

# CRISIS EN EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL: EL *SOFT LAW* EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

Carlos Arturo Gómez Pavajeau\*  
Valentina Hoyos Otálvaro\*\*  
Martín Posada Martínez\*\*\*

**Resumen:** El *soft law* es una fuente del derecho internacional que influye en el derecho penal internacional y en el sistema penal colombiano. La evolución del derecho internacional amplió el alcance y las ventajas de las herramientas del derecho blando, dándole preponderancia en el sistema de fuentes. El derecho penal no es ajeno a esta evolución, pues conceptos como la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la doble conformidad,

---

\* Abogado de la Universidad Externado de Colombia y con especialización en Derecho Penal de la misma universidad. Profesor de esta casa de estudios en pregrado y posgrados, en las materias Derecho Penal y Derecho Disciplinario. Contacto: gomezpavajeau@hotmail.com

\*\* Estudiante de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Acreedora de la *matrícula de honor*. Contacto: valentina.hoyos02@est.uexternado.edu.co

\*\*\* Estudiante de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Acreedor de la *beca mejor proceso de admisión*. Miembro de la Línea de Investigación de Derechos Humanos y Empresas de la misma casa de estudios. Contacto: martin.posada@est.uexternado.edu.co

Fecha de recepción: 29 de marzo de 2021. Fecha de aceptación: 2 de septiembre de 2022. Para citar el artículo: Carlos Arturo Gómez Pavajeau, Valentina Hoyos Otálvaro y Martín Posada Martínez, “Crisis en el sistema de fuentes del derecho internacional: el *soft law* en el derecho penal internacional y el derecho penal colombiano”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 43, n.º 114, enero-junio 2022, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 83-113. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v43n114.04>

esenciales para los ordenamientos jurídico-penales, devienen de elementos no vinculantes que van adquiriendo, con su puesta en práctica, una cada vez más exigente demanda en el concierto de interpretaciones posibles dentro del ámbito del *corpus iuris* de los Derechos Humanos internacionales.

**Palabras clave:** *soft law*, fuentes, derecho internacional, derecho penal, crisis.

**Abstract:** *Soft law* is a source of international law that influences international criminal law and the Colombian criminal system. The evolution of international law broadened the scope and advantages of *soft law* tools, giving it preponderance among the sources. Criminal law is not alien to this evolution, since concepts such as forced disappearance, forced displacement and double conformity, essentials for legal-criminal systems, come from non-binding legal instruments.

**Keywords:** Soft law, sources, international law, criminal law, criminal system.

## INTRODUCCIÓN

¿Puede un operador jurídico aplicar el *soft law*?, ¿se trata de una fuente del derecho internacional? El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, caracterizado por su naturaleza fragmentaria como su género el internacional, es un área en constante evolución en una espiral de progresión irreversible de crecimiento de garantías que deben ser reconocidas internacional y nacionalmente, cuya dinámica suple a veces los intrínquilis del paso corto y lento de la creación legislativa internacional. Ante una falta de un órgano central que armonice o produzca el derecho, se cuestiona constantemente. Parte importante de la doctrina concuerda con el sistema de fuentes propuesto en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, tras la creciente experiencia en la implementación del derecho internacional, se hizo evidente que el artículo 38 se quedaba corto.

Diferentes instrumentos surgen como una medida para suplir las necesidades que no abarcan explícitamente las fuentes estipuladas en el mencionado artículo. Con el tiempo, a pesar de la ambigüedad de su alcance, estos adquirieron una mayor relevancia en el plano internacional. Ejemplos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de Helsinki, los Principios de Núremberg, entre otros, demuestran el impacto que puede llegar a tener el *soft law*.

Así, para responder las inquietudes, en una primera parte, se demostrará que este constituye una verdadera fuente del derecho internacional. Para ello, en primer lugar, se explicará en detalle el sistema de fuentes, luego se narrará el origen del concepto de *soft law*, posteriormente se explicará el debate existente respecto a su definición, se estudiará su alcance en el ámbito nacional e internacional y, para finalizar, se traerán a colación sus ventajas.

En una segunda parte, por medio de distintos ejemplos, se analizará la relación entre el derecho penal internacional y el derecho blando. Tras ello, se aterrizará el concepto en el ordenamiento colombiano y se demostrará que, con ejemplos como el derecho a la doble conformidad, dicha relación también se evidencia en el derecho penal colombiano.

Finalmente, con base en lo explicado, se presentará brevemente una teoría respecto a otra posible finalidad o ventaja del *soft law*.

## 1. *SOFT LAW* COMO FUENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL

### 1.1. Sistema de fuentes del derecho internacional

Para estudiar el concepto del *soft law* es importante entender el sistema de fuentes del derecho internacional. Las fuentes, en general, sirven para identificar el origen del derecho. Son las encargadas de distinguir las normas jurídicas de las sociales, culturales, religiosas, entre otras. En particular, estas permiten identificar la legalidad, aplicabilidad y justiciabilidad del derecho internacional. De ahí su importancia para el presente estudio.

Por su parte, los ordenamientos nacionales tienen un procedimiento preestablecido para determinar cuáles son las fuentes del derecho y por qué lo son. Por ejemplo, en el ordenamiento colombiano, la Constitución es emanada de una Asamblea Nacional Constituyente y las leyes son creadas por el Congreso, después de un procedimiento determinado en la Ley 5 de 1992, todo lo cual termina complementándose con la interpretación que los jueces otorgan a los textos jurídicos, que, por necesidades de cumplimiento del principio de igualdad ante la Administración de Justicia, se torna paulatinamente obligatoria según puede apreciarse en las sentencias C-836 de 2001, C-335 de 2008 y C-634 de 2011. Estos procesos de creación normativa terminan configurando las jerarquías entre las fuentes, puesto que, en términos democráticos, no es lo mismo hablar de una ley creada por el legislador que de una constitución debatida por una Asamblea Nacional, o de estas frente a los precedentes judiciales. Ahora bien, en un contexto internacional el panorama es diferente. Lo primero que se debe tener en cuenta es que las fuentes del derecho internacional se refieren a “la suma de las reglas aceptadas por los Estados para determinar sus conductas respecto de los otros”, esto es, las obligaciones internacionales<sup>1</sup>. En segundo lugar –en atención a su naturaleza fragmentaria–, en el derecho internacional no existe tal procedimiento determinado para definir qué constituye derecho, pues no hay un órgano central y

---

1 Bisschop, W. R. “Sources of International Law”. En *Transactions of the Grotius Society*, Inglaterra, Cambridge University Press, 1940, vol. 26, pp. 235-260, p. 236. [Consultado el 12 de agosto de 2020]. <http://www.jstor.com/stable/742700>.

jerárquico encargado de la producción y ejecución del derecho internacional, ni una única Corte que se encargue de armonizarlo<sup>2</sup>.

Por consiguiente, a diferencia de los ordenamientos nacionales, hablar de jerarquía entre las fuentes del sistema internacional resulta erróneo. No hay una fuente superior –como la Constitución– y otras inferiores –como la jurisprudencia o la ley–. Lo anterior dificulta la identificación de las reglas y, a la vez, la solución de conflictos normativos, pues la implementación de mecanismos como *lex superior derogat inferiori* es inválida o limitada a casos considerablemente específicos<sup>3</sup>.

En atención a lo anterior, distintas teorías y posturas han sido desarrolladas para resolver la problemática de la identificación de las obligaciones internacionales<sup>4</sup>. Entre estas, el discurso dominante es el positivista, el cual argumenta que las fuentes del derecho internacional son aquellas que señala el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia:

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; (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. (Cursivas por fuera del texto original)<sup>5</sup>.

Si bien el artículo presenta un sistema de fuentes evidentemente cerrado, el discurso positivista se queda corto ante las nuevas formas de creación de obligaciones en el derecho internacional. La práctica internacionalista ha conducido hacia la consolidación de las promesas, los actos verbales, los actos unilaterales, el *estoppel* y la

---

2 Bull, Hedley. *The Anarchical Society*, 2.<sup>a</sup> edición, Inglaterra, Macmillan Publishers Limited, 1977, pp. 122-126.

3 Para conocer sobre la aplicabilidad de estos criterios, se recomienda: Akehurst, M. “The Hierarchy of the Sources of International Law”, Inglaterra, *British Yearbook of International Law*, 1975, v. 47 (1), pp. 273-276. [Consultado el 5 de septiembre de 2020]. <https://academic.oup.com/bybil>.

4 Academia Colombiana de Derecho Internacional. Serie 1 - Fuentes del Derecho Internacional - Fabián Cárdenas. YouTube. Bogotá. (15 de junio de 2018). 15:57. [Consultado el 6 de diciembre de 2020]. [https://www.youtube.com/watch?v=8HaDK\\_RnyWM](https://www.youtube.com/watch?v=8HaDK_RnyWM).

5 Corte Internacional de Justicia. *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, 1978, artículo 38.

práctica de las organizaciones internacionales como fuentes de obligaciones internacionales que no están contempladas en el artículo 38 del Estatuto<sup>6</sup>.

Además, se debe tener en cuenta que la Corte Internacional de Justicia no es un órgano central en el derecho internacional, por lo que, contrario a la teoría positivista, aseverar que el artículo 38 presenta las fuentes del derecho internacional implicaría desconocer la naturaleza fragmentaria del sistema internacional, creando jerarquías que, en la práctica, no pueden respetarse. Como lo señala Julio Barberis, “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. La comunidad internacional puede acordar nuevas fórmulas para crear el derecho de gentes”<sup>7</sup>.

Así, el discurso positivista ha sido una solución eficiente a la problemática de las fuentes del derecho internacional por distintas generaciones, pero la práctica reciente ha demostrado que se pueden crear obligaciones internacionales por vías alternas a las ofrecidas por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En ese contexto, se procederá a estudiar si el *soft law* debería ser incluido en el listado de instrumentos creadores de obligaciones internacionales. Para ello, se explicará el origen, el concepto, las ventajas y el alcance (junto con algunos ejemplos) del derecho blando en el sistema internacional.

## 1.2. Origen

Dependiendo de qué concepto se entienda por *soft law*, existen diferentes orígenes de este fenómeno. Se podría afirmar que el derecho “suave” o blando siempre ha estado dentro de los ordenamientos jurídicos; es más, dentro del derecho romano ya se conceptualizaba una forma de regulación parecida por medio de las conocidas *leges imperfectae* –refiriéndose a las disposiciones que “no sancionan, ni anulan”–.

La terminología específica del *soft law* fue acuñada, por primera vez, por Lord McNair, quien introdujo este concepto dentro del ámbito del derecho internacional. Pero desde su origen ha sido interpretado de forma diversa. Algunos afirman que este concepto empezó a utilizarse con el fin de diferenciar entre *lege lata* y *lege ferenda*, y no para definir el complejo fenómeno que vemos en nuestra actualidad<sup>8</sup>.

---

6 Arévalo Ramírez, Walter. *Manual de Derecho Internacional Público: fundamentos, tribunales internacionales y casos de estudio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 60-61.

7 Barberis, Julio. *Formación de derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco Rodolfo de Palma, 1994, p. 257.

8 Del Toro Huerta, Mauricio Iván. “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2006. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=402740621012>.

Esta primera interpretación de lo introducido por McNair en “The law of Treaties” hace referencia a la diferencia entre lo que es deseable jurídico-políticamente (*lege ferenda*), y el derecho tal y como es, también nombrado como el derecho vigente (*lege data*). Esta disyuntiva generó bastantes acercamientos doctrinales. Algunos afirmaban que las barreras entre un concepto y el otro eran poco claras, mientras otros, como Karl Larenz, afirman que se habla de conceptos completamente diferentes. Este concluía que “no todo lo que puede ser deseable jurídico-políticamente puede realizarse en el marco de las leyes vigentes con los medios de interpretación y desarrollo del derecho garantizados metódicamente”<sup>9</sup>.

Otros autores afirman que lo que buscaba definir McNair era un “derecho indicativo”, el cual contenía instrumentos con efectos vinculantes extralegales. Esta concepción fue adaptándose y ha sido utilizada de manera más general para describir principios, reglas y estándares internacionales que no se consideran derivados de las fuentes del derecho internacional enumeradas por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia<sup>10</sup>.

Estas concepciones –sin ser del todo precisas– se acercan un poco más al fenómeno del *soft law* actual. No obstante, cabe resaltar que no es un concepto unívoco, pues, a medida que se transforman las necesidades del derecho internacional y sus actores, va evolucionando. La globalización, entre muchos otros avances, ha sido una causa para estas grandes transformaciones, generando formas normativas, e incluso no normativas, tan versátiles que McNair no se hubiese imaginado en el momento que acuñó el término del *soft law*. Sin duda, es un concepto vivo y tremendamente dinámico en el derecho internacional que implica una constante observancia.

### 1.3. Concepto

Como se explicó al comienzo, la constante transformación del derecho internacional y los diferentes procesos de creación normativa y no normativa (motivados por los tiempos de mayor globalización) han conducido a un replanteamiento del sistema de fuentes. Es en este proceso transformador donde surge la problemática del *soft law*, cuya determinación buscaremos plantear.

Encontrar un concepto unívoco a esta problemática se ha convertido en un trabajo exhaustivo. Las diferentes acepciones frente a su esencia, funcionalidad y utilidad

---

9 Melero Alonso, Eduardo. “La dogmática jurídica es política”, en *La importancia de las concepciones políticas en el trabajo de los juristas: un acercamiento desde el derecho público*, Universidad Autónoma de Madrid, p. 15.

10 Thureer, Daniel. “Soft Law”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, 2009.

hacen que sea un concepto utilizado con infinidad de definiciones. De hecho, a nivel internacional no se ha logrado llegar a un consenso doctrinal.

Una de las concepciones más conocidas del *soft law* es la proveniente de la dicotomía *hard/soft law*, derecho obligatorio/no obligatorio. Es importante resaltar que esta concibe al *soft law* únicamente desde su vinculatoriedad, desestima su utilidad y deja por fuera características importantes de su estudio. Como lo dice el doctrinante J. Klabbers, “un sistema binario [*hard law/soft law*] es capaz de lidiar con todo tipo de discordias; dentro de este sistema, el derecho puede ser más o menos específico, más o menos exacto, más o menos determinante, más o menos amplio, más o menos coercitivo, más o menos serio; lo único que no puede ser más o menos es su vinculatoriedad”<sup>11</sup>.

En ese sentido, la pluralidad de instrumentos que pueden ser cobijados bajo el término de *soft law* hace que su descripción sea aún más compleja. Dentro de los instrumentos que comúnmente son reconocidos se encuentran las recomendaciones, resoluciones, instrucciones, planes, circulares, normas técnicas, cartas de servicios, códigos de conducta o de buen gobierno, entre otros. A pesar de que una de las características compartidas entre estos actos es su no obligatoriedad, no es la única, y su trasfondo tanto político como jurídico hace que se busque una definición que trascienda de la nombrada dicotomía<sup>12</sup>.

Algunos incluso definen al *soft law* como el conjunto de principios abstractos que buscan guiar la forma de actuación a nivel internacional y devienen operativos mediante su aplicación judicial<sup>13</sup>. Caracterizan a este por contar con presupuestos concretos y unos consecuentes abiertos e indeterminados, por tener una causa y objeto concreto, pero con finalidad genérica. Y concluyen desde una perspectiva ontológica que el *soft law* es un mandato de optimización que pretende ser cumplido, pero solamente en un grado.

Para la presente investigación se acoge la definición propuesta por Mauricio del Toro. Este plantea una concepción general con una variedad amplia de las funciones que le son adscritas al *soft law*, definiéndolo como “la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante, aunque no carentes de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica”<sup>14</sup>. Esta audaz definición, como

---

11 Klabbers, Jan. *The Concept of Treaty in International Law*, Londres, Cambridge University Press, 1996.

12 García Alarcón, Gloria. *El soft law y nuestro sistema de fuentes*, Universidad de Murcia, 2010, p. 5.

13 Mazuelos Bellido, Ángeles. *Soft law, ¿mucho ruido y pocas nueces?*, Universidad Autónoma de Madrid, p. 1.

14 Del Toro Huerta, Mauricio Iván. *Op. cit.*

se demostrará, da cuenta de la trascendencia que tienen las herramientas del *soft law* en el derecho internacional.

Sin embargo, las concepciones que hemos mencionado –entre muchas otras– dejan grandes interrogantes dentro del ámbito internacional, librando a la academia diversos lugares por explorar: ¿puede una resolución no obligatoria abrogar una previa obligación existente?, ¿pueden los Estados evitar la juridificación de los acuerdos no jurídicos por medio de los principios de buena fe y *estoppel*?, ¿es razonable dar entrada, mediante estos principios, al mundo jurídico a acuerdos que no lo son? Todos estos interrogantes parecen ser resueltos mediante el *soft law*, pero es imprescindible un mejor entendimiento al respecto; este es uno de los mayores retos para los académicos que buscan comprender la diversidad del derecho internacional.

#### 1.4. Ventajas

El *soft law* ha comenzado a adquirir cierta preponderancia entre la comunidad internacional, pero ¿por qué los Estados deberían optar por este tipo de fuente?, ¿a qué se debe su auge en la actualidad? Con base en las discusiones que han provocado estas preguntas, se explicarán, sucintamente, los principales argumentos para responder ambas preguntas.

Primeramente, se afirma que una ventaja importante de este tipo de fuentes es su bajo costo. Sin duda, el *hard law* reduce los costos de manejo y ejecución que surgen después de aceptar el acuerdo; empero, a diferencia del *soft law*, el proceso de adopción de aquel tipo de normatividad requiere un esfuerzo presupuestal considerable<sup>15</sup>. La experiencia de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ofrece un ejemplo para ilustrar lo anterior. Antes de 1998, esta organización actuaba, principalmente, por medio de convenciones (*hard law*). Con el tiempo, debido a los altos costos previos a la ratificación de estos convenios, su implementación por parte de los Estados comenzó a reducirse. Por tanto, con el fin de defender el prestigio de la organización, la dirección general tomó la decisión de priorizar el uso de instrumentos del *soft law*.

---

15 International Organization. *Legalization and World Politics*, Estados Unidos, MIT Press, 2000. “Any agreement entails some negotiating costs—coming together, learning about the issue, bargaining, and so forth—especially when issues are unfamiliar or complex. But these costs are greater for legalized agreements. States normally exercise special care in negotiating and drafting legal agreements, since the costs of violation are higher. Legal specialists must be consulted; bureaucratic reviews are often lengthy. Different legal traditions across states complicate the exercise. Approval and ratification processes, typically involving legislative authorization, are more complex than for purely political agreements”.



Los costos de ratificación eran menores, por lo que lograron mantener a los miembros y acoger nuevos Estados<sup>16</sup>.

Como segunda ventaja, se menciona que la “burocratización de las instituciones internacionales” ha desencadenado un aumento del uso de una ley “menos formal”, puesto que es idónea para tener un impacto rápido y práctico con los Estados. Incluso, teniendo en cuenta la amplia cantidad de instituciones internacionales, gran parte de ellas carece de poder para adoptar instrumentos vinculantes, viéndose forzadas a acudir al “derecho blando”<sup>17</sup>.

Por otro lado, el *soft law* se emplea como una herramienta cuando existen dudas respecto del cumplimiento de ciertas obligaciones. Esto es, cuando un Estado considera que solo podrá cumplir parcialmente con las obligaciones que implica un acuerdo vinculante –por política interior, falta de capacidad para cumplir, falta de certeza, desacuerdo con lo solicitado, entre otras razones–. En ese caso, para evitar quedarse por fuera de lo establecido, el Estado puede aceptar los objetivos, pero por medio del *soft law*. Así, se espera que cumpla parcialmente con las obligaciones sin ser sancionado por ello.

Además, el *soft law*, al no ser vinculante, florece como una herramienta de fácil y rápido acceso para los Estados. Es útil para resolver problemáticas urgentes, pues sustituye las obligaciones vinculantes cuando no es posible llegar a un consenso entre la comunidad internacional. Incluso, gracias a su flexibilidad, el *soft law* puede ser modificado o reemplazado fácilmente en caso de que no sea efectivo para satisfacer algún objetivo<sup>18</sup>.

Aunado a lo anterior, mientras que se menciona que el *hard law*, por su naturaleza, conlleva aceptar obligaciones mínimas o con poco impacto en sus respectivos temas, el *soft law* tiende a ser más progresista, fijando objetivos importantes para la comunidad internacional. Por lo tanto, junto con su flexibilidad, el derecho blando es un medio idóneo para el cumplimiento de las obligaciones. Esta ventaja es particularmente evidente en el derecho ambiental internacional. Al respecto, David Victor asevera:

---

16 Shelton, Dinah. *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Washington, George Washington University Law School, 2000.

17 “Los tratados y acuerdos internacionales toman mucho tiempo de preparación y ratificación. El *soft law* reduce el papeleo y entra a regir de inmediato. El acuerdo va más rápido usando *soft law*. Treaties and international agreements all take a lot of time to prepare and confirm”. Tomado de Ahmed, Arif y Mustofa, Jahid. “Role of soft law in environmental protection: an overview”, Londres, European Centre for Research Training and Development UK, 2016. *Global Journal of Politics and Law Research*, vol. 4, n.º 2, pp. 13-14.

18 Shelton, Dinah. *Op. cit.*, pp. 12-13.

Las normas no vinculantes pueden ser mejores al regular complejos problemas ambientales, puesto que su actual influencia en el cambio de comportamientos suele ser mejor que la de los tratados. Generalmente, el cumplimiento de los tratados es alto debido a que los Estados negocian acuerdos que pueden cumplir. Así, se terminan aceptando obligaciones que son excesivamente modestas o ambiguas y, consecuentemente, menos efectivas de lo que podrían ser. [...] Los Estados aparentan estar más dispuestos a adoptar compromisos claros y ambiciosos cuando no son vinculantes<sup>19</sup>.

Finalmente, el *soft law* también ofrece importantes ventajas en los ordenamientos internos. Este, en primera medida, sirve como guía interpretativa de los instrumentos convencionales. El trabajo detallado, preciso y especializado del derecho blando complementa la generalidad y frecuente ambigüedad de los tratados. Su naturaleza técnica les otorga reglas más precisas a los intérpretes de los instrumentos del *hard law*<sup>20</sup>. Sin embargo, a la final, el *soft law* no se limita a la labor interpretativa, pues es una herramienta útil para que el juez aplique el derecho, para que el legislador elabore las normas, para el jurista al pensar las reglas, para la actuación de los operadores jurídicos en general e, incluso, para el ejecutivo en el momento de plantear sus políticas públicas<sup>21</sup>.

Un ejemplo de lo anterior lo ofrece el Departamento Administrativo de Planeación de la Alcaldía de Medellín, el cual en 2013 dio a conocer la Agenda Medellín 2030, un documento inspirado en los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas<sup>22</sup>. En efecto, el *soft law* también sirve como un apoyo técnico, práctico o teórico para los ordenamientos internos.

---

19 Victor, David. *The Use and Effectiveness of Nonbinding Instruments in the Management of Complex International Environmental Problems*. En: *Proceedings of the Annual Meeting*, American Society of International Law, Londres, Cambridge University Press, 1997, vol. 91, pp. 241-250. [Consultado el 10 de septiembre de 2020]. <http://www.jstor.com/stable/25659125>.

20 Foy Valencia, Pierre. “*Soft law* y derecho internacional ambiental. Algunas aplicaciones nacionales”, *Revista Boliviana de Derecho*, 2008.

21 Colmegna, Pablo Damián. “Impacto de las normas de *soft law* en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, año VI, n.º 8, 2012, p. 6.

22 Alcaldía de Medellín. Agenda Medellín 2030 Objetivos de Desarrollo Sostenible, Medellín, Departamento Administrativo de Planeación, 2013. En la presentación del documento, el exalcalde de Medellín, Federico Gutiérrez, mencionó: “Conscientes de la importancia de trabajar corresponsablemente por una ciudad y a su vez un mundo sostenible, desde la Alcaldía de Medellín hemos asumido de manera activa la incorporación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) en los procesos de planeación de la ciudad con el fin de alcanzar mayores niveles de bienestar, equidad y sostenibilidad”. [Consultado el 16 de septiembre de 2020]. <https://www.medellin.gov.co/irj/go/km/docs/pccdesign/medellin/Temas/PlaneacionMunicipal/Publicaciones/Shared%20Content/Documentos/2018/20181207DocumentoODSagenda2013.pdf>.

## 1.5. Alcance

Habiendo analizado el concepto, el origen y las ventajas de las obligaciones no vinculantes, se estudiará su alcance o rol actual en el derecho internacional.

Cuando se menciona el *soft law*, generalmente, se suele entender que hace referencia a meros documentos internacionales que, sobre todo, no son vinculantes. En principio, esta comprensión no es errónea, puesto que su nombre nos orienta hacia ese camino. No obstante, la doctrina, apoyada de la creciente experiencia con el derecho internacional, ha demostrado que el derecho blando trasciende esa definición. Es decir, el *soft law*, como se explicaba anteriormente, se refiere a distintas herramientas que, si bien no son vinculantes, producen efectos jurídicos que pueden ser más eficientes que los del *hard law*. Sobre el particular:

Algunos tratados hacen reenvíos a instrumentos de derecho blando (*soft law*), otorgándoles, así, fuerza vinculante. El uso que se puede dar a los instrumentos de derecho blando en relación con los tratados; esto es, como mecanismos para la interpretación autorizada o la amplificación de los términos de un tratado, o como catálogos de reglas detalladas y estándares técnicos, requeridos para la implementación de los mismos<sup>23</sup>.

En la actualidad, las resoluciones, declaraciones, códigos de conducta, lineamientos y planes de acción son herramientas utilizadas para definir medidas concretas por parte de los Estados e, incluso, por parte de los actores no estatales. Así, el *soft law*, en silencio, ha creado procedimientos internacionales que resultan en implicaciones directas hacia los Estados y los actores no estatales.

De hecho, por medio de la sentencia Nicaragua v. Estados Unidos de 1986, la Corte Internacional de Justicia reconoció y aplaudió los efectos del Acta Final de Helsinki de 1975, la cual, a pesar de no ser vinculante, tuvo una influencia significativa en Europa Central y Oriental en cuanto a la importancia de la protección de los derechos humanos<sup>24</sup>.

---

23 López Medina, Diego Eduardo y Sánchez Mejía, Astrid Liliana. “La armonización del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho penal colombiano”, Pontificia Universidad Javeriana, *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Ildi*, Bogotá, n.º 12, 317-352, edición especial 2008, p. 27.

24 Corte Internacional de Justicia. Caso Nicaragua v. Estados Unidos, 27 de junio de 1986, párr. 264: “The Court has also emphasized the importance to be attached, in other respects, to a text such as the Helsinki Final Act, or, on another level, to General Assembly resolution 2625 (XXV) which, as its name indicates, is a declaration on ‘Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations’. Texts like these, in relation to which the Court has pointed to the customary content of certain provisions such as the principles of the non-use of force and non-intervention, envisage the relations among States having different political, economic and social systems on the basis of coexistence among their vari-

También existe un vínculo fuerte entre el *soft law* y la costumbre internacional, cuyo alcance se puede ver reflejado en los efectos declarativos, cristalizadores, e incluso constitutivos, de normas consuetudinarias. Su gran acogida dentro del contexto internacional y el desarrollo que estas normas empiezan a tener dentro de los ordenamientos jurídicos internos –lo cual se estudiará más adelante– hacen que tengan un valor que va más allá de recomendación y reluzca su potencial transformador de realidades.

Estos instrumentos pueden verse como una expresión del grado de consenso que existe en la comunidad internacional en relación con el contenido del DIDH, resultando irrelevante discernir si se trata de un instrumento vinculante o no<sup>25</sup>.

Los efectos del derecho blando no se reflejan en casos aislados, su alcance resulta ser significativo en distintas áreas del derecho internacional, como el derecho comercial, el derecho ambiental y los derechos humanos. A continuación, con ánimo de evidenciar el verdadero alcance del *soft law*, daremos a conocer algunos ejemplos respecto a sus efectos jurídicos e implementación.

Empezando con el derecho comercial, un claro ejemplo de su alcance se encuentra en Estados Unidos. La Universidad de Duke realizó una investigación enfocada a revisar el impacto de este dentro de los negocios jurídicos internacionales, donde se llega a la conclusión que estos se conducen mediante las normas del *soft law* y, en la actualidad, las partes contractuales prefieren aplicar estas normas que las establecidas dentro del derecho internacional en sentido estricto.

Incluso, se planea desarrollar el derecho contractual de elegir la aplicación de las normas del *soft law* con el fin de que sean estas las únicas que gobiernen sus transacciones. A pesar de que hasta el momento de la investigación solo se podían encontrar precedentes judiciales del uso de *soft law* en procesos de arbitraje, se denota la evolución de estas normas y de su preferencia en las prácticas negociales del país<sup>26</sup>.

Por otra parte, en el derecho ambiental, uno de los grandes ejemplos puede ser observado en la República del Perú. Los principios del derecho ambiental aparecen en el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales cuyas bases provienen, entre otras herramientas, de la Declaración de Estocolmo sobre Medio Humano, suscrita por el país en 1972, esta perteneciente a los instrumentos del *soft law*.

---

ous ideologies; the United States not only voiced no objection to their adoption, but took an active part in bringing it about". [Consultado el 12 de septiembre de 2020]. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>.

25 Colmegna, Pablo Damián. "Impacto de las normas de *soft law* en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos", *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, año VI, n.º 8, 2012, p. 10.

26 Schwarcz, Steven, L. *Soft Law as Governing Law*, Duke Law School Public Law & Legal Theory Series Paper, n.º 2019-8.

Adicionalmente, el principio precautorio, los servicios ambientales del bosque, la justicia ambiental, la sostenibilidad de los recursos hídricos continentales en la próxima Ley de Aguas, son principios que se derivan del *International Environmental Soft Law*, cuyo impacto en esta nación se ve reflejado mediante la positivización de estas reglas en el ordenamiento interno. Es evidente que el *soft law* contribuye a la evolución del nuevo derecho internacional, y nacional, y a la armonización de la ley ambiental con los estándares globales actuales<sup>27</sup>.

En materia de derechos humanos, es significativo, en primer lugar, reconocer la importancia que, como *soft law*, ha tenido la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). Escrita en 1948, la DUDH fue el primer instrumento reconocido por la comunidad internacional. Es conocida por ser el primer acuerdo ecuménico político en donde se propende a obtener ciertas garantías en el ejercicio de los derechos humanos.

Múltiples debates han surgido frente a la naturaleza jurídica de esta declaración. En un principio se afirmaba que por pertenecer a normas del *soft law* carecía de obligatoriedad, pero, con el tiempo, la importancia de esta declaración se fue consolidando y terminó siendo aceptada como una herramienta jurídica que obligaba a los países con la fuerza de una norma consuetudinaria<sup>28</sup>, hoy con un valor jurídico reconocido por el literal d) del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Vale la pena recalcar que, independientemente del valor jurídico de la DUDH, su contenido ha permitido el desarrollo de normas positivizadas, pertenecientes al *hard law*, que impactan de manera continua la sociedad internacional y el desarrollo de la protección de los derechos mediante las diferentes instituciones. Dentro de las normas que sí hacen estrictamente parte del Derecho Internacional Público, gracias a la DUDH, se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>29</sup>.

Ahora bien, el *soft law* también ha generado efectos importantes en los ordenamientos nacionales. Por ejemplo, el derecho blando contribuyó en la eliminación de la figura del desacato en Argentina mediante una solución amistosa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; en la reforma constitucional nacional de Chile, auspiciada por las recomendaciones y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos en el caso de “La Última Tentación de Cristo”; en la creación de la Fiscalía para víctimas de delitos tras el “Caso Paloma Angélica Escobar en

---

27 Foy Valencia, Pierre. *Op. cit.*

28 Los debates sobre la naturaleza de la declaración no culminan allí y son comparados con los debates de los demás instrumentos del *soft law*, pero no vale hacer énfasis en esto en este preciso momento.

29 Centro Nacional de Memoria Histórica. *Desaparición forzada*. Tomo I: *Normas y dimensiones de la desaparición forzada en Colombia*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2014, pp. 21-23.

México”); y la visita *in loco* en Perú en el año 1998, cuyo informe fue crucial para develar las graves violaciones de derechos humanos en el régimen de Fujimori<sup>30</sup>.

En todas estas ocasiones –solo por nombrar algunas– se hace evidente cómo estos instrumentos, a pesar de no ser obligatorios, han sido aplicados dentro de los ordenamientos internos de maneras varias, reflejando su efecto transformador, que puede ser logrado mediante el cumplimiento de buena fe y buscando el efecto útil de estos por parte de los Estados.

En este punto, resulta relevante profundizar en un ejemplo de la trascendencia del *soft law* a nivel nacional. Se trata de la Ley 387 de 1997, relacionada con el desplazamiento interno en Colombia. No se debatirá sobre la utilidad, viabilidad y protección que otorga esta medida, pues se observará, únicamente, la aplicación del *soft law* dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

La materia prima a partir de la cual se sientan las bases de esta ley se encuentra en las recomendaciones realizadas por el representante de la ONU, el Sr. Deng, en el informe N.U. E/CN.4/1995/50/. Posteriormente, estas sugerencias se materializaron en el Conpes Social 2804 del 13 de septiembre de 1995, cuyo desarrollo se instaló en la ley anteriormente nombrada. Esta última refleja la positivización del *soft law*, pues contiene los principios del Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada. Además, la Corte Constitucional colombiana, a partir de la SU-1150 de 2000, integró los Principios Rectores<sup>31</sup> del desplazamiento forzado en el bloque de constitucionalidad –a pesar de su condición de *soft law*–<sup>32</sup>.

Con todo, la relevancia del derecho blando es incuestionable. Su capacidad para crear obligaciones y facilitar el efectivo cumplimiento de estas en distintas ramas del derecho (nacional e internacional) hace que sea reconocido como una verdadera fuente del derecho internacional. De hecho, a pesar de no estar incluido en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, su capacidad para crear obligaciones,

---

30 Departamento de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia (2020, octubre 22). Curso en línea sobre temas centrales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tercera clase a cargo de la profesora María Claudia Pulido (archivo de video). <https://www.youtube.com/watch?v=yQ2KT7lhZeU>.

31 Los Principios de Siracusa y la Declaración de Londres, entre otros. El más interesante de estos instrumentos, sin embargo, es la Declaración de Normas Humanitarias Mínimas, más conocida con el nombre de Declaración de Turku-Åbo.

32 Sánchez, Beatriz. “Cuando los derechos son la jaula. Trasplante rígido del *soft law* para la gestión del desplazamiento forzado”. *Estudios Políticos*, 35, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, 2009, junio-diciembre, pp. 11-32.

cambiar realidades y alcanzar objetivos nacionales e internacionales le otorga el talante necesario para ser considerado como una fuente del derecho internacional<sup>33</sup>.

## 2. *SOFT LAW* EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Habiendo estudiado a profundidad el *soft law* y su reconocimiento como fuente del derecho internacional, en adelante se dará a conocer el impacto que el derecho blando, como fuente de obligaciones internacionales, tiene en el derecho penal internacional. Para ello, en primer lugar, se demostrará la relación entre el *soft law* y el manejo de los crímenes más atroces de la humanidad; en segundo lugar, se hará referencia a los principios de Núremberg y su trascendental importancia para el derecho penal internacional actual; y, por último, se explicará la importancia del *soft law* en el desarrollo del entendimiento de la desaparición forzada.

Así pues, es adecuado comenzar señalando la fuerte relación que existe entre el *soft law* y algunos de los crímenes más atroces de la historia. En la actualidad, organizaciones internacionales y nacionales han decidido ir más allá de la responsabilidad del individuo y de las penas impuestas por los jueces, para codificar, por medio del derecho blando, una especie de “memoria colectiva” que busca evitar que se repitan genocidios o crímenes de lesa humanidad por medio del aprendizaje, la conmemoración y la investigación de lo sucedido.

A continuación, se explicará la Declaración de Estocolmo y la Resolución de 2019 sobre la importancia de la memoria histórica. Ambas son apenas dos ejemplos dentro de instrumentos para tratar los crímenes más atroces, por ejemplo, la Resolución 39 (I) de la Asamblea General de la ONU sobre la cuestión española, referente a la condena al régimen de Franco; la Resolución sobre la necesidad de conciencia europea y el totalitarismo de 2006 (Declaración de Praga); entre otras.

En la Declaración de Estocolmo o el “Foro Internacional de Estocolmo sobre el Holocausto”, países como Francia, Estados Unidos, Suecia y Alemania firmaron un documento donde buscaban recordar el Holocausto y prevenir la repetición de un suceso similar mediante su enseñanza en las instituciones educativas y su investigación a nivel mundial. Si bien la Declaración hace parte del *soft law*, la disposición adicional cuadragésima primera de la Ley Orgánica 8/2013 de España demuestra

---

33 Internacionalistas como Patricia Birnie y Alan Boyle apoyan su reconocimiento como una fuente del derecho internacional en: Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto. “A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin”. En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, septiembre, 2012, vol. XIII, pp. 355-403. [Consultado el 13 de diciembre de 2020]. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-46542013000100008&script=sci\\_abstract](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-46542013000100008&script=sci_abstract).

cómo lo acordado en el Foro dejó de ser entendido como derecho blando y se convirtió en una obligación para los Estados<sup>34</sup>.

El ejemplo más reciente es la Resolución del Parlamento Europeo sobre la importancia de la memoria histórica europea para el futuro de Europa de 2019. Con esta, la Unión Europea “hace hincapié en la importancia de mantener viva la memoria del pasado, puesto que no puede haber reconciliación sin memoria, y reafirma su posición unida contra todo régimen totalitario sea cual sea su ideología de base”<sup>35</sup> para evitar que se repitan los delitos cometidos en la Segunda Guerra Mundial.

Para ello, en primer lugar, propone que “se realice una evaluación clara y basada en principios de los crímenes y los actos de agresión perpetrados por los regímenes comunistas totalitarios y el régimen nazi”<sup>36</sup>. Posteriormente, pide a los Estados miembros que “condenen y contrarresten todas las formas de negación del Holocausto, incluidas la trivialización y la minimización de los crímenes cometidos por los nazis y sus colaboradores”<sup>37</sup>. Por último, “pide una cultura común de memoria histórica que rechace los crímenes de los regímenes fascistas y estalinistas, y de otros regímenes totalitarios y autoritarios del pasado, como medio para fomentar, en particular entre las generaciones más jóvenes, la resiliencia ante las amenazas modernas que se ciernen sobre la democracia”<sup>38</sup>.

Hasta la fecha no resulta sencillo rastrear el impacto que esta reciente resolución ha tenido en los distintos Estados. Sin embargo, en España la doctrina ha comenzado a proponer la creación de un Comisionado sobre los crímenes de los socialistas y comunistas, un plan de identificación de todos los crímenes cometidos bajo el Frente Popular, entre otras medidas que buscan que se implemente la Resolución<sup>39</sup>.

---

34 España. Jefatura del Estado. Ley Orgánica 8/2013, 9 de diciembre de 2013. En *Boletín Oficial del Estado*. “Disposición adicional cuadragésima primera. Prevención y resolución pacífica de conflictos y valores que sustentan la democracia y los derechos humanos. En el currículo de las diferentes etapas de la Educación Básica se tendrá en consideración el aprendizaje de la prevención y resolución pacífica de conflictos en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social, y de los valores que sustentan la democracia y los derechos humanos, que debe incluir en todo caso la prevención de la violencia de género y el estudio del Holocausto judío como hecho histórico”. [Consultado el 20 de noviembre de 2020]. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2013/BOE-A-2013-12886-consolidado.pdf>.

35 Unión Europea. “Resolución sobre la importancia de la memoria histórica europea para el futuro de Europa”. 2019. En: *Textos aprobados*. [Consultado el 2 de diciembre de 2020]. [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0021\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0021_ES.html).

36 *Ibid.* Artículo 5.

37 *Ibid.* Artículo 9.

38 *Ibid.* Artículo 10.

39 Rocafort, Guillermo. “La resolución del Parlamento Europeo condenatoria del comunismo (2019/2819 RSP) y su aplicación en España”. En: *El Confidencial*, España, 5 de octubre de 2019, párr. 17. [Consultado el 13 de diciembre de 2020]. [https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/la\\_voz\\_](https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/la_voz_)



A pesar de su no vinculatoriedad, es evidente que el *soft law* es un medio bastante concurrido para enfrentar los crímenes más atroces desde una perspectiva moral e histórica. De hecho, el mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido que jurisdicciones nacionales deben tener en cuenta este tipo de declaraciones al interpretar sus disposiciones nacionales para asegurar su puesta en práctica. Así, estos documentos son un primer acercamiento a la relevancia que ha tenido y tiene esta fuente del derecho internacional en materia de derecho penal.

Como segundo argumento para demostrar el impacto del derecho blando en el derecho penal internacional, se traen a colación los principios de Núremberg. Aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en 1950 y confirmados por la Asamblea General de las Naciones Unidas por medio de la Resolución 488 (V) del mismo año, estos principios fueron aplicados en el Estatuto y las sentencias del reconocido Tribunal de Núremberg, encargado de juzgar los crímenes cometidos por los nazis en la Segunda Guerra Mundial<sup>40</sup>.

Se trataba de una serie de postulados que afirman que, en atención al derecho internacional, los delitos contra la paz, los delitos de guerra y los delitos contra la humanidad son crímenes internacionales y deben aplicarse bajo el principio de responsabilidad penal individual. Así, tribunales internacionales y nacionales podrán juzgar estos crímenes en el ejercicio de la jurisdicción universal sin tener en cuenta la posición oficial o la acción en el cumplimiento de órdenes superiores por parte del acusado<sup>41</sup>. Para tal fin, los principios establecen que “ Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción”, y “ El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido”<sup>42</sup>.

Si bien estos principios nacieron como una normatividad del *soft law*, en la sentencia *Kolk y Kislyiy c. Estonia* el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció la

---

del\_lector/resolucion-parlamento-europeo-condenatoria-comunismo-2019-2819-rsp-aplicacion-espana/20191005190500131982.html.

- 40 United States Holocaust Memorial Museum. *Holocaust Encyclopedia: International Military Tribunal at Nuremberg*, Washington D.C., United States Holocaust Memorial Museum, 7 de noviembre de 2020. [Consultado el 15 de diciembre de 2020]. <https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/article/international-military-tribunal-at-nuremberg>.
- 41 Daza González, Alfonso. *El principio de complementariedad en el derecho penal internacional*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2015, pp. 46-47. [Consultado el 13 de diciembre de 2020]. <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14332/4/El-Principio-de-complementariedad.pdf>.
- 42 Comité Internacional de la Cruz Roja. “Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg”. En *Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Compendio de instrumentos internacionales pertinentes*, ONU, A/CN.4/368, 13 abril de 1983. 1950. Principios I y II. [Consultado el 10 de diciembre de 2020]. <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1950-ihl-nuremberg-5tdmhe.htm>.

“validez universal” de los mismos<sup>43</sup>. Tras ello, en su informe presentado de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, el entonces secretario general de las Naciones Unidas reconoció expresamente el carácter de norma de derecho consuetudinario del Estatuto de Núremberg<sup>44</sup>.

Lo anterior fue confirmado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso Dusko Tadić, donde el Tribunal consideró que “un solo acto cometido por un perpetrador en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil trae consigo responsabilidad penal individual, y el perpetrador no necesita cometer numerosas ofensas para ser considerado responsable”<sup>45</sup>. No obstante, fue la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien finalizó el debate del estatus jurídico de estos principios al reconocerlos como normas de *ius cogens*<sup>46</sup>.

Así pues, el caso de los postulados de Núremberg refleja la inmensa relevancia del *soft law* en el derecho penal internacional. Desarrollados por tribunales internacionales, regionales y nacionales, estos principios pasaron a ser parte del derecho consuetudinario internacional. Actualmente, el derecho a un juicio imparcial (principio V) se aplica en los tribunales penales internacionales, pues este ha inspirado la redacción de distintos instrumentos como el artículo 21 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el artículo 20 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda y el artículo 67 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Lo mismo sucede en tratados internacionales de derechos humanos como los artículos 14, párrafo 1, y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>47</sup>.

---

43 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 17 de enero de 2006. Caso Kolk y Kislyiy v. Estonia. En: Derechos. Si bien el Tribunal de Núremberg se estableció para enjuiciar a los principales criminales de guerra de los países europeos del Eje, por los crímenes que habían cometido antes y durante la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal destaca que la validez universal de los principios relativos a los crímenes contra la humanidad se vio posteriormente confirmada por, *inter alia*, la resolución 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (11 de diciembre de 1946) y más tarde por la Comisión de Derecho Internacional. Como consecuencia, la responsabilidad por crímenes contra la humanidad no puede verse limitada únicamente a los nacionales de ciertos países, ni exclusivamente a actos cometidos dentro del periodo específico de la Segunda Guerra Mundial. [Consultado el 15 de diciembre de 2020]. <http://www.derechos.org/nizkor/impu/kolkesp.html>.

44 Cassese, Antonio. *Afirmación de los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg*. United Nations Audiovisual Library of International Law, 2009, p. 7. [Consultado el 16 de diciembre de 2020]. [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga\\_95-I/ga\\_95-I\\_s.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_s.pdf).

45 Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. 7 de mayo de 1997. *Caso Prosecutor v. Dusko Tadic*. IT-94-1-T, Opinion and Judgement, párr. 649.

46 Corte Interamericana de Derechos Humanos. 26 de septiembre de 2006. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrs. 97-99. [Consultado el 16 de diciembre de 2020]. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf).

47 Cassese, Antonio. *Op. cit.*, p. 7.

Para finalizar con los argumentos en cuanto al derecho penal internacional, es preciso enfatizar cómo la desaparición forzada llega a tener relevancia internacional y local gracias al *soft law*. En este caso, es de vital importancia nombrar el *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, un instrumento de *soft law* plasmado en la Resolución 43/173 de 9 de diciembre de 1988 de la Asamblea General de la ONU.

Este instrumento permitió clarificar la interpretación que se le estaba dando inicialmente al concepto de desaparición forzada, cuyo debate generó discordia entre las organizaciones internacionales que tenían como objetivo la creación de un nuevo margen normativo de este delito. Es así como esta herramienta permite desarrollar y tecnicar conceptos que no habían recibido un tratamiento uniforme en el Derecho Internacional Público, logrando la consolidación de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas<sup>48</sup>.

Ambas convenciones terminaron convirtiéndose en un punto de referencia para los Estados americanos quienes, a partir de la realización de un control de convencionalidad estricto, logran llenar los vacíos legales que permiten la impunidad de aquellos responsables de graves violaciones a los derechos humanos<sup>49</sup>.

La relevancia del *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión* y la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* es crucial para entender la magnitud que puede llegar a tener la aplicación del *soft law*. Ambas herramientas formaron la base de la normatividad de las convenciones que hoy en día son el soporte jurídico de la tipificación de la desaparición forzada en los países latinoamericanos.

Un ejemplo concreto de esto lo podemos observar en el Proyecto de Ley que dio paso a la modificación del Código Penal en Chile. En su parte motiva señala, de forma literal, la necesidad de incorporar este delito en su código con el fin de cumplir a cabalidad los mandatos internacionales que se derivan de los convenios y de las declaraciones respectivas<sup>50</sup>.

---

48 Sferazza Taibi, Pietro. "La definición de la desaparición forzada en el derecho internacional", Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, *Revista Ius et Praxis*, año 25, n.º 1, 2019, pp. 2-12.

49 González Domínguez, Pablo. *La Doctrina del Control de Convencionalidad a la luz del Principio de Subsidiariedad*, Universidad Panamericana México, publicado por el Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2015, p. 18.

50 Anteproyecto de Ley tipificación de la desaparición forzada Chile.

Así las cosas, no cabe duda de que el *soft law* es una verdadera fuente del derecho internacional, pero adicionalmente es un tipo de normatividad que tiene una importancia monumental en el derecho penal internacional. En silencio, el derecho blando ha logrado cambiar realidades en la forma de tratar, entender y aplicar el derecho penal internacional. Con sus numerosas ventajas sobre el *hard law* y su efectividad para lograr objetivos, es previsible un aumento en su utilización en esta área del derecho internacional.

### 3. *SOFT LAW* EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

Por otro lado, la influencia del *soft law*, al igual que en el derecho penal internacional, es innegable en el derecho interno. Con la finalidad de ejemplificar su influencia se ha decidido elegir una de las aplicaciones más representativas y contemporáneas del *soft law* dentro del sistema penal colombiano: la inclusión del derecho de la doble conformidad al ordenamiento jurídico. Este derecho ha sido desarrollado por el sistema internacional –en una primera instancia– e incluido paulatinamente dentro del colombiano, dada la necesidad de cumplir con los estándares internacionales y evitar incurrir en responsabilidad internacional.

#### 3.1. Derecho a la doble conformidad

Para entender cómo ha sido esta inclusión se debe tener claro el concepto de este derecho; también conocido como el derecho a la impugnación, consiste en la facultad de controvertir la primera sentencia condenatoria, para que un mismo litigio sea resuelto por dos jueces diferentes –sin importar la instancia en que esta se dicte–. Este derecho suele ser confundido con la doble instancia, cuya diferenciación en lo que respecta al estatus jurídico, objeto y finalidad es vital para su comprensión.

La Sentencia C-792 del 2014 emitida por la Corte Constitucional será la base para realizar la comparación entre ambos derechos. En esa ocasión, la Corte describió las diferencias que se pueden encontrar entre las características nombradas de ambos derechos, como a continuación se verá brevemente:

a. En cuanto al estatus jurídico, la doble conformidad es un derecho subjetivo de rango constitucional; su origen se establece en la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que, al ser ingresados al bloque de constitucionalidad, tienen jerarquía constitucional, además de encontrarse nombrados en el artículo 29 de la misma Constitución Política de Colombia. Por otra parte, la doble instancia es una garantía que hace parte del debido proceso. Esta diferencia es importante porque, al ser la doble instancia un principio del debido proceso, se entiende que puede ser exceptuada por vía legis-

lativa, mientras que la doble conformidad –al ser un derecho constitucional– tiene excepciones limitadas.

b. En lo concerniente al objeto, mientras que la doble conformidad otorga la facultad de controvertir la primera sentencia condenatoria, la doble instancia exige que una misma controversia sea revisada por dos fases procesales diferentes e independientes. Esta diferencia recae sobre otro factor –de relevancia innegable para el objetivo que atañe en la presente investigación–: la doble conformidad solo es aplicable a las sentencias condenatorias; por lo tanto, es un derecho limitado al proceso penal.

c. En relación con la finalidad, la Corte explica que, mientras el derecho a la doble conformidad garantiza la defensa plena de las personas que han sido condenadas en un proceso penal y asegura que la condena sea impuesta correctamente, la doble instancia garantiza la corrección del fallo judicial. La doble conformidad es un beneficio para un sujeto específico, mientras la doble instancia tiene un sujeto impersonal<sup>51</sup>.

Además de las características mencionadas, es importante reconocer el vínculo indisoluble establecido entre el derecho penal y el derecho a la doble conformidad. Este vínculo es entendido desde el origen mismo del derecho, que, como ya se dijo, se encuentra en el sistema internacional.

Este derecho tiene su génesis en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el cual se establece: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”<sup>52</sup>, y el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos en donde se hace referencia a las garantías judiciales que deben ser otorgadas a toda persona que haya sido inculpada de delito.

La Observación General número 23 del Comité de Derechos Humanos –por medio de la cual se considera “El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia”– desarrolla el contenido del artículo anteriormente nombrado, estableciendo de manera más concreta su finalidad y campo de acción. Este instrumento del *soft law* circunscribe la prerrogativa de este derecho al terreno penal, definiendo que “la garantía [...] no se aplica a los procedimientos para determinar los derechos y obligaciones de carácter civil ni a ningún otro procedimiento que no forme parte de un proceso de apelación penal, como los recursos de amparo constitucional”<sup>53</sup>.

---

51 Corte Constitucional. Sentencia C-792 de 2014, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, pp. 25-38.

52 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.5. <https://www.ohchr.org/sp/profesionalinterest/pages/ccpr.aspx>.

53 Comité de Derechos Humanos, Observación General número 32, desarrollo del artículo 14 del PIDCP. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, 2007.

Complementando lo anterior, y en consonancia con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Observación General número 23 establece que el alcance de este derecho debe tener una dimensión sustancial y no meramente formal, además que los elementos de análisis se deben extender no solo a los fundamentos normativos del fallo, sino también a los elementos de prueba y a los hechos que sirvieron de base a la condena<sup>54</sup>. Este derecho tiene como objetivo que el condenado pueda cuestionar la decisión judicial y todos sus elementos determinantes.

Por último, se indica que este derecho opera en contra de toda condena impuesta en el marco del proceso penal, incluyendo aquellas providencias que declaran la responsabilidad por primera vez en otras fases del juicio. Esto quiere decir que el Comité aclara que el haber sido juzgado por el tribunal de mayor jerarquía en el respectivo ordenamiento jurídico no compensa la ausencia de revisión, en caso de que la condena sea establecida por este, por primera vez –sin importar la etapa procesal en la que se encuentre–; por lo tanto, aquellos sistemas que no otorguen la revisión correspondiente serán incompatibles con el pacto.

Con base en estas directrices, el Comité y la Corte han determinado en qué casos se transgrede el artículo 14.5 del PIDCP y el 8.2 de la CADH y se incurre en responsabilidad internacional. Desarrollando esta idea, cuando la revisión recaer sobre aspectos puntuales del fallo, y no permite una nueva aproximación a la causa considerada en su conjunto, no garantiza adecuadamente el derecho; *a contrario sensu*, cuando el operador jurídico encargado de la revisión de la sentencia condenatoria está dotado de amplias facultades para evaluar nuevamente todos los aspectos que tienen repercusión en la decisión judicial, no se configura una vulneración del derecho a la doble conformidad<sup>55</sup>.

Como ejemplos de lo anterior se tienen los casos *Cesario Gómez Vásquez c. España*<sup>56</sup> y *Domukovsky y otros c. Georgia*<sup>57</sup>, en donde ha sido declarada la responsabilidad de los Estados por transgredir el derecho convencional al versar la revisión en aspectos meramente formales, en el primer caso, y en el segundo al versar exclusivamente sobre cuestiones de derecho y encontrarse limitada la revisión. Es mediante estos mecanismos de *soft law* que se han dictado los parámetros que desarrollan de manera más amplia este derecho, y son estos mismos los que servirán como base para su introducción en el ordenamiento jurídico colombiano, como se verá brevemente a continuación.

---

54 Corte Constitucional. *Op. cit.*, p. 30.

55 *Ibíd.*, p. 31.

56 Comunicación 701/1996.

57 Comunicaciones 623 a 627/1995.

### 3.1.1. *Derecho a la doble conformidad para aforados en el ordenamiento jurídico colombiano*

Como ya se ha dicho, un reflejo claro de la influencia del *soft law* dentro del ordenamiento jurídico colombiano es la reciente adición de la doble conformidad para los aforados. Este hecho jurídico ha generado una fuerte reacción por parte de la opinión pública ya que se considera –según los medios de comunicación– que es una forma de otorgarles beneficios extras a “los privilegiados”. Estas aseveraciones resultan ser incorrectas; lo que no se le ha explicado a la comunidad es que el país estaba desconociendo un derecho constitucional e internacional, al que debían tener acceso este grupo de funcionarios y, consecuentemente, estaba incurriendo en responsabilidad internacional.

Con la finalidad de evitar seguir incumpliendo lo pactado en el PIDCP y la CADH, se añade el derecho a la doble conformidad para los aforados tras un viacrucis jurídico –como es conocido por algunos–<sup>58</sup>. Después de altos y bajos, de sentencias y actos legislativos, se incluye este derecho convencional, que, como se explicó con anterioridad, ha sido desarrollado principalmente mediante instrumentos del *soft law*, pilares de este cambio jurídico.

#### 3.1.1.1. *El fuero de investigación y juzgamiento penal de altos funcionarios del Estado*

Es vital entender cómo funciona el proceso de juzgamiento penal de los aforados para evidenciar la falta que tenía el ordenamiento colombiano y cómo esto ha cambiado tras el largo proceso que inicia con la Sentencia de Constitucionalidad 792 del 2014, posteriormente con el Acto Legislativo 01 del 2018 y finaliza con la Sentencia de Unificación 217 del año 2019.

Por aforados, la Constitución Política de 1991 entiende al grupo de altos funcionarios del Estado que, por su investidura, deben ser juzgados e investigados por un procedimiento especial. Dentro de este grupo encontramos al presidente de la República, los magistrados de las altas cortes y el fiscal general de la Nación. La investigación y el juzgamiento de estos funcionarios están atribuidos al Senado de la República, previa acusación de la Cámara de Representantes, y a la Corte Suprema de Justicia en caso de los delitos comunes<sup>59</sup>.

---

58 González, Diego Alejandro. “El viacrucis de la doble instancia para aforados”, *Ámbito Jurídico*, 20 de junio del 2019, Legis. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/relaciones-exteriores-e-internacional/el-viacrucis-de-la-doble-instancia-para>.

59 Gómez Pavajeau, Carlos y Farfán Molina, Francisco. “El fuero de investigación y juzgamiento penal de altos funcionarios del Estado. Problemas procesales”, *Derecho Penal y Criminología*, 36, 101 (dic. 2015), pp. 87-132.

Este procedimiento desconoce tanto el derecho a la doble instancia como el derecho a la doble conformidad, dado que la Corte Suprema de Justicia conoce de estos casos en una “única instancia” y no hay recursos de impugnación idóneos que representen estos derechos<sup>60</sup>.

### 3.1.1.2. Sentencia C-792/2014

Esta sentencia es un hito para la inclusión del derecho al ordenamiento. Concluye que el sistema procesal colombiano, configurado en la Ley 906 del 2004, contiene una omisión legislativa por la inexistencia de un recurso idóneo que materialice el derecho a la impugnación en todos aquellos casos en que el juez de primera instancia absuelve al condenado y el de segunda instancia revoca el fallo anterior e impone por primera vez una condena. Por consiguiente, la Corte declaró inexecutable los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 de la nombrada ley, en razón del desconocimiento del derecho con rango constitucional de la doble conformidad y de los tratados internacionales, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos –aprobada mediante la Ley 16 de 1972– y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Además de lo anterior, la Corte Constitucional exhorta al Congreso de la República para que, en el término de un año a partir de la notificación de la sentencia, regule integralmente el derecho a impugnar todas las sentencias condenatorias, en los términos establecidos por el tribunal. Cabe resaltar que estos términos han sido esclarecidos mediante lo regulado en la Observación General número 32 y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que sirvieron como *obiter dicta* y hacen parte fundamental de la *ratio decidendi* de la presente sentencia. Complementando esto, se resalta que la Corte en reiteradas ocasiones ha reconocido –sin ser esta la excepción– la necesidad de integrar las normas acogidas por los tratados internacionales con la respectiva interpretación realizada por las autoridades competentes, ya que son estas las que establecen el alcance de estos tratados y por ende el de los propios derechos constitucionales.

Como consecuencia de esta sentencia se tuvo la expedición del Acto Legislativo 01 de 2018. Sin embargo, el nuevo procedimiento introducido por este acto sigue sin cumplir con las garantías procesales de la doble instancia y la doble conformidad. Finalmente, para solucionar esto, la Corte Constitucional profiere el 21 de mayo del 2019 la Sentencia SU-217, por medio de la cual se le otorga el derecho a la doble conformidad retroactiva a los aforados, terminando de esta forma el viacrucis jurídico de la introducción de este derecho al ordenamiento jurídico colombiano; esta es una expresión clara de la relevancia de los instrumentos del *soft law* y de cómo estos ayudan a la integración de los ordenamientos y terminan convirtiéndose en fuentes de derecho.

---

60 *Ibid.*, p. 32.



#### 4. REFLEXIONES SOBRE LAS POSIBILIDADES QUE OFRECE EL *SOFT LAW* COMO FUENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL

Tras conocer su verdadera naturaleza y efectos, se determinó que el *soft law* es una auténtica fuente del derecho internacional. Además, se demostró su influencia en el derecho penal internacional y nacional. Ahora, a modo de cierre, se presentarán algunas reflexiones sobre las posibilidades que ofrece el *soft law* como origen de obligaciones internacionales en el derecho internacional.

Ciertamente, una de las mayores problemáticas del derecho internacional son los conflictos normativos. El choque entre ordenamientos regionales, nacionales e internacionales se hace cada vez más fuerte en un mundo globalizado. Lo que antes eran cortes constitucionales encargadas de interpretar y salvaguardar la constitución de cada país se han convertido en analistas, receptoras e implementadoras de herramientas internacionales.

A pesar de sus múltiples beneficios, la coexistencia entre sistemas ha ocasionado choques entre sí, conduciendo al mundo jurídico, y a la población beneficiaria de este, hacia la incertidumbre de la aplicabilidad de ciertas normas. A continuación se intentará complementar algunas de las propuestas que han intentado resolver esta problemática, pues quizá, entendido como una fuente del derecho internacional, el *soft law* pueda tener un papel importante para resolver el choque entre sistemas.

La doctrina ha sido amplia en cuanto a la posibilidad de que exista una coordinación y armonización entre los distintos sistemas para, eventualmente, lograr una unificación pluralista (sin jerarquías ni sobreposición entre sistemas). Para lograr armonizar los sistemas, esto es, la integración entre ellos sin la imposición de una unificación o un régimen jerárquico, bastante se ha sugerido implementar un margen de apreciación para cada Estado a la hora de adoptar un tratado internacional<sup>61</sup>. Esto, con el fin de evitar la solución de las diferencias entre sistemas por meros argumentos de jerarquía (imponiendo el sistema regional o internacional sobre el nacional), ignorando la cultura y preferencias de la población de cada país.

Ciertamente, la propuesta es interesante y podría resultar efectiva por respetar las diferencias en vez de eliminarlas sin más. No obstante, en la práctica, cuando se refiere a un tratado, la aplicación de este margen de apreciación tras su ratificación resulta problemática. ¿Qué tan amplio debe ser el margen?, ¿puede variar dependiendo del caso concreto? Aunque se podrían establecer las condiciones para su

---

61 Ver, por ejemplo, Delmas-Marty, Mireille. *Ordering Pluralism: A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, Portland, Hart Publishing, 2009; Acosta Alvarado, Paola Andrea y Núñez Poblete, Manuel. *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*, UNAM, 2012, y Follesdal, Andreas. *Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2017.

implementación, su aplicación variará en cada caso, convirtiéndose en una solución problemática para los jueces.

Es en este punto donde el *soft law* puede convertirse en un factor determinante. Como se ha estudiado, el derecho blando no busca vincular directamente a los Estados, pero, debido a sus múltiples ventajas (económicas, temporales, jurídicas...), este termina siendo incluso más efectivo que los mismos tratados del *hard law*. Es precisamente esa falta de obligatoriedad inicial la que hace de esta la herramienta perfecta para la implementación de un margen nacional de apreciación. Al no correr el riesgo de ser sancionados, los Estados aceptan el contenido de las normas de *soft law* y, en últimas, terminan, aunque a su manera, cumpliendo con lo establecido.

Así, el derecho blando es, probablemente, una de las opciones que tiene el derecho internacional para solucionar la problemática de la coexistencia entre sistemas. Con este, la comunidad internacional puede expedir sus objetivos sin imponerse sobre los ordenamientos de cada Estado, respetando el pluralismo legal y constitucional. En ese sentido, el *soft law* puede convertirse en un factor determinante para el manejo del margen de apreciación nacional que posibilita la armonización entre sistemas y, por tanto, mejora la efectividad y comprensión del derecho internacional.

## CONCLUSIONES

Evidentemente el *soft law* expande el catálogo de fuentes del derecho internacional. Su impacto en el ordenamiento internacional y en los diferentes ordenamientos nacionales demuestra la necesidad de darle la importancia que se merece. Atendiendo a la definición de fuentes del derecho internacional, es decir, los mecanismos de creación de obligaciones, ciertamente el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se queda corto ante los efectos jurídicos y el impacto que produce el *soft law*. Como se demostró mediante distintos ejemplos, en la práctica, a pesar de su no vinculatoriedad inicial, el *soft law* termina generando el mismo o incluso un mayor impacto que los tratados dentro de los ordenamientos internos.

Se ha evidenciado que los efectos jurídicos producidos por estos instrumentos involucran distintas áreas del derecho internacional y nacional. El derecho penal es un ejemplar de las tantas áreas que se ven influenciadas por estos instrumentos. En su ámbito internacional, esta área ha sido moldeada por instrumentos no vinculantes como la Declaración de Estocolmo, la Declaración de Praga, los Principios de Núremberg, entre otros. Lo mismo sucede en el ámbito nacional, donde conceptos desarrollados principalmente por el *soft law*, como el derecho a la doble conformidad, expanden y modifican las garantías del sistema penal colombiano.

En este caso se hizo énfasis en Colombia; sin embargo, no cabe duda de que el *soft law* repercute en los demás ordenamientos y sistemas penales en el mundo. Como

se analizó al final de este texto, se demostró que son más las ventajas, y es mayor el margen de aplicación de estas herramientas, en comparación con las vinculantes. Inclusive, como se analizó en el último acápite, apenas se está comprendiendo el verdadero alcance de estos instrumentos. Frente a tantos ejemplos de su aplicabilidad, es viable diagnosticar un futuro regido por normas no vinculantes.

Un primer paso normativo del reconocimiento a nivel interno del *soft law*, en nuestro sentir, lo constituye el artículo 5 de la Ley 65 de 1993, refrendado por el artículo 4 de la Ley 1409 de 2014, que introduce el principio del reconocimiento de los Derechos Humanos universalmente aceptados por el orden jurídico colombiano por vía general, dentro de los principios rectores de la ley penitenciaria y carcelaria, al precisar que el Estado no podrá desconocer los “Derechos Humanos universalmente reconocidos”, los cuales prevalecerán en el sistema, sin que pueda desconocerse que la segunda ley mencionada tiene un alcance mucho mayor, puesto que se refiere a temas tanto sustanciales como procesales penales, a los cuales resultaría aplicable lo ordenado.

En esencia fue ello lo que se concibió para la existencia y validez del *soft law*, como ya se anotó, en la sentencia Kolk y Kislyiy c. Estonia en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció la “validez universal” de ciertos principios<sup>62</sup>.

Por supuesto, una interpretación útil y eficaz no se conforma con estimar que allí se está repitiendo el contenido de los artículos 93 de la Carta Política y 3 de la Ley 906 de 2004; por el contrario, se está dando cuenta de un plus que va mucho más allá, lo cual incluye normas del *soft law* que tengan tal predicación.

Los alcances de los principios y normas rectoras, como la mencionada, son evidentes y comportan una ampliación y optimización de las normas reglas, imponiendo un dinamismo y progresividad compatible con el entendimiento del *soft law*, en tanto aquellas son la esencia y orientación del sistema, prevalecen sobre las demás y sirven para fijar los alcances de su interpretación (artículo 13 de la Ley 599 de 2000).

---

62 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 17 de enero de 2006. Caso Kolk y Kislyiy v. Estonia. En: Derechos. Si bien el Tribunal de Núremberg se estableció para enjuiciar a los principales criminales de guerra de los países europeos del Eje, por los crímenes que habían cometido antes y durante la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal destaca que la validez universal de los principios relativos a los crímenes contra la humanidad se vio posteriormente confirmada por, *inter alia*, la resolución 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (11 de diciembre de 1946) y más tarde por la Comisión de Derecho Internacional. Como consecuencia, la responsabilidad por crímenes contra la humanidad no puede verse limitada únicamente a los nacionales de ciertos países, ni exclusivamente a actos cometidos dentro del periodo específico de la Segunda Guerra Mundial. [Consultado el 15 de diciembre de 2020]. <http://www.derechos.org/nizkor/impu/kolkesp.html>.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Academia Colombiana de Derecho Internacional. Serie 1 - Fuentes del Derecho Internacional - Fabián Cárdenas. YouTube. Bogotá. (15 de junio de 2018). [https://www.youtube.com/watch?v=8HaDK\\_RnyWM](https://www.youtube.com/watch?v=8HaDK_RnyWM)

Acosta Alvarado, Paola Andrea y Núñez Poblete, Manuel. *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*, UNAM, 2012.

Ahmed, Arif y Mustofa, Jahid. "Role of soft law in environmental protection: an overview", *Global Journal of Politics and Law Research*, vol. 4, n.º 2, Londres, European Centre for Research Training and Development UK, 2016.

Akehurst, M. "The Hierarchy of the Sources of International Law", *British Yearbook of International Law*, 1975, vol. 47 (1) [en línea], Inglaterra.

Alcaldía de Medellín. *Agenda Medellín 2030 Objetivos de Desarrollo Sostenible* [en línea], Medellín. Departamento Administrativo de Planeación, 2013.

Arévalo Ramírez, Walter. *Manual de Derecho Internacional Público: fundamentos, tribunales internacionales y casos de estudio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

Barberis, Julio. *Formación de derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco Rodolfo de Palma, 1994.

Bisschop, W. R. "Sources of International Law" [en línea]. En: *Transactions of the Grotius Society*, vol. 26, pp. 235-260, Inglaterra, Cambridge University Press, 1940. [Consultado el 12 de agosto de 2020]. <http://www.jstor.com/stable/742700>.

Bull, Hedley. *The Anarchical Society*, 2.ª edición, Inglaterra, Macmillan Publishers, 1977.

Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto. "A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin" [en línea]. En: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, septiembre, 2012, vol. XIII, pp. 355-403, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México.

Cassese, Antonio. *Afirmación de los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg* [en línea], United Nations Audiovisual Library of International Law, 2009, p. 7. [Consultado el 16 de diciembre de 2020]. [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga\\_95-I/ga\\_95-I\\_s.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_s.pdf).

Centro Nacional de Memoria Histórica. *Desaparición forzada*. Tomo I: *Normas y dimensiones de la desaparición forzada en Colombia*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2014.

Colmegna, Pablo Damián. “Impacto de las normas de soft law en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, año VI, n.º 8, 2012.

Comité Internacional de la Cruz Roja. “Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg” [en línea]. En: *Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* - Compendio de instrumentos internacionales pertinentes, ONU, A/CN.4/368, 13 abril de 1983. 1950. Principios I y II. [Consultado el 10 de diciembre de 2020]. <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1950-ihl-nuremberg-5tdmhe.htm>.

Corte Constitucional. Sentencia C-792 de 2014, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 26 de septiembre de 2006. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) [en línea]. [Consultado el 16 de diciembre de 2020]. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf).

Corte Internacional de Justicia. *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, 1978.

Corte Internacional de Justicia. 27 de junio de 1986. Caso Nicaragua v. Estados Unidos.

Daza González, Alfonso. *El principio de complementariedad en el derecho penal internacional* [en línea], Bogotá D.C., Universidad Católica de Colombia, 2015, pp. 46-47. [Consultado el 13 de diciembre de 2020]. <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14332/4/El-Principio-de-complementariedad.pdf>.

Delmas-Marty, Mireille. *Ordering Pluralism: A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, Portland, Hart Publishing, 2009.

Del Toro Huerta, Mauricio Iván. “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* [en línea], 2006.

Departamento de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia (2020, octubre 22). Curso en línea sobre temas centrales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tercera clase a cargo de la profesora María Claudia Pulido (archivo de video). Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=yQ2KT7IhZeU>.

España. Jefatura del Estado. Ley Orgánica 8/2013. 9 de diciembre de 2013 [en línea]. En: *Boletín Oficial del Estado*.

Follesdal, Andreas. *Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2017.

Foy Valencia, Pierre. “Soft Law y derecho internacional ambiental: algunas aplicaciones nacionales”, *Revista Boliviana de Derecho*, 2008, (5), 65-84. ISSN: 2070-8157. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=4275/427539905005>.

García Alarcón, Gloria. *El soft law y nuestro sistema de fuentes*, Universidad de Murcia, 2010.

Gómez Pavajeau, Carlos y Farfán Molina, Francisco. “El fuero de investigación y juzgamiento penal de altos funcionarios del Estado. Problemas procesales”. *Derecho Penal y Criminología*, 2015, 36, 101, pp. 87-132.

González, Diego Alejandro. “El viacrucis de la doble instancia para aforados”, *Ámbito Jurídico*, 20 de junio del 2019, Legis. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/relaciones-exteriores-e-internacional/el-viacrucis-de-la-doble-instancia-para>.

González Domínguez, Pablo. *La Doctrina del Control de Convencionalidad a la luz del Principio de Subsidiariedad*, Universidad Panamericana México, publicado por el Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2015.

International Organization. *Legalization and World Politics*, Estados Unidos, MIT Press, 2000.

Klabbers, Jan. *The Concept of Treaty in International Law*, Londres, Cambridge University Press, 1996.

López Medina, Diego Eduardo y Sánchez Mejía, Astrid Liliana. “La armonización del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho penal colombiano”, *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Ildi*, n.º 12, 317-352, edición especial 2008, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana.

Mazuelos Bellido, Ángeles. *Soft law, ¿mucho ruido y pocas nueces?*, Universidad Autónoma de Madrid.

Melero Alonso, Eduardo. *La dogmática jurídica es política. La importancia de las concepciones políticas en el trabajo de los juristas: un acercamiento desde el derecho público*, Universidad Autónoma de Madrid.

Thureer, Daniel. “Soft Law”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, 2009.

Rocafort, Guillermo. “La resolución del Parlamento Europeo condenatoria del comunismo (2019/2819 RSP) y su aplicación en España” [en línea]. En: *El Confidencial*. España, 5 de octubre de 2019, párr. 17. [Consultado el 13 de diciembre de 2020]. [https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/la\\_voz\\_del\\_lector/](https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/la_voz_del_lector/)

resolucion-parlamento-europeo-condenatoria-comunismo-2019-2819-rsp-aplicacion-espana/20191005190500131982.html.

Sánchez, Beatriz. “Cuando los derechos son la jaula. Trasplante rígido del soft law para la gestión del desplazamiento forzado”, *Estudios Políticos*, 35, 2009, junio-diciembre, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia

Sferrazza Taibi, Pietro. “La definición de la desaparición forzada en el derecho internacional”, *Revista Ius et Praxis*, año 25, n.º 1, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2019.

Schwarcz, Steven L. *Soft Law as Governing Law*, Duke Law School Public Law & Legal Theory Series Paper n.º 2019-8.

Shelton, Dinah. *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Washington, George Washington University Law School, 2000.

Tribunal Europeo de derechos humanos. 17 de enero de 2006. Caso Kolk y Kislyiy v. Estonia [en línea]. En: Derechos.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. 7 de mayo de 1997. *Caso Prosecutor v. Dusko Tadic*. IT-94-1-T, Opinion and Judgement, párr. 649.

Unión Europea. Resolución sobre la importancia de la memoria histórica europea para el futuro de Europa. 2019 [en línea]. En: Textos aprobados. [Consultado el 2 de diciembre de 2020]. [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0021\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0021_ES.html).

United States Holocaust Memorial Museum. *Holocaust Encyclopedia: International Military Tribunal at Nuremberg* [en línea]. Washington D.C., United States Holocaust Memorial Museum. 7 de noviembre de 2020. [Consultado el 15 de diciembre de 2020]. <https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/article/international-military-tribunal-at-nuremberg>.

Victor, David. “The Use and Effectiveness of Nonbinding Instruments in the Management of Complex International Environmental Problems” [en línea]. En: *Proceedings of the Annual Meeting* (American Society of International Law), Londres, Cambridge University Press, 1997, vol. 91.