

SUPERANDO EL ART. 38 DEL ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: EL UNIVERSO EXPANSIVO E INVASIVO DEL *SOFT-LAW*. REFLEXIONES DESDE POSTULADOS DEMOCRÁTICOS

*Overcoming Art. 38 of the Statute of the International Court
of Justice: The Expansive and Invasive Universe of Soft-Law.
Reflections from Democratic Postulate*

Francisco Jiménez García

“[E]l argumento más importante para renunciar a la contemplación ensimismada del artículo 38 del Estatuto como la verdad revelada en materia de fuentes internacionales reside en la pluralidad de procedimientos de creación y modificación de derechos y obligaciones no previstos en su letra pero reconocidos y afirmados como tales”

L. I. Sánchez Rodríguez, *Derecho Internacional y Crisis Internacionales*, Iustel, Madrid, 2005.

“En nuestros días, incluso la semisoberanía parece estar desapareciendo, y los ciudadanos están volviéndose efectivamente no soberanos. Estamos asistiendo al crecimiento de una idea de democracia carente de su componente popular: democracia sin el pueblo”

P. Mair, “¿Gobernar el vacío? El proceso de vaciado de las democracias occidentales” *New Left Review* 3, 2000.

SUMARIO: 1. FUTURISMO JURÍDICO Y DERECHO LÍQUIDO GLOBAL. 2. EL *SOFT LAW*: DE PRE-DERECHO A PARA-DERECHO. INTERCAMBIO ENTRE LA EQUIDAD PROCESAL INHERENTE A LA DOCTRINA DE LA IGUALDAD SOBERANA Y LA EFICIENCIA DE LAS REGLAS JURÍDICAS. 2.1. Las percepciones doctrinales del *soft law*: de conciencia comunitaria a canto insidioso carente de legitimidad. 2.2. *Soft law*: realidad efectiva incontestable en búsqueda de una doble legitimidad: la teoría de la autoridad pública. 2.2.1. Su realidad incontestable. 2.2.2. La legitimidad de estos “*offshore o islas jurídicas*”: la teoría de la autoridad pública. 3. LA DENSIDAD NORMATIVA Y LA POLIMORFOLOGÍA DEL *SOFT LAW*. 3.1. El *soft law* como factor de progreso normativo: sus fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas. 3.2. El *soft law* interpretativo e integrador. Elemento decisivo en la formación de una “*cultura jurídica internacional*” de los derechos humanos. 3.2.1. El *soft law* en la cultura jurídica asumida por el TC y el TS en España: ¿la obligato-

riedad/normatividad de las recomendaciones de los comités sobre derechos humanos de la ONU? 3.2.2. Las jurisdicciones internacionales de derechos humanos (el Tribunal Europeo de Derecho Humanos –TEDH– y la Corte Interamericana de Derechos Humanos –CorteIDH–) han incorporado con naturalidad el *soft law* internacional de los derechos humanos. 3.2.2.1. El *soft law* como vector determinante del carácter constitucional del principio de interpretación evolutiva en el TEDH. 3.2.2.2. La CorteIDH y el rango “constitucional” del *soft law* en los desarrollos interpretativos de los Derechos humanos convencionalmente reconocidos. 3.3. La Unión Europea y la legitimación individual ante las observaciones del Comité sobre el cumplimiento del Convenio de Aarhus. 4. EL *SOFT LAW* NORMATIVO: LA DIMENSIÓN TÉCNICA Y LA DIMENSIÓN POLÍTICO-LEGISLATIVA. EL *SOFT LAW* EN LA CONFIGURACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE LOS ESTADOS SIN EL ESTADO. 4.1. La normalización o estandarización técnica. 4.2. *Soft law* normativo y su incidencia en las políticas legislativas estatales: ¿el proceso de vaciado de las democracias occidentales? 4.2.1. El *soft-law* en la lucha contra el terrorismo: ¿viabilidad de esta normativa en el ámbito de la prevención y lucha contra el terrorismo especialmente sensible al disfrute de los derechos y libertades fundamentales? 4.4.2. El *soft law* y la pericia financiera. ¿La privatización en la lucha contra la criminalidad organizada: la sustitución de la participación democrática por la participación tecnocrática? 5. EL DERECHO INDICATIVO DE LA UNIÓN EUROPEA. 6. CONCLUSIÓN.

RESUMEN: El *soft-law* ha llegado para quedarse e infiltrarse de forma envolvente en nuestro mundo jurídico por vías no estrictamente normativas. Se trata de una institución jurídica fuertemente arraigada que presenta contornos poliédricos conforme a los sistemas jurídicos en los que opera. Si en distintos ámbitos normativos, el *soft-law* resulta imprescindible tanto como herramienta interpretativa evolutiva como instrumento jurídico de desarrollo y adaptación a las nuevas realidades en virtud de consideraciones técnicas, de especialidad o de emergencia en la respuesta, en otros resulta cuestionable su uso abusivo en detrimento de procedimientos más representativos, garantistas y transparentes. El *soft-law* se constituye en el mecanismo formal y sustantivo idóneo para la realización de una gobernanza global, políticamente selectiva, que trasciende a la gran mayoría de los Estados e incorpora la presencia de los intereses de las más poderosas corporaciones u organismos internacionales de carácter privado o público-privado. Resulta urgente volver a los esquemas que garanticen los postulados del estado de derecho y otorguen “legitimidad democrática o representativa” a los nuevos procesos de creación normativa. El *soft-law* no es necesariamente incompatible con tales principios, sino que debemos reivindicar de nuevo la consistencia de sus postulados o repensar sobre principios equivalentes que hagan efectiva una ciudadanía mundial y plural partícipe, comprometida y exigente en la configuración de su futuro común.

ABSTRACT: *Soft-law* is here to stay and infiltrate our legal world in an enveloping manner through ways that are not strictly normative. It is a strongly entrenched legal institution that presents polyhedral contours in accordance with the legal systems in which it operates. If in different regulatory areas, *soft-law* is essential both as an evolutionary interpretative tool and as a legal instrument for development and adaptation to new realities by virtue of technical, specialty or emergency considerations in the response, in other areas its abusive use is questionable to the detriment of more representative, guaranteeing and transparent procedures. *Soft-law* is the ideal formal and substantive mechanism for global governance, politically selective, which transcends the vast majority of States and incorporates the presence of the interests of the most powerful

corporations or international organizations of a private or public-private nature. There is an urgent need to return to schemes that guarantee the principles of the rule of law and grant “democratic or representative legitimacy” to the new rulemaking processes. *Soft-law* is not necessarily incompatible with those principles, but rather we must claim the consistency of its postulates or rethink equivalent principles that make effective a global and plural citizenship that is participant, involved and demanding in shaping their common future.

PALABRAS CLAVE: *soft-law*, fuentes de derecho internacional público, legitimidad, autoridad pública, gobernanza mundial, estado de derecho, principios democráticos, responsabilidad/rendición de cuentas.

KEYWORDS: *Soft-law*, sources of public international law, legitimacy, public authority, global governance, rule of law, democratic principles, responsibility/accountability.

1. FUTURISMO JURÍDICO Y DERECHO LÍQUIDO GLOBAL

A principios del siglo XX, la vanguardia futurista hacía de la acción mecánica y del movimiento sus obsesiones artísticas. Se trataba de atomizar el instante evanescente del presente y comunicarlo con el futuro más inmediato. Como se indicaba en su manifiesto, *los objetos en movimiento se multiplican y se distorsionan como vibraciones a través del espacio*. La exaltación del mundo moderno compelió a sus autores a romper con los esquemas, la métrica y las estructuras tradicionales, pues nada del pasado merecía la pena ser conservado. Es verdad que este movimiento artístico hizo honor a sus postulados y tuvo una corta y fugaz existencia (enturbada por la politización fascista, machista y belicista de algunos de sus miembros), sin embargo allanó el camino al resto de las vanguardias artísticas e influyó en nuevas expresiones de comunicación, como el pop-art y el cómic en sus distintas variantes, que en la actualidad presentan una indudable vigencia.

Hace tiempo que la velocidad y la distorsión de las vibraciones emanadas de distintos centros de poder impregnan el actual sistema jurídico internacional, aunque sus intensidades varían en función de los intereses en juego. Por ejemplo, desde que el terrorismo internacional hiciera presencia como elemento detonante en la evolución del derecho y las relaciones internacionales tras los atentados de 11 de septiembre de 2001 (a pasar de su antigua y conocida raigambre histórica en el acervo internacional), ha provocado vertiginosos e irreversibles avances (e importantes retrocesos desde la perspectiva de los principios generales del derecho y del derecho internacional de los derechos humanos) en el mundo jurídico internacional acostumbrado a otros procedimientos y otros *tempos* (*lento moderato*) en su concreción y evolución. Al margen de las resoluciones del Consejo de Seguridad y de sus inmediatas respuestas convencionales y legislativas, podríamos destacar en este ámbito la adopción, en el intervalo de apenas tres años, de tres directivas europeas en materia de blanqueo de capitales y financiación

del terrorismo que no solo han terminado temporalmente solapándose, sino que además han sido calificadas en 2019 por el Parlamento Europeo como ineficaces tanto por el avance tecnológico del que se benefician tales actividades delictivas como por la falta de confianza, la supervisión y la fragmentación regulatoria por parte de los Estados¹.

En cuanto a la multiplicación de las vibraciones en el espacio, resulta de interés detenerse en el recurrente y reiterativo fenómeno de las sanciones, por ejemplo, contra el programa nuclear iraní, pues no solo ha motivado sanciones institucionalizadas y colectivas a nivel internacional en el marco del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, sino que también ha generado cuestionadas medidas unilaterales (“contramedidas colectivas o medidas restrictivas”) por parte de la Unión Europea así como de determinados Estados. Si la década de los 90 del siglo pasado fue declarada por algunos como la de las sanciones, en la actualidad nos encontramos ante el “tiempo de las medidas coercitivas unilaterales”². Sanciones que asimismo han sido suspendidas bajo la supervisión y el refrendo del Consejo de Seguridad de un singular tratado internacional (PAIC: *Plan de Acción Integral Conjunto*) y reactivadas unilateral y políticamente por alguno de los Estados implicados en este fragmentado régimen sancionador. Todo ello ha producido, a su vez, un amplio haz de recursos individuales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como demandas interestatales presentadas por la República Islámica de Irán ante la Corte Internacional de Justicia contra los Estados Unidos de América (*Ciertos activos iraníes*³ y *Presuntas violaciones del Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consulares de 1955*⁴).

La velocidad y la ruptura con el pasado han construido en la actualidad un tiempo líquido e, incluso en ocasiones, gaseoso. Z. Bauman ante la presentación de la deconstrucción del Estado moderno o del Estado-nación y para quien el principal reto de nuestro siglo será reunir de nuevo poder y política⁵, ha mante-

1 El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación del Plan Nacional de I+D+i del Ministerio de Economía y Competitividad (Referencia: DER2016-77838-R). Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez 14 de noviembre de 2019.

Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de septiembre de 2019, sobre el estado de la aplicación de la legislación de la Unión contra el blanqueo de capitales (2019/2820(RSP)).

2 Vid. JIMÉNEZ GARCÍA, “Medidas restrictivas en la Unión Europea: entre las sanciones y el unilateralismo europeo”, en *Retos para la Acción Exterior de la Unión Europea*, Martínez Capdevila y E. J. Martínez Pérez (Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp.509-534.

3 <https://www.icj-cij.org/en/case/164>.

4 <https://www.icj-cij.org/en/case/175>.

5 Cfr. BAUMAN, Z., *Tiempos Líquidos, Vivir una Época de Incertidumbre* (traducción de Carmen Corral Santos), Tusquets, México 2008, p.41.

nido que gran parte del poder del Estado para actuar con eficacia ahora se está desplazando al políticamente incontrolable espacio global (y extraterritorial, en muchos aspectos) donde la sociedad se ve y se trata como una red, en vez de como una estructura (menos aún como una *totalidad sólida*): “se percibe y se trata como una matriz de conexiones y desconexiones aleatorias y de un número esencialmente infinito de permutaciones posibles”⁶. Además, según este autor, la virtud que se proclama más útil no es la *conformidad* a las normas, sino la *flexibilidad*⁷, pues las características de la moderna vida líquida son “la permanencia de la transitoriedad; la durabilidad de lo efímero; la determinación objetiva que no se refleja en el carácter consecuencial y subjetivo de las acciones; el rol social definido siempre de manera inadecuada o, para ser más exactos, una inserción en el flujo de la vida sin el ancla de un rol social”⁸. Finalmente y muy estrechamente conectado con el nuevo resurgimiento de los nacionalismo, para el sociólogo y filósofo polaco, una de las paradojas más desconcertantes surgidas en nuestra época es que la política, “en un planeta en creciente *globalización*, tiende a ser, de forma apasionada y consciente, *local*: expulsada del ciberespacio, o mejor dicho, con acceso vedado, la política retrocede y se concentra en los asuntos ‘a su alcance’.....Llegamos a sospechar que los ‘asuntos globales’, en vista de los medios insuficientes y los recursos con que contamos, seguirán su curso hagamos lo que hagamos o al margen de lo que nos propongamos hacer en la medida de nuestras posibilidades”⁹.

Desde otras disciplinas se ha defendido la exigencia de una dogmática jurídica “líquida” o “fluida” que dé cabida a las combinaciones que derivan no ya del derecho constitucional, sino de la política constitucional. La amplia “contractualización” de la ley y la multiplicidad de fuentes (públicas y privadas) que es, a su vez, expresión de una pluralidad de ordenamientos “menores” que viven a la sombra del estatal y que no siempre aceptan pacíficamente una posición de segundo plano hacen que la ley, en suma, ya no sea garantía absoluta y última de estabilidad, sino que ella misma se convierte en instrumento y causa de inestabilidad¹⁰. Además, estas combinaciones se diluyen en el nuevo escenario que suponen la globalización y la gobernanza mundial. El Estado ya no tiene el monopolio de la creación de determinados sistemas legales, sino que ahora las nuevas prácticas sociales y el dinamismo de la sociedad se están convirtiendo en nuevos actores jurídicos en sí mismos.

6 *Ibid.*, pp.8 y 9.

7 *Ibid.* p.11.

8 *Ibid.* p.71

9 *Ibid.* p.118.

10 Las anteriores reflexiones corresponden a ZAGREBELSKY, G., *El Derecho Dúctil* (traducción Marina Gascón), Trotta, Madrid, 2002, p.17 y 38.

Como ha advertido S. Cassese, los Estados no desaparecen de la escena, sino que participan, tanto en la fase constituyente como en la fase ejecutiva, de un nuevo régimen jurídico en el que ahora son un agente más de la organización global que es sujeto y destinataria del nuevo orden global. El interés nacional se desagrega y evapora, lo que hace difícil la adopción de decisiones pretendidamente basadas en la tutela de un único interés público: el paradigma del Estado se queda sin su eje¹¹. El surgimiento de la autoridad privada en la gobernanza global constituye un desafío importante para el pensamiento constitucional. Estos cambios están asociados no solo con el surgimiento de nuevas instituciones y procesos de elaboración de normas, sino también con los procedimientos de implementación y adjudicación. En este orden de cosas, se ha hablado también de la *regulatory competition* “que consiste en la situación en la que el Derecho se utiliza como una herramienta al servicio de los intereses meramente económicos y no como un modo de organizar la sociedad, convirtiéndose los factores socioeconómicos en mecanismos de dominio”¹².

Si anteriormente se evidenciaba una cierta contradicción entre lo global y lo local, también se ha destacado la contradictoria convivencia entre un derecho internacional excesivamente liberal en cuanto las formas, las fuentes generadoras y su exigibilidad (códigos de conductas y estándares internacionales) y un derecho internacional caracterizado por su densidad reglamentaria e, incluso, por una sobre-estandarización¹³. Asistimos, como ha criticado Ferrajoli, a una “crisis de sobre-producción del derecho penal, o incluso del derecho en general, que está provocando el colapso de su capacidad regulativa. Las leyes se cuentan actualmente, en todos estos países, por decenas de millares, hasta el punto de que nuestros ordenamientos han regresado —a causa del caos normativo, de la multiplicación de las fuentes y de la superposición de las competencias— a la incerteza y a la arbitrariedad propias del derecho jurisprudencial pre-moderno. Y sin embargo, con aparente paradoja, a la inflación legislativa se corresponde la ausencia de reglas, de límites y de controles sobre los grandes poderes económicos transnacionales y sobre los poderes políticos que los alientan. La globalización, como he dicho, se caracteriza, en el plano jurídico, como un vacío de derecho público dentro del que tienen espacio libre formas de poder neo-absolutista cuya única regla es la ley del

11 Cfr. CASSESE, S., *El Derecho Global. Justicia y Democracia más allá del Estado*, (traducción Juan J. Gutiérrez Alonso), Global Law Press, Sevilla, 2011, pp.15 y 22.

12 GARRIDO GÓMEZ, M.I., en *El Soft Law como Fuente del Derecho Extranacional*, Dykinson, Madrid, 2017, p.32.

13 DRUZIN, B. H., “Why does Soft Law Have any Power Anyway?” *Asian Journal of International Law*, 7 2017, p.377. Vid. también: RADL, Y., “Standardization: A Dynamic and Procedural Conceptualization of International Law-Making”, *Leiden Journal of International Law*, 2012-2, pp. 283–307.

más fuerte”¹⁴. En un sentido similar, el Juez Pinto Albuquerque mencionaba que el nuevo aire de los tiempos conduce a cierta “hypertrophie” y hacia un derecho penal que privilegia únicamente la eficacia¹⁵.

En esta dirección, Ulrich Beck incidía en que, en la confrontación con los riesgos globales, “el sistema relativamente simple de una política internacional comandada por los intereses y el peso de los Estados nacionales deja su lugar a un intrincado (des)orden llamado gobernanza global. En este no-sistema de autogobierno global, los Estados son un factor más, junto con las ONG transnacionales y las *epistemic communities*. La unión de actores y expertos privados en un sistema de gobernanza global también condiciona una diversificación de los métodos de dirección: el medio principal no es imponer un derecho positivo con el aval del poder, sino valerse del instrumento de una *soft law* plural”¹⁶. Desde la doctrina internacionalista, el profesor José Martín y Pérez de Nanclares ha sintetizado cómo en los últimos tiempos han aflorado al menos cuatro fenómenos de nuevo cuño que afectan de manera sustancial al derecho internacional, “a saber, la globalización, la fragmentación, el desplazamiento del modelo basado en la institucionalización de la sociedad internacional por otro modelo nuevo sustentado en elementos informales y el progresivo abandono de exigencias elementales de legalidad internacional a favor de criterios de mera legitimidad y efectividad”¹⁷.

2. EL *SOFT LAW*: DE PRE-DERECHO A PARA-DERECHO. INTERCAMBIO ENTRE LA EQUIDAD PROCESAL INHERENTE A LA DOCTRINA DE LA IGUALDAD SOBERANA Y LA EFICIENCIA DE LAS REGLAS JURÍDICAS

El término *soft law* ha tenido un amplio y poderoso recorrido en el marco evolutivo del sistema internacional desde que fuera formulado por McNair para designar aquel derecho en forma de proposiciones o principios abstractos en oposición al

14 FERRAJOLI, L., “Criminalidad y globalización”, *Estudios de Derecho-Estud.Derecho*, Vol. LXV. N° 145, junio, 2008. p.23. (<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24507.pdf>)

15 Cfr. STEDH, asunto *G.I.E.M. S.R.L. y otros c. Italia*, de 28 de junio de 2018, núms. 1828/06 y otros 2, párrs. 26 y 62 de su Opinión a la Sentencia. Este mismo juez, invocó, en su Opinión en parte concordante y en parte disidente, la práctica GAFI (*soft-law*) para fundamentar la *opinio iuris* sobre normas generales de Derecho internacional en materia de confiscación de productos derivados del crimen (cfr. STEDH de 29 de octubre de 2013 asunto *Varvara c. Italia*). Vid. también SSTDH en los asuntos *Moon c. Francia*, de 9 de septiembre de 2009 y *Grifhorst c. Francia* de 26 de febrero de 2009.

16 BECK, U., *La Sociedad del Riesgo Mundial. En busca de la Seguridad Perdida*, Paidós, 2008, p.253.

17 MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “La Ley de tratados y otros acuerdos internacionales: una nueva regulación para disciplinar una práctica internacional difícil de ignorar”, *Revista Española de Derecho Internacional* 2015-1, p.16.

hard law en cuanto derecho concreto que devenía operativo a través de su aplicación judicial. También con esta expresión se pretendía diferenciar las propuestas de *lege ferenda* de las de *lege lata*¹⁸. En la actualidad se trata de una realidad jurídica especialmente diversa y compleja, de un concepto poliédrico y transversal, pero consolidado que ha generado una amplia literatura jurídica en distintos sectores del derecho internacional y de los derechos nacionales. Como descriptivamente se ha resaltado, dada su capacidad de regeneración, reinversión y reproducción mostrada en diferentes períodos y contextos políticos, el “soft law never dies, it goes a long way!”¹⁹. Además y como veremos en el presente trabajo, el *soft law* ha dejado de ser exclusivamente *pre-derecho*, compendio de postulados programáticos que aspiran a transformar o encauzar el futuro del ordenamiento jurídico, para convertirse en *para-derecho* o, si se prefiere, en un “singular ordenamiento para-jurídico” establecido y originado al margen de los procedimientos tradicionales de formación del derecho que, además, presenta un carácter coercitivo (por otros medios que la sanción jurídica) y reglamentario que constriñen y limitan la capacidad legislativa de los sistemas nacionales e internacionales.

Con esta expresión se hace referencia a la singularidad de esta categoría normativa manifestada en un instrumento jurídicamente no vinculante (*soft instrumentum*) que, no obstante, contiene postulados de cierta potencialidad jurídica que pueden, en determinadas circunstancias, ser objeto de control jurisdiccional. Como veremos, esta normativa no necesariamente se ha de identificar con la total ausencia de los rasgos de obligatoriedad, uniformidad, justiciabilidad e inexistencia de órganos o instrumentos de control que aseguren su cumplimiento en la medida en que determinado *soft law* cuenta con mecanismos especiales para alcanzar un nivel aceptable de censura o reproche en caso de inobservancia (*soft enforcement*)²⁰. Quedan, pues, excluidas aquellas normas contenidas en

-
- 18 ABI-SAAB, G., “Éloge du “droit assourdi”. Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en Droit International contemporain”, en *Nouveaux Itinéraires en Droit. Hommage à François Rigaux*. Bruylant Bruxelles 1993, p.60. Véase también DUPUY, R.-J., “Droit déclaratoire et droit programmatoire: de la coutume sauvage à la “soft law”, en *L'Elaboration du Droit International Public*. Société française pour le Droit international, Colloque de Toulouse (1975), Leiden, Sijthof, 1975, pp. 132-148; ALKAN OLSSON, I., “Four competing approaches to international soft law”, *Scandinavian Studies In Law* 1999-2015, pp.177-196. Acerca de la amplia literatura jurídica sobre este tema véase las referencias doctrinales aportadas por FAJARDO, T., en su entrada titulada “Soft Law” en *Oxford Bibliographies* <http://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0040.xml#backToTop>
- 19 RAWLLINGS, R., “Soft law never dies” en *Public Law*, M.Elliot y D. Feldman (eds.), Cambridge University Press, 2015, pp.215-235.
- 20 ZAMBRANO PÉREZ, D.A., “La incidencia del llamado *soft law* o derecho blando en la interpretación del juez constitucional” en <https://docplayer.es/95016580-La-incidencia-del-llamado-soft-law-o-derecho-blando-en-la-interpretacion-del-juez-constitucional.html>.

instrumentos jurídicamente vinculantes aun cuando establezcan obligaciones generales, de mero comportamiento o no impongan obligaciones directamente vinculantes (*soft negotium*), así como aquellas que a pesar de su obligatoriedad carecen de mecanismos específicos de control y cumplimiento.

Tampoco se ha de confundir el *soft law* con los acuerdos políticos jurídicamente no vinculantes (los denominados memorandos de entendimiento o MOU²¹). El objetivo principal perseguido a través de estos acuerdos es no producir efecto jurídico alguno (incluso eliminando su potencialidad jurídica), aun cuando compartan con el *soft law* el objetivo de eludir las consecuencias parlamentarias, la responsabilidad o el control judicial que derivarían de su calificación como norma convencional sometida al régimen general de los tratados. Si el *soft law* persigue integrarse en el marco o redes jurídicas a las que va dirigido por otros medios diferentes a la estricta normatividad, los acuerdos políticos persiguen lo contrario, huir de las redes jurídicas para liberar toda normatividad impregnada en sus estructuras y engarces que les impida alcanzar sus objetivos estrictamente políticos (aun cuando presenten consecuencias jurídicas de primer orden). Sus autores quieren situar el compromiso adquirido en el marco de la política internacional y, por ende, de la responsabilidad política, excluyéndolo expresamente de cualquier marco jurídico donde, por el contrario, sí que se situaría el *soft law*. Esto es, conservar plenamente la soberanía sobre el acuerdo de tal forma que podría ser modificado, suspendido o concluido en cualquier momento por cualquiera de las partes que se niegan a renunciar a la amplia discrecionalidad que les confiere su pretendida naturaleza política. No obstante, no se ha de confundir pretensión o voluntad política con realidad jurídica, pues en virtud de la naturaleza y el alcance de las obligaciones suscritas, numerosos de estos acuerdos serán sancionados por las jurisdicciones internacionales y nacionales (así como por la doctrina) como verdaderos tratados internacionales al margen de su denominación y de su afán por sustraerse de todo control y responsabilidad.

El *soft law* se refiere, en términos generales, a instrumentos heterogéneos que no obedecen al sistema clásico de las fuentes del derecho internacional, en parte

21 En el derecho español se ha optado por la denominación de acuerdo no normativo. Según el art. 2 c) de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales se efectúa la siguiente definición de acuerdo internacional no normativo: "acuerdo de carácter internacional no constitutivo de tratado ni de acuerdo internacional administrativo que se celebra por el Estado, el Gobierno, los órganos, organismos y entes de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, las Entidades Locales, las Universidades públicas y cualesquiera otros sujetos de derecho público con competencia para ello, que contiene declaraciones de intenciones o establece compromisos de actuación de contenido político, técnico o logístico, y no constituye fuente de obligaciones internacionales ni se rige por el Derecho Internacional" (BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014).

recogido en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (tratados, costumbre y principios generales, al que habría que añadir los no previstos actos institucionales normativos derivados de las organizaciones internacionales), pero que en el ámbito de las relaciones generadas entre los distintos agentes de la comunidad internacional (incluidos los Estados), se han ido incorporando en su patrimonio jurídico así como en el acervo jurídico y jurisprudencial de los diferentes sistemas normativos.

Como han señalado Andrew T. Guzman y Timothy L. Meyer, el misterio central del *soft law* es el hecho de que los Estados optan por algo más que una ausencia total de compromiso, pero algo menos que una normativa internacional directamente vinculante. Esto es, se apuesta por una estrategia de “*mitad de camino*” que, desde la teoría de la delegación, supone otorgar a los Estados y otros sujetos la capacidad de enmienda de las normas internacionales de forma más dinámica, ajustada a las circunstancias actuales y a las expectativas de cambio normativo, frente al carácter más riguroso y lento de la técnicas jurídicas de modificación y actualización, lo que implica un cierto intercambio entre la equidad procesal inherente a la doctrina de la igualdad soberana y la eficiencia de las reglas jurídicas²².

Tomando como referencia la tabla elaborada por F. Terpan²³, podríamos asumir la siguiente clasificación:

Criterios entre el soft law y el hard law

Tipo de norma/ <i>Instrumentum</i>	Naturaleza de la obligación	Naturaleza del mecanismo de cumplimiento
Hard law	Hard obligation/soft obligation	Hard enforcement/ Soft Enforcement
Soft law	Soft obligation/ Hard obligation	Hard enforcement/ Soft enforcement/ No enforcement
	No obligation	Soft enforcement
Non-legal norm	No obligation	No enforcement

22 GUZMAN, A.T., y MEYER, T.L., “International Soft Law”, *Journal Legal Analysis*, 2010-2, pp.180 y 197-201.

23 Cfr TERPAN, F., “Soft Law in the European Union—The Changing Nature of EU Law” *European Law Journal*, 2015-1, p.76.

2.1. Las percepciones doctrinales del *soft law*: de conciencia comunitaria a canto insidioso carente de legitimidad

Para un sector de la doctrina, esta categoría jurídica fue asumida como un factor o revulsivo de desarrollo y progreso respecto a un derecho internacional encorsetado en estructuras pesadas y lentas. Se asumía el papel crucial que esta noción jurídica estaba desempeñando en el desarrollo progresivo del derecho internacional por distintas vías, así como en la persecución de ciertas utopías o mitos²⁴. El *soft law* implica, además, un componente obligacional de buena fe no siempre controlable por los Estados, constituyendo en la actualidad un mecanismo informal, pero de muy rápida implantación en la consecución de ciertos objetivos comúnmente aceptados al que se añade una eficacia y efectividad reconocibles para el buen funcionamiento de la gobernanza mundial en sus distintas dimensiones, en particular, la técnica y tecnológica²⁵. Por otra parte, el *soft law* es una de las manifestaciones de cómo el ordenamiento internacional se desarrolla y opera en un sistema de derecho internacional fragmentado.

Como han destacado Gregory C. Shaffer y Mark A. Pollack, con especial incidencia en el sistema de la Organización Mundial del Comercio (OMC)²⁶, la relación complementaria entre instrumentos internacionales de *soft* o *hard law* no se puede caracterizar de manera universal o invariable, sino que depende de distintos factores como el poder respectivo de los actores que actúan en un sector determinado, el grado de conflicto distributivo entre ellos, la naturaleza de los distintos regímenes jurídicos en que operan así como las políticas de ejecución o implementación existentes. Donde hay poco conflicto distributivo entre los Estados poderosos, de modo que están de acuerdo con los objetivos y los términos de la cooperación internacional, es más probable que el *soft law* y el *hard law* se complementen entre sí para promover una mayor cooperación. Sin embargo, en presencia de un conflicto los Estados y otros actores usarán estratégicamente los diferentes instrumentos para promover sus respectivos objetivos. En estos casos, los regímenes de *soft law* y *hard law* actúan por lo general en oposición hasta el punto de que el *soft law* asume las características negociadoras “duras”

24 FERNÁNDEZ LIESA, C.R., “Transformaciones del Derecho internacional por los objetivos de desarrollo sostenible” en *Análisis y Comentarios de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 44-53.

25 JIMÉNEZ GARCÍA, F., “El Derecho internacional en mutación. El test «civilizatorio» del estado de 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*, núm.35, Junio 2018, p.24.

26 Cfr. SHAFFER, G. C. y POLLACK, M.A., “Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance” *Minnesota Law Review* 2010, pp.706-799, en particular pp.798-799.

de las normas vinculantes mientras que los regímenes estrictamente normativos se vuelven más flexibles, inciertos y “blandos”.

Abi-Saab²⁷ apreciaba que con esta nueva institución se pretendía ampliar la visión monolítica del derecho como instrumento obligatorio y jerárquico para concebirlo como un medio de realización de un proyecto de sociedad compartido entre sus sujetos, un derecho negociado y armonizador, negociado y querido, más que impuesto, en sociedades democráticas cada vez más complejas y segmentadas.

Para este autor, el *soft-law* enuncia o expresa la conciencia de la comunidad internacional sobre la necesidad de una reglamentación internacional y multiplica las posibilidades de hacer realidad esa reglamentación²⁸. Frente a las críticas conservadoras que lo conciben como un creciente fenómeno patológico (“*excroissance pathologique*”) en la producción normativa internacional contemporánea que trataría de sustituir el verdadero derecho por un derecho falso o menos bueno, Abi-Saab afirma que el edificio jurídico solo se puede comprender tomando en consideración los sillares o piedras de su construcción y las diferentes fases de su formación, sus orígenes genéticos cualquiera que sea el nombre que se le quiera dar. El *soft law*, en cuanto a su carácter contestatario y revisionista, puede desplegarse allá donde el *hard law* no puede o no se atreve a aventurarse. Para ello cuenta con ciertas herramientas jurídicas –el *estoppel*, la confianza recíproca, la norma consuetudinaria, etc– que le permiten deducir consecuencias jurídicas de los postulados que predica²⁹.

A. Boyle sostiene que hay varias razones por las cuales los instrumentos de *soft law* pueden representar una alternativa atractiva a la normativa tradicional: a) puede ser más fácil llegar a un acuerdo cuando la forma no es vinculante o no parece cumplir con el principio *pacta sunt servanda*; b) los instrumentos de *soft law* permiten a los Estados acordar disposiciones más detalladas y precisas debido a la naturaleza y alcance del compromiso adquirido; c) las consecuencias del incumplimiento son más limitadas; d) Los Estados pueden evitar el proceso de ratificación del tratado interno (control parlamentario, legal y constitucional), y

27 ABI-SAAB, G., “Éloge du «droit assourdi»...” *loc.cit.*, pp.59-68.

28 *Ibid.*, pp.61 y 65.

29 *Ibid.* pp.63 y 64. Véase también, CHINKIN, C., “The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law”, *International and Comparative Law Quarterly* 1989-4, pp.850-866; HILLGENBERG, H., “A Fresh Look at Soft Law”, *European Journal International Law*, 1999-3, pp.499-516; JIMÉNEZ GARCÍA, F., *Los Comportamientos Recíprocos en Derecho Internacional. A propósito de la Aquiescencia, el Estoppel y la Confianza Legítima*, Madrid, 2002, pp.287-294; D’AMATO, “Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials: A Reply to Jean d’Aspremont”, *European Journal of International Law*, 2009-3, pp. 897-910.

quizás (si es conveniente) eludir la responsabilidad democrática de la política que han acordado; f) los instrumentos de *soft law* son flexibles y fáciles de enmendar o reemplazar, especialmente en el marco de actuación de las organizaciones internacionales³⁰.

Dado el difícil encaje de esta nueva normativa en los parámetros tradiciones de los procesos de creación del derecho internacional compendiados en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), se ha propuesto superar esta disposición. En tal sentido, A. Peters concluía respecto a las dificultades a la hora de precisar la naturaleza normativo-internacional del principio de transparencia afirmando que quizá “the classic boxes, the «sources» in terms of Art. 38 ICJ-Statute, do not tell us much about the state of international law and its power to influence the behaviour of internationally relevant actors”³¹, mientras que J. E. Alvarez no solo constata el reto que suponen las organizaciones internacionales y sus diferentes actos institucionales respecto del rígido esquema de fuentes del artículo 38 del Estatuto de la CIJ, sino también que “as is suggested by the concept of «soft-law», some institutionalized generated norms or standards are «harder» o «softer» than others along a number of criteria, and they pose a number of distinct consequences or obligations on states and possibly other non-state actors. The usual positivist test –is this rule that a judge could readily apply to a state to impose one of remedies envisioned by the Articles of State Responsibility?– is no longer a reliable test for lawyer to use in advising a client that ask, «Am I subject to any international law on point?»”³².

Otros autores han criticado el empleo de este término en la medida en que puede crear cierto desconcierto o inseguridad jurídica al ser complicado definir sus contornos, así como el umbral o fecha crítica que determinaría la transformación de esta categoría jurídica en derecho positivo³³. Por otra parte, se ha

30 BOYLE, A., “Soft Law in International Law-Making”, in Malcolm D. Evans (ed.), *International Law*, Oxford, 2005, pp. 143-144. Véase también, SHELTON, D., “Introduction: Law, Non-Law and the Problem of «Soft Law»”, en Shelton, D. (ed.), *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, 2003, pp.12-13; ABBOTT, K. “Privately Generated Soft Law in International Governance: Commentary”, *International Law and International Relations: Bridging Theory and Practice*, Thomas J. Biersteker, et al., London, Routledge, 2007, pp.182-183; CÁRDENAS CASTAÑEDA, F.A., “A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2013, pp. 355-403.

31 PETERS, A., “The Transparency Turn of International Law”, *The Chinese Journal of Global Governance* 2015-1, p.15.

32 ALVAREZ, J.E., *The Impact of International Organizations on International Law*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2017, p.359.

33 Entre otros, el voluntarista WEIL, P., entiende como funciones esenciales del derecho internacional reducir la anarquía a través de la elaboración de normas con capacidad

indicado que el concepto de *soft law* contribuye al desmoronamiento de todo el sistema jurídico. Una vez que se permite que las preocupaciones políticas o morales vuelvan al derecho, éste pierde su relativa autonomía frente a la política o la moral, convirtiéndose en “a fig leaf for power”. En otras palabras: a menos que insistamos en que el derecho solo puede generarse a través de los procedimientos nomogénicos legalmente previstos, las normas resultantes, sin importar cuáles sean los nobles objetivos que les inspiren, siempre serán sospechosas. Según estos autores se debe insistir en un cierto grado de formalismo, porque es precisamente este formalismo el que nos protege de la arbitrariedad por parte de los poderes³⁴. El derecho, con toda su “binaridad”, es capaz de reflejar todo un espectro de sutilezas, matices y sensibilidades. El derecho en sí mismo puede adaptarse a varios tonos de gris sin perder su carácter binario: la normativa puede ser más o menos específica, más o menos exacta, más o menos determinada, más o menos amplia en su alcance, más o menos apremiante, más o menos seria, etc. Lo único que no puede ser es más o menos obligatorio³⁵.

J. D’Aspremont, desde esta perspectiva crítica, ha destacado que la teoría del no formalismo/suavidad (*softness*) ha ganado una profunda aceptación en el marco de la doctrina jurídico-internacional. A tal efecto se ha mantenido que tal fenómeno no solo afecta al derecho, sino también a la gobernanza, a la ela-

para ordenar las relaciones entre Estados soberanos e iguales, así como para servir al común interés de los miembros de la comunidad internacional. Y para ello es necesario que este ordenamiento reúna una serie de características: voluntarismo, neutralidad, y positivismo. Para este autor, “neither the basis nor the ultimate justification of international law is to be found in the normative system as such...it is still necessary for that system to be perceived as a self-contained, self-sufficient world”. Cfr. “Towards Relative Normativity in International Law?”, *American Journal International Law* 1983, pp.418-421. Asimismo, en su Curso General de La Haya, “Le Droit International en quête de son identité”, *RCADI* 1992-VI, t.237, este autor, señalaba que el derecho internacional presenta una doble crisis de normatividad derivada de elementos no voluntaristas. Por un lado cuantitativa, por la inflación de la juridicidad internacional debida a la acumulación del no-derecho o pre-derecho (*soft-law* y sus variantes), por otro lado de carácter cualitativo fruto de la aparición de una “normatividad reforzada” (*ius cogens* y obligaciones *erga omnes*) que suponen un alto riesgo por sus dificultades de identificación y por el efecto desestabilizador que provoca en las estructuras de coexistencia y cooperación del actual sistema jurídico internacional. Esta práctica cercana al derecho (“*near-law*”) es reflejo del desarrollo de la sociedad internacional pero no constituye derecho: “Le *near law* peut ressembler au droit, il peut précéder le droit ou préfigurer le droit; il n’est pas du droit...l’accumulation de non-droit ou de pré-droit ne suffit à elle seule à créer du droit», *ibid.* p.243.

34 Cfr. KLABBERS, J., “The Undesirability of Soft Law”, *Nordic Journal of International Law*, 1998-4, p.391.

35 Cfr. KLABBERS, J., “The Redundancy of Soft Law”, *Nordic Journal of International Law* 1996-2, p.181.

boración de las normas, a las organizaciones internacionales, a la aplicación de la norma e, incluso, desde la perspectiva jurídica crítica, también a los argumentos legales internacionales. Según este autor, el concepto general de *softness* –especialmente referido al *instrumentum*– se originó en la presunción de que la naturaleza binaria de la norma no resultaba adecuada para acomodar la creciente complejidad de las relaciones internacionales contemporáneas en las que existen zonas grises normativas muy amplias donde no hay necesidad de definir lo que es derecho y no derecho, pues se percibe como una continuidad indisociable³⁶. Sin embargo, la asimilación del *soft-law* al sistema de fuentes encierra ciertos peligros, no solo desde la perspectiva de certeza, seguridad y previsibilidad jurídicas conforme al principio de estado de derecho³⁷, sino también desde la dimensión de la *legitimidad, igualdad y representatividad* en cuanto al proceso de creación y eficacia de tales normas.

Como ha sido advertido por Zumbansen, el surgimiento de la autoridad privada en la gobernanza global –tal como se manifiesta en áreas como los acuerdos comerciales, las agencias de calificación o de seguridad de los productos, la estandarización o la *lex mercatoria*–, constituye un relevante desafío para el pensamiento constitucional. Estos regímenes regulatorios en el ámbito transna-

36 Según este autor “norms enshrined in soft instruments, e.g. political declarations, codes of conducts and gentlemen’s agreements, are considered as part of this continuum between law and non-law. In the traditional theory of the sources of international law, norms enshrined in a non-legal instrument (i.e. those norms with soft *instrumentum*) can still have legal effect. For instance, they can partake in the *internationalization of the subject-matter*, provide guidelines for the interpretation of other legal acts or pave the way for further subsequent practice that may one day be taken into account for the emergence of a norm of customary international law. Yet, if formal pedigree were to be the only law-ascertainment criterion, they would simply be legal facts. Nonetheless the international legal scholarship has adopted a strong tendency to construe these legal facts as law. The softness inherent in the growingly accepted idea of a grey zone and the elevation of the norms enshrined in non-legal instruments – which are at best legal facts – into international legal rules reinforce the current deformalization of the ascertainment of international legal rules (.....)”, D’ASPREMONT, J., “The Politics of Deformalization in International Law” *Goettingen Journal of International Law* 2011-3, pp.526-527. Del mismo autor, *Formalism and the Sources of International Law. A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford University Press, 2011.

37 Tal y como concluye BLUTMAN, el *soft law* como metáfora jurídica puede tener su propio encanto insidioso, pero por extensión semántica ha perdido su contenido conceptual identificable y se ha vuelto vaga y, a veces incluso, sin sentido en situaciones particulares. Se ha convertido en una frase de valores contradictorios, en una fraseología de conveniencia en el discurso legal. El contenido, la extensión y los criterios distintivos de *soft law* siguen siendo indefinidos e igualmente vagos, de modo que no se justifica separar el *soft law* como una categoría distinta dentro de la normatividad internacional (BLUTMAN, L., “In the trap of a legal metaphor: international soft law”, *International and Comparative Law Quarterly*, 2010-3, p.624.

cional reflejan, por un lado, un importante cambio en la función del Estado en el ejercicio de la gobernanza “pública” en virtud de la transformación del contexto internacional, así como dentro del propio Estado ante el dilema que supone pasar “del gobierno a la gobernanza”. En segundo lugar, estos cambios están asociados al surgimiento de procesos de elaboración de normas, de instituciones de creación de reglas, así como de mecanismo de implementación y adjudicación, ámbitos que están siendo “reclasificados” por parte de la doctrina. Al examinar su supuesta naturaleza “autónoma”, sin o “más allá” del Estado, nos surge el interrogante sobre ¿si podemos aplicar con éxito la tradición del constitucionalismo del Estado-nación y rediseñarla para afrontar los fenómenos de la privatización y la globalización?³⁸

Por su parte, el profesor C. Gutiérrez Espada, en su estudio sobre el derecho internacional del medio ambiente, hace referencia a cómo el tiempo muta las instituciones jurídicas. Así nos avisa de que “la figura del *soft law* que conocíamos está cambiando: Este venía a ser una especie de Dr. JECKYLL benéfico, en la medida en que las reglas de *soft law* de la década de los sesenta eran únicamente la semilla de la que podía y eventualmente sería una regla emergente o «Derecho internacional duro», que se materializaría cuando el tema estuviese suficientemente maduro; es decir, el *soft law* de toda la vida tenía como función y misión prefigurar el Derecho del futuro; aún no lo era, pero acabaría siéndolo. Ese *soft law*, decía, ha visto pervertida su naturaleza, en particular en estos temas de medio ambiente, convertido en un Mr. HYDE que no pretende en absoluto ofertar propuestas de *lege ferenda*, sencillamente porque su objetivo más que prefigurar el Derecho del futuro es impedir que el Derecho tome forma, dando simultáneamente la impresión, dirigida a la opinión pública internacional, de que el tema se trata con el amoroso y minucioso cuidado que merece por los siempre atentos organismos internacionales”³⁹.

38 Cfr. ZUMBANSEN, P., “Comparative, global and transnational constitutionalism: The emergence of a transnational legal-pluralist order”, *Global Constitutionalism* 2012-1, pp.30-31. Vid. también, JIMÉNEZ GARCÍA, F., *La Prevención y Lucha contra el Blanqueo de Capitales y la Corrupción. Interacciones Evolutivas en un Derecho internacional Global*, Comares, Granada, 2015, pp.22-25.

39 GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del derecho internacional contemporáneo”, en *Anuario de Derecho Internacional*, vol. 14, 1998, p. 183-184. Vid. también MAZUELOS BELLIDO, A., “Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?” *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 2004. Vid. también el Capítulo II “Análisis del soft law y especial consideración en los ámbitos del Derecho internacional público y el Derecho de la Unión Europea”, en GARRIDO GÓMEZ, M.I., *El Soft Law como Fuente del Derecho Extranacional*, op.cit. pp. 55-90.

2.2. *Soft law*: realidad efectiva incontestable en búsqueda de una doble legitimidad: la teoría de la autoridad pública.

2.2.1. *Su realidad incontestable*

No obstante, no se puede negar la relevancia del *soft law* en el actual sistema internacional potenciada, a extremos inicialmente insospechados, por parte de la globalización y la gobernanza que han dado lugar a un “derecho internacional global” que coexiste con el clásico derecho internacional público. La diferencia entre ambos sistemas radica en que el término *público* decae en favor de la calificación *global* que evidencia la irrupción de autoridades privadas o sin subjetividad internacional de distinta índole en diferentes procesos (públicos/privados, formales/informales) de creación y ejecución del derecho como sistema normativo plural.

Mathius Goldmann, frente a los que abogan por su eliminación, ha indicado que es como la lucha quijotesca contra los molinos de viento. Igualmente, desestima la demonización de *soft-law* por inútil. Por otra parte, el análisis del *soft law* en oposición al *hard law* constituye un error, pues no se trata necesariamente de supuestos antagónicos. Como ha destacado Ricardo Alonso García⁴⁰, además de aportar en numerosas ocasiones a las Administraciones nacionales y a los operadores económicos un marco de referencia claro y coherente, desarrolla una cuádruple funcionalidad: como avance, como alternativa, como complemento y como parámetro de interpretación del *hard law*.

Desde la perspectiva de la función de complemento e interpretación resulta singular el papel desempeñado por los “estándares y normas internacionales pertinentes” adoptados por organizaciones internacionales de normalización abiertas a todas las instituciones de los Estados miembros a las que se refieren distintos acuerdos en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC)⁴¹. En

40 Cfr. ALONSO GARCÍA, R., “El *soft law* comunitario”, *Revista de Administración Pública*, 154, 2001, pp.74-84. Incluso el autor se refiere a la Sentencia del Tribunal Constitucional 224/1999, de 13 de diciembre, en la que el Tribunal para interpretar un asunto de acoso sexual no dudó en utilizar precisamente el *soft law* comunitario, específicamente, la Resolución del Consejo relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo (90/C 157/02) y la Recomendación de la Comisión relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo (92/C 27/04), acompañada de un Código de Conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual. *Ibid.* pp. 89-94.

41 Sobre este tema *vid.* RODRÍGUEZ SANTIBÁÑEZ, I., “Interpretación de normas internacionales de distintos ordenamientos bajo el acuerdo de obstáculos técnicos al comercio de la OMC”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2014, pp. 617-648; M. Geboye Desta, “GATT/WTO law and international standards: an example of soft law instruments hardening up?”, A. K. Bjorklund y A. Reinisch (Eds.), Edward Elgar Publishing Limited Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2012 pp.148-191; M. Footer, “The

relación con el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC), las normas emitidas por la Sociedad Americana para Pruebas y Materiales (*American Society for Testing and Materials*, ASTM) y, en particular, por la Organización Internacional de Normalización/Comisión Electrotécnica Internacional (ISO/CEI), el Órgano de Apelación de la OMC en el asunto *Estados Unidos — Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún* (WT/DS381/AB/R), concluyó que el documento aprobado por una institución de normalización internacional reconocida, que prevé, para un uso común y repetido, reglas, directrices o características para los productos o los procesos y métodos de producción conexos, si bien carece de naturaleza obligatoria, sin embargo sí que resulta jurídicamente relevante. Específicamente se indica que

“Antes de pasar a nuestro análisis, señalamos que la apelación de los Estados Unidos nos obliga a decidir qué constituye una ‘norma internacional’ a los efectos del Acuerdo OTC. Esta pregunta es importante porque, en virtud del párrafo 4 del artículo 2, si se constata que una norma constituye una ‘norma internacional pertinente’, los miembros de la OMC deben utilizar esa norma, o sus elementos pertinentes, como base de sus reglamentos técnicos, salvo en el caso de que esa norma sea un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por el miembro de que se trate. Además, de conformidad con el párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC, se presume, a reserva de impugnación, que los reglamentos técnicos que estén en conformidad con las normas internacionales pertinentes no crean obstáculos innecesarios al comercio internacional”⁴².

2.2.2. La legitimidad de estos “offshore o islas jurídicas”: la teoría de la autoridad pública.

Por lo tanto, entramos en otra dimensión en cuanto a este tema, no en su incuestionable realidad, sino en su fundamentación legal y legítima como actos generadores de obligaciones internacionales tanto para los sujetos y actores internacionales como principalmente para los ciudadanos. Como ha compilado la

(Re)turn to “Soft Law” in Reconciling the Antinomies in WTO Law”, *Melbourne Journal of International Law*, 2010, 241–276.

42 Pár. 348 del Informe del Órgano de Apelación EEUU-Atún, WT/DS381/AB/R del 16 de mayo de 2012, http://www.wto.org/spanish/news_s/news12_s/381abr_s.htm, Véase también: Decisión del Comité relativa a los principios para la elaboración de normas, guías y recomendaciones internacionales con arreglo a los artículos 2 y 5 y al Anexo 3 del Acuerdo OTC, que figura en el documento G/TBT/1/Rev.10 y G/TBT/1/Rev.12 de 21 enero de 2015 (15-0421) de la OMC así como el Código de Buena Conducta para la Elaboración, Adopción y Aplicación de Normas, que figura en el Anexo 3 del Acuerdo OTC (https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/17-tbt_s.htm).

profesora Ana Rubio Castro, para un sector doctrinal el *soft law* “representa un modelo regulativo, deliberativo y participativo, que fomenta e incentiva compartir información y aprendizaje mutuo entre los diferentes actores implicados, en la regulación y experimentación de nuevas estrategias de cooperación y negociación. Desde este enfoque, los actores se convierten en unidades constituyentes que aprenden desde sí y entre sí, poniendo en cuestión las tradicionales y rígidas fórmulas de regulación”. Para otro sector de la doctrina, el *hard* y el *soft law* no son dos técnicas legislativas contrapuestas, sino dos técnicas complementarias entre sí, en tanto el *soft law* es valorado como normas de *lege ferenda* o como criterios interpretativos que han de guiar la aplicación e interpretación del *hard law*. Por último, están quienes matizan las dos anteriores afirmaciones y defienden que, a pesar de ser dos técnicas legislativas distintas, ambas concluyen muy eficazmente en la resolución de determinados conflictos de alta complejidad social, los cuales demandan una fuerte especialización⁴³.

Para la autora anteriormente mencionada, se incurre en el error de entender al *soft law* como un derecho “débil o suave”, restándole importancia jurídica y valor normativo respecto al *hard law*, pues difícilmente se puede calificar como débil a un derecho que alcanza en ciertos sectores un nivel de aplicabilidad cercano al 100% (sector energético). Es claramente erróneo además de incorrecto, pues el *soft law* es el único derecho en ciertos sectores y en otros amplía las formas de regulación jurídica. Además, está el hecho de ser aplicado por los tribunales y negociarse y litigarse bajo su protección y, cada vez en mayor medida, condicionar la interpretación del *hard law*.

Aceptando la existencia de un *soft law* público, privado y público-privado (este último a medio camino entre la norma y el contrato), la técnica del *soft law* nos deja claro que nos encontramos ante una nueva forma de regulación, ante una técnica legislativa por la que se opta al considerarla más apropiada para regular determinados contextos o relaciones sociales. Según Rubio Castro, la adhesión voluntaria de los diferentes sujetos normativos a quienes se dirige no debe interpretarse como debilidad o defecto, sino como estrategia para favorecer un relevante cambio social y económico, con el máximo impacto y los mínimos costes en el contexto de la normativa de que se trate. “El valor y la funcionalidad del *soft law* radica en su capacidad para generar nuevas formas de cooperación, participación

43 Cfr. RUBIO CASTRO, A., “Los efectos jurídicos del *soft law* en materia de igualdad efectiva. La experiencia española”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2013, p. 48. Véase en este ámbito el estudio sobre el impacto (muy relativo) de la cuota femenina en la legislación española: MATEOS DE CABO, R.; TERJESEN, S.; ESCOT, L. y GIMENO, R., “Do ‘soft law’ board gender quotas work? Evidence from a natural experiment” *European Management Journal*, 2019
<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0263237319300040>

e integración en contextos y en relaciones en las que confluyen diversos sujetos, intereses y niveles de regulación, que además están abiertos a fuertes incertidumbres y cambios, y ante los que la Administración encuentra dificultades de legitimidad para regularlos”⁴⁴.

Ante esta realidad surgen importantes interrogantes: ¿Se pueden considerar estos *regímenes especializados* como “*offshore o islas jurídicas*” ajenas a los principios y derechos fundamentales reconocidos en los ordenamientos nacionales e internacionales donde operan, incluso cuando sus actuaciones resultan cuestionables o directamente delictivas? ¿Pueden situarse al margen de todo control jurisdiccional o crear instituciones jurisdiccionales tan singulares que no resulten homologables o no ofrezcan a sus destinatarios una protección equivalente a la exigida por los sistemas jurídicos en que operan?

Además de la regulación de las empresas privadas de seguridad que veremos más adelante, respecto al entramado institucional y jurídico generado en torno al deporte, recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha pronunciado acerca del *soft law* integrado por el Código Mundial Antidopaje (CMAD) y otros estándares internacionales adoptados por la Agencia Mundial Antidopaje, organismo internacional independiente pero sin subjetividad internacional en cuanto que se trata de una fundación de derecho privado integrada y financiada por el movimiento deportivo olímpico y los gobiernos de los Estados miembros. Para el Tribunal de Estrasburgo, la construcción progresiva de la lucha contra el dopaje, incluyendo las inspecciones sin previo aviso, ha dado como resultado un marco jurídico internacional, así como una “*comunidad de puntos de vista europeos e internacionales*” en los que el CMAD constituye el instrumento principal que además viene avalado por los Convenios de la UNESCO y del Consejo de Europa sobre la misma materia⁴⁵.

44 Cfr. *ibid.* pp.49-51. También resulta de interés el estudio de DELLAUX, J., “Contribution pour une (re)définition du concept de normativité en droit international. Questionnements autour d’instruments de soft law: les décisions des conférences des parties”, *Revue Québécoise de Droit International*, 2016-1, pp.135-157.

45 “À cet égard, elle rappelle que dans l’appréciation d’un cas spécifique, au nom de l’interprétation concrète et effective de l’application de la Convention, elle peut tenir compte des instruments internationaux spécialisés et des dénominateurs communs des normes de droit international, fussent-elles non contraignantes (*Demir et Baykara c. Turquie* [GC], no 34503/97, §§ 85 et 86, CEDH 2008, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie* [GC], no 18030/11, § 124, CEDH 2016), comme c’est le cas du CMAD dont les États parties à la Convention de l’Unesco s’engagent à respecter les principes (paragraphe 54 ci-dessus) ou de toute résolution du Conseil de l’Europe”. Cfr. párrs.178-181 de la Sentencia de 18 de enero de 2018, asunto *Federación Nacional de Asociaciones y Fiduciarios Deportivos (FNASS) y otros c. Francia* (solicitudes nos. 48151/11 y 77769/13).

Asimismo, el TEDH ha confirmado que el Tribunal de Arbitraje del Deporte, más conocido por sus acrónimos “CAS” (*Court of Arbitration for Sport*) o “TAS” (*Tribunal Arbitral du Sport*), gestionado por el Consejo Internacional de Arbitraje del Deporte (ICAS), fundación privada sometida al derecho suizo⁴⁶, reúne los presupuestos exigidos por el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), aun cuando algunos de sus jueces, los magistrados Keller y Serghides, hayan indicado que el TAS no reúne las condiciones de independencia e imparcialidad por la evidente influencia, aunque sea indirecta, del ICAS en la elección y remoción de los miembros del TAS, y porque no se ha constituido conforme a la ley, pues el TAS es una institución de arbitraje no dotada de personalidad jurídica que forma parte del ICAS que asimismo es una fundación de derecho privado suizo⁴⁷.

46 Como ha sido relatado por M. J. Martín Domínguez (<https://www.diariojuridico.com/el-tas-tribunal-arbitral-del-deporte-una-institucion-de-plena-actualidad/>), “el jinete alemán Elmar Gundel interpuso un recurso ante el TAS contra una decisión de la Federación Ecuatense Internacional (FEI). Descontento con el laudo dictado por el TAS el 15 de octubre de 1992, el jinete interpuso demanda ante el Tribunal Federal suizo, impugnando la validez del laudo, al entender que el TAS no reunía las condiciones de imparcialidad e independencia necesarias para ser considerado un tribunal arbitral adecuado. El Tribunal Federal suizo, en sentencia de 15 de marzo de 1993, reconocería al TAS como auténtica corte de arbitraje, con independencia suficiente de la FEI, si bien puso de manifiesto la existencia de uniones entre el TAS y el Comité Olímpico Internacional (COI). Así, el hecho de que el organismo olímpico fuera el financiador casi exclusivo del TAS; que el COI fuera competente para modificar los estatutos del TAS; y el poder que tenían el COI y su Presidente para nombrar a los árbitros eran lazos, a juicio del órgano judicial suizo, suficientemente graves para poner en entredicho la independencia del TAS en el supuesto que el COI fuera parte de un procedimiento ante aquél. Ello obligó a una profunda revisión de las normas reguladoras del TAS, con el objetivo de hacerlo más eficiente y definitivamente independiente del COI. Las principales modificaciones resultantes de esta revisión fueron la constitución del «Consejo Internacional de Arbitraje del Deporte» (ICAS), que vino a sustituir al COI en su relación con el TAS, y la creación de dos Divisiones de Arbitraje, la Ordinaria y la de Apelación, distinguiendo entre las disputas de una sola instancia y las derivadas de una decisión adoptada por un órgano deportivo. Esta nueva estructura fue aprobada en París, el 22 de junio de 1994, con la firma del denominado «Acuerdo de París» entre los Presidentes del COI, de la Asociación de Federaciones Internacionales Olímpicas de Verano (ASOIF), de la Asociación de Federaciones Internacionales Olímpicas de Invierno (AIWF) y de la Asociación de Comités Olímpicos Nacionales (ANOC), dando lugar a un nuevo Código de Arbitraje del Deporte, que entró en vigor el 22 de noviembre de 1994. Desde la firma del Acuerdo de París, las Federaciones Deportivas Internacionales y los Comités Olímpicos Nacionales han ido incluyendo en sus estatutos o reglamentos una cláusula de sometimiento de conflictos a la jurisdicción del TAS”. Por otra parte, la forma de designación de los jueces fue modificada en 2012, entrando en vigor dicha modificación en 2017 (https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/code_fr_010112_avec_modifs.pdf).

47 Cfr. la Sentencia de 2 de octubre de 2018 del TEDH en el asunto *Mutu y Pechstein c. Suiza* (Demandas nos. 40575/10 et 67474/10). Sobre esta cuestión *vid.* PÉREZ GONZÁLEZ, C., “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de

Frente a estos fenómenos globalizantes y la asunción incondicional de la efectividad de los estándares normativos en virtud de criterios de singularidad y especificidad de la materia regulada, se ha defendido la necesidad de constatar una doble legitimidad que garantice la efectividad de las medidas propuestas sin alterar drásticamente las estructuras representativas de la sociedad internacional.

En un primer término, la legitimidad internacional que exigiría que tales procesos normativos deriven de organizaciones internacionales dotadas de personalidad jurídica y que operen en virtud de los principios de atribución de competencia, especialidad y de conformidad con procedimientos legalmente predeterminados⁴⁸. Para Pernice, la autoridad pública legítima solo es concebible si se basa en un instrumento “constitucional” consentido, que establezca y defina las instituciones y sus respectivas funciones, confiriendo poderes específicos a las mismas, determinando los respectivos derechos de las personas sujetas a su autoridad, formalizando los procedimientos para participar en el ejercicio⁴⁹. En sentido similar, la segunda legitimidad se refiere a los postulados constitucionales de los ordenamientos nacionales. Ambas legitimidades han de interaccionar, pues se ha de equilibrar la imprescindible cooperación internacional con los estándares constitucionales para la consecución de la efectividad de las medidas normativas que se pretenden aplicar.

Como ha indicado Petersmann, “in the 21st century, the legitimacy of transnational legal systems needs to be evaluated also in terms of their contribution to protecting cosmopolitan rights and transnational public goods demanded by citizens rather than only in terms of *national constitutions* that depend ever more on *international law and institutions* as legal preconditions for protecting international public goods. In a globalizing world, international law and institutions for the collective supply of *transnational public goods* require constitutional safeguards of human rights no less than national law and institutions for the supply of *national public goods*”. En consecuencia, la legitimidad secundaria que deriva de los Estados democráticos debe ser reforzada por más “«primary legitimacy» deriving from direct participation of citizens. Hence, global governance must respond to the democratic criticism of «too-distant non-accountable and non-directly challengeable decision-making at the international level»”⁵⁰.

protección de derechos humanos de los deportistas y en el ámbito deportivo”, en *Cuadernos de Jurisprudencia y Actualidad Internacionales*, 2020 (en prensa) y “¿Un Derecho internacional del deporte? Reflexiones en torno a una rama del Derecho internacional *in statu nascendi*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2017-1, pp. 195-217.

48 JIMÉNEZ GARCÍA, F., *La Prevención y Lucha...*, op.cit, pp 26-27.

49 PERNICE, I., *La Dimensión Global del Constitucionalismo Multinivel. Una respuesta Legal a los Desafíos de la Globalización*, Documento de Trabajo Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales, n.º 61/2012, Instituto Universitario de Estudios Europeos, p. 16.

50 PETERSMANN, E-U., “Constituting, Limiting, Regulating and Justifying Multilevel Governance of Interdependent Public Goods: Methodological Problems of International

En este contexto resulta de especial interés el debate académico plasmado en el número 25-2 del *Leiden Journal of International Law* entre los profesores Jaye Ellis y Mathius Goldmman que, examinando distintas corrientes doctrinales, se cuestionan el argumento de que el *soft law* constituye una amenaza para el derecho internacional debido a los peligros que conlleva el incremento del relativismo, la politización y la instrumentalización de este ordenamiento jurídico, así como consecuencia de la reducción de su eficacia y coherencia debido a la proliferación de normas no necesariamente compatibles. Como indican los editores Jean d'Aspremont y Tanja Aalberts, ambos autores, desde perspectivas diferentes, rebaten este enfoque tan estrecho, así como la representación de la importancia indirecta del *soft law* en el proceso normativo como meramente *lex ferenda* o "vanguardia de la legalización" (Goldmann). Asumir tal conceptualización en última instancia convierte al *soft law* en un oxímoron y reafirma la distinción categórica entre derecho y no derecho sin realmente dar cuenta de la práctica (jurídica) recurrente en la sociedad internacional contemporánea⁵¹.

J. Ellis, desde una perspectiva más formalista, consensualista y positivista, incide sobre el argumentario de que el *soft law* se considera a menudo como un medio para abordar ciertas debilidades reconocidas del sistema jurídico internacional: el efecto limitado de muchas normas sobre el comportamiento del Estado y la relativa escasez de sanciones por violaciones; el déficit democrático; la lentitud y la reticencia con que la legislación internacional, tan pendientes del consentimiento, y las instituciones responden a graves problemas en la sociedad internacional y la lamentable insuficiencia de muchas de esas respuestas⁵². Aun cuando investiga cómo redefinir las reglas de reconocimiento para incluir varias prácticas heterogéneas en la creación de normas en la sociedad internacional contemporánea, le preocupa especialmente el papel de los actores no estatales en la creación e implementación de regímenes jurídicos. Para esta autora, la denominada participación pluralista en los procesos de gobierno flexible se limita a los actores sociales visibles y poderosos, reforzando y afirmando las estructuras de poder y las divisiones existentes en lugar de fomentar la apertura⁵³. En tal sentido conclu-

Economic Law Research" (July 1, 2013), EUI Working Papers LAW No. 2013/08, p. 3 y 8; LAMY, P., "Global Governance: From Theory to Practice" en *Multilevel Governance of Interdependent Public Goods. Theories, Rules and Institutions for the Central Policy Challenge in the 21ST Century*, Ernest-Ulrich Petersman (ed.) 2012/13, Global Governance Programme Working Paper, 2012, pp. 25-30.

51 Cfr. D'ASPREMONT, J. y AALBERTS T. "Which Future for the Scholarly Concept of Soft International Law? Editors' Introductory Remarks", *Leiden Journal of International Law* 2012-2, pp. 309-312.

52 Cfr. ELLIS, J., "Shades of Grey: Soft Law and the Validity of Public International Law", *Leiden Journal of International Law* 2012-2, p. 321.

53 *Ibid.* p.321, compartiendo el criterio expresado por A. Di Robilant, "Genealogies of Soft Law", *American Journal of Comparative Law* 2006, p.508.

ye sobre la importancia de establecer una frontera alrededor del derecho/ley que nos permita mantener la distinción entre derecho y otros sistemas sociales. Sobre el *soft law* estima “the need for *formal* criteria for identifying law and explaining its legitimacy. At the same time, formal criteria need not be incompatible with the maintenance of robust links between legality and legitimacy. The boundary around international law is not hermetic. Processes of legal argumentation inevitably move back and forth across it. But the interaction of law with other social systems ought not to lead to the collapse of law into those systems”⁵⁴.

Por su parte, Mathius Goldmann incide acerca de la autoridad pública internacional como un marco general para todo tipo de instrumentos de gobernanza. Examina los instrumentos-standard para probar la legitimidad de los ejercicios normativos de la autoridad pública internacional. Bajo el paraguas del concepto de autoridad pública, el concepto de *soft law* aún tiene algún valor normativo, ya que permite distinguir diferentes modos de autoridad que podrían requerir diferentes marcos legales para ser legítimos⁵⁵. Goldmann desecha el criterio de la equivalencia funcional en la medida en que en numerosas ocasiones el *soft law* funciona (incluso supera) como el *hard law* y, en numerosas ocasiones, el derecho vinculante presenta más similitudes con el *soft law*. Tomando como referencia la influencia de los conocidos informes educativos PISA de la OCDE, indica que la norma establece, confirma o destruye las expectativas normativas, no solo las expectativas cognitivas. Los informes PISA en primer lugar abordan las expectativas cognitivas. Es cierto que podrán desencadenar debates públicos que den lugar a expectativas normativas. Sin embargo, a diferencia de las expectativas normativas, las expectativas cognitivas pueden ser superadas por expectativas

54 ELLIS, J., “Shades of Grey...”, *loc.cit.*, pp.333-334. Véase también de esta autora: “The King Is Dead, Long Live the King? A Reply to Matthias Goldmann” *Leiden Journal of International Law* 2012-2, pp. 369–372.

55 GOLDMANN, M., “We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law”, *Leiden Journal of International Law* 2012-2, pp.366-368. *Vid.* también A. on BOGDANDY, A. on, GOLDMANN, M., y VENZKE, I., “From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority” *European Journal International Law* 2017-1, pp. 115–145; MARMOR, A., “Soft-law, authoritative advice and non-binding agreements”, *Oxford Journal of Legal Studies* 2019-3, pp.507-525. Como ha incidido J. G. Prieto Muñoz, la legitimidad puede entenderse en términos generales como la capacidad de las normas y los actos en el ejercicio de la autoridad para generar el cumplimiento voluntario de las partes afectadas, sin el uso de la fuerza o la coacción. Esta definición permite ver la legitimidad como una clase de fuerza que las normas o reglas pueden generar, haciendo que las partes involucradas graviten hacia el auto-cumplimiento. Además, redefine y expande la naturaleza conceptual acerca de que la “norma” es algo más que la simple explicación positivista de reglas impuestas a través de la coerción (PRIETO MUÑOZ, J.G., “Governance of the global financial system: The legitimacy of the BCBS 10 years after the 2008 crisis” *Journal of International Economic Law*, 2019-2, p.248).

cognitivas compensatorias, es decir, demostrando que los informes de PISA son erróneos. No necesitan ser abolidos formalmente⁵⁶.

A tal efecto, enfatiza sobre la necesidad de nuevas distinciones más allá de la división binaria de derecho/no derecho cuando estos instrumentos jurídicos afectan a la libertad. En tales casos, tales instrumentos deberían ser analizados conforme a los principios (o instrumentos-estándar) de derecho público que aborden cuestiones de competencia, procedimiento, transparencia o revisión, que sean acordes con el desafío de legitimidad específico que constituye este instrumento. Por ejemplo, los instrumentos de *soft law* que especifican los detalles de un tratado ratificado universal y razonablemente específico pueden plantear menos preocupaciones que el *soft law* adoptado en ausencia de un tratado internacional sobre el tema. Un sistema estricto de rendición de cuentas podría mitigar la falta de instituciones globales representativas, mientras que una rendición de cuentas amplia fortalecería el debate público. Esta comprensión de la rendición de cuentas es similar a la idea del razonamiento público que Amartya Sen, basándose en Rawls, identifica como el núcleo de la democracia. Ciertamente, este modelo aún está muy lejos de la realidad de algunas instituciones internacionales y, como teoría, carece de la belleza del gran diseño. Por lo tanto, el autor se inclina por considerar este intento de extender la teoría del discurso a un nivel global como la peor solución, a excepción de todas las demás⁵⁷.

Desde la perspectiva de la legitimidad y de la autoridad pública (*"Public Law Approaches"* e *"International Public Authority"*), vinculadas a los principios de transparencia, rendición de cuentas (*"accountability"*⁵⁸), participación de las partes interesadas (*"stakeholder"*) y aproximación a los derechos sociales, Prieto Muñoz también ha destacado que el uso de solo dos categorías, *"hard v. soft"*, como prisma para comprender y analizar los desarrollos legales y normativos actuales conlleva el riesgo de que demasiadas normas diferentes sean clasificadas como *"soft"*, pues el problema de esta dicotomía es que tiende a reducir y simplificar la complejidad y diversidad del mundo donde los desarrollos normativos se vuelven cada día más complejos. En este sentido, la producción de normatividad por parte de distintas redes de organismos privados y públicos exige nuevos esfuerzos metodológicos⁵⁹.

56 Cfr. GOLDMANN, M., "We Need to Cut Off the Head of the King...", *loc.cit.*, p.337.

57 Cfr. GOLDMANN, M., "Soft Law and Other Forms of International Public Authority – The View from Discourse Theory: A Reply to Jaye Ellis", *Leiden Journal of International Law* 2012-2, pp. 376–378.

58 Este autor toma como referencia la definición de *accountability* adoptada por Mark Boven como: "relationship between an actor and a forum, in which the actor has an obligation to explain and to justify his or her conduct, the forum can pose questions and pass judgement, and the actor may face consequences", *loc.cit.*, p.54.

59 *Ibid.*p.50.

3. LA DENSIDAD NORMATIVA Y LA POLIMORFOLOGÍA DEL *SOFT LAW*

El *soft law* es un término que engloba conceptos y realidades muy diversas tanto desde el punto de vista formal como funcional. En cierta medida, como han señalado algunos autores, el sistema de fuentes (formales) estatal está en crisis porque el discurso que genera no es suficiente para explicar la realidad jurídica cotidiana en la que el sistema de fuentes formales ha sido desbordado por el sistema de fuentes materiales⁶⁰.

D. Sarmiento defiende una postura dualista o híbrida del *soft law* entre reglas y principios de derecho. Desde una perspectiva ontológica, el *soft law* se caracteriza por contar con un presupuesto concreto y consecuente abierto e indeterminado que reclama la maximización de los objetivos que pretende cumplir, esto es, “tiene una causa y objetos específicos, pero su finalidad es genérica en la medida en que su desafectación del sistema oficial de fuentes le impide contar con plenos efectos jurídicos. Por tanto, el *soft law* es ontológicamente un mandato de optimización, una proposición prescriptiva que pretende ser cumplida, pero solo en grado”. En cambio, desde una perspectiva empírica, nos encontramos con que éste puede contar con la estructura propia de una regla (reglas de *soft law*) o de un principio (principios de *soft law*). En el terreno práctico, hallaremos múltiples ejemplos de instrumentos de *soft law* que se articulan como reglas, con un consecuente determinado, o bien como principios, con un consecuente indeterminado que reclama un grado de cumplimiento de sus destinatarios⁶¹. Parafraseando a Klabbers en su defensa del carácter binario del derecho y negando el carácter vinculante del *soft law*, podemos afirmar que el *soft law* es capaz de manejar todo tipo de sutilezas y sensibilidades; el *soft law* puede ser más o menos específico, más o menos exacto, más o menos determinado, con un mayor o menor alcance, más o menos imperativo, más o menos ambicioso. Incluso puede ser más o menos vinculante.

En ocasiones presentan un carácter integrador con efectos retroactivos resultado de la confluencia de esta doble dimensión de regla y principio. El primer Plan de Acción sobre la Erosión de la Base Imponible y al Traslado de Beneficios (BEPS: *Base Erosion and Profit Shifting*) presentado por la OCDE en julio de 2013 y respaldado por el G-20 en su Cumbre de San Petersburgo⁶², ha sido asumido

60 SANZ, R. y FOLLONI, A., “El *soft law* como fuente del derecho internacional: reflexiones desde la teoría de la complejidad” *Revista de Direito Internacional*, 2017-3, p.256.

61 Cfr. SARMIENTO, D., *El Soft Law Administrativo. Un Estudio de los Efectos Jurídicos de las Normas no Vinculantes de la Administración*, Aranzadi, 2008, pp.97-98.

62 Cfr. ANTÓN, F.S., “La influencia del plan de acción BEPS en la tributación española: Impacto en la normativa, incremento de la litigiosidad y el papel de los tribunales”, en *Estudios*

por el Tribunal Supremo español, junto a las recomendaciones adoptadas por la Comisión Europea en el mismo sentido, para confirmar el abuso de derecho previsto en la legislación tributaria que supone por parte de determinadas empresas transnacionales trasladar los intereses y los beneficios a otro Estado diferente del de la residencia y que se caracteriza por la baja, o en su caso, nula tributación, sin otra razón económica o empresarial que lo justificara⁶³. De forma similar ha ocurrido con el Código de Conducta sobre la Fiscalidad de las Empresas adoptado mediante resolución de 1 de diciembre de 1997 por parte del Consejo y los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo con el objetivo de luchar contra la competencia fiscal perniciosa.

Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación, 391, Octubre 2015, pp.77-110; MARTÍNEZ BÁRBARA, G., "Efectos del plan BEPS de la OCDE en las jurisdicciones fiscales de la Unión Europea", *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 8/9 (Agosto/septiembre) 201 N° 8-9, 2017, pp. 31-52 7. El 18 de marzo de 2015, la Comisión presentó una comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la transparencia fiscal para luchar contra la evasión y la elusión fiscales [COM (2015) 136 final], que fue seguida, el 17 de junio de 2015, por el Plan de Acción para un sistema de imposición de las sociedades más justo y eficaz en la Unión Europea. Véase también la Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países (DO 2017, L 144). Recientemente, el Parlamento Europeo tras observar que según un documento de trabajo del FMI se estiman que las pérdidas a escala mundial debidas a la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (BEPS, por sus siglas en inglés) y relacionadas con paraísos fiscales ascienden a aproximadamente 600 000 millones USD por año, recuerda que la lucha contra la evasión y el fraude fiscales se dirige contra actos ilegales, mientras que la lucha contra la elusión fiscal aborda situaciones que aprovechan resquicios legales o que, *a priori*, se inscriben dentro de los límites de la ley —a menos que sean consideradas ilegales por las autoridades competentes o, en última instancia, por los tribunales, pero que contravienen su espíritu, por lo que pide una simplificación del marco fiscal. Respecto al fraude fiscal, evasión fiscal y planificación fiscal abusiva (PFA), "Pide a la Comisión y al Consejo que propongan y adopten una definición exhaustiva y precisa de indicadores de PFA, partiendo tanto de las señas distintivas identificadas en la quinta revisión de la Directiva sobre cooperación administrativa (DCA6) como de los estudios y las recomendaciones pertinentes de la Comisión; resalta que esos indicadores claros pueden basarse, en su caso, en normas establecidas a escala internacional; pide a los Estados miembros que utilicen dichos indicadores como base para derogar todas las prácticas fiscales perjudiciales derivadas de lagunas fiscales existentes; pide a la Comisión y al Consejo que actualicen periódicamente estos indicadores en caso de que surjan nuevos sistemas o prácticas de PFA". Cfr. Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de marzo de 2019, sobre delitos financieros y evasión y elusión fiscales (2018/2121(INI)), P8_TA-PROV(2019)0240, párrs.15-35.

63 SSTS 481/2015 y 488/2015 de 9 de febrero 2015, F.J.6; 614/2015, de 12 de febrero de 2015, F.J.7 y 5549/2016, de 22 de febrero de 2016, F.J.7. *Vid.* también las Conclusiones del Abogado General M. Campos Sánchez-Bordona presentadas el 21 de febrero de 2018 en el asunto C-28/17, *NN A/S contra Skatteministeriet*.

Según la información establecida por el propio Consejo⁶⁴, este Código de Conducta no es un instrumento jurídicamente vinculante, pero a través de él los Estados miembros asumen el compromiso político de: revisar, modificar y derogar las medidas fiscales que constituyan competencia fiscal perniciosa (desmantelamiento); y abstenerse de promulgar nuevas medidas de este tipo en el futuro (mantenimiento del *statu quo*). Aunque los principales destinatarios del Código de Conducta eran los Estados miembros, estos se comprometieron también a promover la adopción de los principios del Código en los terceros países y en los territorios a los que no se aplican los Tratados de la UE (se elabora una Lista de la UE de países y territorios no cooperadores a efectos fiscales⁶⁵).

Por otra parte, tal y como prevé la Resolución, el 9 de marzo de 1998, el Consejo Ecofin creó el Grupo “Código de Conducta” (Fiscalidad de las Empresas) en el marco del Consejo, con el fin de evaluar las medidas fiscales dentro del ámbito de aplicación del Código de Conducta. Según el Código de Conducta “deben considerarse potencialmente perniciosas y, por consiguiente, afectadas por el presente Código las medidas fiscales que impliquen un nivel impositivo efectivo considerablemente inferior, incluido el tipo cero, al aplicado habitualmente en el Estado miembro de que se trate” (criterio de entrada). Respecto a este Código de Conducta se ha indicado que su eficacia no sólo proviene de la interacción entre mecanismos de *soft law* y de *hard law*, sino que están presentes otros mecanismos de impacto sobre las conductas estatales: la voluntad de los Estados de evitar críticas (“*shaming*”), que es una de las causas de la eficacia de instrumentos como listas negras; la difusión de conductas por imitación o a través del discurso; o la creación de redes (“*networking*”), por ejemplo a través del grupo de trabajo que analiza las medidas potencialmente perniciosas⁶⁶.

3.1. El *soft law* como factor de progreso normativo: sus fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas.

Resulta ampliamente admitido que el denominado *soft law* ha influido en el desarrollo de determinados sistemas o regímenes internacionales como el relativo al derecho internacional de los derechos humanos, que presenta como punto de referencia ineludible la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (incluida en una resolución/recomendación de la Asamblea General de las Naciones Unidas), así como el referido a la evolución jurídica del denominado

64 <https://www.consilium.europa.eu/es/council-eu/preparatory-bodies/code-conduct-group/>

65 <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15429-2017-INIT/es/pdf>

66 GRIBNAU, H., “Soft law and taxation: EU and international aspects” *Legisprudence*, 2008-2, pp. 83-84.

derecho internacional del medio ambiente⁶⁷, cuyo magma jurídico se encuentra jalonado por numerosas declaraciones y programas de acción (como los de la Unión Europea), desde la originaria Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano 1972 y la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo de 1992 hasta el singular acuerdo internacional de París sobre el cambio climático de 2015 muy deudor de la filosofía obligacional del *soft-law* e insertado dentro de la categoría de los “convenios-marco” que se caracterizan principalmente por implantar un *processus normatif continu*⁶⁸.

En la actualidad este espíritu programático recorre las grandes declaraciones que pretenden transformar nuestro mundo. Desde los Objetivos del Milenio (2000) hasta la proclamación de la Agenda 2030 sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible (2015)⁶⁹, sin olvidar los Principios Rectores sobre la Empresa y los

67 Cfr. PICKERING, J., MCGEE, J.S., KARLSSON-VINKHUYZEN S. I. y WENTA, J., “Global Climate Governance Between Hard and Soft Law: Can the Paris Agreement’s «Crème Brûlée» Approach Enhance Ecological Reflexivity?”, *Journal of Environmental Law*, 2018, pp.1-28; AHMED, A. y Mustofa, Md. J., “Role of soft law in environmental protection: An overview”, *Global Journal of Politics and Law Research*, 2016-2, pp.1-18; LAWRENCE, P., y Wong, D., “Soft law in the Paris Climate Agreement: Strength or weakness? *Review of European Comparative & International Environmental Law*, 2017-3, pp. 276-286; NAVA ESCUDERO, C., “El acuerdo de París. Predominio del *soft law* en el régimen climático”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2016, pp. 99-135; RODRIGO, A.J., *El Desafío del Desarrollo Sostenible*, Madrid, 2015, pp.48-59; SARMIENTO ERAZO, J.P., “Cuando el comercio internacional se encontró con el medio ambiente, entre el *soft law* y la prohibición a las barreras al comercio”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2018, pp. 187-220. Acerca del Convenio de Estocolmo sobre los Contaminantes Orgánicos Persistentes, HEYVAERT, V., “Levelling Down, Levelling Up, and Governing Across: Three Responses to Hybridization in International Law”, *European Journal of International Law* 2009-3, pp.647–674.

68 Cfr. MARTÍNEZ PÉREZ, E.J., “La naturaleza jurídica de las decisiones adoptadas por la Conferencia de las partes en el Protocolo de Kioto”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2007, p.2.

69 Resulta altamente curioso cómo en el Compromiso de Lima de la Cumbre de las Américas sobre la “Gobernabilidad democrática frente a la corrupción» adoptado el 14 de abril de 2018, indudable declaración política, Estados Unidos introduce una «novedosa» declaración como nota a pie de página indicando que «Estados Unidos subraya que el párrafo 18 de la Agenda 2030 hace un llamado a los países para que implementen la Agenda de conformidad con los derechos y obligaciones de los Estados, según el derecho internacional. También destaca su reconocimiento compartido en el párrafo 58 de que la implementación de la Agenda 2030 debe respetar y no perjudicar los mandatos independientes de otros procesos e instituciones, incluidas las negociaciones, y no prejuzga ni constituye un precedente con respecto a decisiones y acciones que se encuentren en marcha en otros foros. Por ejemplo, esta Agenda no constituye un compromiso de suministrar un acceso a nuevos mercados para bienes o servicios. Esta Agenda tampoco interpreta ni modifica ningún acuerdo ni decisión de la Organización Mundial del Comercio, incluido el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad inte-

Derechos humanos (2011, ¿en proceso de convertirse en tratado vinculante?⁷⁰), así como los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos (2012) o la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de septiembre de 2016⁷¹.

lectual relacionados con el comercio". Consultad en http://www.summit-americas.org/viii/compromiso_lima_es.pdf.

- 70 Durante la tercera sesión que tuvo lugar del 23 al 27 de octubre de 2017, el Grupo de trabajo sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en materia de derechos humanos (OEIGWG) discutió los elementos para un proyecto de instrumento jurídicamente vinculante conforme a la propuesta presentada por el Presidente-Relator del OEIGWG, teniendo en cuenta los debates mantenidos durante las dos primeras sesiones. El 16 de julio de 2018, el Grupo de Trabajo Intergubernamental publicó el "Borrador Cero" del Tratado vinculante. Más información en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOnTNC.aspx>, mientras que en su quinta sesión (4-18 de octubre de 2019) se presentaba el Proyecto de informe sobre empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos (<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session5/Pages/Session5.aspx>). Véase el documento presentado por distintas empresas bajo el título *UN TREATY PROCESS ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. Response of the international business community to the "elements" for a draft legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights* (20 de octubre 2017). Junto a estos Principios Rectores, también hay que destacar "Las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales" de la OCDE de 21 de junio de 1976 actualizadas en 2011; la "Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social" adoptada el 16 de noviembre de 1977; por parte del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo; y la adopción en Naciones Unidas, a propuesta del Secretario General, el 12 de agosto de 2005 del *Global Compact* (Pacto Mundial). Entre la abundante literatura sobre esta cuestión, vid: CHOUDHURY, B., "Balancing Soft and Hard Law for Business and Human Rights", *International and Comparative Law Quarterly*, 2018-4, pp 961-986; MOMSEN, C., y SCHWARZE, M., "The changing face of corporate liability – new hard law and the increasing influence of soft law", *Criminal Law Forum*, 2018, pp. 567–593; NOLAN, J., "Hardening soft law: are the emerging corporate social disclosure laws capable of generating substantive compliance with human rights?", *Revista de Direito Internacional*, 2018-2, pp. 64-83; J.M., SÁNCHEZ PATRÓN, J.M., "Responsabilidad medioambiental y derechos humanos: los deberes de las empresas en el derecho internacional", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 2016-2. Además, tales principios han dado lugar a distintos planes de acción por parte de los Estados. Véase en este sentido la obra colectiva MÁRQUEZ CARRASCO, C., y VIVAS TESÓN, I., (eds.), *La implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos por la Unión Europea y sus Estados Miembros* Thomson Reuters Aranzadi: Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, 2017 y CÍRLIG, R. E. "Business and human rights: from soft law to hard law?", *Juridical Tribune*, 2016-2, pp.228-246.

- 71 Véase al respecto, FERNÁNDEZ LIESA, C.R., "Transformaciones del Derecho internacional por los objetivos de desarrollo sostenible", *loc.cit.*; DÍAZ BARRADO, C.M., y JIMÉNEZ GARCÍA, F., "El fin de la pobreza ¿un objetivo realizable?: algunas aportaciones desde el

Por otra parte, ciertos ámbitos del derecho internacional con larga tradición nomegenética han abrazado el *soft law* para incrementar o complementar su efectiva aplicación (¿del *hard law* al *soft law*?). En el marco del derecho internacional humanitario, además de los códigos, manuales y declaraciones de finales de siglo XIX y principios del siglo XX, se han adoptado importantes instrumentos de *soft law* que pretenden adaptar la normativa vigente o colmar las lagunas existentes en ciertos sectores de este ordenamiento como consecuencia de las nuevas realidades a las que tienen que hacer frente. En tal sentido destacan el Manual de San Remo sobre el derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar de 12 de junio de 1994 y el denominado Manual de Tallin sobre Derecho internacional para la guerra cibernética (ciberguerra) de 2013 elaborado por el Centro de Excelencia para la Ciberdefensa Cooperativa de la OTAN (CCD COE)⁷², tras los ataques cibernéticos sufridos por Estonia en 2007 presuntamente desde Rusia, y que en 2017 presentó una nueva versión 2.0⁷³.

También se ha de hacer mención a la propuesta de Suiza y el CICR que dio lugar a la adopción del Documento de Montreux en 2008, cuyo objetivo era definir el modo en que el derecho internacional se aplica a las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP) presentes en teatros de conflicto armado, así como al *Código Internacional de Conducta para los prestatarios de servicios de seguridad privada* de 2010⁷⁴, establecido por la Asociación del Código Internacional de Conducta (ICoCA), en virtud del cual las empresas privadas de seguridad se adhieren a los principios del Documento de Montreux y al marco de “Respeto, Protección, Remedio”, sin olvidar que los *Principios Rectores del Consejo de Derechos Humanos sobre las empresas y los Derechos humanos* (A/HRC/17/31, anexo) también se aplican a este tipo de empresas. Asimismo, con

Derecho internacional” en *Análisis y Comentarios de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp.89-123.

- 72 Según se establece en el propio Manual, este instrumento no es un documento oficial, por tanto no refleja la doctrina de la OTAN, ni la postura de las organizaciones o Estados representados, ni la del propio centro CCD COE. El Manual es un documento que recoge las opiniones de un grupo de expertos independientes que trabajaron durante 3 años en este tema. Su texto puede consultarse en la siguiente dirección de internet: https://assets.cambridge.org/97811071/77222/frontmatter/9781107177222_frontmatter.pdf. Vid. Michael N. SCHMITT, M.N., “International Law in Cyberspace: The Koh Speech and Tallinn Manual Juxtaposed”, *Harvard International Law Journal Online* Vol. 54, 2012.
- 73 EFRONY, D. y SHANY, Y, “A rule book on the shelf? Tallinn Manual 2.0 on cyberoperations and subsequent state practice”, *The American Journal of International Law*, 2018-4, pp. 583-657; TALBOT JENSEN, E., “The Tallinn Manual 2.0: highlights and insights”, (March 13, 2017) 48 *Georgetown Journal of International Law* 735 (2017); BYU Law Research Paper No. 17-10. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2932110>.
- 74 https://www.icoca.ch/sites/all/themes/icoca/assets/icoc_spanish3.pdf

la adhesión a este Código se comprometen a crear los instrumentos necesarios para dar una respuesta a las denuncias interpuestas contra las actividades que infrinjan las leyes nacionales o internacionales vigentes o de este Código y a cooperar de buena fe con las autoridades nacionales e internacionales en el ámbito de su propia jurisdicción, en particular con respecto a las investigaciones nacionales e internacionales sobre violaciones de leyes penales nacionales o internacionales, las violaciones del derecho internacional humanitario, o las violaciones de los derechos humanos.

Respecto a estos dos últimos documentos sobre las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP), se ha indicado por un lado que “se convierten, así, en los mejores aliados del salto cualitativo en la interpretación de la ordenación del uso y control de la violencia al que estamos asistiendo. Las fronteras entre orden interior y exterior, entre instituciones públicas y privadas, e, incluso, entre *normas duras* y *regulaciones blandas* se han desdibujado tanto que, a pesar de que el Estado retiene una autoridad parcial sobre el control de los actores que usan la fuerza, en la correlación monopolio de la violencia con legitimidad, ya sabemos que la *violencia* la pueden ejercer actores no públicos, que, además, no cabe hablar de su *monopolio*, y, por consiguiente, queda por descubrir hacia *dónde* se orienta, *quiénes* la detentan y en *qué* se sustenta la *legitimidad* del poder y del derecho”.

Mientras que por otro se resalta que “*una cosa es la privatización de parte de la actividad militar y de los servicios de seguridad y otra, bien distinta, la externalización del control democrático sobre el uso de la fuerza*. Por tanto, independientemente de nuestra posición a favor o en contra del fomento de la regulación blanda y del auto-control, y junto a las discrepancias existentes sobre si los Estados deben colaborar con estos documentos o repudiarlos, algo parece evidente: la apuesta actual por *regulaciones blandas* y por la *auto-sujeción voluntaria* por parte de las Empresas no auguran nada bueno”⁷⁵.

75 Vid. SANZ MORENO, J.A., “De la prohibición de los mercenarios al *rule of law* de las Empresas militares y de Seguridad privadas”, en *Construyendo el Futuro: Conversaciones Jurídicas sobre la Globalización*, S. Galera Rodrigo y M. Alda Fernández (Eds.), Atelier, Barcelona, 2017, pp. 157 y 161-162. En la actualidad se está trabajando en un Proyecto de Convenio para la regulación, el seguimiento y la supervisión de las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas (A/HRC/RES/15/25 de 5 de julio de 2010). Desde el Parlamento Europeo (2018/2154(INI)) se ha propuesto que un instrumento vinculante internacional resultaría una opción apropiada para garantizar que los derechos humanos se protegen por completo independientemente de donde actúen las EMSP. Se mantiene que el desarrollo de un marco normativo internacional es beneficioso para todas las partes interesadas puesto que ofrece seguridad jurídica, reparaciones, uniformidad y objetividad en cuanto a la normativa internacional y con ello se crea una igualdad de condiciones a nivel mundial. A tal efecto se señala que ese marco debería,

En el marco de la protección social se ha destacado, por ejemplo, la incidencia del *soft law de los derechos humanos*, incluidos los principios rectores sobre la empresa y los derechos humanos, en los avances en materia de responsabilidad corporativa⁷⁶. Respecto del ordenamiento de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en particular la Declaración de 1998, relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo; y la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008, se ha declarado por parte de J.L. Gil y Gil, que “la acción normativa no es un fin en sí mismo, sino el medio más importante de que dispone la OIT para la consecución de sus fines y, en particular, para el logro de la justicia social”.

Si bien constata que algunos autores entienden que, al centrar la acción normativa en los principios y derechos fundamentales en el trabajo y en la estrategia del trabajo decente, la OIT relega la acción normativa tradicional, consistente en la elaboración de instrumentos de carácter vinculante, y recurre a instrumentos de *soft law*, poniendo el acento en la promoción y el fomento, en vez de la aplicación, apoyándose en una normatividad difusa propia de la noción de trabajo decente, sin embargo el autor referido entiende que los nuevos métodos de acción normativa de la OIT no suponen un abandono del *hard law*, en beneficio del *soft law*, sino un paso del *self-service* normativo a un orden público social universal. Así, la OIT puede: mejorar la política normativa y los instrumentos vinculantes ya existentes, para lograr un código internacional del trabajo más moderno y propio del siglo XXI; explorar nuevos modelos para la elaboración de las normas; conseguir que el *soft law* no sea una alternativa, sino un complemento del *hard law* y, asimismo, propugnar una mejor articulación y coherencia entre las distintas iniciativas tendentes a lograr una regulación social de la globalización que concilie la eficacia económica y la justicia social⁷⁷.

como mínimo, imponer obligaciones claramente definidas en materia de derechos humanos a las EMSP, incluida una formación obligatoria en derechos humanos, establecer una distinción entre actividad militar privada y actividad de seguridad privada, limitar el uso de la fuerza y las armas en el cumplimiento del deber, establecer una responsabilidad civil de personas y empresas, así como establecer un requisito de seguro de responsabilidad civil por riesgos relacionados con las actividades de las EMSP, exigir responsabilidad penal del personal responsable de las violaciones, ofrecer un acceso efectivo a las reparaciones para las víctimas, establecer sanciones disuasorias por violaciones cometidas por las EMSP, ofrecer un seguimiento independiente de las actividades de las EMSP y supervisión por parte de las autoridades, y exigir un mecanismo de investigación a fin de garantizar que el personal tenga una formación adecuada y cumpla con las normas internacionales en materia de derechos humanos y de Derecho humanitario.

76 MOMSEN, C. y SCHWARZE, M., *loc.cit.*, pp.567-593 y PIETH, M., “Corporate compliance and human rights”, *Criminal Law Forum*, 2018-4, pp. 595-601.

77 Cfr. GIL y GIL, J.L., “Justicia social y acción normativa de la OIT”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2015-4, pp.37-39. Del mismo

En sentido contrario, Ph. Alston denuncia que este proceso de evitar el “legalismo” y promover “principios” en lugar de derechos laborales en última instancia socavarán los esfuerzos de la OIT y de la sociedad civil para promover los derechos laborales, en particular ante el compromiso retórico de la mayoría de los gobiernos de garantizar y proteger los derechos laborales frente a la globalización y el aumento de la liberalización comercial. Si no se adoptan medidas normativas y financieras compensatorias (anclar los principios firmemente en las normas desarrolladas dentro del régimen de la Convención; hacer que el mecanismo de seguimiento sea efectivo en términos que nos informe sobre lo que realmente está ocurriendo en el mundo; extender el monitoreo bajo la Declaración para incluir una visión general empírica de la práctica en el marco de los mecanismos bilaterales y regionales que han invocado los principios de la OIT y la Declaración; y financiar el compromiso con los derechos de los trabajadores a un nivel que demuestra un compromiso auténtico con los principios y derechos), tales declaraciones y principios no dejarán de ser “una fachada hueca de derechos laborales”⁷⁸.

En un sector de especial sensibilidad medioambiental con un desarrollo institucional aun precario, como es el del Ártico, se ha indicado que “a pesar de las ventajas que presenta el *soft law* —los Estados no se ven constreñidos por un tratado, resulta más sencillo prestar su apoyo dado que no se generan obligaciones jurídicas, suelen no establecer un contenido muy preciso, y se está exento de corsés formales en relación a su adopción—, genera inseguridad y los retos que se plantean en el Ártico en el actual contexto derivado del cambio climático, son de tal envergadura que parece necesaria una aproximación más normativa, un cambio de enfoque, que aparentemente va camino de desarrollarse”⁷⁹.

Desde la perspectiva de la Organización Mundial de la Salud y sus programas de actuación contra el SIDA, se ha resaltado por parte de A. Taylor, T. Alfvén, D. Hougendobler y K. Buse⁸⁰, en cuanto al dilema de instrumentos vinculantes y no vinculantes, que no existe una “fórmula mágica” para adivinar cuál es la elección más apropiada, del mismo modo que no existe un cálculo preciso para determinar la combinación apropiada de forma jurídica, contenido sustantivo

autor (2017), “Los principios y derechos fundamentales en el trabajo como orden público social universal”, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms_548610.pdf.

78 Cfr. ALSTON, PH. “«Core Labour Standards» and the transformation of the International labour rights regimen”, *European Journal of International Law*, 2004-3, pp.519-521.

79 MANERO SALVADOR, A., “La protección ambiental del Ártico y la Agenda 2030”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.77, marzo de 2018, p.9.

80 En su estudio, “Nonbinding Legal Instruments in Governance for Global Health: Lessons from the Global AIDS Reporting Mechanism” *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2014-1, pp.72-87.

o foro institucional o alternativo en el esfuerzo por elaborar normas efectivas de salud global. Depende de muchos factores, entre otros, del juicio de los expertos basado en el contexto particular de la materia de que se trate y en la apreciación de la experiencia y las lecciones aprendidas en otras iniciativas normativas.

Tomando como referencia la Declaración Política en la lucha contra el VIH/SIDA (DoC) adoptada por los Jefes de Estado y de Gobierno y representantes de Estados y de gobiernos, reunidos en las Naciones Unidas⁸¹ y el Mecanismo de Información Global sobre el SIDA (Monitoreo Global del SIDA)⁸², la eficacia de la respuesta mundial ante el VIH constata las ventajas críticas de los instrumentos no vinculantes y los foros institucionales alternativos, en particular, se evidencia que, para que sean efectivos, todos los instrumentos jurídicos, vinculantes y no vinculantes, deben contar con el respaldo de un mecanismo institucional competente y con recursos suficientes y comprometidos con su implementación. Además, incluso si se considera que los mecanismos jurídicos ofrecen una solución fructífera para resolver desafíos de salud específicos en algunos contextos, la comunidad internacional debe considerar los impactos potenciales de la proliferación de tales instrumentos vinculantes o no en la capacidad estatal y no estatal de actuación.

De nuevo se insiste en la *legitimidad de la normativa internacional*, pues los Estados tienden a cumplir con los compromisos, vinculantes o no vinculantes, que se perciben como sustantiva y procesalmente justos. Además, a menudo, la presentación de informes a nivel mundial puede verse como una carga no deseada por los países, una obligación que debe cumplirse, pero sin un gran valor agregado para los intereses nacionales. Sin embargo, el impulso brindado por mecanismos no vinculantes en el desarrollo de capacidades, asistencia técnica, armonización y el uso de datos para mejorar las asignaciones de recursos y los programas, tanto a nivel nacional como mundial, lleva a una mayor aceptación y legitimidad. En última instancia, la legitimidad será fundamental para el éxito de cualquier futuro instrumento normativo de salud global que busque unir a la comunidad internacional en torno a un conjunto de normas y compromisos para proteger y promover la salud y la dignidad humanas⁸³.

81 La última fue adoptada del 8 al 10 de junio de 2016, UN. Asamblea General, Doc.A/RES/70/266. Los autores se refieren a la Declaración de Compromiso en la Lucha contra el VIH/SIDA de 2001 y las Declaraciones políticas sobre el VIH y el SIDA de 2006 y 2011 (A/RES/S-26/2, anexo y Resolución 60/262, anexo, y resolución 65/277, anexo).

82 Vid. Monitoreo Global del Sida 2019: https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/global-aids-monitoring_es.pdf.

83 Cfr. *ibid.* pp.84-85.

3.2. El *soft law* interpretativo e integrador. Elemento decisivo en la formación de una “cultura jurídica internacional” de los derechos humanos

Es comúnmente aceptado que los instrumentos de *soft law* desempeñan una relevante función hermenéutica en el marco de la denominada interpretación contextual, sistemática y evolutiva contenida en el codificador artículo 31.3 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, en particular en conexión con los criterios interpretativos referidos a los elementos extrínsecos del tratado objeto de la interpretación⁸⁴. No obstante, el grado de adhesión a este criterio interpretativo dependerá del sesgo predominante entre los jueces y magistrados que integren el tribunal en cuestión.

Respecto a la Conclusión 10, 1) adoptada por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en su Informe de 2018 aprobado en segunda lectura sobre *Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados*⁸⁵, se indica que la interpretación de un tratado consiste en una “sola operación combinada” en la que no existe jerarquía entre los medios de interpretación que figuran en el artículo 31⁸⁶ y que el referido “acuerdo” de las partes sobre la interpretación del tratado se refiere a todo “entendimiento”, sea o no vinculante, que otorgue un determinado sentido o alcance al tratado. Así pues, “aunque no sean en sí mismos vinculantes, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b), pueden como medio de interpretación, tener consecuencias jurídicas en el marco del proceso de interpretación en el sentido del artículo 31. En consecuencia, las cortes y tribunales internacionales no han exigido que el «acuerdo» en virtud del artículo 31, párrafo 3, refleje la intención de las partes de crear obligaciones jurídicamente vinculantes nuevas e independientes”⁸⁷.

En el mismo sentido y refiriéndose a la Sentencia de 2014 de la CIJ en el asunto de la *Caza de la ballena en el Ártico*, se reafirma que, si bien las recomendaciones

84 Esto es, los apartados a), b) y c) del mencionado artículo referidos a: “todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; toda norma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Vid. al respecto PEETERS, A., “The refinement of international law: From fragmentation to regime interaction and politicization” *J•CON* 15 2017, pp. 671–704, en particular pp. 692-693.

85 Según esta disposición, “Un acuerdo en virtud del artículo 31, párrafo a) y b), requiere un entendimiento común acerca de la interpretación de un tratado que las partes reconozcan y acepten. Dicho acuerdo podrá ser legalmente vinculante, aunque no tendrán que serlo, para ser tenido en cuenta”, Informe de la Comisión de Derecho Internacional (2018), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, Septuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm.10 (A/73/10)*, p. 15. La cursiva está añadida.

86 *Ibid.* p.25.

87 *Ibid.* p.84.El énfasis es añadido.

de una organización internacional que asumen la forma de resoluciones no son vinculantes, sin embargo, cuando se adoptan por consenso o por unanimidad de los votos, pueden ser pertinentes para la interpretación del convenio o anexo de que se trate⁸⁸.

3.2.1. El soft law en la cultura jurídica asumida por el TC y el TS en España: ¿la obligatoriedad/normatividad de las recomendaciones de los comités sobre derechos humanos de la ONU?

Los distintos sistemas nacionales han incorporado estos instrumentos, con diferente incidencia, en sus decisiones jurisdiccionales⁸⁹. En referencia al artículo 10.2 de nuestra Constitución, el Tribunal Constitucional (TC) ha reiterado que “esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado”⁹⁰. Por su parte, la STC 198/2012, de 6 de noviembre, sobre la constitucionalidad de la regulación legal del matrimonio entre personas del mismo sexo, adoptaba un criterio contextual-evolutivo en el que la práctica internacional resultaba determinante. Si bien se refería a la normativa internacional vinculante y al derecho comparado, el Tribunal Constitucional confirmaba que

“Esa lectura evolutiva de la Constitución, que se proyecta en especial a la categoría de la garantía institucional, nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla y que ya ha sido evocada en nuestra jurisprudencia previa (SSTC 17/1985, de 9 de febrero, FJ 4; 89/1993, de 12 de marzo, FJ 3; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 3; 29/1995, de 6 de febrero, FJ 3; y 298/2000, de 11 de diciembre, FJ 11). Pues bien, la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, el derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos, la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elabora-

88 *Ibid.* p.93. *Vid.* también, pp. 94-109.

89 Cfr. el capítulo dedicado al *soft law* por KANETAKE, M., en el libro colectivo, *International Law in Domestic Courts. A Casebook*, Oxford, 2018, pp-311-348.

90 STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3.

das por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición"⁹¹.

Para nuestro Tribunal Constitucional resulta innegable el papel interpretativo de estos instrumentos sobre derechos humanos, tanto si se refieren a instrumentos propiamente de *soft law* (resoluciones, recomendaciones, principios rectores, etc.), como si se refieren a observaciones, dictámenes o informes de organismos creados por acuerdos internacionales. No obstante, no siempre se ha mostrado tan propenso a asumir los postulados de tal normativa⁹². Si en las SSTC 140/2018 y 10/2019, el alto Tribunal invocaba las resoluciones de la Asamblea General que encomiendan a la Comisión del Derecho internacional el examen del principio de justicia universal para precisamente negar que existiera un modelo único, identificándose una amplia diversidad de opiniones expresadas por los Estados en relación con el alcance y aplicación de la universalidad de la jurisdicción⁹³, en la Sentencia 31/2018, el Tribunal Constitucional se enfrentaba al dilema de cómo interpretar la Convención de la UNESCO (como canon interpretativo, nunca como canon de constitucionalidad) relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960 a efectos de determinar la constitucionalidad de ley educativa 8/2013 que autorizaba la organización de la enseñanza diferencia por sexos. En realidad, se trataba de reflexionar acerca de la evolución del derecho internacional sobre esta materia, sobre si los postulados de la Convención de la UNESCO que amparaban tal segregación por sexos habían evolucionado hacia la obligatoriedad de una educación mixta inclusiva.

Si bien para la mayoría del Tribunal, las disposiciones de la Convención de la UNESCO no habían resultado alteradas por posteriores acuerdos (la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979), ni por actos institucionales no normativos⁹⁴, esta decisión no fue adoptada por unanimidad. En el Voto Particular emitido por Magistrado don Juan Anto-

91 STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9. El énfasis es añadido

92 JIMENA QUESADA, L., ha destacado que si bien, no faltan ilustraciones jurisprudenciales (del TC y del TS) que hacen suyas normas programáticas o de "soft-law" de la OIT (silenciando o simplemente ignorando al tiempo normas obligatorias o de "hard-law" del Consejo Europa), sin embargo y en atención de ciertos precedentes, la práctica española nos invita "a no ser demasiado optimistas sobre el modo en que asumirán los operadores jurídicos españoles (incluidos los órganos jurisdiccionales) los dictámenes del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de resolución de las comunicaciones individuales, siendo incluso más flagrante (y, en mi opinión, reprochable) la actitud aprensiva de las instancias judiciales supremas españolas (TC y TS) hacia la Carta Social Europea (CSE) y la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) del Consejo de Europa", *Devaluación y Blindaje del Estado Social y Democrático de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017 p.62.

93 Cfr. STC 140/180 de 20 de diciembre, F.J.5 y STC 10/2019, de 28 de enero FJ.4.

94 Cfr. STC 31/2018, de 10 de abril, F.J.4.

nio Xiol Ríos y con apoyo fundamental en el artículo 10 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, se invoca la Resolución 1152 de la UNESCO, aprobada en el decimoquinto periodo de sesiones celebrados en 1969, referida a la igualdad de acceso de las jóvenes y mujeres a la educación donde se invita a los Estados miembros “a reconocer el principio de la enseñanza mixta en los establecimiento de enseñanza primaria y secundaria como forma de asegurar la igualdad de acceso a la educación”. Por otra parte y constatando que “la intersexualidad – definida como aquella condición en que se nace con características biológicas de sexo (anatomía sexual, órganos reproductivos o patrones cromosómicos) que no se ajustan a las normas sociales, definiciones médicas o estándares culturalmente definidos para el cuerpo femenino o masculino y que puede ser detectada al nacer o volverse aparente más adelante en la vida, especialmente durante la pubertad– ha entrado recientemente a formar parte de la preocupación de las leyes, la jurisprudencia y el *soft law* antidiscriminatorios”, estima el Magistrado que tal evolución confirma la modificación del amparo reconocido por la mayoría a la Convención de la UNESCO de 1960. A tal efecto señala que, en el ámbito regional europeo, es necesario citar tanto la Recomendación CM/Re (2010)5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, así como la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 2191 (2017), de 12 de octubre, para promover los derechos humanos y eliminar la discriminación contra las personas intersexuales.

Por su parte, el Tribunal Supremo (TS⁹⁵) recientemente ha acudido a cierto *soft law* para deducir importantes consecuencias legales y constitucionales. Mediante su Sentencia 1263/2018 de 17 de julio ha elevado a la categoría de instrumento vinculante las recomendaciones contenidas en el Dictamen adoptado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW)⁹⁶ que conforme al artículo 7 del Protocolo Facultativo CEDAW exige

95 También resulta de interés la Sentencia 968/2017 (Sala de lo Contencioso) de 31 de mayo acerca del *soft law* (*Guidelines of the Committee of Ministers on the selection of candidates for the post of judge at the European Court of Human Rights. Explanatory Memorandum, CM(2012)40addendum final 29 March 2012* y el Informe Explicativo de las modificaciones al Protocolo nº 14, así como el Protocolo 15 en cuanto que no está en vigor) en el asunto de la elección de los jueces españoles para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

96 En la nota de prensa de la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 8 de noviembre de 2018 en referencia a las declaraciones de la Sra. Hayashi, se reseña: “España sienta un precedente en el derecho internacional de los derechos humanos, afirman expertos de las Naciones Unidas en los derechos de la mujer”. Conforme se indica en el mismo, “el Tribunal Supremo reconoció que las cláusulas de los tratados internacionales de los que España es Estado signatario forman parte de su le-

de los Estados partes que le den la debida consideración enviando en el plazo establecido información sobre las medidas que hayan adoptado en función de las opiniones y recomendaciones del Comité⁹⁷.

Para el Tribunal Supremo, el carácter obligatorio/vinculante del Dictamen se deriva de los siguientes fundamentos:

- A) Siguiendo la doctrina constitucional, declara la interpretación e integración de los derechos fundamentales reconocidos en la normativa internacional y en el Dictamen del Comité de la CEDAW en el patrimonio jurídico de la demandante. Asimismo, el mantenimiento de esta situación lesiva denunciada por el Comité menoscaba o anula el goce de los derechos humanos, así como del principio de discriminación contra la mujer. A tal efecto se declara que “es evidente que esta declaración, vinculante para España como Estado parte que ha reconocido, por la ratificación de los dos instrumentos internacionales, la competencia del Comité ex

gislación y que las recomendaciones del Comité CEDAW son de carácter vinculante. Por lo tanto, las conclusiones del Comité deben ser efectivamente acatadas y aplicadas, para que los derechos y libertades estipulados en dichos tratados sean “reales y concretos” en España. “Este caso es un hito y sentará un precedente en el derecho internacional de los derechos humanos. que España aplique las demás recomendaciones que adoptamos con respecto a los derechos de tutela y visita, el ejercicio de la debida diligencia en los casos de violencia doméstica y la obligación de capacitar a los jueces y funcionarios encargados de aplicar la ley”.

<https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23849&LangID=S>

- 97 En la propia Sentencia, F.J. Séptimo, se precisa que: “Lo primero que advertimos es (i) que la Convención no ha introducido en el orden jurídico interno una instancia superior supranacional en el sentido técnico del término, de revisión o control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas, ni tampoco impone a los Estados miembros unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio para asegurar la reparación de las desviaciones que el Comité de la CEDAW pueda llegar a apreciar; (ii) que aunque ni la Convención ni el Protocolo regulan el carácter ejecutivo de los Dictámenes del Comité de la CEDAW, no puede dudarse que tendrán carácter vinculante/obligatorio para el Estado parte que reconoció la Convención y el Protocolo pues el artículo 24 de la Convención dispone que «los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente Convención». A tal efecto deberán tomarse también en consideración las previsiones del artículo 7.4 del Protocolo Facultativo sobre que «El Estado Parte dará la debida consideración a las opiniones del Comité, así como a sus recomendaciones, si las hubiere, y enviará al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito, especialmente información sobre toda medida que se hubiera adoptado en función de las opiniones y recomendaciones del Comité», reforzado por el reconocimiento expreso de la competencia del Comité de la CEDAW del artículo 1 del propio Protocolo Facultativo, voluntariamente asumido por España”.

artículo 1 del Protocolo Facultativo, y el hecho de que España no haya acreditado la adopción de medidas reparadoras del derecho a no sufrir discriminación, representan o suponen el mantenimiento de la lesión de derechos reconocidos en la Convención, que es una violación especialmente cualificada y que viene referida a un principio jurídico universal reconocido por diversos textos internacionales como La Convención, a que venimos refiriéndonos, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 – artículo 7–, el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 –artículo 14– y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –artículo 21–”.

- B) La inexistencia de un procedimiento específico de ejecución de los dictámenes del Comité de la CEDAW, que es en sí mismo un incumplimiento de un mandato legal y constitucional por parte España, que permita a la recurrente poder disponer de un cauce adecuado y eficaz para hacer valer el reconocimiento de la vulneración de sus derechos fundamentales ante los órganos judiciales españoles. La demanda de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia se torna ya en el remedio efectivo último para controlar la alegada vulneración de derechos fundamentales invocada por la parte recurrente que, además, se presenta como permanente en el tiempo.

A pesar del carácter discrecional que se reconoce a los Estados en la ejecución de estas recomendaciones, comunicaciones o resoluciones de estos comités, esta debe responder al objetivo esencial que marca la Convención como instrumento obligatorio y, en caso de denegación infundada o cumplimiento incompleto de la misma, corresponde exigir responsabilidad patrimonial o de otro tipo (como puede ser otorgar fuerza jurídica al dictamen del Comité en virtud de distintas consideraciones amparadas en la buen fe, confianza legítima, interpretación conforme, incumplimiento de la diligencia debida etc.) al Estado como remedio efectivo último al no existir procedimiento específico que garanticen los derechos y expectativas generadas en los particulares⁹⁸. Se trataría de una *peculiar atribución de obligatoriedad como sanción*. En estos casos, el carácter binario del derecho no resulta suficiente ni idóneo para explicar el alcance y los efectos jurí-

98 Véase en sentido similar, ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “Sobre la problemática determinación de los efectos jurídicos internos de los “Dictámenes” adoptados por Comités de Derechos Humanos. Algunas reflexiones a la luz de la STS 1263/2018, de 17 de Junio”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2019-1, pp.241-250. Asimismo, las contribuciones de los profesores JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C., JIMÉNEZ PINEDA, E. y CARDONA LLORENS, J., en el ágora “A discussion on international human rights bodies’ decisions and Spain” en el núm.23 (2019) del *Spanish Yearbook of International Law*.

dicos de estos dictámenes. Y al mismo tiempo, atribuirles el carácter de *soft-law* genera inseguridad jurídica no solo para los aplicadores del derecho, sino principalmente para las personas reconocidas como víctimas del incumplimiento por parte del Estado de las obligaciones derivadas de la Convención de que se trate. Inseguridad que se incrementa cuando no existe normativa nacional relativa a la aplicación o ejecución de tales dictámenes.

En realidad, no se ha confundir la naturaleza obligatoria/vinculante de los dictámenes, observaciones, comentarios etc., con la producción de efectos jurídicos que derivan de los mismos en virtud de distintas consideraciones. Por ende, tampoco se ha confundir el efecto directo de estos dictámenes, pues carecen de él, con las consecuencias jurídicas, incluidas las indemnizatorias, que podrían derivarse en los ordenamientos nacionales en virtud de su incumplimiento.

Como ha advertido el Relator Especial en materia de *Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados*, Sr. Georg Nolte, algunos tratados establecen órganos, integrados por expertos que desempeñan sus funciones a título personal, que tienen encomendada la tarea de vigilar o contribuir de otra forma a la aplicación de esos tratados. Ejemplos de este tipo de órganos de expertos creados en virtud de un tratado⁹⁹ son los comités constituidos de conformidad con diversos tratados de derechos humanos de carácter universal, como el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Comité de los Derechos del Niño y el Comité contra la Tortura.

Otros órganos de expertos creados en virtud de un tratado son la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, establecida en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el Comité de Cumplimiento de

99 Por la expresión “establecido en virtud de un tratado” se entiende que la creación o la competencia de un órgano de expertos determinado han sido establecidas en virtud de un tratado. En la mayoría de los casos, está claro si se cumplen esas condiciones, pero también puede haber casos dudosos. Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es un órgano creado por una resolución de una organización internacional, pero al que posteriormente le fue atribuida competencia para “examinar” determinadas “comunicaciones” por el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Este órgano es un órgano de expertos creado en virtud de un tratado en el sentido del proyecto de conclusión 13 en la medida en que un tratado prevé que el Comité ejerza determinadas competencias. Otro caso dudoso es el del Comité de Cumplimiento del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, cuya creación, en virtud de una decisión de la Conferencia de las Partes, está prevista implícitamente en el artículo 18 del Protocolo. *Vid.* Informe de la Comisión de Derecho Internacional (2018), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, Setuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm 10 (A/73/10)*, p.116.

la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Convención de Aarhus) y la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes creada de acuerdo con la Convención Única sobre Estupefacientes. Estos órganos emiten determinadas resoluciones o pronunciamientos que abarcan todas las evaluaciones fácticas y normativas pertinentes de los órganos de expertos creados en virtud de un tratado y que se denominan “observaciones”, “recomendaciones”, “comentarios”, “medidas” y “medidas correctivas”, “conclusiones” e, incluso, se suele emplear el término “jurisprudencia” para referirse al cuerpo o acervo jurídico generado por sus comentarios generales y las conclusiones dictadas en respuesta a las comunicaciones individuales¹⁰⁰.

Pues bien, los posibles efectos jurídicos de estas resoluciones o pronunciamientos no jurídicamente vinculantes pueden ser muy variados en atención a las disposiciones del tratado correspondiente así como a la interpretación que se efectúe de las mismas¹⁰¹, sin embargo la CDI llega a la conclusión de que un pronunciamiento de un órgano de expertos creados en virtud de un tratado no puede, *de por sí* (esto es como tal, pues otra cosa es que dichos pronunciamientos fueran asumidos por consenso, unanimidad o una mayoría significativa por ciertos organismos internacionales como la Asamblea General de las Naciones Unidas), constituir un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en virtud del artículo 31.3 CV69 ya que dicha disposición requiere un acuerdo de las partes o una práctica ulterior de las partes por la cual conste su acuerdo acerca de la interpretación del tratado¹⁰².

100 *Ibid.* p.117.

101 Según el comentario u observación presentada por Suecia en nombre de los países nórdicos, “los comentarios y las opiniones generales expresadas en casos individuales por los órganos creados en virtud de tratados integrados por expertos independientes son importantes para la aplicación e interpretación de los convenios internacionales en el plano nacional. Sin embargo, esos comentarios y opiniones no son jurídicamente vinculantes y no deben tener por objeto modificar un tratado. Solo pueden considerarse como medios de interpretación y su peso jurídico dependerá de su contenido, calidad y carácter jurídicamente persuasivo”. *Vid.* A/CN.4/712, p.35.

102 *Ibid.* pp.119-120. La propia Comisión, en su comentario a la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, abordó la cuestión de la pertinencia de los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados de derechos humanos con respecto a las reservas indicaba que “obviamente, si esos órganos han sido investidos de una potestad de decisión, las partes deberán respetar las decisiones que adopten, pero esto solo ocurre actualmente en relación con algunos tribunales regionales de derechos humanos. En cambio, los demás órganos de vigilancia carecen de la potestad jurídica de decidir, tanto en el ámbito de las reservas como en las demás esferas en que disponen de una competencia de constatación. Por lo tanto, sus conclusiones no son jurídicamente vinculantes y los Estados parte solo deben ‘tener en cuenta’ su evaluación de buena fe”. *Vid.* par. 3), del comentario a la directriz 3.2.3, p.414, del Informe de la Comisión de Derecho Internacional (2011),

No obstante y haciendo referencia a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (*Ahmadou Sadio Diallo*, Sentencia de 2010 y Opinión consultiva de 2004 sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*), se concluye que aun cuando el Tribunal Internacional de Justicia no está obligado en el ejercicio de sus funciones judiciales a ajustar su propia interpretación del tratado o pacto en cuestión a la facilitada por los respectivos comités creados por los mismos, sin embargo estima que debe apoyarse en la *práctica habitual* del comité correspondiente y “debe dar mucho peso a la interpretación adoptada por este órgano independiente que fue establecido para vigilar la aplicación de dicho tratado. En este aspecto lo importante es lograr la claridad necesaria y la congruencia esencial del derecho internacional, así como la seguridad jurídica, a la que tienen derecho tanto los individuos con derechos garantizados como los Estados obligados a cumplir las obligaciones convencionales”.

Asimismo se observa cómo las cortes, tribunales y órganos regionales de derechos humanos también han recurrido a los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados como instrumento de ayuda para la interpretación de los tratados que están llamados a aplicar y cómo diversas cortes y tribunales nacionales han considerado que los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados de derechos humanos, aunque no sean en sí mismos jurídicamente vinculantes para ellos, merecen que se les dé un peso considerable al determinar el sentido de un derecho pertinente y la existencia de una infracción¹⁰³.

La segunda decisión relevante de nuestro Tribunal Supremo se produce con motivo de la Sentencia 459/2019 de 14 de noviembre relativa al enjuiciamiento de los dirigentes políticos responsables del denominado *procés catalán*. Ante la invocación por parte de los acusados del “*derecho a decidir*” como pretendida causa de exclusión de la antijuridicidad, el TS procede una interpretación integradora de los textos internacionales citados como apoyo normativo al derecho de autodeterminación. Además de la referencia obligada a las resoluciones 1514 (XV), 1541 (XV) y 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, así como a la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, que constituyen formalmente instrumentos de *soft law* que han devenido en derecho prescriptivo de naturaleza consuetudinaria¹⁰⁴ obligatorio por ende para el Estado español, el

Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10/Add.1).

103 Informe de la Comisión de Derecho Internacional (2018), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, Septuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/73/10)*, pp.123-124.

104 Cfr. la Opinión Consultiva de 25 de febrero de 2019 de la CIJ sobre el asunto *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, pars.144-161. Vid. el análisis de esta decisión realizado por MANERO SALVADOR, A., “El asunto

Tribunal Supremo, para precisar el contenido y alcance del derecho a la autodeterminación de los pueblos, recurre a la Recomendación general N° 21, del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, relativa al derecho a la libre determinación¹⁰⁵, en la que se asume que si bien este derecho es un principio fundamental del ordenamiento internacional, “el derecho internacional no ha reconocido el derecho general de los pueblos a declarar unilateralmente su secesión de un Estado. A este respecto, el Comité sigue los principios expresados en Un Programa de Paz (párrs. 17 y ss.), a saber, que toda fragmentación de los Estados iría en detrimento de la protección de los derechos humanos y del mantenimiento de la paz y la seguridad. Esto no excluye, sin embargo, la posibilidad de llegar a arreglos concertados libremente por todas las partes interesadas”¹⁰⁶.

3.2.2. Las jurisdicciones internacionales de derechos humanos (el Tribunal Europeo de Derecho Humanos –TEDH– y la Corte Interamericana de Derechos Humanos –CorteIDH–) han incorporado con naturalidad el soft law internacional de los derechos humanos

3.2.2.1. El soft law como vector determinante del carácter constitucional del principio de interpretación evolutiva en el TEDH

En la Sentencia dictada en el asunto *Muršić c. Croacia*¹⁰⁷, la Gran Sala del TEDH tuvo en consideración la siguiente normativa internacional que carece de naturaleza obligatoria/vinculante: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos de 2015 (Reglas Nelson Mandela¹⁰⁸); las Guías del Comité Internacional de la Cruz Roja que incorpora las líneas directrices sobre las

del archipiélago de Chagos y la competencia consultiva de la Corte Internacional de Justicia: la plenitud del derecho a la autodeterminación conforme al principio de integridad territorial”, en *Cuadernos de Jurisprudencia y Actualidad Internacionales*, 2020 (en prensa).

105 Adoptada en el 48° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 245 (1996).

106 Cfr. FJ 17.1.2 de la Sentencia 459/2019.

107 STEDH de 20 de octubre de 2016, Asunto *Muršić c. Croacia*, núm. 7334/13, pars.46-65.

108 Aun cuando no son citadas en esta sentencia, son de destacar en el Marco de las Naciones Unidas la siguiente normativa: las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos (1977), el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (1988), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) (1990), el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (1979), los Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (1990), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) (1985), y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (1990).

medidas a aplicar en lugares de detención¹⁰⁹; los informes generales y los relativos al Estado demandante dictados por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT), las normas CPT (extraídas de los Informes Generales), las Recomendaciones del Comité de Ministros así como las del Comité Europeo para los Problemas Criminales relativas a las Reglas Penitenciarias Europeas.

Pues bien, la Opinión en parte disidente del Juez Pinto de Albuquerque estuvo dedicada al *soft-law* internacional y europeo. El principal argumento esgrimido por este juez se refiere al *carácter constitucional del principio de interpretación evolutiva y la “deformalización” de las fuentes del derecho*. En primer lugar, porque según jurisprudencia reiterada del TEDH, la Convención es un instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de condiciones actuales y de acuerdo con la evolución del derecho internacional, de tal forma que refleje el estándar cada vez más alto de protección de los derechos humanos lo que implica una mayor firmeza ante los ataques contra los valores fundamentales de las sociedades democráticas¹¹⁰. Haciendo referencia al asunto *Demir y Baykara c. Turquía*, de 12 de noviembre 2008, se recuerda cómo la Gran Sala declaró que, a efectos de interpretar el sentido de los términos de las disposiciones de la Convención, puede y debe tenerse en cuenta *otros elementos del derecho internacional sobre la materia distintos a la misma, como las interpretaciones realizadas de estos elementos por los órganos de control competentes y la práctica de los Estados europeos que manifiesten sus valores comunes*.

El consenso emergente de los instrumentos internacionales especializados y de la práctica de los Estados contratantes puede constituir un elemento pertinente a tener en cuenta en la interpretación de las disposiciones de la Convención en los casos específicos que le sean sometidos. *En este contexto no es necesario que el Estado haya ratificado el conjunto de los instrumentos aplicables al asunto concernido*. Basta, para el Tribunal, que los instrumentos internacionales pertinentes denoten una evolución continua de las normas y principios aplicados en el derecho internacional o en el derecho interno de la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa y atestigüen, sobre un aspecto preciso, una visión comunitaria en las sociedades modernas¹¹¹.

Según el Juez, conforme a los anteriores criterios, el orden jurídico del Consejo de Europa ya no puede confundirse con el acuerdo internacional tradicional de egoísmos yuxtapuestos. La soberanía ya no es un hecho absoluto, como en los

109 Cfr. el Documento CICR Asistencia de Salud en Lugares de Detención. Guía práctica <https://shop.icrc.org/icrc/pdf/view/id/2412>.

110 Cfr. párr.17 de la Opinión.

111 STEDH (Gran Sala), asunto *Demir y Baykara c. Turquía*, de 12 de noviembre 2008, núm. 34503/97, párrs. 147-154 y 86

tiempos de Westfalia, sino una parte integral de una comunidad que sirve a los derechos humanos. En este contexto, la Convención no solo debe interpretarse a la luz de los “acuerdos” formalmente vinculantes, sino también conforme a la inmensa cantidad de “acciones comunes” formalmente no vinculantes realizadas por los órganos políticos y técnicos del Consejo de Europa, como las recomendaciones, las líneas directrices y las declaraciones de su Comité de Ministros¹¹².

Por el contrario, cuando no existe un consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa, ya sea sobre la importancia del interés en juego o sobre las mejores formas de protegerlo, especialmente cuando el caso plantea cuestiones morales o éticas delicadas, *el margen de apreciación de los Estados es más amplio y la normativa soft law no puede desplazar la falta de armonización o la ausencia de una reglamentación internacionales*, en particular cuando los instrumentos no vinculantes tampoco resultan decisivos. En tal sentido se pronunciaba la Gran Sala del TEDH en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* donde se remitió al derecho italiano respecto al tema de la *gestación subrogada* reconociendo que la Convención no reconoce el derecho a ser padres¹¹³.

112 Cfr. párr.22 de la Opinión parcialmente disidente.

113 STEDH (Gran Sala) asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*, de 17 de enero de 2017, núm. 25358/12. En relación con los asuntos de 2014, *Mennesson c. Francia* y *Labassee c. Francia*, el TEDH va a pronunciarse ahora mediante Dictamen consultivo, vía Protocolo 16, en relación con el *reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente* (Demanda núm. P16-2018-001). En su opinión consultiva dictada el 10 de abril de 2019 y que responde a las preguntas formuladas por el Tribunal de Casación francés, la Gran Sala vuelve a reconocer el margen de apreciación de los Estados sobre la materia y si bien no reconoce que se haya vulnerado el derecho a la vida familiar de los padres sí que admite tal vulneración en relación con la vida privada y familiar del niño afectado. La elección de los medios para permitir el reconocimiento de la relación jurídica entre el menor y los progenitores comitentes se encuentra dentro del margen de apreciación de los Estados pues “el artículo 8 del Convenio no impone a los Estados la obligación general de reconocer *ab initio* una relación paterno-filial entre el niño y la madre comitente. Lo que el interés superior del niño –que debe ser evaluado principalmente *in concreto* y no *in abstracto*– requiere es que el reconocimiento de esa relación, legalmente establecida en el extranjero, sea posible como máximo cuando se haya convertido en una realidad práctica. En principio, no corresponde al Tribunal, sino sobre todo a las autoridades nacionales evaluar si, en las circunstancias concretas del caso, dicha relación se ha convertido en una realidad práctica”. Sobre el fondo determina que el “derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio exige que la legislación nacional prevea la posibilidad de reconocer una relación jurídica paterno-filial con la madre comitente, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como «madre legítima»; (...) El derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio no exige que dicho reconocimiento adopte la forma de inscripción en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones de los datos de la partida de nacimiento legalmente establecida en el extranjero; pueden utilizarse otros medios, como la adopción del

3.2.2.2. La CortelDH y el rango “constitucional” del *soft law* en los desarrollos interpretativos de los Derechos humanos convencionalmente reconocidos.

Al margen del Tribunal de Estrasburgo, el criterio evolutivo y progresista en materia de derechos humanos es una seña de identidad de la Corte Interamericana de Derecho Humanos (CortelDH) que ha reconocido que “en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos [...]. En este sentido, el derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos”¹¹⁴.

A diferencia de otras jurisdicciones internacionales, la CortelDH ha adoptado con normalidad, desde la perspectiva de la interpretación de los derechos que garantiza, las declaraciones y observaciones de los distintos Comités de derechos humanos de las Naciones Unidas para precisar el contenido de los derechos reconocidos en el Pacto de San José. Además y en cuanto al tema de la violencia contra la mujer, la CortelDH ha acudido a los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por los funcionarios encargados de cumplir la ley de 7 de septiembre de 1990; al Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979; a la resolución del Consejo de Seguridad 1820 (2008) sobre mujeres, paz y seguridad; así como al denominado Protocolo de Estambul (*Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*), elaborado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos¹¹⁵.

Asimismo, como es sabido, ha elaborado una relevante jurisprudencia que tomando como referencia los derechos reconocidos en el Pacto e incorporando los previstos en distintos instrumentos jurídicamente no vinculantes, ha confeccionado un régimen específico de derechos relativo a los de los pueblos indígenas. Respecto a los derechos a la consulta y a la propiedad comunal indígena, la Corte interamericana ha reiterado que los tratados de derechos humanos son instru-

niño por la madre comitente, siempre que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que pueda ser aplicado con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño”.

114 CortelDH, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia del 24 de febrero de 2012, par. 120; caso *Artavia Murillo y otros («Fecundación in vitro») vs. Costa Rica*, Sentencia de 28 noviembre de 2012, pár. 245.

115 Corte IDH caso *Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México*, sentencia de 28 de noviembre de 2018, párrs.160, 200, 273 y 281.

mentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.

Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención americana, así como en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. En este sentido, “esta Corte ha afirmado que al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (artículo 31.2 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (artículo 31.3 de mismo instrumento). Igualmente, este Tribunal ha considerado que podría ‘abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano’, aunque dicho instrumento no provenga del mismo sistema regional de protección”¹¹⁶.

Y en esta dirección se tiene en cuenta, entre otros instrumentos internacionales: La Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas, adoptada en Nueva York el 13 de septiembre de 2007; distintas declaraciones y recomendaciones de la UNESCO como la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural del año 2001; la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992; la Carta Democrática Americana de 2001; así como diferentes resoluciones, informes y observaciones generales e individuales de distintos organismos internacionales (Comités, Relatores, Alto Comisionado, Grupos de trabajo etc). A estos instrumentos habría que añadir, los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas de 1998¹¹⁷; la Resolución 50/192, de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre *Agresión y violación de mujeres en las zonas de conflicto armado de la ex Yugoslavia* de 22 de diciembre de 1995; la Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre el tema *Las mujeres y la paz y la seguridad* donde se reafirma su compromiso con la aplicación plena y efectiva de la resolución 1325¹¹⁸; el Informe del Secretario General de conformidad con la Resolución 1820 (2008) del Consejo de Seguridad de 15 de julio de 2009; el Manual de Naciones Unidas sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de 1991 etc.¹¹⁹

Por último, con respecto a la incidencia del *soft law* en la determinación evolutiva del contenido de los derechos previstos en la Convención americana sobre

116 Corte IDH, caso *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, sentencia de 27 de junio de 2012, pár.161.

117 E/CN.4/1998/53/Add.2 de 11 de febrero de 1998.

118 UN. Doc. S/PRST/2007/5, 7 de marzo de 2007.

119 Cfr. la sentencia de 30 de noviembre de 2016, Corte IDH, caso *Miembros de la aldea Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal vs. Guatemala*.

derechos humanos de 1969, destaca la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica relativa a la *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*.

A diferencia del alcance del principio de margen de apreciación del TEDH, la CortelDH concluyó, por una parte, que los Estados deben garantizar los siguientes derechos a las personas interesadas en la rectificación de la anotación del género o, en su caso, de las menciones del sexo: cambiar su nombre; adecuar su imagen en los registros y/o en los documentos de identidad de conformidad con su identidad de género auto-percibida; poder acudir a un procedimiento o un trámite enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida basado 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. Además, tales procedimientos deben ser confidenciales, expeditos y, en la medida de lo posible, deben tender a la gratuidad y no deben requerir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales. Por otra parte, declara que es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales.

Para llegar a tales conclusiones, la CortelDH reformula el artículo 38 del Estatuto de la CIJ afirmando que “el *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos se compone de una serie de reglas expresamente establecidas en tratados internacionales o recogidas en el derecho internacional consuetudinario como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, así como de los principios generales de derecho y de un conjunto de normas de carácter general o de *soft law*, que sirven como guía de interpretación de las primeras, pues dotan de mayor precisión a los contenidos mínimos fijados convencionalmente”¹²⁰.

120 CortelDH, Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica relativa a la *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, pâr.60. En concreto se refiere a las observaciones de los distintos Comités de Derechos Humanos de las Naciones Unidas como el Comité de Derechos Humanos; el Comité contra la Tortura; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, su Observación General núm. 22, “relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva –artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales–, de 2 de mayo de 2016, E/C.12/GC/22); el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; el Comité de los Derechos del Niño (Observación General núm. 20 “sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”, 6 de diciembre de 2016, CRC/C/GC/20). También hace referencia al Consejo de Derechos Humanos y el “Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o

Frente a esta decisión, el juez Eduardo Vio Grossi presentó su voto individual parcialmente disidente en atención a distintas consideraciones. Con carácter preliminar reitera que no le corresponde a la Corte ni expresa ni tácitamente, en el ejercicio de sus competencias, modificar la Convención, por lo que su jurisdicción consultiva no debe transformarse en el ejercicio de la función normativa, la que, en general, está expresamente conferida a los Estados parte¹²¹. A tal efecto hace notar que la Corte no citó ningún tratado o instrumento jurídico vinculante y en vigor para los Estados Miembros de la OEA que incluyera el término de identidad de género.

Asimismo, según el referido voto individual, el derecho internacional, incluido el derecho internacional de los derechos humanos, no contempla, en su actual estado de desarrollo, derechos especiales a las uniones entre personas del mismo sexo, creando la institución y estableciendo los derechos correspondientes. No se dispone de una fuente autónoma del derecho internacional, es decir, de un tratado, costumbre o principio general de derecho, que, en al ámbito jurídico americano rijan tal situación. Sólo se cuenta con actos jurídicos unilate-

identidad de género”, de 19 de abril de 2017 (A/HRC/35/36); el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: “Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género” de 4 de mayo de 2015 (A/HRC/29/23); el Informe de 2017 elaborado en el marco de la UNESCO titulado “Abiertamente: respuestas del sector de educación a la violencia basada en la orientación sexual y la identidad/expresión de género” (https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000244652_spa); el “Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y Derecho a la Identidad”, de la Organización de Estados Americanos (OEA) de 3 de junio de 2008 (AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08), así como a la Resolución 2602 de esta Organización sobre “Derechos Humanos, Orientación Sexual, e Identidad de Género” de 8 de junio de 2010 (OEA Resolución AG/RES. 2602 (XL-O/10); la opinión y el informe respectivamente del Comité Jurídico Interamericano sobre el “Alcance del Derecho a la identidad” de 10 de agosto de 2007 (OEA Resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007) y sobre «Privacidad y Protección de Datos Personales» de 2015 (OEA CJI/doc.474/15 rev.2, 2015); y la Recomendación CM/Rec (2010)5 del Consejo de Europa para “Combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género”. Así mismo se tuvo en cuenta el informe privado sobre los “Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Principios de Yogyakarta” de 2007. Este último documento fue elaborado a petición de Louise Arbour, ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004-2008), por 16 expertos en Derecho internacional de los derechos humanos de diversos países, incluyendo miembros de la Comisión Internacional de Juristas, del Servicio Internacional para los Derechos Humanos, académicos y activistas, reunidos en la ciudad de Yogyakarta, Indonesia, en la Universidad de Gadjah Mada, entre el 6 y 9 de noviembre de 2006. <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?rel-doc=y&docid=48244e9f2>.

121 Cfr. pars.7 y 8 de la Opinión del Juez.

rales de algunos Estados miembros de la OEA, los que, lógicamente, son vinculantes únicamente para los propios Estados que los emiten, especialmente por corresponder a la minoría y, por lo mismo, no alcanzan a ser estimados como prueba de una costumbre internacional ni de ellos se puede deducir un principio general de derecho.

En cuanto a las resoluciones de organizaciones internacionales relativas a las uniones de personas del mismo sexo, según este Juez, no son declarativas de derecho, es decir, no interpretan una norma convencional o consuetudinaria o principio general de derecho vigente para los Estados miembros de la OEA. No constituyen, en consecuencia, una fuente auxiliar de derecho internacional, sino que expresan una aspiración, por cierto, que podría considerarse muy legítima, de la mayoría de los Estados miembros de la organización internacional de que se trate, en orden a que sea el derecho internacional o sea el derecho nacional de cada uno de ellos el que contemple y regule la situación comentada¹²².

Para el Juez chileno, la Corte parece sustentar la obligatoriedad del matrimonio entre personas del mismo sexo en la interpretación evolutiva, pero en su aspecto sociológico y no jurídico. Como señaló en otra ocasión,

“La interpretación evolutiva de la Convención o la consideración de que ella es derecho vivo, no consiste en que se le interprete con el fin de hacer legítimo, de modo casi automático, lo que la realidad social exprese en el momento de la interpretación, pues en tal evento dicha realidad sería el intérprete y aun la que ejercería la función normativa ... (I) o que, en cambio, significa la interpretación evolutiva de la Convención es entender sus disposiciones en la perspectiva de determinar cómo jurídicamente ellas prescriben que se deben abordar esos novedosos asuntos o problemas”¹²³.

3.3. La Unión Europea y la legitimación individual ante las observaciones del Comité sobre el cumplimiento del Convenio de Aarhus

También resulta de interés, en el marco de la Unión Europea, las tensiones generadas en torno a la aplicación del Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, firmado en Aarhus el 25 de junio de 1998¹²⁴. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha reconocido en reitera-

122 Cfr. pars.29, 66 y 68.

123 Cfr. párr.93 refiriéndose a su Voto parcialmente disidente en el caso *Duque Vs. Colombia*, Sentencia de 26 de febrero de 2015.

124 MCGLONE, A. y FASOLI, E. “The Non-Compliance Mechanism under the Aarhus Convention as ‘soft’ enforcement of international Environmental law: not so soft after all” *Netherlands International Law Review*, 2018-1, pp. 27-53.

das ocasiones el valor interpretativo del Convenio de Aarhus¹²⁵ tras declararse competente para pronunciarse sobre el mismo en cuanto que sus disposiciones forman parte del ordenamiento jurídico de la Unión¹²⁶. Igualmente, ha reiterado que las disposiciones relativas al acceso a la justicia del Convenio no son directamente aplicables y que la Guía de aplicación del Convenio de Aarhus, si bien puede considerarse un documento explicativo que cabe tener en cuenta para interpretar el Convenio, sin embargo las exposiciones que incluye no tienen ninguna fuerza obligatoria y carecen del alcance normativo inherente a las disposiciones de este Convenio¹²⁷.

No obstante, la principal tensión radica en que el Comité sobre el cumplimiento del Convenio de Aarhus ha declarado que la propia UE, y su Tribunal de Justicia, incumplen el artículo 9 del Convenio que reconoce el derecho del público a entablar procedimientos administrativos o judiciales para impugnar las acciones u omisiones de particulares o de autoridades públicas que vulneren las disposiciones del derecho medioambiental nacional. Exige además que tales procedimientos sean suficientes y efectivos, objetivos, equitativos y rápidos sin que su costo sea prohibitivo. Según el Comité, ni la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que interpreta en términos muy restrictivos la legitimación activa de los particulares (afectación directa e individual) a los tribunales de la UE (sin que dicha jurisprudencia haya tomado una dirección nueva tras el Tratado de Lisboa), ni el Reglamento Aarhus, que prevé la revisión administrativa de los actos adoptados por la Comisión en materia de medio ambiente, otorgan a las ONG y a los miembros del público un acceso suficiente a los procedimientos de revisión¹²⁸.

Esta situación ha generado por el momento un enfrentamiento entre la Comisión Europea, que defiende que las conclusiones del Comité no reconocen la singularidad del sistema judicial de la Unión Europea en el que desempeñan una función central los tribunales nacionales en su calidad de tribunales ordinarios del ordenamiento jurídico de la UE, reforzada por el sistema de decisiones prejudicia-

125 Sentencia (Sala Segunda), de 20 de diciembre de 2017 en el asunto C-664/15, ECLI:EU:C:2017:987

Protect Natur -Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation; Sentencia (Gran Sala) de 8 de noviembre de 2016, en el asunto C-243/15, *Lesoochránárske zoskupenie VLK* ECLI:EU:C:2016:838.

126 Sentencia (Gran Sala) C-401/12 P, *Consejo y otros/Vereniging Milieudefensie y Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, párr.56 ECLI:EU:C:2015:4; TJUE, Sentencia de 8 de marzo de 2011, *Lesoochránárske zoskupenie*, C-240/09, párr.30. EU:C:2011:125.

127 Párr. 59 de la Sentencia: *Comisión/Stichting Greenpeace Nederland y PAN Europe*, asunto C-673/13 P ECLI:EU:C:2016:889.

128 Cfr. ACCC/C/2008/32 (EU), Part II.

https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C2008-32/Findings/C32_EU_Findings_as_adopted_advance_unedited_version.pdf

les¹²⁹, y el Consejo de la Unión que mediante la adopción de una Decisión –por unanimidad de todos los Estados miembros– acepta el proyecto de decisión del Comité Aarhus, con sujeción a ciertas modificaciones que aclaren, entre otras cosas, que la Reunión de las Partes no pretende exigir a la UE que interfiera en la independencia del Poder Judicial¹³⁰. Según la Decisión, la UE y sus Estados miembros reiteran su adhesión total a los principios y objetivos del Convenio de Aarhus en relación con el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la Justicia en materia de medio ambiente, así como el *respeto escrupuloso de su mecanismo de cumplimiento*¹³¹.

4. EL *SOFT LAW* NORMATIVO: LA DIMENSIÓN TÉCNICA Y LA DIMENSIÓN POLÍTICO-LEGISLATIVA. EL *SOFT LAW* EN LA CONFIGURACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE LOS ESTADOS SIN EL ESTADO

4.1. La normalización o estandarización técnica

En primer lugar, nos hemos de referir al *soft law* derivado de ciertas instituciones técnicas, por lo general privadas, esto es, sin subjetividad internacional, integradas por personal cualificado al que se encomienda la adopción de normativa específica en los sectores técnicos o tecnológicos de que se trate¹³². *La legitimidad de esta normativa reside pues en el grado de especialización de la materia, así como en la alta cualificación y reputación de sus integrantes*. A estos criterios habría que añadir los relativos a la seguridad jurídica, la transparencia, la rendición de cuentas/responsabilidad, la representatividad y la confiabilidad del sistema como condiciones ineludibles de la legitimidad de los distintos modelos de gobernanza tecnológica.

En estos casos, la norma/estándar constituye un *soft law normativizado*, un instrumento de medición o de armonización. Tiene una vocación eminentemente utilitaria y práctica, pues “constitue plutôt une directive générale, une formule d’appréciation de la conduite des sujets de droit sur la base d’un type-modèle”¹³³

129 <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10791-2017-INIT/es/pdf>

130 <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11150-2017-INIT/es/pdf>

131 <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2017/07/17/aarhus-convention/>

132 Véase sobre esta cuestión, MARCHANT, G.E. y ALLENBY, B., “Soft law: New tools for governing emerging technologies” *Bulletin of the Atomic Scientists*, 2017-2, pp.108-114 y ABBOTT, K. W.; MARCHANT, G.E.; CORLEY, E.A., “Soft law oversight mechanisms for nanotechnology”, *Jurimetrics*, Chicago, Tomo 52, N.º 3, 2012, pp. 279-312. Referido al sistema de EEUU, vid. HAGEMANN, R., “New Rules for New Frontiers: Regulating Emerging Technologies in an Era of Soft Law”, *Washburn Law Journal*, 2018-2, pp.235-263.

133 OUEDRAOGO, A., “Standard et standardisation: la normativité variable en droit international”, *Revue Québécoise de Droit International*. 2013-1, pp. 155-186, en concreto párrs.57-58.

que es comúnmente aceptada y aplicada. Sobre este particular, se ha indicado que si bien las fórmulas y realizaciones del *soft law* en los entornos internacionales o comunitarios no plantea problemas de legitimidad relevantes, “cuando los fórmulas de *soft law* se expanden por el derecho interno, conviene entonces valorar hasta qué punto los consensos cualificados y especializados en que se fundan les confiere la legitimidad suficientes para adquirir la relevancia y efectos que se les puede reconocer en el espacio propio del *hard law*, con unos exigentes mecanismos de habilitación y legitimación, tan trabajosamente contruidos”¹³⁴. Desde la perspectiva penal se ha concluido que el “derecho global”, entendido como conjunto de instrumentos de *soft law* emanados de organismos de integración, puede influir en políticas públicas y estatales, pero no puede legitimar –ni siquiera por vía interpretativa– la intervención penal de los Estados contra sus ciudadanos¹³⁵.

Al margen de algunos supuestos singulares de espacial transcendencia como son las actividades derivadas de la Carta internacional sobre el espacio y grandes desastres cuyo objetivo es el suministro de datos satelitales a los afectados por desastres naturales o provocados por el hombre a través de organizaciones registradas, para su uso en actividades de monitoreo y respuesta¹³⁶, podríamos hacer referencia a tres supuestos paradigmáticos. En primer lugar, las normas ISO (así como las normas IEC¹³⁷). Como se indica por parte de este organismo, ISO (Organización Internacional para la Normalización/originalmente en inglés: *International Organization for Standardization*), es una organización no gubernamental creada en 1946 que integra a una federación de organismos de normalización nacional provenientes de todas las regiones del mundo¹³⁸. Constituye una red mun-

134 Vid. ESTEVE PARDO, J., Prólogo a *El Soft Law Administrativo* de D. Sarmiento, Aranzadi, p. 20.

135 FEIJOO SÁNCHEZ, B., “¿Transformación del derecho penal por la protección de la estabilidad financiera internacional como bien jurídico global?”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2012, p.133.

136 La Carta Internacional está formada por agencias espaciales y operadores de sistemas espaciales de todo el mundo que trabajan juntos para ofrecer imágenes de satélite con fines de supervisión de desastres <https://disasterscharter.org/es/web/guest/home>. Sobre esta cuestión véase, CLARK, N.E., “Gauging the effectiveness of soft law in theory and practice: A case study of the international Charter on Space and Major Disasters”, 43 *Air and Space Law*, 2018- 1, pp. 77-111.

137 La Comisión Electrotécnica Internacional (IEC:International Electrotechnical Commission), es una organización de normalización en los campos: eléctrico, electrónico y tecnologías relacionadas. Numerosas normas se desarrollan juntamente con la Organización Internacional de Normalización: normas ISO/IEC. <https://www.iec.ch/>.

138 La Asociación Española de Normalización y Certificación (UNE) se constituyó en el año 1986, al amparo de la Ley de Asociaciones 191/1964, siendo ese mismo año designada por el entonces Ministerio de Industria y Energía como entidad reconocida para desarrollar tareas de normalización. En 2016 la Asamblea General de la Asociación acordó la modifi-

dial que identifica qué normas/estándares internacionales son requeridas por el comercio, los gobiernos y la sociedad; las desarrolla juntamente con los sectores que las van a utilizar; las adopta por medio de procedimientos transparentes basados en contribuciones nacionales proveniente de múltiples partes interesadas; y las ofrece para ser utilizadas a nivel mundial.

Las normas ISO están basadas en un consenso internacional conseguido de la base más amplia de grupos de partes interesadas. La contribución de expertos proviene de aquellos más cercanos a las necesidades en materia de normas y de los resultados de su implementación. De esta manera, aunque voluntarias, las normas ISO son muy respetadas y aceptadas a nivel internacional por sectores públicos y privados¹³⁹. A tal efecto se ha indicado que estas normas estandarizadas garantizan productos y servicios seguros, fiables y de buena calidad. Además de eliminar las barreras al comercio internacional, para las empresas constituyen herramientas estratégicas que les permite abaratar costes, aumentando la productividad y reduciendo residuos y errores. Por lo tanto, estas normas científicas o técnicas desempeñan un papel cada vez más importante en la normatividad jurídica internacional al armonizar progresivamente las buenas prácticas en áreas clave como la seguridad de la industria, las máquinas, la calidad de los alimentos o la ciberseguridad. En este sentido, participan en la *dinámica de la tecnificación de la normativa internacional a través de la estandarización internacional*¹⁴⁰.

Si bien estas normas son en su amplia mayoría de carácter técnico, ISO adopta otro tipo de normas en sectores de especial relevancia para el derecho internacional y nacional. Así podríamos citar la norma UNE-EN ISO 17100:2015 relativa a la norma europea de calidad específica para servicios de traducción o la norma ISO 26000 (2010) que establece una guía de responsabilidad social y derechos humanos destinada a las empresas. Pues bien, la propia organización ha precisado que esta última norma internacional se limita a proporcionar orientación a

cación de sus Estatutos y la separación jurídica, funcional y contable de las actividades de normalización y cooperación internacional de las mercantiles (evaluación de la conformidad, formación y servicios de información) transfiriendo las mismas a AENOR INTERNACIONAL, S.A.U. Este proceso se materializó el 1 de enero de 2017, quedando la Asociación Española de Normalización (UNE) como una entidad privada, multisectorial y sin fines lucrativos, designada por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad como organismo nacional de normalización. UNE es el único Organismo de Normalización en España y como tal ha sido designado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad ante la Comisión Europea. En este sentido, UNE es el representante español en los organismos internacionales ISO/IEC y en los europeos CEN/CENELEC siendo, asimismo, el organismo nacional de normalización de ETSI. Cfr. <https://www.une.org/> y <https://www.aenor.com/>

139 Véanse las siguientes direcciones: <https://www.iso.org/fr/about-us.html> y https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/archive/pdf/en/fast_forward-es.pdf

140 Cfr. OUEDRAOGO, A., *loc.cit.*, párrs.21-22.

los usuarios y no es adecuada ni pretende servir para propósitos de certificación. Cualquier oferta de certificación de la Norma ISO 26000 o petición para obtener una certificación conforme a la Norma ISO 26000, se consideraría una tergiversación del propósito e intención de esta norma internacional. El hecho de que se haga referencia a iniciativas voluntarias o herramientas en su Anexo A, no implica que ISO respalde u otorgue una posición especial a esa iniciativa o herramienta¹⁴¹.

Otro tanto ocurre con la Corporación para la Asignación de Nombres y Números de Internet/*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), entidad pública benéfica, sin fines de lucro, constituida de conformidad con la *Nonprofit Public Benefit Corporation Law* del Estado de California, con la finalidad de gestionar la gobernanza tecnológica del ciberespacio. La estandarización de los protocolos de Internet, una de sus funciones principales, es esencial para garantizar que Internet siga funcionando y permitir a aquellos usuarios que utilizan equipo o software de diferentes proveedores comunicarse de forma efectiva¹⁴².

Por su parte, la Asociación Internacional de Transporte Aéreo/*International Air Transport Association* (IATA), con la cual España firmó un Acuerdo relativo al estatuto de la IATA en España¹⁴³, está integrada por unos 260 compañías y

141 <https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:26000:ed-1:v1:es>. Vid. también las últimas adoptadas en España: Norma UNE 19601 (2017) sobre sistemas de gestión de *compliance* penal. Requisitos con orientación para su uso (sistemas de gestión del cumplimiento y sistemas de gestión anticorrupción); Norma UNE 165019 (2018) sobre sistemas de gestión de *compliance* penal. Requisitos para los organismos que realizan la auditoría y la certificación de sistemas de gestión de compliance penal conforme a la Norma UNE 19601 y Norma UNE 19602 (2019) Sistemas de gestión de *compliance* tributario. Requisitos con orientación para su uso.

142 <https://www.icann.org/es/system/files/files/iana-functions-18dec15-es.pdf>. Sobre esta institución véase el estudio de ROBLES CARRILLO, M., “La reforma de la Corporación para la Asignación de Nombres y Números de Internet (ICANN): un análisis en términos de legitimidad», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2018-2, pp.155-181. Tras el análisis de la reforma efectuada en 2016, esta autora resalta que: “la responsabilidad de una organización, y con ella su propia legitimidad, no derivan –ni pueden hacerse depender– de un entramado normativo, orgánico y procedimental compuesto por estructuras complejas en su organización y funcionamiento y procedimientos de responsabilidad diversos, con la intervención de numerosos órganos, con un marco normativo indefinido o indeterminado en su globalidad y con escasas garantías jurídicas básicas. Es cierto que el modelo multistakeholder que ha presidido este proceso no es fácilmente conciliable con los requerimientos propios de la técnica y la lógica jurídicas, pero desconocerlos entraña serios riesgos para la operatividad misma del entramado en su conjunto. La seguridad jurídica, la transparencia y la confiabilidad del sistema son condiciones ineludibles si realmente se pretende dotarlo de la necesaria legitimidad y efectividad en el ejercicio de sus funciones tan esenciales para la gobernanza del ciberespacio”, p.180.

143 Aplicación provisional publicada en *BOE núm. 160*, de 3 de julio de 2009 y entrada en vigor el 27 de noviembre de 2009, *BOE núm. 6* de 7 de enero de 2010.

transportistas aéreos que representan el 83% del tráfico aéreo total y cuyas funciones consisten en fomentar el transporte aéreo seguro, regular y económico así como crear normas reguladoras y facilitadoras del tráfico aéreo internacional en cooperación directa con la OACI (Organización de Aviación Civil Internacional). Además, para mejorar los estándares de seguridad, la IATA ha establecido la denominada “Auditoría de Seguridad Operacional” (*IATA’s Operational Safety Audit IOSA*) que es un sistema de estandarización y evaluación reconocido y aceptado internacionalmente tanto por las compañías aéreas pertenecientes a la IATA como aquellas que no pertenecen a esta asociación¹⁴⁴.

4.2. *Soft law* normativo y su incidencia en las políticas legislativas estatales: ¿el proceso de vaciado de las democracias occidentales?

4.2.1. *El soft-law en la lucha contra el terrorismo: ¿viabilidad de esta normativa en el ámbito de la prevención y lucha contra el terrorismo especialmente sensible al disfrute de los derechos y libertades fundamentales?*

Dejando al margen el proceloso mundo del derecho comercial internacional, la *lex mercatoria*¹⁴⁵, la *lex sportiva*¹⁴⁶ e, incluso, la denominada *lex avionica*¹⁴⁷, en los que se conjuga la legitimidad del *hard law* con la necesaria flexibilidad y adaptabilidad de un *soft law* fundamentado en la complejidad, profesionalidad y especialidad de los campos sobre los que se proyecta, con respecto a este tipo de *soft law* nos referimos al que también proviene de instituciones u organismo sin subjetividad internacional propiamente dicha –en particular organismos de carácter

144 <https://www.iata.org/pages/default.aspx> IOSA se ha convertido en un estándar global, reconocido más allá de la membresía de la IATA. A diciembre de 2018, 139 (32%) de las 432 aerolíneas en el Registro de IOSA son aerolíneas no miembros de IATA:

<https://www.iata.org/whatwedo/safety/audit/iosa/Pages/index.aspx>

145 Véase por ejemplo entre otros: G. CORDERO-MOSS, G., “Soft law codifications in the area of commercial law”, en *International Investment Law and Soft Law*, BJORKLUND, A.K., y REINISCH, A., (Eds.), Edward Elgar Publishing Limited Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2012, pp.109-147; FERNÁNDEZ ROZAS, C., “Derecho de la regulación económica”, vol. VIII. *Comercio exterior* (J.V. González García, dir.), Madrid, Iustel, 2009, pp. 83-137; GARRIDO GÓMEZ, M. I., “Lex Mercatoria”, Capítulo III en *El Soft Law como Fuente del Derecho Extranacional*, op.cit., pp.91-126; CALDERÓN MARENCO, E., “Los incoterms como instrumento de derecho suave (soft law)” en *REVIST@ e – Mercatoria*, 2018-1 (<http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN17/pdf01/197.pdf>); MARSHAL, B., “The Hague choice of law principles, CISG, and PICC: A hard look at a choice of soft law”, *The American Journal of Comparative Law*, 2018-1, pp. 175-217

146 Véase al respecto, PÉREZ GONZÁLEZ, C., “¿Un Derecho internacional del deporte?...” *loc.cit.*

147 Cfr. WOODLOCK, J. y HYDÉN H., “(f)Lex avionica; How soft law serves as an instrumental mediator between professional norms and the hard law regulation of European civil aviation maintenance”, *Safety Science*, Vol. 121, January 2020, pp. 54-63.

financiero o económico—, pero a los que se les ha atribuido la capacidad de dictar recomendaciones, resoluciones, códigos de conducta, buenas prácticas etc., en determinados ámbitos que inciden directamente en distintas políticas legislativas —financieras, económicas, penales, administrativas etc.— de los Estados.

Se aúna por un lado el carácter no vinculante de tales instrumentos con la instauración de modelos de seguimiento y elaboración de “listas negras” que inducen a su cumplimiento. Esto es, desde el *prestigio reputacional* establecido por determinados poderes o foros integrados por las múltiples partes interesadas (*multistakeholder*), se conjuga con cierta maestría el voluntarismo de las medidas con el carácter coercitivo de las *soft-sanctions*¹⁴⁸: *listas de jurisdicciones no cooperantes, que presentan alto riesgo o que presentan deficiencias estratégicas*.

Este fenómeno está conectado con organismos sin subjetividad internacional que se crean alrededor de organizaciones o conferencias internacionales. Se trata de la creación de verdaderos *think tank* internacionales. En el marco de la lucha contra el terrorismo, además del enrevesado sistema de comités y organismos que actúan en torno al Consejo de Seguridad, la Asamblea General y el Secretario General en cuyo vértice de coordinación se encuentra la Oficina de Lucha contra el Terrorismo dirigida por un Secretario General Adjunto¹⁴⁹, se han constituido otras entidades informales con fines prácticos para el debate, el análisis, el intercambio de recomendaciones y buenas prácticas, la identificación de prioridades y la movilización de recursos para la prestación de asistencias técnicas en materia de lucha contra el terrorismo que coadyuvan en la configuración de una arquitectura o gobernanza global en materia de seguridad como son el Foro Global contra el Terrorismo¹⁵⁰; la Alianza Mundial contra la Proliferación de Armas y Materiales de Destrucción Masiva (*Global Partnership Against the Spread of Weapons and Materials of Mass Destruction*¹⁵¹); o la Iniciativa Global contra el Terrorismo Nuclear¹⁵².

Es más, en este sector del derecho internacional nos encontramos con supuestos en los que la normativa vinculante plantea tantos dilemas desde la perspectiva de los principios del estado de derecho, de representatividad e igualdad, así como del debido proceso, tal y como se conciben tanto desde el derecho in-

148 Resulta de máximo interés la obra de BRUMMER, CH., *Soft Law and the Global Financial System*, Cambridge University Press, 2015 así como su estudio “Why soft law dominates international finance—and not trade”, *Journal of International Economic Law* 2010-3, pp. 623-643. Véase también la aplicación de esta metodología al ámbito de la deuda pública, R. M. LASTRA, R.M. y BODELLINI, M., “Soft law and sovereign debt”, *UNCTAD Branch on Debt and Development Finance*. Background paper prepared for the Intergovernmental Group of Experts on Financing for Development, 7-9 November 2018.

149 <https://www.un.org/counterterrorism/ctitf/es/structure>

150 <https://www.thegctf.org/>

151 <https://www.nti.org/about/> <https://www.gpwm.com/nrswg>

152 <http://www.gicnt.org/>

ternacional como desde el constitucionalismo nacional, que se ha pretendido colmar estos vacíos a través del recurso al *soft law*. En estos casos nos encontramos ante una cierta paradoja, pues *el soft law desempeña una función reglamentaria no vinculante, de desarrollo de la normativa internacional general y difusa pero directamente vinculante*.

Ejemplo de este dinámica se ha producido como consecuencia de la adopción de la resolución 2178 (2014) relativa a los *combatientes terroristas extranjeros* que ha recibido una rápida respuesta por parte los Estados¹⁵³, en cuya confección desempeñó un destacado papel el Foro Global contra el Terrorismo, un particular “*think tank*” internacional creado en 2011 y generador de *soft law* integrado por memorandos, recomendaciones y buenas prácticas relativos a distintos ámbitos previstos en la mencionada resolución¹⁵⁴. Consciente de la complejidad conceptual jurídica de esta nueva figura, que carece de un consenso internacional previo y sobre la que no existe normativa convencional, institucional ni consuetudinaria anterior, este Foro Global ha creado distintos grupos de trabajo para anticipar soluciones a los potenciales y previsibles problemas que la aplicación y ejecución de las medidas adoptadas en torno a los combatientes terroristas extranjeros puedan ocasionar, medidas que tienen una amplia repercusión en el disfrute de los

153 España la incorporó de forma inmediata en nuestro Código penal mediante Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo (*BOE* núm.77 de 31 de marzo de 2015). Por su parte, el Consejo de Europa adoptó el 22 de octubre de 2015 en Riga el Protocolo adicional del Convenio para la prevención del terrorismo y la Unión Europea aprobaba la Directiva 2017/541 del Consejo y del Parlamento Europeo de 15 de marzo relativa a la lucha contra el terrorismo. La Ley española, además de asumir el concepto de terrorismo previsto en las Decisiones Marcos de la UE sobre la lucha contra el terrorismo, en su exposición de motivos se indica que si bien el Código penal no debe, en ningún caso, perder la perspectiva de tipificación de las conductas articuladas en torno a organizaciones o grupos terroristas, sin embargo “es evidente que las nuevas amenazas exigen la actualización de la normativa para dar cabida al fenómeno del terrorismo individual y a las conductas que constituyen la principal preocupación de la comunidad internacional, en línea con la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas”.

154 Bajo los auspicios de EEUU y Turquía, este Foro se creó el 22 de septiembre de 2011 en Nueva York en la reunión de Ministros de Asuntos Exteriores de sus 30 miembros fundadores, entre ellos España. Además, el Foro cuenta con numerosos socios que colaboran con su labor como son distintos organismos de Naciones Unidas, el Centro Africano de Estudios y de Investigación sobre el Terrorismo y la Comisión de Paz y Seguridad de la Unión Africana, el *Task Force* de contraterrorismo de APEC, la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN), el Consejo Europeo, la Comunidad Económica de los Estados Africanos Occidentales (ECOWAS), Hedayah, la Autoridad Intergubernamental para el Desarrollo (IGAD), la Organización de Aviación Civil Internacional (ICAO), Interpol, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) y la Organización de Estados Americanos (OAS/OEA) a través del Comité Interamericano contra el Terrorismo. Acerca de este organismo y su documentación véase su página web: <https://www.thegctf.org/>.

derechos y libertades fundamentales de la ciudadanía e inciden en las políticas penales, penitenciarias, criminal y de seguridad de los Estados¹⁵⁵.

Asimismo, el Comité contra el Terrorismo adoptó, tras la conferencia celebrada en Madrid en 2015, los denominados *Principios Rectores de Madrid*, *soft law* en estado puro avalado por este Comité como organismo auxiliar del Consejo de Seguridad en su estrategia en la lucha contra el terrorismo internacional¹⁵⁶, que

-
- 155 En el seno de este Foro Global se han creado los siguientes grupos de trabajo: lucha contra el extremismo violento (Emiratos Árabes Unidos y Reino Unido), Justicia penal y estado de Derecho (Egipto y Estados Unidos); detención y rehabilitación (Australia e Indonesia), Combatientes terroristas extranjeros (Marruecos y Países Bajos), y medidas de capacitación para la región del Cuerno de África (Unión Europea y Turquía) y del Sahel (Argelia y Canadá). Es de destacar que junto a la declaración política en la que se definen sus objetivos en la lucha contra el terrorismo internacional se adoptó la Declaración del Cairo con la que se quiere reforzar la idea de que la lucha antiterrorista se ha de ajustar a los principios del Estado de derecho. Posteriormente se adoptaron los siguientes instrumentos: The Hague Memorandum on Good Practices for the Judiciary in Adjudicating Terrorism Offenses; Recommendations for Using and Protecting Intelligence Information In Rule of Law-Based, Criminal Justice Sector-Led Investigations and Prosecutions; Rabat Memorandum on Good Practices for Effective CT Practice in the Criminal Justice Sector; The Role of Families in Preventing and Countering Violent Extremism: Strategic Recommendations and Programming Options; Plan of Action for Identifying and Countering Terrorist Recruiters and Facilitators; Addendum to The Hague-Marrakech Memorandum on Good Practices for a More Effective Response to the FTF Phenomenon with a focus on Returning FTFs; Neuchâtel Memorandum on Good Practices on Juvenile Justice in a Counterterrorism Context; Addendum to the Rome Memorandum on Good Practices for Rehabilitation and Reintegration of Violent Extremist Offenders; Recommendations on the Effective Use of Appropriate Alternative Measures for Terrorism-Related Offenses; Rabat-Washington Good Practices on the Prevention, Detection, Intervention and Response to Homegrown Terrorism; Zurich-London Recommendations on Preventing and Countering Violent Extremism and Terrorism Online; Good Practices on Addressing the Challenge of Returning Families of Foreign Terrorist Fighters; Abuja Recommendations on the Collection, Use, and Sharing of Evidence for Purposes of Criminal Prosecution of Terrorist Suspects. Los últimos documentos adoptados son: Documents: Glion Recommendations on the Use of Rule of Law-Based Administrative Measures in a Counterterrorism Context; Addendum to the GCTF Good Practices on Women and Countering Violent Extremism, with a Focus on Mainstreaming Gender; New York Memorandum on Good Practices for Interdicting Terrorist Travel; y Berlin Memorandum on Good Practices for Countering Terrorist Use of Unmanned Aerial Systems.
- 156 Estos Principios viene a ser una manifestación más de la “potestad reglamentaria” atribuida a este Comité y a su Directiva. Vid. al respecto: Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo, *Guía técnica para la aplicación de la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad y otras resoluciones pertinentes (2017)*. Las posteriores resoluciones del Consejo de Seguridad sobre las amenazas a la paz y la seguridad internacionales, incluidas las causadas por actos terroristas, han hecho referencia a estos Principios Rectores. La resolución 2396 (2017) no solo incidía sobre ellos sino que además insis-

desarrollan cada una de las disposiciones contenidas en la obligatoria Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad.

Frente a esta entusiasta reacción intergubernamental, se ha destacado que las previsiones que introduce esta resolución, así como la resolución 2396 (2017) calificadas como *actos-normas*¹⁵⁷, obligatorias para toda la comunidad internacional en virtud del Capítulo VII de la Carta en el que se adoptan, no sólo presentan un cuestionable grado de indeterminación y suscitan problemas de compatibilidad con otras instituciones jurídicas consolidadas, sino que además adelantan de forma peligrosa la acción punitiva del derecho penal o sancionador a los actos preparatorios que habitualmente no se consideran punibles¹⁵⁸. El margen de discrecionalidad que esta regulación internacional deja a los Estados puede ocasionar restricciones desproporcionadas en los derechos y libertades fundamentales y ataques contra distintos actores de la sociedad civil incompatibles con las garantías más básicas que fundamenta el estado de derecho¹⁵⁹. Según el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo,

“Además, gran parte de estas leyes nuevas o de las que se prevé sancionar conllevan restricciones a derechos que son esenciales para la existencia de la sociedad civil. Los textos que tipifican como delito la acción de “alentar”, “fomentar” o “apoyar” actos de terrorismo, la “justificación” o la “exaltación” del terrorismo, así como la “incitación” a perpetrar un acto de terrorismo deben definirse de forma adecuada, y los elementos del tipo penal que se establezca (el *actus reus* y la intención dolosa) deben definirse rigurosamente a fin de ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad. Del mismo modo, la inclusión de frases tales como “el derrocamiento del orden constitucional” “poner en peligro la unidad nacional” o “la paz social”, “alteración del orden público” o “insultar la reputación del Estado

tía sobre la labor en curso del Foro Mundial contra el Terrorismo, en particular con la aprobación en 2016 de una adición al *Memorando de La Haya-Marrakech sobre Buenas Prácticas para Dar una Respuesta Más Eficaz al Fenómeno de los Combatientes Terroristas Extranjeros* centrada en los combatientes terroristas extranjeros que regresan a sus países, con un amplio conjunto de buenas prácticas para hacer frente al fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros, mientras que la resolución 2462 (2019) destacaba la importancia de la aplicación plena y efectiva de estos principios.

157 Cfr. ABAD CASTELOS, M., *¿Es Posible Combatir el Terrorismo Yihadista a través de la Justicia? El Retorno de los Combatientes del Estado Islámico tras sus Crímenes*, Bosch, Barcelona, 2019, p.144.

158 Véase el cuarto Informe anual presentado al Consejo de Derechos Humanos por Ben Emmerson, Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, UN. Doc. A/HRC/29/51, distribución general 15 de julio de 2015, p.14.

159 Véase UN. Doc. A/70/371, p.8. Para fundamentar tales afirmaciones se citan los siguientes informes, entre los que se encuentra el Informe de España de 2008: A/HRC/10/3/Add.2, párr. 6; A/HRC/16/51, párrs. 26 a 28 y A/HRC/25/29/Add.2, párr. 42.

o su posición”, sin añadir otros elementos constitutivos de delitos graves como, por ejemplo, el uso de la violencia letal, puede tener graves consecuencias sobre diversos derechos humanos, entre ellos la libertad de expresión, la libertad de asociación y la libertad de reunión. Además, las leyes que tipifican como delito la publicación de “información inexacta” o “declaraciones” sobre las operaciones contra el terrorismo, o de información que “contradice” las declaraciones oficiales o “que pueda malinterpretarse” constituyen (además de serias violaciones de la libertad de expresión y de información) graves obstáculos para garantizar la rendición de cuentas de los funcionarios gubernamentales y de las fuerzas de seguridad”¹⁶⁰.

Es más, estos Principios de Madrid se han visto ampliados mediante una Adición aprobada en diciembre de 2018 que pretende integrar las novedades aprobadas en la Resolución 2396 (2017), principalmente las referidas al tema del retorno de los combatientes terroristas extranjeros. Aparte de las interesantes recomendaciones sobre las medidas penitenciarias, las alternativas a las cárceles como procedimientos de desvinculación y la necesidad de la integración de la perspectiva de género en las distintas políticas estatales, incluyendo la jurisdiccional¹⁶¹, de la lectura de esta Adición comprobamos como se “recomienda” a los Estados adoptar una batería de medidas que pretende convertir al “ciudadano viajero” en un ser digital totalmente transparente, controlable y universalmente compartido.

Se fomenta el empleo de una tecnología de reconocimiento y seguimiento digital y biométrico cercana, si no superior, a cualquier episodio de *Black Mirror*, sin que por otro lado se haya desarrollado internacionalmente una normativa semejante y equiparable en materia de protección de datos y regulación de recursos administrativos así como judiciales para conjurar los abusos sobre un tema tan sensible a los derechos y libertades más fundamentales relacionados con la dignidad humana, si bien es verdad que todas estas “obligaciones” terminan con la coletilla “de conformidad con el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos”.

A tal efecto se indica que los Estados deberán establecer o designar entidades específicas que se encarguen de recopilar, almacenar, procesar y analizar los datos del registro de nombres de los pasajeros y la información anticipada sobre los pasajeros que reciban de las compañías aéreas (por ejemplo, estableciendo

160 Véase UN. Doc. A/70/371, p.9. Véanse asimismo los informes del Relator Especial sobre el estado de emergencia decretado en Francia y su ley sobre vigilancia de las comunicaciones electrónicas; la legislación brasileña contra el terrorismo o el proyecto de ley relativo a los poderes de investigación presentado en el Reino Unido (http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/NewsSearch.aspx?MID=SR_HR_Terrorism)

161 Véase el examen y análisis de estos Principios que efectúa la profesora M. ABAD CASTELLOS a lo largo de su monografía sobre si *¿Es Posible Combatir el Terrorismo Yihadista a través de la Justicia?*, op.cit.

dependencias de información sobre pasajeros e iniciativas de creación de capacidad). Las dependencias de información sobre pasajeros deberían comparar los datos del registro de nombres de los pasajeros y la información anticipada sobre los pasajeros con los de las bases de datos pertinentes de los organismos encargados de hacer cumplir la ley y procesarlos con arreglo a criterios predeterminados para identificar a las personas que podrían estar vinculadas con un delito de terrorismo, sin recurrir a perfiles basados en ningún motivo discriminatorio prohibido por el derecho internacional.

Las dependencias también deberían responder, caso por caso, a las solicitudes debidamente motivadas de datos del registro de nombres de los pasajeros y de información anticipada sobre los pasajeros procedentes de las autoridades competentes; considerar la posibilidad de compartir la información anticipada sobre los pasajeros y los datos del registro de nombres de los pasajeros que corresponda con los Estados Miembros pertinentes o interesados¹⁶². Hay que recordar que el Dictamen 1/15 del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de julio de 2017, afirmaba expresamente que *“la transferencia de datos personales, como los datos del PNR, de la Unión a un país tercero únicamente puede verificarse legalmente si en ese país existen normas que garanticen un nivel de protección de los derechos y libertades fundamentales sustancialmente equivalente al garantizado en la Unión”*¹⁶³.

162 Cfr. Principios Rectores 36 y 38, entre otros, en UN. Consejo de Seguridad, S/2018/1177.

163 Dictamen sobre el Proyecto de Acuerdo entre Canadá y la Unión Europea relativo a la transferencia de los datos del registro de nombres de los pasajeros aéreos desde la Unión a Canadá. Cfr. par. 93 del Dictamen (ECLI:EU:C:2017:592). Véase también el crítico Informe del Consejo del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de ley orgánica sobre la utilización de los datos del registro de nombres de pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos de terrorismo y delitos graves, presentado en cumplimiento de la Directiva PNR de la Unión Europea (Directiva UE 2016/681). Entre otras críticas, indica que la referencia a que la única finalidad prevista para tratar los datos, para “prevenir, detectar, investigar y enjuiciar delitos de terrorismo y delitos graves”, que se enumeran, es excesivamente general por lo que habría que exigirse, por ejemplo, que el tratamiento se realice únicamente “en el curso de una investigación penal, cuando exista una orden judicial que avale la utilidad de dichos datos para el esclarecimiento de un delito de terrorismo o delincuencia internacional...”. De otro modo, se mantendrá el mismo grado de inconcreción e indefinición de la Directiva y se podrá dar lugar a una interpretación excesivamente amplia por las autoridades policiales contraria al artículo 8 CDFUE. Asimismo, se establece que la Unidad de Información sobre Pasajeros (UIP), que prevé el Anteproyecto está desprovista no ya de independencia sino de la más mínima autonomía orgánica y funcional. Por ello, para que se dé debido cumplimiento a la exigencia del artículo 5.2 de la Directiva PNR es inexcusable que el Anteproyecto confiera un estatus al responsable del tratamiento de datos en la UIP que lo sustraiga de cualquier clase de dependencia jerárquica, sea esta orgánica o funcional, y garantice su inamovilidad e independencia efectivas en unos términos aún más estrictos que los establecidos para el Delegado de Protección de Datos. Finalmente, el 16 de septiembre de 2020 se

En este marco de discusión, resultan especialmente oportunas las críticas reflexiones de la Relatora Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, la irlandesa Fionnuala Ní Aoláin, sobre el modo en que las medidas y prácticas utilizadas para luchar contra el terrorismo y prevenir y combatir el extremismo repercuten en la protección de los derechos humanos de la sociedad civil y los defensores de los derechos humanos. Según la Relatora,

“En contraposición al marco de las Naciones Unidas contra el terrorismo, que, a pesar de sus deficiencias administrativas, es una estructura reguladora inclusiva que engloba a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y que funciona dentro de la estructura jurídica de la Carta de las Naciones Unidas, en el entramado de la lucha contra el terrorismo se han consolidado una serie de entidades externas, poco transparentes e inaccesibles que carecen de legitimidad en el plano mundial. Dado que, en un principio, estas entidades respondían a los intereses antiterroristas particulares de determinados Estados, desarrollaron un conjunto más reducido de perspectivas y aportaciones. Se caracterizan en gran medida por el desarrollo de normas y prácticas de “derecho indicativo” que a menudo no están basadas en el derecho de los derechos humanos y no cuentan con la contribución de la sociedad civil. La exclusión de la sociedad civil de estos órganos reguladores altamente influyentes pone de relieve las pautas de exclusión y las lagunas en materia de rendición de cuentas que se han señalado a lo largo del presente informe. Por medio de un proceso de “exportación” e “integración” de reglamentos y normas en otras estructuras y mediante la aplicación nacional, estas entidades han hecho posible una reglamentación mundial que podría no haber surgido si se hubieran respetado plenamente los procesos formales de elaboración de leyes. Este proceso suscita preocupaciones fundamentales sobre la transparencia, la justicia, la soberanía y la supervisión. La proliferación de estas entidades y normas —que importan lenguaje de unas a otras— contribuye a fragmentar aún más la reglamentación mundial de la lucha contra el terrorismo en formas que no se aprecian plenamente”¹⁶⁴.

4.4.2. El soft law y la pericia financiera. ¿La privatización en la lucha contra la criminalidad organizada: la sustitución de la participación democrática por la participación tecnocrática?

La legitimidad de estos organismos se concibe desde la denominada “estrategia de la experiencia o pericia”, esto es, se parte de la presunción de que, si los expertos ocupan un lugar central en los procesos de toma de decisiones, es probable que las reglas aborden mejor los complejos problemas técnicos que afectan

aprobó la Ley Orgánica 1/2020 sobre la utilización de los datos del Registro de Nombres de Pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos de terrorismo y delitos graves (BOE núm. 248, de 17 de septiembre de 2020).

164 UN. Doc. Asamblea General, A/HRC/40/52, párr.30, pp.10-11.

al mundo global frente a los compromisos mínimos que se conseguiría mediante la técnica tradicional de los acuerdos multilaterales.

Al mismo tiempo, la pericia reduce la probabilidad de que tales reglas puedan ser desafiadas efectivamente. La pericia es el conocimiento producido y administrado por especialistas y solo puede ser cuestionado por especialistas, cuya “competencia se considera tan avanzada (...) que no puede ser evaluado o controlado por personas sin la misma educación y el mismo acceso a la investigación”¹⁶⁵. Se trata de sustituir el criterio de *participación democrática* por la de *participación tecnocrática*. De todas formas, estas instituciones consiguen superar este déficit democrático acudiendo a un criterio limitado pero inclusivo de participación, pues permiten la colaboración de los Estados (incluso de Estados no miembros) y de otras instituciones interesadas de tal forma que la “representatividad reducida” se compensa con una representatividad cualificada o mejorada¹⁶⁶.

Trasladado al mundo financiero, como ha indicado R. Weber¹⁶⁷, la complejidad del paradigma financiero contemporáneo amplía en general las asimetrías de información entre los reguladores y regulados. En la misma dirección, *Cheng-Yun Tsang* precisa que, ante la complejidad vertiginosa, las herramientas y metodologías de la regulación tradicional comienzan a parecer arbitrarias. Ante la necesidad de actuar ante esta realidad, los reguladores apuestan por adoptar técnicas flexibles de la nueva gobernanza. La alternativa nunca es entre una regulación arbitraria por un lado y la desregulación, la “autorregulación voluntaria” o la nueva gobernanza defectuosa por el otro. Requiere que los reguladores y los “formuladores” de políticas utilicen “técnicas de comando y control” para configurar la dinámica del mercado regulado y para que la regulación pueda responder rápidamente a cambios de mercado impredecibles¹⁶⁸.

Por otra parte, si durante la Guerra Fría y el momento inmediatamente posterior, las naciones se embarcaron en un proyecto de fortalecimiento institucional multilateral y de legalización, en la actualidad los Estados se enfrentan a un

165 Cfr. KERWER y HÜLSSE, R., “How international organizations rule the world: the case of the Financial Action Task force on money laundering”, 2 J. INT’L ORG. STUD. 50 2011, p.59 (accessible en: http://journal-iostudies.org/sites/journal-iostudies.org/files/JIOS-201121final_5.pdf.)

166 Cfr. GHOSHAY, S., “Compliance Convergence in FATF Rulemaking: The Conflict Between Agency Capture and Soft Law”, *New York Law School Law Review* 2014-2015, p.545.

167 Cfr. WEBER, R., “New Governance, Financial Regulation, and Challenges to Legitimacy: The Example of the Internal Models Approach to Capital Adequacy Regulation”, 62 ADMIN. L. REV. 2010, p. 868.

168 “Balancing the governance of the modern financial ecosystem: a new governance perspective and implications for market discipline”, *Houston Journal of International Law*, 2018, p.592.

entorno diferente altamente cambiante donde la negociación alcanza un nuevo sentido. Los acuerdos internacionales a largo plazo serán menos atractivos para los poderes emergentes que desean flexibilidad para obtener mejores términos de cooperación en el futuro. Al mismo tiempo la incertidumbre científica se ha vuelto cada vez más importante en la medida en que los Estados amplían la cooperación en áreas como el medio ambiente, la salud y la seguridad. El *soft law* se concibe como una herramienta atractiva de mitigación de riesgos cuando el objeto de la regulación aún está evolucionando, pero los riesgos están presentes aun cuando este instrumento podría contradecir el principio de “tecnología y neutralidad comercial” que requiere un mayor grado de investigación y una participación más activa de los organismos de normalización¹⁶⁹. *En este nuevo panorama, el soft law se presenta, en muchos casos, como la mejor opción posible permitiendo una cooperación más efectiva donde, además, el incumplimiento unilateral, como estrategia de renegociación, puede producir estimulantes beneficios para todos los Estados*¹⁷⁰.

Bajo el amparo del G-20 y las instituciones de Bretton Woods, se han creado distintos organismos con capacidad reguladora en diferentes ámbitos del sector económico-financiero que condicionan las políticas legislativas de los Estados al margen de los tradicionales cauces democráticos y legislativos tanto en el ámbito internacional como nacional. Se ha procedido a una mayor flexibilidad en la teoría democrática, pues a la luz de las estructuras y los desafíos de la gobernanza global, se han relajado los presupuestos requeridos en el contexto interno a favor de foros democráticos de contestación y deliberación o simplemente de un “mínimo democrático”. Asimismo, la urgencia de resolver problemas globales, expresada en la noción de bienes públicos globales y reflejada en el cambio hacia la “legitimidad del producto”, ha situado al consentimiento y a la igualdad soberana bajo una tensión cada vez mayor¹⁷¹.

Se trata de tecnocracias que actúan como verdaderos poderes en la sombra ignorados por los medios y al margen de los controles democráticos y jurisdic-

169 Cfr. DOSTOV, V., SHUST, P., LEONOVA, A., KRIVORUCHKO, S., “‘Soft law’ and innovations: empirical analysis of ICO-related statements”, *Digital Policy, Regulation and Governance*, 2019-5, pp. 476-493.

170 Cfr. MEYER, T., “Shifting sands: Power, uncertainty and the form of International Legal Cooperation”, *European Journal of International Law*, 2016-1, pp.161-185.

171 Cfr. KRISCH, N., “The decay of consent: international law in an age of global public goods”, *The American Journal of International Law*, 2014-1, pp.6-7. Vid. también, HÜLSSE, R., “Even clubs can’t do without legitimacy: Why the anti-money laundering blacklist was suspended”, *Regulation & Governance*, 2008-2, pp. 459-479 y DREZNER, Daniel W., *All Politics is Global: Explaining International Regulatory Regimes*, Princeton University 2007.

cionales¹⁷². Entre ellos podemos destacar los siguientes: el Consejo de Estabilidad Financiera (FSB: *Financial Stability Board*)¹⁷³; la Federación Internacional de Contadores¹⁷⁴, la Asociación Internacional de Aseguradores de Depósitos (IADI: *International Association of Deposit Insurs*)¹⁷⁵ y la Asociación Internacional de Swaps y Derivados (ISDA: *International Swaps and Derivatives Association*)¹⁷⁶; el Comité de Pagos e Infraestructuras de Mercado (*Committee on Payments and Market Infrastructures*: CPMI)¹⁷⁷; el Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad (*International Accounting Standards Board*: IASB)¹⁷⁸; o el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (*Basel Committee on Banking Supervision*: BCBS¹⁷⁹).

Como ha puesto de relieve López Escudero respecto a este último, los comités y organismos del proceso de Basilea vienen funcionando como una factoría de *soft law* en materia financiera, generando una normativa técnica internacional que se ha caracterizado por el control de los países desarrollados sobre su elaboración; por la formulación de las normas en comités y organismos de carácter muy tecnocrático, controlado por los bancos centrales y las autoridades nacionales de supervisión; y por el recurso a la disciplina del mercado como técnica de control de la utilización de estas normas (mejor consideración de las entidades cuyos Estados aplican más normas internacionales)¹⁸⁰.

Dentro de estas estructuras y en estrecha relación con la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (*International Association of Insurance Supervisors*: IAIS)¹⁸¹, destaca la Organización Internacional de Comisiones de Valores (*Interna-*

172 Cfr. HERNÁNDEZ VIGUERAS, J., *El Casino que nos Governa. Trampas y Juegos Financieros a lo Claro*, Clave Intelectual, Madrid, 2012, p. 28;

173 <http://www.fsb.org/>

174 http://www.ifac.org/system/files/publications/files/ES_A4_IFAC_Background_Info.pdf

175 https://www.iadi.org/en/assets/File/How%20to%20Join/IADI_Profile_Spanish_Feb2018.pdf

176 <https://www.isda.org/>

177 <https://www.bis.org/cpmi/>

178 <https://www.iasplus.com/en/resources/ifrsf/iasb-ifs-ic/iasb>

179 <https://www.bis.org/bcbs/>

180 Cfr. LÓPEZ ESCUDERO, M., "Estabilidad económica-financiera y derecho internacional" en *La Protección de Bienes Jurídicos Globales, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma*, C. Espósito y F. Garcimartín Alférez (Ed.), 16, 2012, pp. 402-403. Vid. también, MILANO, E. y ZUGLIANI, N., "Capturing Commitment in Informal, Soft Law Instruments: A Case Study on the Basel Committee", *Journal of International Economic Law*, 2019-2, pp. 163-176; Ho, D.E., "Compliance and International Soft Law: Why Do Countries Implement the Basle Accord?", *Journal of International Economic Law*, 2002-3, pp. 647-688.

181 <http://www.iaisweb.org/home>

tional Organization of Securities Commissions: IOSCO¹⁸²) que actúa principalmente a través de Multilaterales Memorandos de Entendimiento (MMOU), principios y estándares. Junto con los principios emitidos por los comités equivalentes del BCBS y de la Asociación Internacional de la Seguridad Social (AISS¹⁸³), sus recomendaciones son tomadas en cuenta por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial en sus Programas de Evaluación de los Sistemas Financieros.

Este organismo internacional, constituido en 1983 como persona jurídica sin ánimo de lucro al amparo de la legislación canadiense, está integrado por las comisiones de valores y otros órganos similares con responsabilidad en materia de regulación de valores y, según sus Estatutos, tiene los siguientes objetivos: cooperar en el desarrollo e implementación de estándares consistentes e internacionalmente reconocidos en materia de regulación, supervisión e intervención y promover la adhesión a dichos estándares con el fin de proteger a los inversores, tratar el riesgo sistémico y mantener unos mercados justos, transparentes y eficientes; mejorar la protección y promover la confianza de los inversores en la integridad de los mercados de valores mediante el fortalecimiento de la cooperación e intercambio de información en la inspección de las conductas contrarias y en la supervisión de los mercados de valores y sus intermediarios; e intercambiar información a nivel global y regional sobre sus respectivas experiencias con el fin de asistir al desarrollo de los mercados, fortaleciendo la infraestructura de los mercados implantando la regulación adecuada¹⁸⁴. A pesar de que no se trata de una Organización internacional en sentido estricto, sin embargo nuestro Estado ha celebrado un acuerdo de sede con este organismo confiriéndole los privilegios y exenciones propios de las Organizaciones internacionales¹⁸⁵.

Delegamos o nos sometemos a la “actuación privada” y unilateral por parte de algunos Estados y sus agencias en defensa de intereses públicos globales (tal y como ya vimos con la ICANN) al margen de la obligada multilateralidad y los principios básicos de la comunidad internacional. Cuando se aprecia que esta situación es insostenible, entonces se acude a los acuerdos internacionales, aun cuando éstos presenten una desequilibrada estructura jurídica bilateral que no garantiza de forma suficiente los derechos o principios conculcados.

Recuérdese cómo en 2006 salió a la luz pública (publicada) el acceso masivo a datos bancarios europeos por parte del Gobierno de Estados Unidos en virtud Programa de Seguimiento de la Financiación del Terrorismo (*Terrorist Finance*

182 Sobre la naturaleza, organización, funcionamiento y normativa adoptada por este organismo vid. <http://www.iosco.org>.

183 <https://ww1.issa.int/es>

184 Sus Estatutos puede consultarse en la siguiente dirección: http://www.svs.cl/portal/principal/605/articles-13943_Estatutos.pdf

185 Vid. BOE núm. 303, de 17 de diciembre de 2011.

Tracking Program: TFTP) y a través del centro operativo en Estados Unidos de la entidad privada SWIFT (*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication/Sociedad de Telecomunicaciones Financieras Interbancarias Mundiales* creada en 1973, con sede principal en Bélgica y centros operativos en distintos Estados) que gestiona un amplia plataforma de comunicación, productos y servicios mediante la cual se conectan más de 11.000 entidades financieras en 204 países y funciona ininterrumpidamente las 24 horas del día y los siete días de la semana.

Tras este escándalo, la UE y los EEUU procedieron a adoptar un peculiar procedimiento informal y epistolar consistente en la presentación por parte del Departamento del Tesoro de Estados Unidos de una serie de compromisos o declaraciones unilaterales en junio de 2007 (Declaraciones TFTP), asumidas mediante carta por parte de la UE, en virtud de las cuales se limitaba expresamente el tratamiento por el Departamento del Tesoro de los datos personales generados en la Unión Europea a los que tiene acceso con arreglo al TFTP¹⁸⁶. Se trataba de un Memorándum, integrado por los compromisos unilaterales de cada una de las partes, quedando en todo caso excluida la participación del Parlamento Europeo. Las limitaciones incluían, por ejemplo, que los datos se tratarán exclusivamente a efectos de la lucha contra el terrorismo, que solo se podrá acceder a los datos si hay un nexo preexistente con el terrorismo (es decir, no se permite la extracción de datos) y la obligación de eliminar los datos después de cierto período y la previsión acerca de que la Comisión podría designar una “persona europea eminente” que realizaría verificaciones y presentaría informes a la Comisión sobre el cumplimiento de los compromisos contraídos por el Tesoro de los EEUU. Ante la insuficiencia jurídica y garantista manifiesta de este procedimiento en una materia de tal calibre y la reacción del Parlamento Europeo preocupado por

186 La Unión Europea acusó recibo de las Declaraciones TFTP mediante una carta de 29 de junio de 2007. Las Declaraciones TFTP y la carta de acuse de recibo de la Unión Europea se publicaron en los Diarios Oficiales *DO C 166/18* de 20 de septiembre de 2007 y *DO C 166/26* de 20 de septiembre de 2007. Como se indica en este documento, “poco después de los atentados del 11 de septiembre de 2001 el Departamento del Tesoro inició el programa TFTP, que forma parte del esfuerzo general por perseguir a los terroristas y sus redes utilizando todos los medios disponibles. En el marco del TFTP el Departamento del Tesoro cursó requerimiento administrativo de notificación de datos relacionados con el terrorismo al centro operativo en EEUU de la ‘Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication’ («SWIFT»), una empresa belga que cuenta con un sistema de mensajería que opera en todo el mundo utilizado para la transmisión de información relacionada con operaciones financieras. Mediante dicho requerimiento administrativo se exigía a SWIFT que facilitara al Departamento del Tesoro determinados datos de operaciones financieras — en posesión del centro operativo de SWIFT en EEUU en circunstancias normales de funcionamiento — que se utilizarían exclusivamente con una finalidad antiterrorista”.

la violación de la legislación comunitaria y nacional de protección de datos, se terminó por suscribir en 2010 el Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos relativo al tratamiento y la transferencia de datos de mensajería financiera de la Unión Europea a los Estados Unidos a efectos del Programa de Seguimiento de la financiación del Terrorismo (*Terrorist Finance Tracking Program*), conocido como “Acuerdo SWIFT”¹⁸⁷.

No obstante y como ha sido destacado, “es preciso señalar que la gran mayoría de los datos transferidos se refieren a personas que no tienen nada que ver con la financiación del terrorismo, pues no parece posible actualmente evitar las transferencias de datos de forma masiva. Así, debido a que SWIFT no dispone de los equipos técnicos necesarios para llevar a cabo búsquedas específicas de datos personales, el Acuerdo se basa en la transferencia masiva de datos personales a las autoridades norteamericanas, lo que resulta difícilmente compatible con los principios de necesidad y proporcionalidad”¹⁸⁸. Asimismo, la Resolución 2013/2831 del Parlamento Europeo sobre la suspensión del Acuerdo TFTP a raíz de la vigilancia de la Agencia Nacional de Seguridad (NSA) de los EEUU, insistía “en la necesidad de que todos los acuerdos sobre intercambio de datos con los EE.UU. se basen en un marco jurídico para la protección de datos coherente que ofrezca normas para la protección de datos personales que sean jurídicamente vinculantes, en particular en lo que se refiere a la limitación de los fines, la reducción al mínimo de los datos, la información, el acceso, la corrección, la supresión y la reparación”¹⁸⁹.

Como ya he advertido en otro lugar¹⁹⁰, uno de los supuestos paradigmático en torno a la “gobernanza global” y el *soft law* lo constituye el Grupo de Acción Financiera Internacional/*Financial Action Task Force* (GAFI/FATF¹⁹¹) cuya Secretaría se ubica en París en la sede de la OCDE, sin que esto suponga que el GAFI esté integrado en su estructura orgánica. Se trata de un organismo intergubernamental, carente de personalidad jurídica internacional, que fue creado en 1989 por el G-7 en la cumbre celebrada en París con el objetivo del desarrollo y promoción de políticas para combatir el blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo y otras amenazas contra la integridad del sistema financiero internacional.

187 DO L 195, de 27 de septiembre de 2010.

188 SANTOS VARA, J., “La transferencia de datos de mensajería financiera de la Unión Europea a los Estados Unidos”, *Cuaderno de la Cátedra de Seguridad Salmantina*, nº 7, 2012, p.21.

189 P7_TA(2013)0449, DO C 208, de 10 de junio de 2016.

190 Cfr. JIMÉNEZ GARCÍA, F., *La Prevención y Lucha contra el Blanqueo....*, op.cit., pp.39-59.

191 <http://www.fatf-gafi.org/home/>. Véase sobre este organismo, TURNER, N.W., “Combating threats to the international financial system: the financial action task force. International regulatory convergence through soft law”, *New York Law School Law Review*, 2014-2015, pp.547-559.

Como reconoce esta entidad, constituye un organismo cuyo propósito esencial es *suscitar la voluntad política de los Estados* para que estos lleven a cabo las reformas legislativas y reglamentarias necesarias para dar efectivo cumplimiento a las propuestas elaboradas en su seno bajo la denominación de recomendaciones. La ausencia de un convenio internacional sobre el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo es suplida por las recomendaciones y sus respectivos comentarios elaborados por este organismo.

Por otra parte, el GAFI, junto a sus organismos asociados, conforman un entramado o red internacional conocido como los *Organismos Tipo GAFI* (FSRBs: *FAFT-Style Regional Bodies*), que comparte naturaleza-jurídica institucional (se trata de organismos intergubernamentales de cooperación carentes de personalidad jurídico-internacional, generalmente constituidos mediante la adopción de un *Memo-randum of Understanding* –MOU– o declaraciones ministeriales y compuestos por miembros, asociados y observadores), presentan una estructura de organización similar (Pleno, Presidencia, Consejo de Dirección o Autoridades, Grupos de Trabajo y Secretaría) y coinciden esencialmente en el modelo de financiación y en las técnicas de evaluación. Se acredita, pues, la naturaleza “informal y flexible” de estos organismos que imponen a sus miembros pautas de conducta políticas tendentes a la consecución de los objetivos previstos en las Recomendaciones GAFI.

No obstante, dado los efectos *erga omnes* que tienen estas Recomendaciones y sus mecanismos de sanción *reputacional* mediante el establecimiento de listas de jurisdicciones no colaborativas, los informes de evaluación mutua y los informes de seguimiento¹⁹², se ha criticado su poder normativo hegemónico resultado de un importante déficit democrático y representativo, así como de procesos no transparentes ni integradores de las sensibilidades soberanas de los Estados no mayoritarios en este sector¹⁹³. Por otra parte, el Consejo de Seguridad se ha re-

192 Respecto a España *vid.* el Informe de Evaluación Mutua de 2014 y el Informe de Seguimiento de 2018: <http://www.fatf-gafi.org/countries/#Spain>.

193 Cfr. GHOSHAY, S., “Compliance convergence in FATF rulemaking...”, *loc.cit.*, pp.521-545. No obstante, las recomendaciones GAFI han tenido un inusitado reconocimiento en distintos niveles. Constituye uno de los marcos de referencia legislativa de las distintas directivas de la Unión Europea contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo (cfr. el Preámbulo de la 5ª Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018 (*OJ L 156*, de 19 junio de 2018)). No obstante, el Parlamento Europeo en la tramitación de la cuarta Directiva relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo matizó el reconocimiento incondicional —encuadrado a la categoría de “principal organismo internacional” en la lucha contra el blanqueo— que le venían tributando las anteriores directivas, al introducir en los considerandos previos a la parte dispositiva la advertencia de que “resulta fundamental, no obstante, que una adaptación como ésta a las *Recomendaciones no vinculantes del GAFI* se efectúe en el pleno respeto de la legislación de la Unión, en especial en lo que respecta a la legislación de la UE en materia de protección de datos y de protección de los de-

mitido recurrentemente al sistema del GAFI en su estrategia de lucha contra la financiación del terrorismo convirtiéndolo en una pieza esencial y determinante del mismo (prueba irrefutable lo constituye la resolución 2462 de 2019). A tal efecto se ha afirmado que los canales de la legislación y la toma de decisiones sobre la lucha contra la financiación del terrorismo se han vuelto cada vez más similares a los de un club, ya que tanto el Consejo de Seguridad como el GAFI son organismos con membresías limitadas, dominados por unos pocos actores centrales. Este cambio en sí mismo ha sido moderado en parte por una representación y participación más amplias (a través de los *organismos regionales Tipo GAFI*), pero sigue siendo un serio desafío a la idea de un orden basado en la igualdad soberana, tan central para el derecho internacional clásico¹⁹⁴.

5. EL DERECHO INDICATIVO DE LA UNIÓN EUROPEA

En el ámbito de la Unión Europea, el *soft-law* o derecho indicativo¹⁹⁵ constituye un sub-régimen específico dentro del orden jurídico comunitario, un submundo

rechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, así como en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades Fundamentales, cfr. enmiendas 3 y 4 de Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 11 de marzo de 2014, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo (P7_TA (2014)0191).

Han sido asumidas por parte del Consejo de Seguridad en sus distintas resoluciones coercitivas sobre el terrorismo internacional en las que *insta encarecidamente* a todos los Estados Miembros a que apliquen las normas internacionales amplias incorporadas en las cuarenta Recomendaciones revisadas del Grupo de Acción Financiera (entre las últimas, cfr. S/RES/2395 (2017). Asimismo han resultada aplicadas tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (que califica al GAFI como principal organismo internacional de lucha contra el blanqueo de capitales: pár.32 de la Sentencia C-17/16 de 4 de mayo de 2017 en el asunto *El Dakkak e Intercontinental*, ECLI:EU:C:2017:341 y pár.46 de la Sentencia de 25 de abril de 2013, *Jyske Bank Gibraltar*, C-212/11, EU:C:2013:270), como por el TEDH (STEDH (Gran Sala) de 28 de junio de 2018 en el asunto *G.I.E.M. S.R.L. y otros c. Italia*, pár.146). Tal adhesión es reconocida por parte de nuestro Tribunal Supremo: entre otras, Sentencia 4888/2013 de 24 de septiembre, F.J.8 y Sentencia 1239/2004 de 25 de febrero, FF.JJ. 14, 24 y 27. En su Sentencia 1505/2005 de 23 de febrero, el Tribunal Supremo afirmaba en su F.J. 8 que “está unánimemente admitido por la comunidad internacional y por la cultura constitucional más garantista que la utilización de medios inductivos sobre bases indiciarias está absolutamente justificada si se quieren conseguir los efectos previstos por el legislador. El Grupo de Acción Financiera (GAFI) y los instrumentos internacionales de cooperación en materia de blanqueo de capitales constituye la política vertebral de la Unión Europea y de la cooperación con terceros países”.

194 Cfr. KRISCH, N., “The decay of consent...”, *loc.cit.*, p.25

195 Utilizando la terminología empleada en las Conclusiones del Abogado General, Sr. Michal Bobek, presentadas el 12 de diciembre de 2017 en el asunto C-16/16 P, *Reino de Bélgica*

jurídico de contornos difusos e infinitos, pero con efectos jurídicos que van más allá del mero alcance recomendatorio en virtud del principio de cooperación leal consagrado en el artículo 4.3 TUE. El *soft law* comunitario no solo ha demostrado su ambición normativa, sino que, en ocasiones, se presenta como la única opción en términos de cumplimiento de objetivos dando lugar a específicos métodos de coordinación abierta¹⁹⁶, así como a una singular “hibridación” normativa que, para ser asumida por el Tribunal de Justicia de la UE y los tribunales nacionales, ha de respetar los parámetros propios del estado de derecho¹⁹⁷.

Desde la perspectiva del “*Open Method of Coordination*” (OMC) y en referencia a la doctrina relativa a la integración a través del derecho (IL), se ha indicado que el *soft law* puede reformular el proceso de integración europeo en la medida en que resulta más respetuoso con el principio de *integración en la diferencia* y con un sistema más representativo, pues el

c. *Comisión Europea*. De acuerdo con estas Conclusiones: “En primer lugar, las recomendaciones no son vinculantes ni se les permite producir efectos jurídicos. Por lo tanto, no pueden generar derechos u obligaciones para los Estados miembros ni para los particulares. En cuanto a los Estados miembros, no cabe invocar el principio de cooperación leal para tratar de erosionar por cualquier medio esa afirmación. Los Estados miembros están plenamente facultados para ignorar el contenido de una recomendación, sin que sea posible imponerles sanciones directas o indirectas. Lo anterior no solo se aplica en relación con las “obligaciones” concretas cuyo cumplimiento se promueve entre los Estados miembros, sino también con las “invitaciones” a presentar informes. Las recomendaciones no pueden generar obligaciones ni positivas ni negativas. Tampoco puede recurrirse a una recomendación para definir un concepto jurídico estándar o indeterminado que, una vez dotado de contenido por dicha recomendación, pueda imponerse a un Estado miembro o a un particular. En segundo lugar, una recomendación, máxime si es prelegislativa, es simplemente una manifestación de opinión unilateral y no vinculante de una institución. En caso de que vaya seguida de legislación vinculante, el proceso legislativo debe partir de cero. En particular, una recomendación no puede crear un “atajo” o una “precedencia” legislativa excluyendo a determinados actores del posterior proceso legislativo, ni penalizar de hecho a algunos actores en el proceso posterior por no haber manifestado su opinión o presentado observaciones, datos o informes sobre la recomendación o sobre el marco de su “aplicación”. Por último, es preciso volver a la sentencia Grimaldi. Si las recomendaciones no son vinculantes, por definición no pueden generar para los órganos jurisdiccionales nacionales la obligación de tener en cuenta esa orientación no vinculante, y menos aún referirse a cualquier deber de interpretación conforme. Si el Tribunal de Justicia decidiera adoptar este planteamiento más formal sobre los actos “típicos” del Derecho de la Unión, resultaría necesario revisar la jurisprudencia Grimaldi a este respecto y declarar claramente que no hay obligación alguna de tener en cuenta las recomendaciones. Los órganos jurisdiccionales nacionales pueden hacerlo si lo consideran conveniente, pero, desde luego, no están obligados a ello”, pars. 168-170.

196 Cfr. TERPAN, F., “Soft Law in the European Union...”, *loc.cit.*, pp. 81-84 y 90-91.

197 Cfr. ELIANTONIO, M. y STEFAN, O., “Soft law in the EU legal order: reflections and contemporary trends” *Yearbook of European Law*, 2018-1, pp 457-469, en concreto, p.469.

“[S]oft law suggests not only law’s displacement but new conceptions of old legal values. While ‘accountability’ cannot be found under new governance in terms of an ability to hold national actors to standards agreed upon *a priori*, it may be re-considered in a horizontal sense, with multiple actors from governments to social partners taking responsibility for elaborating normative standards and holding each other to account. Similarly for ‘convergence’, while IL’s view of a basic convergence of regulatory standards is rejected by the new governance paradigm, a different view of convergence based on a convergence of perceptions, procedures and ideas is suggested in its place”¹⁹⁸.

La crisis financiera de 2007 ha evidenciado la insuficiencia de los métodos abiertos de coordinación, así como de los códigos de conducta, considerados como pieza esencial –y lo son–, en el marco del buen gobierno corporativo de las sociedades. La propia Comisión Europea ha destacado que el gobierno corporativo de la UE es una combinación de legislación y de disposiciones no vinculantes, esto es, códigos nacionales de gobierno corporativo aplicados con arreglo al principio de “cumplimiento o explicación”¹⁹⁹. Esta situación ha permitido un importante margen de maniobra a las empresas y a los accionistas que, no obstante, no evitaron la crisis financiera de 2007. Es más, las deficiencias significativas del gobierno corporativo de las entidades financieras han desempeñado un importante papel en la crisis, lo que obligó a la Comisión a la adopción de normas más estrictas en la materia²⁰⁰.

Tomando como referencia la sentencia *Grimaldi*, D. Sarmiento ha resumido la práctica comunitaria respecto al *soft law* o derecho indicativo distinguiendo la dimensión nacional e institucional sobre la que se proyecta este orden jurídico singular. Por el lado nacional y aunque el *soft law* no imponga obligaciones ni otorgue derechos, sí vincula a los tribunales nacionales en cuanto instrumento “a tener en cuenta”. No se trata de una obligación de “aplicación”, sino de una obligación de toma en consideración en el curso de la aplicación. Se impone al juez nacional un deber de motivación en el que los instrumentos de *soft-law* comunitarios existen-

198 DAWSON, M., “Integration through Soft Law? New governance and the meaning of legality in the European Union”, en *Integration through Law Revisited*, D. Augenstein (ed), Ashgate Publishing, Ltd., 2012, p. 156.

199 Este enfoque permite a las empresas desviarse de las recomendaciones específicas del código aplicable a condición de que expliquen las razones para ello.

200 Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Plan de acción: Derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo - un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas*, COM(2012) 740 final. Véase también Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE, 2004 <http://www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf>. Sobre esta cuestión vid. FERRERO FERRERO, I. y ACKRILL, R., “Europeanization and the Soft Law Process of EU Corporate Governance: How has the 2003 Action Plan Impacted on National Corporate Governance Codes?”, *Journal of Common Market Studies* 2016-4, pp. 878–895.

tes han de ser considerados. Por otro lado, y desde la perspectiva institucional, pueden desempeñar un efecto impeditivo (*estoppel* o teoría de los actos propios) a la capacidad de acción futura de las instituciones de la Unión Europea que hayan adoptado tal normativa en virtud del principio de confianza legítima²⁰¹.

6. CONCLUSIÓN

En la actualidad *el soft law* presenta una dimensión doblemente binaria. Por un lado, mantiene su naturaleza proactiva en el desarrollo de determinados sectores normativos (derechos humanos, medio ambiente, tecnología...), pero, por otro, va asumiendo una naturaleza reglamentaria, y a la vez flexible en cuanto a su creación y adaptabilidad, que no solo condiciona y limita la actuación normativa futura de los Estados, sino que constriñe los derechos y la libertad de los ciudadanos por otros medios. Junto a la revisión de los postulados democráticos y de los derivados del consentimiento estatal en el proceso de creación del derecho, se alteran los mecanismos de control, sanción y garantía jurisdiccional a favor de la efectividad del producto resultante.

Por un lado, desempeña una función integradora de valores globales entre los distintos operadores (públicos y privados) asumiendo esquemas de participación y rendición de cuenta, mientras que, por otra parte, crea, más allá del ámbito puramente tecnológico y profesional, espacios similares al concierto europeo del siglo XIX en los que junto a las potencias estatales se incorporan las corporaciones privadas dominantes. Resulta urgente construir un nuevo modelo democrático y de estado de derecho que legitime y estructure la actuación normativa en sus distintas variantes dentro de una sociedad internacional plural y global. La necesaria flexibilidad y dinamismo que exigen los actuales y complejos tiempos tecnológicos, financieros y profesionales han de ir acompañados con nuevos procedimientos de representación y actuación que activen una autoridad reconocida y sometida a mecanismos de responsabilidad. Si bien se está expandiendo el universo del *soft law*, queda demasiado recorrido para el reconocimiento de los presupuestos de una inédita legitimidad que fundamentaría y estructuraría el orden jurídico internacional derivado de la invasión de estas innovadoras plataformas jurídicas.

201 Cfr. SARMIENTO, D., *El Derecho de la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp.263-265. Vid. también: KOVÁCS, A., T. TÓTH, T., FORGACS, A., "The legal effects of european soft law and their recognition at national administrative courts", *Elte Law Journal*, 2016-2, pp.53-70; BOUVERESSE, A., "La portée normative de la soft law", *Revue de l'Union Européenne*, 2015, pp. 291-298; BRUNESSEN, B., "Soft law, Rapport introductif: Les enjeux de la soft law dans l'Union européenne", *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 575, 2014, pp. 73-84; SENDEN L., *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, 2004 ; ALONSO GARCIA, R., "El soft law comunitario", *loc.cit.* pp.63-94.