos 1.1 y 24) y todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo.

Finalmente, en cuanto a los mecanismos por los cuales el Estado podría proteger las familias diversas, el Tribunal analizó que existen medidas administrativas, judiciales y legislativas de diversa índole que pueden ser aceptadas por los Estados para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo. De acuerdo a lo mencionado anteriormente, los artículos 11.2 y 17 de la Convención no protegen un modelo familiar en específico, y ninguna de estos artículos puede ser interpretados de forma que se excluya a un grupo de personas. Además, la Corte señaló que si un Estado decide que para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo no es necesaria la creación de nuevas figuras jurídicas, y por lo tanto, opta por extender las instituciones actuales a las parejas compuestas por personas del mismo sexo –incluyendo el matrimonio–, de conformidad con el principio pro persona (Artículo 29 de la Convención), tal reconocimiento significaría que esas figuras extendidas estarían también protegidas por los artículos 11.2 y 17 de la Convención. La Corte estimó que este sería el medio más sencillo y eficaz para asegurar los derechos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo, ya que

un establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en la forma en que puedan fundar una familia, ya sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil, configuraría una diferenciación fundada en la orientación sexual de las personas, lo cual resultaría discriminatorio, y por ende, incompatible con la Convención Americana.

La Opinión Consultiva OC-24/17, fue vinculante para el Estado de Costa Rica, ya que, a través del Tribunal Supremo de Elecciones, entidad encargada del Registro Civil, realizó cambios al Reglamento del Estado Civil, el cual estableció un procedimiento rápido, gratuito, y sin formalidades para las personas que quieran modificar su nombre para así reflejar su género auto percibido. Asimismo, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto Ejecutivo N° 41.173-MP y la Directriz Presidencial N° 015-P, el cual exige a todas las instituciones estatales modificar los documentos, trámites y registros internos de las personas que deseen cambiar su nombre, fotografía, sexo o género¹¹². También, respecto al matrimonio igualitario, en 2018, la Sala Constitucional se pronunció a favor del matrimonio igualitario, y basando sus fundamentos en la opinión de la Corte Interamericana. Para lo cual, concedió un plazo de 18 meses para que la Asamblea Legislativa aprobara una norma reglamentaria. Finalmente, el 26 de mayo del 2021 se cumplió el plazo, luego del cual pasó a ser legal el matrimonio entre personas del mismo sexo, al quedar sin efecto los obstáculos legales establecidos en el Código de Familia¹¹³.

Asimismo, respecto a Chile se puede concluir que sobre a esta opinión ha sido vinculante, ya que el 10 de diciembre de 2018 se publicó en el Diario Oficial La Ley

¹¹² El reconocimiento de la identidad sexual en Costa Rica y su impacto en la empresa. The Law Clinic [En línea], España, 9 de julio de 2018. [Fecha de consulta: 1 de diciembre de 2021]. Disponible en: <https://ecija.com/el-reconocimiento-de-la-identidad-sexual-en-costa-rica-y-su-impacto-en-la-empresa/>

¹¹³ Los avances de Costa Rica en materia de matrimonio igualitario deben inspirar a la región. Human Rights Watch [En línea], New York, Estados Unidos, 3 de junio de 202. [Fecha de consulta: 1 de diciembre de 2021]. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2020/06/03/los-avances-de-costa-rica-en-materia-de-matrimonio-igualitario-deben-inspirar-la>

Nº 21.120 que reconoce y da protección al derecho y a la identidad de género¹¹⁴. Igualmente, se concluye que es vinculante, porque el día 29 de agosto del 2019 se publicó en el Diario Oficial el reglamento sobre acompañamiento para los casos de menores de edad que contempla la Ley de Identidad de Género (LIG)¹¹⁵. Ahora bien, respecto al matrimonio igualitario, podemos indicar que el 9 de septiembre de 2021 la Comisión de Constitución de la Cámara Baja aprobó en general la ley de matrimonio igualitario. Lo cual permitió el comienzo de la discusión en particular de los estatutos del proyecto de ley que modifica los derechos filiativos¹¹⁶.

De igual forma, la opinión consultiva tuvo efecto jurídico para Uruguay, pues aprobó una ley integral de identidad de género basada en la autoidentificación¹¹⁷. No obstante, respecto al matrimonio igualitario podemos mencionar que dicho Estado aprobó la Ley Nº 19.075 el 10 de abril de 2013, anterior a la Opinión Consultiva sobre Identidad de Género e Igualdad y no Discriminación a parejas del mismo sexo¹¹⁸.

Igualmente, dicha opinión tuvo validez jurídica para el Estado Federal de Brasil, esto se puede vislumbrar en la determinación del Supremo Tribunal Federal de Brasil,

¹¹⁴ Ley Nº 21.120. CHILE. Reconoce y da protección a la identidad de género. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Santiago, Chile. 10 de Diciembre de 2018. 11p.

¹¹⁵ Ley de Identidad de Género fue publicada en el Diario Oficial y entrará en vigencia en 120 días. CNN [En línea]. Santiago, Chile, 29 de agosto de 2019. [Fecha de consulta: 2 de diciembre de 2021]. Disponible en: https://www.cnnchile.com/pais/ley-identidad-de-genero-diario-oficial-120-dias_20190829/

¹¹⁶ Matrimonio Igualitario: ¿Qué derechos filiativos aprobó la Comisión de Constitución de la Cámara? CNN [En línea]. Santiago, Chile, 9 de septiembre de 2021. [Fecha de consulta: 2 de diciembre de 2021]. Disponible en: <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2021/09/09/camara-baja-aprobo-en-general-ley-de-matrimonio-igualitario.shtml>

¹¹⁷ Los avances de Costa Rica en materia de matrimonio igualitario deben inspirar a la región. Human Rights Watch [En línea]. New York, Estados Unidos, 3 de junio de 2020. [Fecha de consulta: 2 de diciembre de 2021]. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2020/06/03/los-avances-de-costa-rica-en-materia-de-matrimonio-igualitario-deben-inspirar-la>

¹¹⁸ 4 años del Matrimonio Igualitario en Uruguay. Telesur tv [En línea], Caracas, Venezuela. [Fecha de consulta: 3 de diciembre de 2021]. Disponible en: <https://www.telesurtv.net/multimedia/3-anos-del-Matrimonio-Igualitario-en-Uruguay-20170803-0033.html#>

pues señaló que el gobierno no podía seguir exigiendo a las personas interesadas en que se cambiara su nombre y el marcador de género en sus documentos de identidad se sometieran a procedimientos médicos o a la aprobación judicial de sus decisiones¹¹⁹. Respecto al matrimonio igualitario, podemos mencionar que la opinión consultiva no tuvo validez, pues el matrimonio de personas del mismo sexo fue aprobado por el Consejo Nacional de Justicia de Brasil (STJ) el año 2013¹²⁰.

Después de ver cómo actúan los estados frente a una opinión consultiva en el ámbito interno, analizaremos un caso contencioso en el cual se puede apreciar la Opinión Consultiva OC 24/17. En este caso, el dictamen consultivo es utilizado para reafirmar la protección que cuenta el Derecho a la Identidad de género en el Sistema Interamericano de protección y promoción de los Derechos Humanos.

En el **Caso Azul Rojas Marín y Otra vs. Perú del 12 de marzo de 2020**, indicó que la Señora Rojas Marín fue detenida el día 25 de febrero de 2008, quien ese momento se identificaba como hombre gay, sin embargo, actualmente se identifica como mujer. En la detención la registraron, la golpearon, y la obligaron a subir al vehículo policial mientras le gritaban insultos y palabras despectivas con clara referencia a su orientación sexual. Posteriormente, fue conducida a la Comisaría de Casa Grande, donde fue víctima de tortura y violación sexual. Luego, la víctima presentó una denuncia en la Comisaría de la Policía Nacional del Perú de Casa Grande y la fiscalía dispuso promover una investigación preliminar contra el personal policial de la Comisaría de Casa Grande por el delito contra la libertad sexual. Finalmente, el año 2009 el juzgado sobreseyó el proceso por los delitos de

¹¹⁹ Los avances de Costa Rica en materia de matrimonio igualitario deben inspirar a la región. Human Rights Watch [En línea]. New York, Estados Unidos, 3 de junio de 2020. [Fecha de consulta: 2 de diciembre de 2021]. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2020/06/03/los-avances-de-costa-rica-en-materia-de-matrimonio-igualitario-deben-inspirar-la>

¹²⁰ Brasil legaliza el matrimonio homosexual por la vía judicial. El País [En línea], Madrid, España, 14 de mayo de 2013. [Fecha de consulta: 3 de diciembre de 2021]. Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2013/05/14/actualidad/1368546045_328434.html

violación sexual agravada y abuso de autoridad, ordenando el archivo del expediente. No obstante, el 20 de noviembre de 2018, en cumplimiento de las recomendaciones incluidas en el Informe de Fondo por la Comisión Interamericana en el presente caso, la fiscalía dispuso la reapertura de la investigación contra los presuntos responsables por el delito de tortura en agravio de la señora Rojas Marín¹²¹.

En este caso, la Corte en su sentencia reconoció que: “Las personas LGTBI han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales. En este sentido, ya ha establecido que la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona son categorías protegidas por la Convención. En consecuencia, el Estado no puede actuar en contra de una persona por motivo de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género¹²².

Además, la Corte utilizó la Opinión Consultiva OC-24/17 para referirse a las situaciones de violencia como formas de discriminación en contra de la comunidad LGTBI: “Los mecanismos de protección de derechos humanos de la Organización de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano, han dejado constancia de los actos violentos basados en prejuicios cometidos en todas las regiones en contra de las personas LGTBI. El ACNUDH ha observado que este tipo de violencia “puede ser física (asesinatos, palizas, secuestros, agresiones sexuales) o psicológica (amenazas, coacción o privación arbitraria de la libertad, incluido el internamiento psiquiátrico forzado)”¹²³.

¹²¹ OEA. Caso Rojas Marín Y Otras V/S Perú. Corte Interamericana de Derechos Humanos. [En línea].C (402): 1- 79, 2020. [Fecha de Consulta: 1 Diciembre 2021]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf

¹²² *Ibidem*, p. 26.

¹²³ *Ibidem*, p. 27.

Para finalizar el análisis del caso, el Tribunal resolvió ordenar al Estado: a) promover y continuar las investigaciones que sean necesarias para determinar, juzgar, y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos de tortura¹²⁴.

La segunda opinión que analizaremos es la **Opinión Consultiva OC 23/17 del 15 de noviembre de 2017** solicitada por la República de Colombia¹²⁵, la cual ha tenido un intenso debate en la doctrina.

En la Opinión Consultiva 23/17, la Corte señaló que existe una relación entre los derechos a la vida y el derecho a un medioambiente sano.¹²⁶ También, se refiere a los pueblos indígenas y tribales señalando que existe una relación entre el medio propiedad colectiva y de la protección del medio ambiente, ya que los pueblos indígenas tienen una especial vulnerabilidad, por lo tanto, los Estados deben adoptar medidas para la protección del territorio en el que viven, garantizando un

¹²⁴ Asimismo, la Corte ordenó al Estado: b) realizar las publicaciones de la sentencia y su resumen oficial; c) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional; d) brindar tratamiento médico y psicológico y/o psiquiátrico a Azul Rojas Marín; e) adoptar un protocolo de investigación y administración de justicia durante los procesos penales para casos de personas LGBTI víctimas de violencia; f) crear e implementar un plan de capacitación y sensibilización sobre violencia contra las personas LGBTI; g) diseñar e implementar un sistema de recopilación y producción estadística de violencia contra personas LGBTI; h) eliminar el indicador de “erradicación de homosexuales y travestis” de los Planes de Seguridad Ciudadana de las Regiones y Distritos del Perú y, i) pagar las cantidades fijadas en la Sentencia por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, así como el pago de costas y gastos, y reintegro del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas. OEA. Caso Rojas Marín Y Otras V/S Perú. Corte Interamericana de Derechos Humanos. [En línea].C (402) :1- 79, 2020. [Fecha de Consulta: 1 Diciembre 2021]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf

¹²⁵ La consulta del Estado de Colombia se refirió a dos aspectos que eran respecto a las obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal, la segunda a la interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. *Ibíd*em, p.1.

¹²⁶ Esta Corte ha reconocido la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos. OEA. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Corte Interamericana de Derechos Humanos. [En línea]. A (23):1-102, 2017. [Fecha de Consulta: 10 Diciembre de 2021]. Disponible en: [corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf)

ambiente sano y protegiendo los derechos humanos, específicamente la relación acerca de la propiedad ancestral.¹²⁷ Por otro lado, el Tribunal señala que al ser la protección del medio ambiente junto con los derechos humanos, indivisibles e interdependientes, puede usar los principios y derechos del Derecho Internacional, los cuales como parte del corpus iuris internacional, fijar el alcance de las obligaciones de la Convención Americana.¹²⁸

Además, la Corte señaló que el derecho a un medio ambiente sano está incluido en el Artículo 26 de la Convención Americana¹²⁹. Entre los Derechos que producto de un medio ambiente dañado estarían en peligro están el Derecho a la vida, integridad personal, vida privada, salud, agua, alimentación, vivienda, participación en la vida

¹²⁷ En casos de sobre derechos territoriales de pueblos indígenas y tribales, este tribunal se ha referido a la relación entre un medio ambiente sano y la protección de derechos humanos, considerando que el derecho a la propiedad colectiva de estos está vinculado con la protección y acceso a los recursos que se encuentran en los territorios de los pueblos, pues estos recursos que se encuentran en los territorios de los pueblos, pues estos recursos naturales son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dichos pueblos. Asimismo, la Corte ha reconocido la estrecha vinculación del derecho a una vida digna con la protección del territorio ancestral y los recursos naturales. Al respecto, este Tribunal ha determinado que, en atención a la situación de especial vulnerabilidad de los pueblos indígenas y tribales, los Estados deben adoptar medidas positivas encaminadas a asegurar a los miembros de estos pueblos el acceso a una vida digna -que comprende la protección de la estrecha relación que mantienen con la tierra- y su proyecto de vida, tanto en su dimensión individual como colectiva. OEA. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Corte Interamericana de Derechos Humanos. [En línea]. A (23):1-102, 2017. [Fecha de Consulta: 10 Diciembre de 2021]. Disponible en: corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

¹²⁸ Precisamente, otra consecuencia de la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos y la protección del medio ambiente es que, en la determinación de estas obligaciones estatales, la Corte puede hacer uso de los principios, derechos y obligaciones del derecho ambiental internacional, los cuales como parte del corpus iuris internacional contribuyen en forma decisiva a fijar el alcance de las obligaciones derivadas de la convención americana en esta materia. Ibidem, p 26.

¹²⁹ Señala el artículo 26 de la convención americana: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. OEA. Convención Americana sobre Derechos Humanos. [En línea] 1978. [Fecha de consulta: 17 Noviembre 2021]. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

cultural, Derecho a la propiedad, Derecho a no ser desplazado forzosamente, y también los Derechos de acuerdo con el artículo 29 cuya la violación de esos Derechos afecta la vida, libertad y seguridad de las personas.¹³⁰

En cuanto a las obligaciones que tienen los Estado que cumplir, el Tribunal señala que con respecto al Artículo 1.1. de la Convención Americana, es la obligación de abstenerse de cualquier práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso, en condiciones de igualdad, a los requisitos para una vida digna, como lo son el agua y la alimentación adecuada y (ii) contaminar ilícitamente el medio ambiente de forma que afecte las condiciones que permiten la vida digna de las personas¹³¹. La segunda obligación en relación con el Artículo 1.1 de la Convención Americana es la de garantizar que los estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar los derechos a la vida y a la integridad¹³². Esta obligación no

¹³⁰ La Corte considera que, entre los derechos particularmente vulnerables a afectaciones ambientales, se encuentran los derechos a la vida, integridad personal, vida privada, salud, agua, alimentación, vivienda, participación en la vida cultural, derecho a la propiedad y el derecho a no ser desplazado forzosamente. Sin perjuicio de los mencionados, son también vulnerables otros derechos, de acuerdo al artículo 29 de la Convención, cuya violación también afecta los derechos a la vida, libertad y seguridad de las personas e infringe el deber de conducirse fraternalmente entre las personas humanas. OEA. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Corte Interamericana de Derechos Humanos. [En línea]. A (23):1-102, 2017. [Fecha de Consulta: 10 Diciembre de 2021]. Disponible en: corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

¹³¹ La Corte ha sostenido que la primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del artículo 1.1 de la Convención, es la de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en dicho tratado. Así, en la protección de los derechos humanos, esta obligación de respeto necesariamente comprende la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal. Por tanto, los Estados deben abstenerse de (i) cualquier práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso, en condiciones de igualdad, a los requisitos para una vida digna, como lo son, el agua y la alimentación adecuada, entre otros, y de (ii) contaminar ilícitamente el medio ambiente de forma que se afecte las condiciones que permiten la vida digna de las personas, por ejemplo, mediante el depósito de desechos de empresas estatales en formas que afecten la calidad o el acceso al agua potable y/o a fuentes de alimentación. *Ibíd*em, p. 50.

¹³² La segunda obligación, la obligación de garantía, implica que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar los derechos a la vida y a la integridad. En este sentido, la obligación de garantía se proyecta más allá de la relación entre los agentes estatales y las personas sometidas a su jurisdicción, abarcando asimismo el deber de prevenir, en la esfera privada, que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos. *Ibíd*em, p. 44.

solo es para los agentes estatales, sino que el estado debe garantizar que ningún privado vulnere los bienes jurídicos.

Igualmente, el Tribunal se pronunció acerca de las obligaciones que debe cumplir el Estado para respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal, en el contexto de protección del medio ambiente, sean que ocurra el daño dentro del territorio de su jurisdicción o fuera de los límites, las obligaciones serían las de prevención, el principio de precaución la obligación de cooperación y las obligaciones procedimentales en materia de protección del medio ambiente. En cuanto a la obligación de prevención la corte la señala como: “responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional”.¹³³ Esta obligación se aplica frente al daño ambiental significativo que puede llevar una violación a los derechos a la vida y la integridad física.¹³⁴ En cuanto a las medidas que requiere esta obligación la Corte las sintetiza en que el estado debe regular, supervisar y fiscalizar, requerir y aprobar estudios de impacto ambiental, establecer un plan de contingencia y mitigar en casos de ocurrencia de daño ambiental.¹³⁵

En relación a la segunda obligación, el denominado principio de precaución, la corte se refiere a “las medidas que se deben adoptar en casos donde no existe certeza científica sobre el impacto que pueda tener una actividad en el medio ambiente”.¹³⁶

La tercera obligación que tienen que respetar y cumplir los Estados parte de la Convención Americana, es la obligación de cooperación, y se refiere a “la obligación de cooperar internacionalmente a efectos del desarrollo y protección de los

¹³³ *Ibíd*em, p.54.

¹³⁴ *Ibíd*em, p. 58.

¹³⁵ *Ibíd*em, p. 59.

¹³⁶ *Ibíd*em, p.72.

derechos económicos, sociales y culturales”¹³⁷. Esta obligación se compone de deberes, entre los cuales están, el de notificar, como también, el deber negociar y consultar con los estados potencialmente afectado¹³⁸.

Para finalizar, la última obligación que tienen que cumplir los Estados son las obligaciones de procedimiento, que son un conjunto de obligaciones que permiten “una mejor formulación de políticas ambientales”¹³⁹. Para cumplir con esta obligación debe contar con procedimientos que garanticen el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia.¹⁴⁰

Ya explicada la Opinión Consultiva OC-23/17, procederemos analizar **el Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina del 6 de febrero de 2020**, el cual tiene estrecha relación con el dictamen, ya que la Corte utiliza esta opinión consultiva para fundamentar la sentencia.

El Caso Contencioso consistía en el enfrentamiento de las Comunidades Indígenas denominada Lhaka Honhat junto a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado de Argentina. El litigio fue producto de un reclamo de propiedad de parte de las Comunidades Indígenas sobre tierras ubicadas en la provincia Argentina de Salta. La Comunidades Indígenas llevaban más de 35 años reclamando la propiedad de las tierras ancestrales, además reclamaban acerca de daños ambientales, construcción de puente¹⁴¹ en los territorios ancestrales, la

¹³⁷ *Ibíd*em, p. 75.

¹³⁸ *Ibíd*em, p. 76.

¹³⁹ *Ibíd*em, p. 85.

¹⁴⁰ *Ibíd*em.

¹⁴¹ OEA. Caso Comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat y otros vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y costas). Corte Interamericana de Derechos Humanos. [En línea].C (400): 1- 133, 2020 [Fecha de consulta: 20 de Octubre 2021]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf

existencia de proyectos de gasoductos¹⁴², el cercamiento de terrenos, la desviación de agua por construcción¹⁴³ y la tala de árboles.

En la parte de consideraciones, el Tribunal señala que el estado frente a construcciones en territorios indígenas debe: “garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro de[] territorio a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto [...] ambiental”¹⁴⁴. Siendo esta materia un deber que se encuentra en las obligaciones de precaución señalada en la Opinión Consultiva OC-23/17. Sin embargo, la Corte al referirse al derecho al medio ambiente sano nombra a la Opinión Consultiva, utilizando el dictamen para manifestarse acerca del derecho¹⁴⁵, esto es una muestra clara de cómo la opinión consultiva impacta en la resolución de controversias en materia ambiental como también de Derechos humanos. Es por ello, que en los puntos resolutive de la Sentencia, la Corte utiliza lo señalado en la Opinión Consultiva OC-23/17, respecto a la violación del Artículo 26 de la Convención Americana en relación al Artículo 1.1 del mismo tratado, por parte del Estado de Argentina: “El Estado es responsable por la violación a los derechos a participar en la vida cultural, en lo atinente a la identidad cultural, **al medio ambiente sano**, a la alimentación adecuada y al agua, **establecidos en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación**

¹⁴² Ibídem, p. 11.

¹⁴³ Ibídem.

¹⁴⁴ Ibídem, p 61.

¹⁴⁵ La Corte ya se ha referido al contenido y alcance de este derecho, considerando diversas normas relevantes, en su **Opinión Consultiva OC-23/17**, por lo que se remite a dicho pronunciamiento. Afirmó en esa oportunidad que el derecho a un medio ambiente sano “constituye un interés universal” y “es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad”, y que “como derecho autónomo [...] protege los componentes del [...] ambiente, tales como bosques, mares, ríos y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza”, no solo por su “utilidad” o “efectos” respecto de los seres humanos,” sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta”. Lo anterior no obsta, desde luego, a que otros derechos humanos puedan ser vulnerados como consecuencia de daños ambientales. Ibídem, p. 70.

con el artículo 1.1 del mismo tratado, en perjuicio de las 132 comunidades indígenas señaladas en el Anexo V a la presente Sentencia¹⁴⁶.

Luego del análisis de las opiniones consultivas. En definitiva, lo que está sucediendo en la práctica es que la Opinión Consultiva está tomando un efecto jurídico vinculante, ya que podemos apreciar como el Tribunal ha interpretado la Convención mediante el procedimiento consultivo, específicamente en las Opiniones Consultivas OC-23/17 y OC-24/17. En dichos análisis, la Corte ha incorporado el Derecho a un medio ambiente sano y lo vincula con el Derecho a la vida, ya que tienen un carácter indivisible, también lo relaciona al Derecho a la salud y a la integridad personal, los cuales se encuentran consagrados en la Convención Americana. Asimismo, respecto a la Opinión Consultiva referida al Derecho a la identidad de género y los Derechos patrimoniales de las parejas constituidas por personas del mismo sexo, el Tribunal al interpretar la Convención ha incorporado los siguientes Derechos, estos son, el Derecho al libre desarrollo de la privacidad, Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el Derecho al nombre y el Derecho a la protección de la familia. Es decir, la Corte realizó una interpretación que amplía el catálogo de derechos a un número mayor que el que originalmente los países pactaron. Lo que finalmente permite que estos derechos protegidos sean resguardados en un caso contencioso a futuro, como ha ocurrido en los casos de las Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina y en el Caso Azul Rojas Marín y Otra vs. Perú del 12 de marzo de 2020, donde el Tribunal al dictar sentencia evidencia la utilización de las Opiniones Consultivas, las cuales son de tal importancia, ya que se termina sancionando a un Estado en base a la interpretación de los dictámenes. Es por ello, que el valor jurídico de un instrumento de Soft Law como es la Opinión Consultiva

¹⁴⁶ *Ibíd*em, p. 120.

está generando efectos vinculantes para los Estados miembros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

5. Conclusiones preliminares.

Las opiniones consultivas son instrumentos utilizados por los organismos internacionales, los cuales tienen tanto similitudes como diferencias. Al respecto, analizamos diferentes Opiniones Consultivas que se encuentran principalmente en organismos vinculados a la protección y promoción de los Derechos Humanos, así, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos.

Luego, analizamos las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana, donde fue posible observar que existen diferentes criterios de los académicos respecto a la naturaleza, a las funciones jurídicas, funciones jurisdiccionales, y a los objetivos. Por tanto, consideramos que la Corte al no tener una base firme de funciones y limitaciones, cuenta con una libertad que se ha tornado discutida por la comunidad internacional.

Después del análisis de las opiniones de los académicos y de la Corte respecto al efecto jurídico que puede tener la Opinión Consultiva Interamericana, llegamos a la conclusión de que las Opiniones Consultivas podrían llegar a tener efectos vinculantes, debido a que un Estado puede incorporar en su ordenamiento jurídico interno que dichos Dictámenes Consultivos se respeten y promuevan. Por lo tanto, el Estado en ese caso cumplirá la labor de respetar las Opiniones Consultivas, ya que la incorporación realizada se encuentra en concordancia con sus objetivos democráticos, ya sea, la promoción y protección de los Derechos Humanos o los

Intereses Nacionales. Por otro lado, las Opiniones Consultivas podrían llegar a tener efecto vinculante cuando un Estado acepta y cumple con las sanciones impuestas por la Corte Interamericana en base a una Opinión Consultiva anteriormente emitida.

En el capítulo final, estudiamos dos Opiniones Consultivas que emitió la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se interpretó la Convención y otros Tratados Internacionales, en los cuales se incorporaron Derechos que no se encontraban consagrados en un principio.

Posteriormente, analizamos la decisión de distintos Estados de incorporar la Opinión Consultiva en su ordenamiento jurídico, para así dar cumplimiento a la protección y promoción de los Derechos Humanos. Para finalmente, ejemplificar mediante el análisis de casos contenciosos, una de las formas en que una Opinión Consultiva tiene efecto vinculante en los países, y que ocurre cuando se sanciona a los Estados mediante sentencias que fueron fundamentadas respecto a las opiniones consultivas. Se puede concluir, por lo tanto, las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana, es un instrumento de Soft Law y tiene efectos jurídicos vinculantes para los Estados asociados a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CONCLUSIÓN

Los objetivos del Derecho Internacional son facilitar un orden mundial basado en la cooperación, la convivencia, la democracia, la moral y la justicia¹⁴⁷. Así es como Grocio proclamó que los Estados deben considerarse miembros de una gran sociedad y unidos por la supremacía universal de la Justicia.¹⁴⁸

No obstante, debemos tener presente que el Derecho Internacional es un derecho a la carta de los Estados, ya que ellos escogen que los obligará debido a sus diferencias como nación, lo cual provoca que el Derecho Internacional no tenga una estructura permanente y mute constantemente dando solución a los distintos desafíos que presenta la comunidad internacional, por ello hemos realizado este trabajo investigativo para contribuir a la doctrina en cuanto al desarrollo del Soft Law y sus efectos en el Derecho Internacional específicamente en el Interamericano.

De la investigación antes expuesta se puede concluir lo siguiente:

1) Al hablar del Derecho Internacional no podemos olvidar mencionar las fuentes que la componen, las cuales se dividen en formales y materiales.

Respecto a las fuentes formales del Derecho, la mayoría de la doctrina ha considerado que se encuentra materializado en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. No obstante, a la opinión de la mayoría, este Artículo ha sido sujeto de varias críticas, una de estas son que no ha podido dar solución a los diversos desafíos que ha presentado el Derecho Internacional, y es por ello que ha surgido como mecanismo de respuesta la creación de nuevos instrumentos internacionales.

¹⁴⁷ D'AMATO, p. 2.

¹⁴⁸ BENADAVA, p. 14.

En consecuencia de lo anterior, es que se ha originado un debate entre las fuentes que mencionan el artículo 38 ECIJ, quienes algunos académicos los han considerado como Hard Law. Mientras que otros autores, consideran que todos estos nuevos mecanismos creados son comprendidos dentro de la categoría de Soft Law.

2) El Soft Law es un fenómeno jurídico que está surgiendo como respuesta de parte de los sujetos del derecho frente a los problemas que surgen de las relaciones internacionales y que el derecho tradicional no ha podido dar solución. Dentro de las características de los instrumentos del Soft Law podemos mencionar que generan efectos jurídicos, ya que son adoptados y creados por los sujetos internacionales.

Concordamos con las opiniones de diversos autores que señalan que mientras más claro sea un instrumento internacional de Soft Law, mayor posibilidad tiene en un futuro de ser ejecutado por las partes del Derecho.

Se pudo apreciar que, en las áreas del Derecho Internacional económico, medioambiental y de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Soft Law tiene gran protagonismo, debido a que su uso permite evitar las consecuencias derivadas del incumplimiento y su posterior responsabilidad internacional

3) Las opiniones consultivas son instrumentos utilizados por los organismos internacionales regionales orientados a la protección y promoción de los Derechos Humanos, los cuales tienen tanto similitudes como diferencias entre ellos.

Luego, analizamos las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana, concluyendo de esta forma que la Corte al no tener una base firme de funciones y limitaciones, cuenta con una libertad que se ha tornado discutida por la comunidad internacional.

Respecto al efecto jurídico llegamos a la conclusión de que las Opiniones Consultivas pueden llegar a efecto dos circunstancias: a. Un estado decide incorporar a su ordenamiento jurídico los dictámenes consultivos. b. Cuando un estado acepta y cumple con las sanciones impuestas por la Corte Interamericana en base a una Opinión Consultiva anteriormente emitida. En la práctica, el efecto vinculante, se aprecia en casos contenciosos emitidos por la Corte Interamericana, así también en el análisis de las Opiniones Consultivas y en la forma en que los estados utilizan la Opinión Consultiva para complementar el abanico de Derechos Humanos que protege y promueve su ordenamiento jurídico interno.

BIBLIOGRAFÍA

AUA. Protocol on the statute of the African court of justice and human rights. Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. [En línea] 2004 [Fecha de consulta: 21 Octubre 2021]. Disponible en: <https://au.int/en/treaties/protocol-african-charter-human-and-peoples-rights-establishment-african-court-human-and>

BENADAVA, Santiago. Derecho Internacional Público (8ª. ed.). Santiago, Chile. LexisNexis, 2004. 436p.

BENAVIDES CASALS, María Angélica. El soft law en el contexto de las fuentes del derecho internacional: Aportes para la discusión. **Revista de Derecho Público**. [En línea], (94): 1- 16, 2021, [Fecha de consulta: 17 de septiembre de 2021]. Disponible en: <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/64239/67869>

BERMUDEZ ABREU, Yoselyn; AGUIRRE ANDRADE, Alix y MANASIA FERNANDEZ, Nelly. El Soft Law y su aplicación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre. **Frónesis** [En línea]. 13 (2): 9-30. [Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2021]. Disponible en: http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-62682006000200002&lng=es&nrm=iso.

Brasil legaliza el matrimonio homosexual por la vía judicial. El País [En línea], Madrid, España, 14 de mayo de 2013. [Fecha de consulta: 3 de diciembre de 2021]. Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2013/05/14/actualidad/1368546045_328434.html

CÁRDENAS CASTAÑEDA, Fabian. A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional** [En línea], Vol. XIII:355-403, 2013. [Fecha de consulta: 9 septiembre 2021]. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1870-46542013000100008&lng=es&nrm=iso&tlng=enhttps://www.redalyc.org/articulo.oa?id=4027/402740629008

CARTES, Juan. El Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos: ¿hacia un África en paz? **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**. [En línea] 17:251-289. 2017 [Fecha de consulta: 16 octubre 2021]. Disponible en: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2017.17.11037>.

CERDA DUEÑAS, Carlos. La nota diplomática en el contexto del soft law y de las fuentes de derecho internacional. **Revista de derecho (Valdivia)** [En línea] Vol.30:159-179, 2017. [Fecha de consulta: 17 septiembre 2021]. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502017000200007>

COHEN, Harlan Grant. Finding International Law: Rethinking the Doctrine of Sources. **Iowa Law Review** [En línea], Vol. 93: 69, 2007, [Fecha de consulta: 15 Septiembre 2021]. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=983579>

COLMEGNA, Pablo. Impacto de las normas de soft law en el desarrollo del derecho internacional de los Derechos Humanos. **Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja**. [En línea]. (8): 27-47, 2012. [Fecha de consulta: 14 de noviembre de 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4358362>

CONSEJO DE EUROPA. Protocolo N°2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. [En línea].1970. [Fecha de

consulta: 18 Agosto 2021]. Disponible en:
<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=044#>

Cuatro años del Matrimonio Igualitario en Uruguay. Telesur tv [En línea], Caracas, Venezuela. [Fecha de consulta: 3 de diciembre de 2021]. Disponible en:<https://www.telesurtv.net/multimedia/3-anos-del-Matrimonio-Igualitario-en-Uruguay-20170803-0033.html#>

D'AMATO, Anthony. International Soft Law, Hard Law, and Coherence. **Northwestern Public Law Research Paper No. 08-01**. [En línea]. 2008.[Fecha de consulta: 13 septiembre 2021]. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1103915>

DEL TORO HUERTA, Mauricio. El Fenómeno del Soft Law y las Nuevas Perspectivas del Derecho Internacional, **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**. [En línea]. Vol. VI: 526, 2006. [Fecha de consulta: 17 octubre 2021]. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/160/257>

DI ROBILANT, Anna. Genealogies of soft law. **The American Journal of Comparative Law**. 54(3):499-554. Julio,2006.

El reconocimiento de la identidad sexual en Costa Rica y su impacto en la empresa. The Law Clinic [En línea], España, 9 de julio de 2018. [Fecha de consulta: 1 de diciembre de 2021]. Disponible en: <https://ecija.com/el-reconocimiento-de-la-identidad-sexual-en-costa-rica-y-su-impacto-en-la-empresa/>

FAUNDEZ LEDESMA, Héctor. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos Institucionales y procesales. **Instituto**

interamericano de Derechos Humanos.[En línea](3):1085.2009 [Fecha de consulta: 27 diciembre 2021]. Disponible en: https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si_proteccion_ddhh_3e.pdf

FUENTE, Rosario. La jerarquía Normativa en el Mercosur a la luz de la primera opinión consultiva del tribunal permanente de revisión. **El Derecho** [En línea]:226-943.2008. [Fecha de consulta: 28 Noviembre 2021]. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/3116/1/jerarquia-normativa-mercosur-luz.p>

GUEVARA, Augusto. Los dictámenes consultivos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Barcelona, España. J. M. Bosch editor. 2012 :556 p

GUZMÁN, A; MEYER, T. Explaining Soft Law. **UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics.** [En línea]:1-60,2010 [Fecha de consulta: 15 Junio 2022]. Disponible en: <https://escholarship.org/uc/item/90w080tp#author>

GRNCHALLA-WESIERSKI, Tadenz. A framework for Understanding “Soft Law”. **McGill Law Journal**, 30: 37-88, 1984.

JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco. El derecho internacional en mutación. El test <<civilizatorio>> del estado del derecho internacional (¿soft-law de baja o alta intensidad?) y el régimen de las fuerzas de estabilización de la paz. **Revista electrónica de Estudios Internacionales.** (35):1-69, Junio 2018.

MAZUELOS, Ángeles. Soft law ¿Mucho ruido y pocas nueces? **Revista Electrónica de estudios internacionales** [En línea], Vol. 4: 21. 2004, [Fecha de consulta: 11 Agosto 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1004415>

MONROY CABRA, Marco. Aproximación al concepto de fuentes del derecho internacional. **Revista Estudios Socio- Jurídicos**. [En línea]. 7 (2): 77-91, 2005. [Fecha de consulta: 12 noviembre 2021]. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/733/73370204.pdf>

MUÑOZ, Pedro. Apunte Académico de la Cátedra de Derecho Internacional Público del profesor Marcelo Cevallos Fuentes. Temuco, Chile: Universidad Autónoma de Chile, 2014. 160 p.

NIKKEN, Pedro. La función consultiva de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. **Instituciones de Investigaciones Jurídicas de la UNAM**. [En línea]: 160-171, 2003. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf> [Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2021].

Ley de Identidad de Género fue publicada en el Diario Oficial y entrará en vigencia en 120 días. CNN [En línea]. Santiago, Chile, 29 de agosto de 2019. 11p. [Fecha de consulta: 2 de diciembre de 2021]. Disponible en: https://www.cnnchile.com/pais/ley-identidad-de-genero-diario-oficial-120-dias_20190829/

Ley N° 21.120. CHILE. Reconoce y da protección a la identidad de género. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Santiago, Chile. 10 de Diciembre de 2018, 11 p.

LIMA, Lucas Carlos. O surgimento da Corte Permanente de Justiça Internacional: formação europeia e fundamento voluntarista. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. Vol. 8(1): 21, 2013.

Los avances de Costa Rica en materia de matrimonio igualitario deben inspirar a la región. Human Rights Watch [En línea], New York, Estados Unidos, 3 de junio de 2021. [Fecha de consulta: 1 de diciembre de 2021]. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2020/06/03/los-avances-de-costa-rica-en-materia-de-matrimonio-igualitario-deben-inspirar-la>

OEA. Carta de la Organización de los Estados Americanos. [En línea] 1948. [Fecha de consulta: 15 Agosto 2021]. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp#Cap%C3%ADtulo%20XV.

OEA. Caso Comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat y otros vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y costas). Corte Interamericana de Derechos Humanos. [En línea].C (400): 1- 133, 2020 [Fecha de consulta 20 de Octubre 2021]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf

OEA. Caso Rojas Marín Y Otras V/S Perú. Corte Interamericana de Derechos Humanos. [En línea].C (402) :1- 79, 2020. [Fecha de Consulta: 1 Diciembre 2021]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf

OEA. Convención Americana sobre Derechos Humanos. [En línea] 1978. [Fecha de consulta 17 Noviembre 2021]. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

OEA. Opinión consultiva OC-1/82 de 24 de Septiembre de 1982. Corte Interamericana de Derechos Humanos. [En línea]. A (1)15. p .1982. [Fecha de

consulta: 15 Octubre 2021]. Disponible en:
https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf

OEA. Opinión Consultiva OC-1/83 de 8 de septiembre de 1983. Corte Interamericana de Derechos Humanos. [En línea] (3) 26 p. 1983. [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2021] Disponible en:
https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_03_esp.pdf

OEA. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Corte Interamericana de Derechos Humanos. [en línea]. A (23):1-102, 2017. [Fecha de Consulta: 10 Diciembre de 2021]. Disponible en:
[corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf)

OEA. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017: Identidad de Género, y no Discriminación a Parejas del Mismo Sexo. Corte Interamericana De Derechos Humanos. [En línea]. (24):145.,2017 [Fecha de consulta: 17 de noviembre 2021]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

ONU. Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Corte internacional de Justicia. [En línea]. 1945. [Fecha de consulta: 17 septiembre 2021]. Disponible en:
<https://www.un.org/es/documents/icjstatute/chap2.htm#:~:text=Art%C3%ADculo%2038,le%20sean%20sometidas%2C%20deber%C3%A1%20aplicar%3A&text=los%20principios%20generales%20de%20derecho,d>.

ONU. Carta de las Naciones Unidas. [En línea]. 1945. [Fecha de consulta: 7 noviembre 2021]. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/un-charter>

ONU. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. [En línea].1969. [Fecha de consulta: 17 octubre 2021]. Disponible en: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf.

ONU. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Corte internacional de Justicia. [En línea]. 1945.[Fecha de consulta: 25 noviembre 2021]. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/statute-of-the-international-court-of-justice>

Orrego Vicuña, Francisco. Creación del derecho en una sociedad global: ¿importa todavía el consentimiento? **Revista de Estudios internacionales** [En línea], Vol. 37(146):85,2004, [Fecha de consulta: 17 de septiembre de 2021]. Disponible en: <https://revistaei.uchile.cl/index.php/REI/article/view/14544/1485>

PASTORE, Baldassare. Soft Law y la teoría de las fuentes del derecho. **Soft power: Revista euro-americana de teoría e historia de la política**. [En línea]. (1):74-89, 2014. [Fecha de consulta: 16 Septiembre 2021]. Disponible en: <https://editorial.ucatolica.edu.co/index.php/SoftP/article/view/1772>

SCHWARCZ, Steven. Soft law as Governing Law. **Duke Law School Public Law & legal theory Series**. [En línea].8: 2471-2515, 2020. [Fecha de consulta: 12 noviembre 2021]. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3307418#

TOLLER, Fernando. Propuestas para un sistema de citación de las decisiones de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista Internacional de Derechos Humanos** [En línea]. (223).2012. [Fecha de consulta: 16 noviembre 2021]. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31101.pdf>

WEIL, P. Toward Relative Normativity in International Law? **The American Journal of international Law**. 77(3):413-442, Julio 1983.