

El concepto de ‘estándares internacionales de derechos humanos’ según la doctrina jurídica



de Casas, C. Ignacio

C. Ignacio de Casas idecasas@austral.edu.ar
Universidad Austral, Argentina

Prudentia Iuris

Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos

Aires, Argentina

ISSN: 0326-2774

ISSN-e: 2524-9525

Periodicidad: Semestral

núm. 96, 2023

prudentia_iuris@uca.edu.ar

URL: <http://portal.amelica.org/ameli/journal/797/7974659014/>

Los autores conservan los derechos de autor y garantizan a PRUDENTIA IURIS el derecho exclusivo de primera publicación. Sin embargo, pueden establecer por separado acuerdos adicionales para la distribución de la versión publicada del artículo, con un reconocimiento de su publicación inicial en esta revista. El contenido se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional. Se permite y se anima a los autores a depositar su obra en repositorios institucionales y temáticos, redes sociales académicas, sitios webs personales y/o donde consideren pertinente de acuerdo con nuestra Política de Autoarchivo



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.

Resumen: Este artículo contiene el estado del arte sobre la naturaleza y valor jurídico de los denominados “estándares internacionales de derechos humanos”. Se señala lo que han dicho los pocos teóricos que se han preguntado acerca de qué son los estándares y si ellos son fuente de derecho internacional. Son diez autores, dos que escriben en inglés y el resto en castellano. Se incluye una valoración personal del autor del texto sobre el alcance y los aportes de cada uno al necesario estudio sobre el fenómeno del uso tan extendido de esa expresión.

Palabras clave: Estándares internacionales de derechos humanos, Doctrina, Fuentes de derecho internacional, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Abstract: This article contains the state of the art on the nature and legal value of so-called “international human rights standards”. It outlines what has been said by the few theorists who have asked what standards are and whether they are a source of international law. There are ten authors, two writing in English and the rest in Spanish. A personal assessment by the author of the text is included on the scope and contributions of each one to the necessary study of the phenomenon of the widespread use of this expression.

Keywords: International human rights standards, Teachings of the most highly qualified publicists, Sources of international law, Inter-American Human Rights System, Inter-American Commission on Human Rights, Inter-American Court of Human Rights.

EL CONCEPTO DE “ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS” SEGÚN LA DOCTRINA JURÍDICA

Resumen: Este artículo contiene el estado del arte sobre la naturaleza y valor jurídico de los denominados “estándares internacionales de derechos humanos”. Se señala lo que han dicho los pocos teóricos que se han preguntado acerca de qué son los estándares y si ellos son fuente de derecho internacional. Son diez autores, dos que escriben en inglés y el resto en castellano. Se incluye una valoración personal del autor del texto sobre el alcance y los aportes de cada uno al necesario estudio sobre el fenómeno del uso tan extendido de esa expresión.

Palabras clave: Estándares internacionales de derechos humanos, Doctrina, Fuentes de derecho internacional, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

The concept of “international human rights standards” in the teachings of the most highly qualified publicists

Abstract: This article contains the state of the art on the nature and legal value of so-called “international human rights standards”. It outlines what has been said by the few theorists who have asked what standards are and whether they are a source of international law. There are ten authors, two writing in English and the rest in Spanish. A personal assessment by the author of the text is included on the scope and contributions of each one to the necessary study of the phenomenon of the widespread use of this expression.

Keywords: International human rights standards, Teachings of the most highly qualified publicists, Sources of international law, Inter-American Human Rights System, Inter-American Commission on Human Rights, Inter-American Court of Human Rights.

Il concetto di “standard internazionali sui diritti umani” negli insegnamenti dei pubblicisti più qualificati

Sommario: L’articolo contiene lo stato dell’arte sulla natura e sul valore giuridico dei cosiddetti “standard internazionali sui diritti umani”. Esso delinea ciò che hanno detto i pochi teorici che si sono chiesti cosa siano gli standard e se siano una fonte del diritto internazionale. Ci sono dieci autori, due scrivono in inglese e il resto in spagnolo. È inclusa una valutazione personale dell’autore del testo sulla portata e sui contributi di ciascuno allo studio necessario del fenomeno dell’uso diffuso di questa espressione.

Parole chiave: Standard internazionali sui diritti umani, Insegnamenti dei pubblicisti più qualificati, Fonti del diritto internazionale, Sistema interamericano per i diritti umani, Commissione interamericana sui diritti umani, Corte interamericana dei diritti dell’uomo.

1. Introducción

Existe un fenómeno cada vez más frecuente en el derecho público (e incluso en el privado). Consiste en que tanto los operadores de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos como los operadores jurídicos nacionales utilizan repetidamente la expresión “estándares de derechos humanos” o “estándares internacionales de derechos humanos” prácticamente como sinónimo de derechos humanos o de las obligaciones que en esta materia tienen los Estados. Parte de ese fenómeno es que suele considerarse que dichos estándares no se refieren únicamente a la expresión normativa de los derechos humanos en tratados, costumbre o principios generales de derecho. Es más, a tal expresión se le da un uso que incluye también a los instrumentos no vinculantes cuyo contenido jurídico-normativo es dudoso o, cuando menos, de obligatoriedad no expresamente declarada ni reconocida por norma internacional alguna: v. gr., declaraciones, compacts, resoluciones e informes de organizaciones internacionales, colecciones de buenas prácticas, códigos de conducta, jurisprudencia de tribunales y decisiones y recomendaciones de organismos internacionales, etc.

Así, de hecho, no existe una conceptualización clara de estándares de derechos humanos. No solo no hay una definición pacífica, sino que además pareciera que pocos se han preguntado realmente qué son. Sin embargo, con ingenuidad o aviesamente, se los invoca como regla de conducta (fuente de obligaciones) para los Estados y otros sujetos no estatales, incluso cuando no se está en presencia de reglas cuyo contenido haya sido determinado con base en fuentes del derecho tradicionales.

Ciertamente no estamos frente a una expresión unívoca. Pero a los problemas normales y propios de la polisemia del lenguaje hay que añadirles en este caso algunos más. Así, nos encontramos con dificultades derivadas de las traducciones desde distintos idiomas, en especial el inglés –la lingua franca del derecho internacional–, puesto que en muchos casos no es exactamente lo mismo standards que “estándares” (al igual que traducir norms como “normas” genera malentendidos, y así con otras palabras que forman parte de este estudio).

A su vez, es posible que los operadores mencionados utilicen la expresión “estándares internacionales de derechos humanos” (en adelante, EIDH) persiguiendo con el significado que le atribuyen una intencionalidad ideológica concreta, casi como si fuera un enunciado performativo. Este sería el caso de un uso “progresista” de la expresión EIDH, es decir, que busca extender el alcance y contenido de los derechos humanos. De este modo, si quienes están llamados a aplicar las normas internacionales sobre derechos humanos exceden la función de implementación o interpretación pasando a la generación de nuevas normas, estarán difuminando una de las distinciones centrales a todo sistema jurídico: aquella entre obligatoriedad y efectos interpretativos (que es un correlato de la distinción entre la teoría de las fuentes y la teoría de la interpretación)[1]. De la misma manera, la tendencia a usar la expresión EIDH y aplicar dichos estándares como si fueran una fuente a se de derecho internacional desdibuja también las líneas entre derecho y soft law y es probablemente una consecuencia del desdibujamiento entre fuentes e interpretación en la práctica de los organismos de derechos humanos y otras organizaciones internacionales.

En efecto, si mediante resoluciones, informes o interpretaciones, puede ampliarse el catálogo de los derechos o las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, nos encontraríamos frente a una (nueva) fuente de derecho internacional. Una fuente mediante la cual los autores de esos estándares (organizaciones o mecanismos internacionales u otros), lisa y llanamente, crean derecho. A la lista de problemas enumerados hasta aquí se añade, por tanto, el de la legitimidad de esos actores internacionales para crear derecho(s). Esta capacidad de crear derecho puede encontrar objeciones desde el punto de vista competencial y también desde el punto de vista democrático.

Los EIDH son también problemáticos porque si estamos frente a una fuente de derecho internacional, entonces los Estados y otros sujetos obligados deberían poder saber con certeza cuáles son esas obligaciones que tienen en materia de derechos humanos, para poder cumplirlas y no incurrir en responsabilidad internacional. Pero si no está claro el contenido de esos estándares o su obligatoriedad, no pueden saber cómo actuar conforme a derecho.

En el pasado me he preguntado acerca de qué son los estándares internacionales de derechos humanos y qué valor jurídico tienen[2]. Considero que aquella indagación no está concluida y que es necesario seguir profundizando en el tema:

las respuestas a estas preguntas buscan determinar si los EIDH son fuente de derecho internacional, es decir, si los EIDH crean obligaciones para los Estados y otros actores no estatales. Este artículo forma parte de esa investigación. En concreto, aquí me propongo analizar a los autores que me han precedido en el estudio de la expresión EIDH o el fenómeno de su uso.

2. Autores que han teorizado sobre la expresión EIDH

Al comienzo decía que pocos son los teóricos que se han preguntado por la naturaleza de los estándares internacionales de derechos humanos en cuanto tales. Es decir, pocos son quienes se han hecho la pregunta sobre qué son los EIDH y han dado una respuesta. En otras palabras, no me refiero a autores que simplemente utilizan la expresión EIDH –sobre esto he tratado en otras publicaciones[3]–, sino a los que indagan sobre su significado. Aquí expongo y analizo aquellos estudios que he logrado identificar, ubicándolos en orden cronológico. Son diez autores, dos de ellos escriben en inglés y el resto en castellano.

2.a. Riedel

Eibe Riedel es un profesor emérito de derecho público alemán, comparado e internacional en la Universidad de Mannheim. Su tesis de habilitación se titula *Theorie der Menschenrechtsstandards* (Teoría de los Estándares de Derechos Humanos, 1986) y aquí se describen sus principales líneas, a partir de un artículo publicado en inglés por el mismo autor en 1991[4]. El título de ese artículo plantea desde el inicio la novedad del tema y el desafío que este suponía para la teoría iusinternacionalista establecida: “Estándares y fuentes. ¿Adiós a la exclusividad de la tríada de fuentes en el derecho internacional?”. La tríada se refiere a las fuentes enumeradas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ, es decir: tratados, costumbre y principios generales de derecho. Con lo cual se plantea si los estándares amplían ese catálogo, como fuente distinta de las clásicas.

La tesis se centra en el supuesto de que los estándares pueden explicar los procesos actuales de creación de normas mejor que las fuentes tradicionales[5]. Utiliza el término estándares para describir una parte del universo normativo. Para él, los estándares[6] son una parte dentro de la variedad de normas que existen en el derecho internacional, en donde hay básicamente dos categorías: reglas de *hard law* positivo y programas de normas transpositivas de *soft law*. Pero

“la caracterización de *hard* y *soft law* solo pretende centrar la atención en el hecho de que, por un lado, algunas obligaciones estatales son creadas por tratados que vinculan objetivamente a los Estados o que benefician a los individuos como derechos subjetivos, como es el caso de las normas de derechos humanos (claramente concebidas como normas de *hard law*), mientras que, por otro lado, existe toda una serie de normas internacionales que se derivan de instrumentos jurídicamente no vinculantes pero que expresan indudablemente pretensiones normativas, como las normas de obligación imperfecta”[7].

Estas normas de obligación imperfecta, a las que también llama varas de medir (*yardsticks*) o estándares, sirven como incentivos a nivel nacional. Se trata de parámetros que pueden ser usados a nivel interno y que pueden (aunque no necesariamente deben) ser aplicados en los procesos de toma de decisiones legislativos, judiciales, ejecutivos, a menos que esos estándares se conviertan en una obligación *hard*, por medio del derecho doméstico[8].

Para Riedel, existen también otros tipos de programas de normas transpositivas, tales como aquellos que formulan obligaciones promocionales. Es decir, obligaciones de desarrollar actividades de promoción, educativas o de formación, que en última instancia buscarán generar cambios a nivel interno por la vía indirecta de inducir cambios en los actores legislativos o ejecutivos domésticos. También están las que podrían describirse como normas aspiracionales, aquellas que visualizan objetivos o metas consideradas deseables: sirven como señaladores o puntos de referencia para la dirección de los objetivos programáticos en la proyección a largo plazo y a menudo subrayan la necesidad de un mayor respeto de los derechos. Y, por último, están las normas de influencia social no jurídica, como los usos y prácticas reconocidos de los Estados, que no llegan a ser normas jurídicas (i.e. costumbre), que no tienen otra base que las preferencias psicológicas y sociológicas o simplemente los usos o hábitos de obediencia y que, sin embargo, pueden llegar a influir en la conducta estatal[9].

Es decir, están por un lado las reglas positivas, que son de hard law y surgen de la tríada de fuentes, y por otro, todos los estándares, que incluyen normas de obligación imperfecta, normas promocionales, aspiracionales y las de influencia social no jurídica. Hay que añadir que, siempre según Riedel, estos estándares no se presentan de manera aislada (es decir, separados de las reglas) o claramente identificable, sino como un compuesto de normas que contienen reglas y estándares. Estas “normas combinadas” o “estándares combinados” son normas compuestas, sin efecto plenamente vinculante, cuyo valor e importancia radica en su contexto de justificación y en la interacción de normas de hard law claramente identificables con normas no vinculantes[10]. Esta mezcla de elementos vinculantes y no vinculantes, que se refuerzan mutuamente, tiene variados efectos, como servir de razones para la toma de decisiones y como llamados de atención para operadores que puedan estar pasando algo por alto, funciones de armonización y multiplicación del derecho, y hasta de “elevar” (upgrading) el nivel de vinculatoriedad de las normas[11].

Específicamente en el campo de los derechos humanos, Riedel insiste en utilizar la expresión EIDH, puesto que utilizar el término estándares como sinónimo de las normas totalmente vinculantes de derecho internacional (las que surgen de la tríada), sin hacer diferencias, ocultaría la relevancia distintiva que tienen los estándares. Aunque él mismo no es claro, pues sigue usando la expresión estándares para referirse a las reglas de hard law, señala que es muy característico en el campo de los derechos humanos encontrar las referidas combinaciones de varios tipos de normas[12].

“Así, el estándar de la libertad de coalición se compone de varios elementos entrelazados: tiene sus raíces en la (no vinculante) DUDH de 1948, y en el Pacto de Derechos Económicos de la ONU de 1966, así como en un convenio especial de la OIT. Pueden añadirse resoluciones y declaraciones de organizaciones internacionales de intención programática. Todos estos estándares combinados, ya sean plenamente vinculantes, o solo vinculantes en parte, o no vinculantes en absoluto, desempeñan una función importante en el desarrollo de futuras normas jurídicas del tipo de la tríada de fuentes tradicionales. La experiencia de setenta años de elaboración de normas en la OIT, pero también las experiencias similares en la UNESCO y la OMS, por nombrar solo dos ejemplos más, han ido construyendo nuevos tipos de normas jurídicas: los ‘códigos

cebra’, que juntan normas vinculantes y no vinculantes en un solo estándar combinado. Al aplicar ‘códigos cebrá’, los responsables de la toma de decisiones tendrán que tener en cuenta los diferentes grados de densidad normativa de las partes que lo componen, y la decisión final se basará normalmente en el componente vinculante del estándar combinado. Los otros componentes sirven como herramientas interpretativas para los elementos, muy abiertos y abstractos, de *hard law* vinculantes del estándar”[13].

De este modo, para el autor estudiado, la expresión EIDH sería tanto el tipo de normas vinculantes como aquellas que no lo son, especialmente cuando actúan combinadas, teniendo en esos casos un tipo de efectos especiales, distintos que los que tienen las reglas jurídicas que surgen de la tríada de fuentes tradicionales, pues si bien no imponen obligaciones vinculantes para los Estados, estos pueden aceptarlos aún ante la falta de estricta obligación, pueden servir de herramientas de interpretación, como guías o varas de medir, para la aplicación de reglas vinculantes pero que son muy abiertas o abstractas, y para preparar el camino a futuros desarrollos del derecho[14].

Finalmente, el valor del concepto de EIDH, según Riedel –además del papel cada vez más importante que juegan en el derecho internacional de los derechos humanos–, es que explican los procesos de creación y de aplicación del derecho internacional allí donde confluyen normas vinculantes y no vinculantes mejor que la tríada de fuentes tradicionales[15].

2.b. Quinche Ramírez

Manuel Fernando Quinche Ramírez dedica todo el primer capítulo de su libro *Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz* a analizar el concepto que es objeto de estudio de este artículo. En primer lugar, describe varios usos de la expresión EIDH en la jurisprudencia constitucional colombiana[16], en la justicia transicional y finalmente su uso por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH). Aquí solo interesan los dos últimos:

“En el plano específico de la justicia transicional, la expresión ‘estándares’ ha sido utilizada para referir la existencia de parámetros, reglas o pautas que deben ser atendidas en todos aquellos eventos en los que un Estado o una comunidad pretenda [hacer una transición], parámetros estos que se concretan en los contenidos y niveles de exigibilidad de los derechos a verdad, justicia, reparación y compromisos de no repetición. Dentro de la anterior perspectiva, los estándares han sido definidos como ‘las pautas de justicia a que cualquier Estado se encuentra sujeto al adelantar procesos de transición [que] están explícitamente recogidas en los distintos ordenamientos mencionados o [que] surgen de los mismos por vía interpretativa’, resultando ser así, en últimas, los parámetros básicos exigibles desde el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario (DIH), y el derecho penal internacional”[17].

En este plano, y siempre según este autor, aunque no sean fórmulas que permitan concretar al detalle el contenido y alcance de los derechos, sería posible “encontrar consensos respecto del contenido y la estructura general de los derechos comprendidos bajo la denominación genérica de los estándares”[18].

Al considerar los usos de los estándares por parte de la Corte IDH –en casos de juzgamiento de graves violaciones de derechos humanos–, Quinche Ramírez los sistematiza en tres grupos: (i) estándares como obligaciones normativas a las que

se debe adecuar la legislación interna de los Estados; (ii) estándares como regla sobre competencia de quién debe juzgar esos crímenes (justicia militar o justicia penal común); y (iii) estándares sobre reparación fijados por la Corte IDH[19].

Si bien este autor sostiene que para la Corte IDH los estándares serían tanto pautas como reglas jurídicas, lo cierto es que no se termina de diferenciar bien cuándo son una cosa y cuándo la otra[20]. Finalmente, define a los estándares como regla jurídica, sus contenidos y fuerza vinculante. Para Quinche Ramírez, estándares como reglas jurídicas serían aquellos “cuyo contenido implica el establecimiento de obligaciones concretas a cargo de los Estados, cuya inobservancia acarrea consecuencias en materia de responsabilidad internacional”[21].

Para determinar qué es un estándar, según Quinche Ramírez, hay que ir más allá de la designación lingüística que se le haya dado (regla legislativa, regla jurisprudencial, principio, estándar, directriz, etc.) y atenerse a su estructura. Si reúne estos cuatro componentes: un titular, un destinatario, un contenido deóntico y un mecanismo de efectividad, entonces sería un enunciado normativo que se comporta como una regla jurídica. Y, según su análisis, aquello que la Corte IDH llama estándares cumple con todas esas características que conforman la estructura de una norma jurídica[22].

La postura de este autor sobre la fuerza vinculante de los estándares está basada en un silogismo:

“Demostrado que los enunciados que contienen los estándares tienen contenido normativo, que cumplen con los elementos que conforman la estructura de una norma, y que se comportan como reglas que establecen obligaciones concretas exigibles a los Estados Partes, la obligatoriedad de su cumplimiento es apenas la consecuencia necesaria de su formulación.

La cuestión concreta aquí es la de precisar si los estándares fijados por la Corte Interamericana son o no obligatorios, y la respuesta obviamente es que sí, pues se trata de obligaciones concretas para ser cumplidas específicamente por el Estado condenado y, en general, por los Estados Partes en la Convención, contenidas en reglas cuya inobservancia acarrea responsabilidad internacional”[23].

En mi opinión, el argumento de este autor llega a una conclusión que no se deduce de las premisas. Como se ve, Quinche Ramírez sostiene la obligatoriedad del estándar, o de la regla jurídica, sin referencia al autor o emisor del mismo. Por supuesto que es importante determinar si –de acuerdo a la estructura de la norma– estamos frente a un enunciado normativo. Pero pareciera que también lo es, a continuación, preguntarse si quien dicta ese estándar tiene facultades para dictar una norma vinculante, que es lo que la convierte en una regla jurídica. Si la Corte IDH no puede vincular a los destinatarios de sus estándares, entonces esos estándares no son reglas jurídicas.

Para concluir, vale aclarar que el autor analiza si la obligatoriedad varía según que el destinatario de los estándares sea el Estado que es parte en el proceso concreto ante la Corte o si se trata, en general, de todos los Estados Parte en la CADH. Aunque reseña alguna opinión en el sentido de que podría haber distintos grados de obligatoriedad (mayor para el primero, menor para los segundos), su postura personal es que no debe diferenciarse y que –en virtud del control de convencionalidad– los estándares son siempre vinculantes[24]. Pero, una vez más, sostengo que no basta con estudiar al destinatario de los estándares

sino, fundamentalmente, a su emisor. Aun faltando esa consideración –y en lo que aquí interesa– podemos decir en resumen que, para Quinche Ramírez, los EIDH son fuente de derecho internacional.

2.c. Martínez Bullé Goyri

En el Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica la voz “estándares internacionales de derechos humanos”[25] fue escrita por Víctor Manuel Martínez Bullé Goyri. Este autor logra una sucinta definición del término EIDH que recopila distintas visiones. Por una parte, sostiene que la construcción de estándares está directamente relacionada con el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados y que con esta construcción se busca que la diversidad cultural y de niveles de desarrollo en los distintos países no se conviertan en obstáculos para el respeto a los derechos humanos o justificantes para su incumplimiento y violación. Según Martínez Bullé Goyri, los EIDH se construirían como contenidos mínimos que deben ser satisfechos para que pueda entenderse que los derechos son adecuadamente reconocidos y respetados.

Por otro lado, se pregunta por qué son necesarios y, al respecto, afirma:

“[...] los tratados mismos no contienen un desarrollo detallado del contenido de los derechos ni de las acciones para darles cumplimiento, pues su vocación universal los obliga a consagrar fórmulas y descripciones amplias y generales que puedan ser aceptadas por todos los países, por lo que ellos apenas constituyen un primer elemento para la identificación de los estándares internacionales de derechos humanos, y puede afirmarse que por sí solos no resultan suficientes para lograr el disfrute de los derechos humanos”[26].

De modo que se hace necesario detallar más y ampliar el catálogo de normas con otras de contenido y efectos jurídicos variados:

“Ese conjunto de normas que no corresponden en sentido estricto a tratados conforman lo que se conoce como el *soft law*, que si bien no tiene la obligatoriedad de los tratados sí alcanza una obligatoriedad moral y política, especialmente fundada en la idea general de que los Estados al suscribir un tratado asumen la obligación de realizar todas las acciones necesarias para dar cumplimiento a su contenido, y es en estos documentos en los que se han fijado los estándares para cada uno de los derechos”[27].

La postura de este autor sobre la vinculatoriedad de los EIDH es muy clara en el sentido de que no son obligatorios, a la vez que matizada, pues sostiene que afirmar lo anterior no es obstáculo ni se contradice con la posible importancia de la formación de estándares por parte de los legítimos intérpretes de las normas obligatorias, que precisan y concretan una manera adecuada de consagrar, respetar y proteger los derechos humanos[28]. De esta opinión se puede concluir que los EIDH son útiles en tanto consagran una manera necesaria de concretar los derechos humanos para de esa forma poder garantizarlos, aunque queda latente la pregunta acerca de quién (qué autoridad) está en mejores circunstancias para hacer esa concreción.

2.d. Londoño Lázaro

La tesis doctoral de María Carmelina Londoño Lázaro, que fue publicada como libro titulado *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana. Derecho internacional y cambios estructurales del Estado*, ofrece una reflexión sobre la cuestión de los EIDH a partir de una concepción propia

de ella de lo que son los estándares. En primer lugar, reconoce la existencia e importancia del tema:

“La cuestión de los estándares internacionales es de enorme relevancia actual, aunque genera fuertes controversias. Cabe hacer en este punto dos consideraciones (que luego serán profundizadas): en primer lugar, no todo el [derecho internacional de los derechos humanos] se encuentra actualmente expresado en términos de estándares, a modo de parámetros perfectamente ciertos y definidos, exigibles por igual a todos los Estados. Tampoco es claro que esto sea lo ideal, aunque indudablemente en el seno de las Naciones Unidas se ha alentado un proceso en este sentido. En segundo lugar, la misma Corte IDH debe exigirse mayor rigurosidad en este trabajo, pues si bien su sistema no es estrictamente de precedentes, sí se requiere más esfuerzo de su parte en la precisión y uso unificado del lenguaje jurídico, citación de antecedentes, así como visión de largo plazo en la determinación de sus decisiones. En todo caso, ciertamente se ha avanzado en la concreción de ciertos estándares en temas latinoamericanos que dejan entrever un primer bosquejo de la situación de la región en materia de derechos humanos [...]. Actualmente ya es abundante la bibliografía que da cuenta de este proceso de ‘estandarización’ en la jurisprudencia interamericana, sus bondades y críticas”[29].

Como surge de esa cita, y luego desarrolla un poco más, esta autora concibe al “modelo de estándares en derechos humanos” como uno en el que estos debieran cumplir una doble función: ser suficientemente generales, a modo de principios de instrucción para el accionar de los Estados; y estar expuestos tan clara y específicamente que se identifiquen como un listado de reglas mínimas a las que fácilmente se les puede hacer seguimiento: se cumplen o no se cumplen[30]. Para Londoño, los “estándares latinoamericanos de derechos humanos” aún están en estado embrionario y sin embargo sostiene que juegan un papel importante en la configuración de una teoría sobre los efectos reflejos de los fallos de la Corte IDH:

“[...] la tesis que se ha propuesto es que por la naturaleza de las sentencias de la Corte IDH y en consideración a su función pedagógica como máximo tribunal regional en la materia, muchas de sus decisiones gozan no sólo de una eficacia inter partes tradicional de cualquier sentencia definitiva, sino además de unos efectos reflejos, a manera de lecciones potencialmente irradiadoras del orden internacional de los derechos humanos en el orden jurídico nacional”[31].

Dentro de esta teoría, los EIDH serían “la vía a través de la cual se concretan las directrices internacionales llamadas a ser incorporadas en el orden interno”[32]. A partir de esta idea surge el interés de la autora por profundizar en el concepto de EIDH, en especial en lo que se refiere a su origen y su funcionamiento. Sobre el origen, explica que los estándares “son inferencias hechas a partir de una interpretación razonable de la Convención Americana y el corpus iuris de derechos humanos en el que esta se inserta”[33]. Tanto de las interpretaciones como del conjunto de normas e instrumentos que componen el corpus iuris –donde caben otros tratados, pero también declaraciones e instrumentos de soft law– surgen aportes interesantes para el desarrollo evolutivo del derecho internacional de los derechos humanos. También hay advertencias sobre un posible uso indiscriminado al que describe como riesgoso, pues pueden dar lugar a estrategias retóricas para encubrir posturas no fundamentadas, a modo de ropaje justificativo de decisiones arbitrarias[34].

En el origen de los EIDH entran en escena la idea de pluralidad y de universalidad de fuentes de los derechos humanos. Aquí la autora también advierte que la razonabilidad de una decisión sobre los derechos no depende de la multiplicidad de fuentes de soporte que se invoquen. Según ella, la Corte IDH muestra una tendencia a sustentar las decisiones en jurisprudencia europea, opiniones de comités, instrumentos de soft law e incluso jurisprudencia nacional comparada de otras regiones, y otros lineamientos “que naturalmente no son obligatorios para los Estados signatarios de la Convención Americana”[35].

Respecto del funcionamiento de los EIDH, Londoño explica que estos, “en cuanto derroteros de acción, están llamados a una implementación práctica que evidencia la influencia que ejerce el derecho internacional en el ámbito interno de los Estados americanos”[36]. Sin embargo aclara que la demostración de este fenómeno de influencia no es por sí mismo fundamento de la teoría de los efectos reflejos, sino meramente manifestaciones que sirven para explicar la aplicabilidad de la teoría.

En este punto se puede ver cómo Londoño, si bien describe a los EIDH – tal como se usan en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos– como un conjunto de contenido amplio, no los considera per se fuentes. Pues no los describe como vinculantes, sino indicativos o con efectos reflejos, es decir, con una función pedagógica o de efectos irradiadores potenciales. No sólo eso, sino que además previene contra los riesgos que percibe en un uso abusivo o negligente de esos EIDH.

2.e. Serrano

En un libro llamado *Los estándares internacionales de los derechos humanos: un sistema de derechos en acción* (2015), Sandra Serrano propone entender los EIDH de la siguiente manera:

“Es la lógica de la interrelación entre derechos, principios y obligaciones lo que genera aquello que llamamos ‘estándares internacionales’, de tal forma que no se trata solo de mirar al derecho como concepto, sino de entenderlo en su funcionamiento, cuando se relaciona con las obligaciones y en la forma como se presenta en cada contexto. [A]sí, los estándares internacionales son una constante construcción de los órganos encargados de proteger los derechos humanos, pero también de aquellos encargados de cumplirlos.

Los principios y las obligaciones cumplen la promesa de la constante creación de los derechos humanos, pues aún después de alcanzados los mínimos y los estándares exigibles, siempre permanecerán como una promesa a futuro. En este sentido los derechos humanos siempre serán los derechos por venir”[37].

La concepción de esta autora claramente la pone en la vereda de quienes ven a los EIDH como una fuente de derecho internacional. Una fuente en constante producción; puesto que si los estándares son una construcción de los órganos de protección de derechos humanos –y de los encargados de cumplirlos– son algo en funcionamiento, en permanente creación. En otras palabras, si los EIDH “surgen” mediante la interrelación entre derechos, principios y obligaciones, debemos entender que son algo distinto, que va más allá, de las normas ya existentes, en tratados, costumbre, etc. Ellos surgirían del juego que determinados órganos hacen con las fuentes tradicionales de derecho internacional. Dicho juego les permitiría generar nuevas normas de derecho internacional: los EIDH.

En una obra posterior (2021), la autora profundiza sobre esta cuestión y decide cambiar deliberadamente la palabra con la que se refiere a los EIDH. Por una parte, pasa de hablar de “estándares” a hablar de “criterios”. Por otra, dedica el libro a estudiar la “recepción” de esos criterios, es decir, analiza cómo y en qué medida los tribunales locales los adoptan, pero sin detenerse en el propósito de cuestionar los parámetros teóricos en los que se fundan[38]. Explicado con sus propias palabras:

“La ‘recepción’ se refiere a la acción de tomar y hacerse cargo de una interpretación producida por la Corte IDH; mientras que ‘criterios interamericanos’ se refiere a las interpretaciones de los derechos producidas por la Corte Interamericana que podrían ser consideradas como jurisprudencia, precedentes o estándares. Por tanto, no se prejuzga sobre el valor de las interpretaciones del tribunal interamericano”[39].

De aquí puede deducirse que, según esta más reciente obra de Serrano, el sintagma “criterios interamericanos” incluiría –o al menos no distinguiría entre– estándares, jurisprudencia y precedentes. Aquí el foco de la autora está no en el cumplimiento sino en el impacto; lo que le interesa no es determinar las razones de la obediencia, sino el proceso mediante el cual se internaliza el uso de las normas internacionales y cómo esto se traduce de un mero cumplimiento a un comportamiento habitual. Más específicamente, cuando habla de impacto se refiere a un alcance más amplio que el cumplimiento, le importan los distintos tipos de efectos de las decisiones internacionales: políticos, jurídicos, sociales, culturales y normativos[40]. Como ella misma concluye, “[a]sumir que la jurisprudencia interamericana debe adoptarse solo por su fuerza legal, en cualquier circunstancia y de forma irremediable, es obviar las realidades de los países de la región”[41].

En definitiva, la descripción que Serrano hace en su obra de 2021 sobre lo que son y cómo funcionan en la práctica los criterios –y su recepción– no necesariamente cambia su concepción de 2015 sobre lo que son o el valor que tienen los EIDH, por lo que a los efectos del presente artículo lo que más interesa es su obra más antigua[42].

2.f. Mutua

Uno de los exponentes más notorios de la escuela de pensamiento conocida como TWAIL (Third World Approaches to International Law)[43], Makau W. Mutua, tiene un libro sobre EIDH, en el que trata más sobre el proceso de su creación (standard setting) que sobre el concepto en sí mismo. Igualmente, de su lectura y análisis se desprende la noción que maneja, además de muchos elementos que servirán para el presente estudio.

El libro usa las expresiones “standard setting” y “norm creating” de manera indistinta o intercambiable para referirse al mismo proceso: el de la creación de normas/estándares. Sin embargo, se preocupa por diferenciar los términos que la componen, aunque no desde un foco estrictamente técnico-jurídico, sino desde una perspectiva más fenomenológica, que podríamos atribuir más a la ciencia política que al derecho:

“Los participantes en el proyecto de derechos humanos tienden a utilizar indistintamente términos como estándar (standard), norma (norm) o derecho (right), como si fueran sinónimos. Sin embargo, las distinciones entre estas palabras son importantes para los Estados –y para las víctimas– y pueden

significar la diferencia entre el compromiso y la laxitud. El mensaje enviado por el uso de un término frente a otro puede telegrafiar la seriedad con la que un Estado debe tratar un asunto. Puede diluir o reforzar la obligación en cuestión”[44].

De esta manera es como él los utiliza a lo largo de su estudio, que se centra en los procesos políticos, las ideologías subyacentes, las dinámicas de negociación, los actores involucrados, intereses y estrategias necesarios para lograr fijar nuevos estándares o implementar los ya existentes. Sin embargo, como él mismo también sostiene, “dado que el corpus de derechos humanos es una especie dentro del derecho internacional –que es esencialmente un régimen jurídico que vincula a los Estados–, es imperativo que los análisis de los términos adopten una definición jurídica precisa”[45].

Entonces, da las nociones de esos tres términos –estándar, norma y derecho– explicando que el primero de ellos es quizás el más flexible de todos:

“La palabra estándar [...] no tiene un significado jurídico particular y no implica necesariamente una obligación jurídica de ningún tipo. Se refiere a un nivel de logro o expectativa –una aspiración– que puede conllevar una ambición moral, cultural o de civilización[46].

El término norma es más complicado que estándar, aunque también tiene la ventaja de trascender los estrechos límites del derecho. [...] De hecho, una norma no tiene necesariamente una connotación jurídica, aunque se refiere a un principio formulado, un comportamiento, un código de conducta o una regla. Al igual que el estándar, implica un proceso evolutivo, en el que el elemento en cuestión confluye en una expectativa. Las normas tienden a indicar el elemento de costumbre que hay en ellas. Se gestan con el tiempo debido a la práctica. Las normas no pueden precipitarse porque crecen lentamente hasta madurar en un producto probado. [...] En este sentido, puede decirse que las normas tienen más fuerza que los estándares. Una norma es ‘más jurídica’ que un estándar. [...] En este sentido, el estándar puede ser el precursor de la norma, y la norma el presagio del derecho[47].

Por último, un derecho es el más cristalizado de todos estos términos. Constituye el núcleo irreductible de un estándar o norma. Es el elemento que queda al descubierto una vez que los demás términos se reducen a sus formas más simples. Posiblemente el término más importante de cualquier régimen jurídico, la palabra derecho es el fundamento y la base del movimiento de derechos humanos. [...] El término derecho implica la coexistencia tanto de un deber como del portador de ese deber. En el derecho de los derechos humanos, que es la expresión más precisa del movimiento de los derechos humanos, el Estado tiene el deber primordial de proteger los derechos, de los que disfrutaran individuos y grupos[48].

Un derecho humano es un fenómeno clarísimo, un atributo que carece de los contornos difusos de un estándar o una norma. [...] En este sentido, un derecho –en este caso, un derecho humano– es una destilación clara y un uso más cuidadoso de la terminología que aquella más general de norma o estándar. Un estándar puede ser elástico y abarcarlo todo. Por lo tanto, es importante señalar que el término estándar puede englobar tanto normas como derechos. Por ello, el proceso y ejercicio de creación de expectativas y obligaciones en materia de derechos humanos puede denominarse establecimiento de estándares, expresión

que abarca tanto las normas vinculantes como las no vinculantes y los códigos de conducta”[49].

Como puede notarse de este último párrafo, a pesar del esfuerzo de definición y distinción realizado, para este autor no hay verdaderas diferencias entre estos términos desde el punto de vista del contenido de lo que podría denominarse EIDH, porque es tan amplio que admite incluir ahí todo tipo de insumos y documentos. A la vez que podemos decir también que la terminología de estándares (o normas, o derechos) no nos servirá para saber si de lo que está hablando (o aquello que sea el resultado de las operaciones que él llama “establecimiento de estándares”) son o no fuentes de derecho.

De hecho, en el resto del libro describe como los mismos procesos tanto la creación de tratados como de declaraciones, principios rectores y otros documentos o declaraciones. Es decir, mezcla fuentes vinculantes y no vinculantes, y a todas las trata como el resultado del proceso de standard o norm setting[50].

En conclusión, aunque parecía que este autor iba a darnos definiciones jurídicas precisas y no resultaron tan así, no puede negarse que es coherente con su proyecto de describir el fenómeno de la creación de EIDH desde el punto de vista socio-político.

2.g. Gauché Marchetti

Ximena Gauché Marchetti es una autora cuyo uso de la expresión EIDH puede ser calificado como de contenido amplio: es decir, un uso que incluye dentro de la expresión estándares a normas de muchos tipos. Esta autora dice que no se propone teorizar sobre la expresión EIDH y, sin embargo, brinda una extensa reflexión que es poco frecuente en los trabajos que he estado investigando. Vale la pena transcribir en lo sucesivo algunos de sus párrafos. Dice ella:

“Si bien reconozco que la expresión ‘estándares internacionales’ es una que puede abarcar diferentes significados en el derecho internacional, con distintas consecuencias según cuál sea ese significado atribuido e incluso pudiendo ser acusada de vaga e imprecisa y, en tal sentido, como perjudicial para la seguridad jurídica, propongo la aceptación de su uso desde un sentido específico dado en el derecho internacional de los derechos humanos. Ello por las manifestaciones que existen en ese ámbito del uso de esta categoría jurídica. [...]”

Por cierto, no se pretende acá que todo lo que emane de la sociedad internacional y sus actores pueda ser ligeramente calificado de ‘estándar internacional’. La expresión se usa en este comentario como aquello a lo que la práctica internacional le ha dado un sentido que se puede entender aceptado por los Estados, aunque no por ello el único posible”[51].

Gauché Marchetti adscribe a una definición de EIDH dada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH). La CIDH no tiene un único concepto, pero una fórmula usual es aquella contenida en la nota al pie número 5 del Informe temático sobre igualdad de género y derechos de las mujeres[52]. Allí la CIDH define a los EIDH como el conjunto de tratados internacionales, decisiones judiciales, informes temáticos y de país y otras recomendaciones de la CIDH y sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH. Para Gauché Marchetti, este contenido amplio de los EIDH sería el “sentido específico dado en el derecho internacional de los derechos humanos” a

la expresión. Aunque, por su parte, ella dice que no necesariamente ese sentido es el único posible.

Sin embargo, igual propone el uso amplio y como fuente de obligaciones de lo que provenga de los órganos internacionales de derechos humanos, aún a pesar de que una reflexión académica necesaria pueda sugerir algo distinto:

“Así, pudiendo una discusión conceptual o gramatical sobre el término ‘estándares internacionales’ ser de gran riqueza para la academia, no será abordada en este comentario por el propósito que persigue, entendiendo de esta forma que tal debate no debe nublar la mirada en relación al uso y consecuencias que la expresión tiene en la práctica internacional jurisdiccional y en la de los Estados, tanto en los planos normativo como de políticas públicas. [...]

Resulta así que la expresión se puede entender como referida a la comprensión del alcance y contenido mínimo exigible o recomendable en relación a determinadas normas u obligaciones internacionales, realizado por quien tiene autoridad por razón de la confianza en su actuar desde un punto de vista de la ética y lo profesional, derivada a su vez de un mandato convencional entregado para ese fin por los Estados a quienes obligan tales normas.

De esta manera, el ‘estándar jurídico’ puede estar dado por la misma norma cuando ella es clara en su sentido y alcance, o dado por la norma y la interpretación de su sentido y alcance que realicen los órganos a quienes esta determinación se ha comisionado. Esta comprensión sería una forma de operativizar su uso. Además, por los principios universalmente aceptados del pro persona y de la progresividad, así como por la fuerza expansiva de los derechos humanos, debe entenderse que una vez desarrollado un cierto estándar como exigible o recomendable no se podrá sino avanzar en un sentido garantista, y nunca pretender un sentido que los limite o restrinja”[53].

La elección de palabras (“exigible o recomendable”) que hace esta autora parece sugerir que ella no entiende a los EIDH siempre como fuente. No obstante, decide usar la expresión sin matices, pues así se “operativiza su uso”, dado que considera que una vez establecido cierto estándar “por quien tiene autoridad”, ya no se puede volver hacia atrás o modificar de una manera regresiva. Gauché Marchetti no explica en qué basa esa autoridad que atribuye a los órganos a los que se ha comisionado la determinación del sentido y alcance de normas para crear nuevas normas de derecho internacional. Es decir, solo habla de una “confianza en su actuar desde un punto de vista de la ética y lo profesional”, pero sin exponer un fundamento jurídico que otorgue competencia a esos órganos que establecen estándares para crear derecho[54].

2.h. Molina Vergara

El artículo de Marcela Molina Vergara titulado “Estándares jurídicos internacionales: Necesidad de un análisis conceptual” aborda el mismo problema que trata de dilucidar la investigación en la que se enmarca el presente artículo. El trabajo de esta autora busca dar respuesta a las siguientes preguntas: “¿tenemos claridad sobre qué es un estándar? o ¿cuándo algo se convierte en un estándar internacional? ¿Es relevante para el derecho indagar en el significado de estos conceptos? ¿Cómo y hasta qué punto puede esta diversidad lingüística afectar los objetivos del derecho internacional?”[55].

El artículo hace un breve repaso del uso de las expresiones “estándares internacionales” o “estándares jurídicos” en la jurisprudencia internacional y a

nivel interno. Explora algunos intentos de conceptualización, aunque en parte desiste de esa tarea, pues considera que:

“La pretensión de fijar conceptos se hace en la práctica inviable cuando se proyecta sobre nociones tales como la de ‘derecho’ o ‘derechos humanos’ ya que estos términos han sido y son utilizados en múltiples y diferentes contextos lingüísticos alejados en el tiempo y en el espacio. Lo mismo aplicaría entonces en la elaboración de un concepto único de estándar, sabiendo que la interpretación de la indeterminación de su contenido no es una tarea que se resuelva con un concepto teórico o estructural, o estipulativo” [56].

A continuación, transcribiré algunos de los conceptos y definiciones, así como ejemplos de planteos interesantes de esta autora, pero que lamentablemente deja sin resolver:

“Intentaremos [...] entregar una primera definición de estándar internacional, entendiéndolo como: ‘un término de naturaleza valorativa, caracterizado por la indeterminación, por lo que su significado no es determinable salvo recurriendo a criterios, parámetros de juicio, internos y/o externos al derecho’ [57].

No deja de ser interesante la posibilidad de utilizar el concepto de estándar internacional, como herramienta de concreción del propio derecho internacional o de los principios que emanan de sus instrumentos complementarios y que carecen de fuerza obligatoria [58].

[M]uchas veces son usados los estándares para la formación de normas obligatorias tanto nacionales como internacionales, sirviendo de marco y experiencia, tal como este tipo de definición lo indica. Lo peligroso está en la confusión, u homologación de lo que es un estándar, al contenido de una norma específica [59].

Con los estándares jurídicos, podemos preguntarnos primeramente si son derecho y de qué forma entran a ser parte del sistema. Como normas, principios, crean obligaciones por su sola existencia, deben ser incorporadas de forma vinculante al derecho interno, para luego intentar hacer el link con el derecho internacional, determinando cuál es su sentido de existencia como regulador de la actividad de los Estados a través de herramientas que fijan estándares internacionales, definiendo su contenido y alcance para efectos de su exigibilidad [60].

No todo estándar es norma ni toda norma es estándar. Esto nos parece la premisa resumen para abordar la forma de tratamiento actual dada desde el ámbito internacional, definiendo de una vez por todas los estándares como principios inspiradores o mínimos exigibles, o simplemente como la totalidad del texto a obedecer (tratado regla, etc.) [61].

En este proceso no debemos limitarnos o estancarnos en la indeterminación del concepto, evitando caer en la generalización cuando un concepto es complejo de determinar, puesto que esta indeterminación necesariamente llevará a una integración valorativa por parte de un intérprete, lo que no es del todo fácil ni menos riesgoso, sobre todo cuando el intérprete final termina siendo un juez que debe aplicar derecho o hacer justicia” [62].

La autora no da una única definición de estándar, sino que va usando varias definiciones distintas. Lo anterior hace que no logre aclarar el concepto, pues en las conclusiones no se decanta por ninguna y deja abierta esta cuestión:

“Las múltiples acepciones e intereses con que es invocado el sintagma jurídico estándar internacional, parecen restarle claridad y eficacia en relación a los fines para los cuales fueron creados. La necesidad de una adecuada conceptualización es la propuesta, la cual debiese tener como efecto principal saber el cuándo y para qué de su aplicación, pudiendo de esta forma identificar la función que cumplen en torno al derecho internacional, y para el caso de las materias específicamente exploradas en este artículo, definir su función en torno a los [derechos humanos]” [63].

En definitiva, quizás la mayor virtud del trabajo de Molina Vergara es que identifica la existencia de una cuestión y trata el tema como una problemática en sí misma: es un artículo que trata sobre los EIDH como sintagma exclusivamente y no con ocasión de otra cosa.

2.i. Arballo

Gustavo Arballo, por su parte, apunta a una cuestión muy específica pero relevante de los EIDH: la que se refiere al aspecto temporal en la formación de los estándares. Arballo describe lo que él llama:

“[...] el problema de la ‘estandarización prematura’. Es algo que ha trabajado Ignacio de Casas –no estamos de acuerdo en todo, sí en esto–. No es infrecuente que los estándares aparezcan por ‘generación espontánea’. Uno esperaría que un estándar es una construcción sostenida y estabilizada, forjada en la repetición de pronunciamientos coincidentes, un ‘clásico’. Pero la doctrina y los órganos a veces activan estándares en modo ‘clásico instantáneo’” [64].

Este autor señala que lo deseable con los estándares es que reflejen una doctrina o precedentes asentados y consolidados con el tiempo [65]. Algo sobre esta temporalidad se refleja en el informe de la Relatoría de DESCADA de la CIDH sobre empresas y derechos humanos, cuando dice:

“En definitiva el informe busca identificar y fijar algunos elementos y estándares interamericanos que, aunque iniciales, serán centrales para el entendimiento de la materia desde las competencias de la CIDH, así como crear una oportunidad para que los Estados evalúen y revisen la efectividad o vacíos de sus sistemas internos en el ámbito de empresas y derechos humanos” [66].

Esa redacción parece indicar que hay unos estándares “iniciales” que no llegarían a ser estándares como otros (¿finales?, ¿completos?), aunque igual buscan crear algo, dar lugar a oportunidades, dando con eso también un sentido de proceso, de evolución. Similar mención se hace en un informe antiguo de la CIDH, redactado en un tono modesto y autorre restrictivo que hoy ya no se encuentra:

“A pesar de no poder afirmarse aun la existencia de un estándar definitivamente establecido en este punto, la jurisprudencia de la CIDH da cuenta de un principio de toma de posición del SIDH en la materia” [67].

Dicho esto, Arballo justamente denuncia que en la práctica de los organismos internacionales este proceso gradual no siempre es respetado sino que, al contrario, se precipitan o se fuerzan los estándares; y que incluso la mera mención por parte de estos generadores internacionales de derechos humanos pretende convertirlos en estándar con su solo pronunciamiento. De ahí que este autor hable de estandarización prematura [68].

A la vez, Arballo agrega otro adjetivo descalificativo de esta práctica: el de la promiscuidad de fuentes. Con él, describe el uso indiscriminado de fuentes en su

creación: lo que en esta tesis se describe como contenido amplio o amplísimo de los EIDH. Escribe Arballo:

“[...] la estandarización prematura y promiscua tiene el problema de mezclar fuentes de diversos rangos: soft law con fuentes duras, vemos los estándares de la CIDH con los de la Corte IDH citados *pari passu*, la proyección y extrapolación de criterios casuísticos elevados a regla general [...] al cabo –y aquí estoy siendo un poco exagerado, pero no mucho– parece que da lo mismo firmar un Tratado que no firmarlo, porque si no será por sus cláusulas, quedarás igualmente obligado imperativamente por sus estándares. Diálogo de fuentes no es promiscuidad de fuentes”[69].

Este autor concluye resumiendo en cinco puntos los problemas que él considera que esta concepción de los estándares puede traer (algunos de los cuales se mencionaron en la introducción de este artículo):

“Esta tendencia no solo acarrea (1) inconvenientes técnicos (es jurídicamente incorrecto operar así y nos puede explotar en la mano la fuente del derecho), sino que (2) tiene potencial para erosionar la autoridad simbólica de los organismos que interpretan los pactos, (3) puede disuadir a los países escépticos de su incorporación a los sistemas o a las versiones 2.0 –como el Protocolo de San Salvador–, y (4) es propenso a generar dificultades en la sintonía fina del enforcement de decisiones. Además, (5) puede generar una distorsión del rol de los órganos del sistema. Dicho bien claro: la Corte Interamericana es una Corte de Derechos Humanos de un Pacto con cláusulas, no es la Corte de Apelación de todas las Cortes de los países que firmaron algún pacto ni es una Comisión de Asesoramiento Legislativo Panamericano. Esto ya se sabe desde la clásica fórmula de la ‘cuarta instancia’, pero es necesario que todo el sistema obre en sintonía con ello”[70].

2.j. Bernal Pulido

Consigno aquí un breve artículo que es muy relevante por haber sido escrito por quien ahora ocupa un cargo de comisionado en la CIDH, publicado justo cuando estaba en campaña para acceder a ese organismo. En este texto, Carlos Bernal Pulido lleva a cabo un análisis de tres desafíos relevantes que –para él– aquejan la legitimidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (o SIDH). Uno de esos desafíos es, justamente, el que se refiere a los estándares interamericanos[71].

Según Bernal Pulido,

“Dos subconjuntos de normas integran los estándares interamericanos: (i) los instrumentos interamericanos sobre derechos humanos –la CADH y los demás tratados que forman parte del SIDH– que han sido ratificados por los Estados; y (ii) los ‘estándares, desarrollados por los órganos del sistema interamericano de protección’”[72].

Respecto del primero, no cabrían dudas de que, dado que los Estados ratificaron dichos instrumentos, deben cumplir de buena fe las obligaciones que ellos prescriben y que, de no hacerlo, incurrirán en responsabilidad internacional. En cambio, respecto del segundo subconjunto, sostiene este autor que emergen dudas razonables sobre la legitimidad jurídica de los estándares desarrollados por la CIDH y la Corte IDH:

“Primero, los Estados no han otorgado su consentimiento expreso a dichos estándares. Segundo, no puede suponerse que cuando un Estado ratificó la

CADH o se sujetó a la competencia de la CIDH o de la [Corte IDH], también otorgó previa aceptación a todas las interpretaciones de los instrumentos del SIDH emanadas de estas instituciones. Algunos estándares así desarrollados pueden inferirse de los instrumentos del sistema mediante interpretaciones claras. A este respecto, los instrumentos del SIDH irradian su legitimidad a los estándares que de ellos se infieren.

Sin embargo, existen otros dos tipos de estándares cuya legitimidad no puede fundamentarse de esa manera. Por una parte, las disposiciones de los instrumentos interamericanos no legitiman estándares que, de forma evidente, las contradicen o caen fuera de su ámbito semántico. Por otra parte, existen estándares cuya adscripción a los instrumentos del sistema da lugar a desacuerdos. Estos estándares solo serán legítimos si se fundamentan en un empleo riguroso de métodos hermenéuticos para interpretar los instrumentos interamericanos. En relación con este tipo de estándares, la CIDH y la [Corte IDH] no pueden pretender que baste con construirlos para revestirlos de legitimidad jurídica. Esta pretensión se hará más ilusoria, cuanto más se alejen tales estándares de lo ratificado por los Estados, es decir, del texto de los instrumentos interamericanos, o cuando, por imposibilidad jurídica o fáctica, los Estados no estarían en condición de aceptarlos”[73].

Al definir a los estándares como compuestos por esos dos subconjuntos, podría decirse que este autor describe a los estándares ampliamente, según el contenido, pues comprenden no solo los instrumentos sino también los pronunciamientos de la CIDH y de la Corte IDH. En cuanto al carácter de fuente, claramente considera que los órganos del SIDH los conciben como fuentes de derecho, de ahí su crítica o sus dudas sobre la legitimidad, pues no encuentra razones que justifiquen esa creación por parte de ellos o que su mera construcción baste para que sean obligatorios para los Estados. Por el contrario, sostiene que solo será legítimo un estándar que se fundamente en un empleo riguroso de métodos hermenéuticos.

Sobre el momento en que se crean y aplican los estándares, Bernal Pulido dice: “[...] la CIDH y la C[orte] IDH socavan la legitimidad de los estándares que crean, cuando los crean *ex post facto* –en el momento de solucionar el caso–, y los hacen exigibles y los aplican de forma retroactiva para imputar responsabilidad internacional a los Estados. Como señaló Fuller en un texto clásico, una autoridad fracasa al crear derecho cuando pretende exigir el cumplimiento de una norma creada después de la actuación del destinatario. Los Estados solo pueden cumplir normas creadas y conocidas de forma previa. No es legítimo imponer responsabilidad a un Estado por haber actuado en contra de una norma que no existía en el momento de la actuación”[74].

Una crítica final que hace este autor, tanto a la CIDH como a la Corte IDH, es lo que señala como la práctica “de cambiar de estándares sin motivación, para no aplicar los existentes a casos idénticos o análogos”[75]. Sostiene que esa práctica carece de legitimidad normativa, a pesar de que en el SIDH no exista estrictamente hablando un sistema de precedentes. En esta última crítica se desliza una visión hacia el modo de funcionar en general de los órganos, que parece ser no sólo poco rigurosa al crear estándares, sino también poco consistente para sostenerlos o mantenerlos.

3. Crítica

En la sección anterior he mostrado que son pocos los doctrinarios que se han puesto a reflexionar acerca de qué son los estándares y si ellos son fuente de derecho internacional. Entre quienes lo han hecho con mayor profundidad, vemos que en su gran mayoría consideran que los estándares no solo se refieren a las normas convencionales y consuetudinarias (u otras fuentes tradicionalmente vinculantes), sino que los EIDH incluyen otras cosas. Sandra Serrano, por ejemplo, sostiene que los EIDH “se generan” mediante la interrelación entre derechos, principios y obligaciones, y que los órganos internacionales pueden construirlos. La postura de Manuel Quinche Ramírez es muy clara a favor de considerar a los EIDH como fuente vinculante de derecho internacional. Por su parte, Ximena Guaché Marchetti –quien coincide con la CIDH en cuanto al contenido amplio de los EIDH– se inclina por otorgarles valor de fuente, toda vez que son dictados por “quien tiene autoridad desde un punto de vista de la ética y lo profesional, derivada a su vez de un mandato convencional entregado para ese fin por los Estados”[76]. Esto da pie para cuestionar qué concepto de auctoritas debe tenerse para sostener que algo tiene valor jurídico solo por el hecho de emanar de alguien. Hay que analizar si quien así actúa tenga esa capacidad (jurídica, no ética o profesional, pues aquí estamos hablando de vinculatoriedad jurídica); y si esa capacidad es propia o recibida. Y también hay que analizar si lo hace actuando dentro de los límites y autorizaciones de esa capacidad (sea propia o delegada), pues una actuación ultra vires también viciaría el valor de sus dictados.

Makau Mutua, aunque da definiciones distintas para estándares, normas y derechos, luego los trata indiferenciadamente y llega a decir que el término estándar puede englobar tanto normas como derechos. De ahí que, para él, da igual hablar de procesos de creación de obligaciones en materia de derechos humanos como de establecimiento de estándares, pues la expresión EIDH abarca tanto las normas vinculantes como las no vinculantes. Las reflexiones de Marcela Molina Vergara tampoco nos dejan una postura sobre si los EIDH son o no fuente de derecho internacional.

En el caso de Riedel, sorprende un poco su afirmación de que “desde un punto de vista sistemático, los estándares son una fuente definitivamente nueva, y ciertamente algo más que un medio subsidiario para la determinación de la tríada de fuentes tradicionales. Tienen un papel útil por derecho propio, y deben considerarse desde ese punto de vista”[77]. La verdad es que esa conclusión parece ir mucho más allá de lo que desarrolla en su teoría. Ciertamente él no los trata como uno de los elementos de la tríada tratados-costumbre-principios generales contenida en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ. También niega que sean una de las denominadas fuentes auxiliares en ese mismo artículo. Pero si no son obligatorios, sino que orientan en la interpretación, guían en el razonamiento, completan lagunas conceptuales, preparan el camino para nuevos desarrollos, etc., aunque sean muy útiles, no son fuente, porque no crean obligaciones y Riedel mismo advierte contra el peligro de creer que lo hacen[78].

Recordemos que para Quinche Ramírez la fuerza vinculante de los estándares está basada en el siguiente silogismo: los enunciados que contienen los estándares tienen contenido normativo, cumplen con los elementos que conforman la estructura de una norma, se comportan como reglas que establecen obligaciones concretas exigibles a los Estados Partes, luego la obligatoriedad de su cumplimiento es la consecuencia necesaria de su formulación[79]. Este autor

sostiene la obligatoriedad del estándar sin referencia al autor o emisor del mismo. Mientras que para Gauché Marchetti, dijimos, la fuerza vinculante de los EIDH derivaría de la autoridad de quien los emite. Aunque ella no explica en qué basa esa autoridad que atribuye a los órganos a los que se ha comisionado la determinación del sentido y alcance de normas para crear nuevas normas de derecho internacional. Solo habla de una “confianza en su actuar desde un punto de vista de la ética y lo profesional”, pero sin explicitar el fundamento jurídico que otorgaría competencia a esos órganos que establecen estándares para crear derecho. Por otra parte, esta autora considera que una vez establecido cierto estándar “por quien tiene autoridad”, ya no se puede volver hacia atrás o modificar de una manera regresiva. Esta suerte de *fait accompli* parece darle al EIDH una rigidez de la que no gozan ni las más sólidas y consolidadas fuentes de derecho, ¿por qué un tratado o una costumbre podrían variar (por la práctica posterior o la interpretación) y un EIDH no? No tiene mayor fundamento, puesto que incluso hasta esa auctoritas ética o profesional podría cambiar o perderse, ¿por qué, entonces, el estándar no debería cambiar?

Gustavo Arballo es quizás quien resulta más crítico con los órganos que pretenden crear estándares sin lo que para él sería la debida consolidación de las repeticiones y el paso del tiempo y sin el debido fundamento en las fuentes del derecho. Finnis dice que las normas jurídicas cumplen una función necesaria de coordinación justa y que dicha coordinación se puede lograr por autoridad o por medio de la costumbre. De los autores reseñados hasta aquí, tenemos al que finca la vinculatoriedad de los EIDH en la norma misma (Quinche Ramírez), otra que se asienta más en la autoridad del emisor (Gauché Marchetti) y otro (Arballo) que nos da a pensar que los EIDH pueden ser concebidos como una costumbre internacional en proceso de surgimiento o consolidación. Para Mutua, también hay un elemento de costumbre en los EIDH, pero no en su creación (o su llegada a la existencia en el ámbito de las fuentes), sino en su fundamentación[80].

Víctor Manuel Martínez Bullé Goyri, sin ser crítico sino más bien aceptando como algo normal y hasta necesario que los órganos internacionales creen EIDH, no los califica –sin embargo– de fuentes de derecho internacional. En una línea similar se adscribe la posición de Londoño Lázaro, que es en parte descriptiva y en parte valorativa. Ella dice que los EIDH son esto que se usa –y que incluye una gran amplitud de tipos de normas distintos–, pero sus efectos no son los de una fuente. O más bien, previene contra un uso que les dé algo más que lo que ella llama “efectos reflejos”, que de ninguna manera pueden equipararse a efectos vinculantes[81]. En mi opinión, las posturas de estos dos autores resultan muy equilibradas.

Por su parte, Carlos Bernal Pulido ve en el tratamiento que hacen los órganos del SIDH de sus propios estándares un problema de legitimidad para el mismo sistema. Para este autor,

“los desafíos de legitimidad del SIDH se proyectan en tres dimensiones: jurídica, sociológica y normativa. Desde la perspectiva jurídica, la legitimidad de las normas depende de que hayan sido expedidas por las autoridades competentes mediante los procedimientos adecuados. La legitimidad sociológica se refiere a la aceptación de las autoridades políticas y de sus decisiones por parte de sus destinatarios. La legitimidad normativa de un sistema jurídico se funda en la aceptabilidad de sus procedimientos y de sus normas”[82].

Las críticas que Bernal Pulido hace de los estándares interamericanos los ubican en todas esas dimensiones, por cuanto podría cuestionarse si los órganos del SIDH son competentes para dictar EIDH como lo hacen; si los destinatarios aceptan de buen grado esos EIDH[83], o si –en general– se acepta que lo hagan vía informes, o extendiendo los efectos de su jurisprudencia contenciosa a otros casos o el valor de su jurisprudencia consultiva.

Molina Vergara expone otras dificultades que podrían darse si a los EIDH se los considerara fuente de derecho. Por ejemplo, los problemas de no diferenciar bien en los contenidos, o no diferenciar entre elementos que son claramente obligaciones impuestas por normas convencionales, consuetudinarias, etc. y otras concreciones del derecho internacional o de los principios que emanan de instrumentos complementarios y que carecen de fuerza obligatoria. Como se ve, no es la única autora que señala cuestiones problemáticas vinculadas a los EIDH. A la lista se suman también Arballo, Bernal Pulido, Mutua, Londoño Lázaro, Riedel y –de manera más solapada– Gauché Marchetti.

4. Conclusiones

En este artículo, parte de una investigación más amplia sobre la naturaleza de los EIDH, he procurado reseñar el “estado del arte” doctrinal. Aquí se señala lo que han dicho los pocos teóricos que se han preguntado acerca de qué son los estándares y si ellos son fuente de derecho internacional. Son diez autores, dos que escriben en inglés y el resto en castellano (pues se trata de un debate que se da, en mayor medida, en nuestro idioma y nuestra región). Las opiniones son variadas: los hay que los consideran fuente de derecho internacional y los que no les otorgan carácter vinculante; aquellos que les asignan fuerza vinculante, aunque menor que la de otras fuentes más consolidadas, etc. Muchos, sin embargo, no distinguen muy claramente su contenido o proveniencia, es decir, si corresponde llamar estándares solo a lo que no son tratados, costumbre y principios o si da igual usar la expresión para referirse a todo tipo de normas, también las que surgen de la jurisprudencia, pronunciamientos de organismos, declaraciones, etc. Muy interesante es que muchos de ellos identifican problemas en esta situación, en la existencia de un fenómeno tan amplio y con contornos poco claros, o en el uso como fuente de derecho de una noción así de vaga o cuyos modos de creación no son ciertos.

En efecto, en otra parte ya he explicado que no es conveniente concebir a los EIDH tal como los utilizan generalmente los operadores jurídicos. Y propongo un uso distinto del sintagma, que solo se refiera con ese término a aquellas normas no vinculantes de derecho internacional, reservando la expresión “obligaciones de derechos humanos” o derechos humanos a secas, para aquellas fuentes que claramente crean obligaciones para los Estados[84].

Mi propuesta es una distinción clara entre normas que crean obligaciones de derechos humanos y EIDH, como dos tipos de normas distintas, cada una de las cuales es el producto de una actividad distinta realizada en el ámbito internacional: la creación de derecho (international law-making) y el establecimiento de estándares (standard-setting), respectivamente. Asimismo, entender que cada uno de ellos tiene un valor diferente: las normas que crean obligaciones de derechos humanos son derecho y los EIDH no, sino que son –mayoritariamente– soft law o lex ferenda. Con todo, el mayor desarrollo y

fundamentación de esa propuesta –por exceder en mucho el límite y objetivo de este artículo– quedará para otro trabajo.

5. Bibliografía

- Álvarez Ledesma, M. I. y Cippitani, R. (eds.) (2013). *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*. ISEG.
- Arballo, G. (13 de abril de 2021). Los estándares de derechos humanos y la doctrina del Margen Nacional de Apreciación. *Saber leyes no es saber derecho*. <http://www.saberderecho.com/2021/04/los-estandares-de-derechos-humanos-y-la.html> (fecha de consulta: 23/7/2023).
- Bianchi, A. (2016). *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*. 1ª ed. Oxford University Press.
- Cerqueira, D. (2021). Por un abordaje crítico del impacto de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos* 17:2, 255-275.
- (7 de junio de 2022). Nuevo Plan Estratégico de la CIDH: una oportunidad para mantener los vasos llenos y rellenar algunos vacíos. Parte 1. *Justicia en las Américas*. <https://dplfblog.com/2022/06/07/nuevo-plan-estrategico-de-la-cidh-una-oportunidad-para-mantener-los-vasos-llenos-y-rellenar-algunos-vacios-parte-1/> (fecha de consulta: 22/3/2023).
- CIDH (7 de septiembre de 2007). OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
- Consejo Permanente (OEA) (23 de abril de 2021). OEA/Ser.G, CP/CAJP/SA. 703/21. Síntesis de la sesión virtual de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos celebrada el 15 de abril de 2021.
- (2023). Tipología para clasificar estándares internacionales de derechos humanos. *El Derecho* 303:15.617, ED-IV-CMI-929.
- Gauché Marchetti, X. (2018). Comentarios a la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de identidad de género. *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*, 175-202.
- Gauché Marchetti, X.; Domínguez-Montoya, Á.; Fuentealba-Carrasco, P.; Santana-Silva, D.; Sánchez-Pezo, G.; Bustos-Ibarra, C.; Barría-Paredes, M.; Pérez-Díaz, C.; González-Fuente, R. y Sanhueza-Riffo, C. (2022). Juzgar con perspectiva de género. Teoría y normativa de una estrategia ante el desafío de la tutela judicial efectiva para mujeres y personas LGBTIQ+. *Revista Derecho del Estado* 52, 247-278.
- Londoño Lázaro, M. C. (2014). *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana. Derecho internacional y cambios estructurales del Estado*. Tirant lo Blanch.
- Molina Vergara, M. (2018). Estándares jurídicos internacionales: Necesidad de un análisis conceptual. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 25:1, 233-256.
- Mutua, M. (2016). *Human Rights Standards: Hegemony, Law, and Politics*, State University of New York Press.
- Quinche Ramírez, M. F. (2009). *Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*. Editorial Universidad del Rosario.

- Ratti Mendaña, F. S. (2020). ¿A qué nos referimos cuando hablamos de “precedente”? *Prudentia Iuris* N° 89, 149-159.
- Riedel, E. (1991). Standards and Sources. Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law? *European Journal of International Law* 2:2, 58-84.
- Riedel, E.; Giacca, G. y Golay, C. (eds.) (2014). *Economic, Social, and Cultural Rights in International Law: Contemporary Issues and Challenges*. Oxford University Press.
- Serrano, S. (2015). *Los estándares internacionales de los derechos humanos: un sistema de derechos en acción*. 1. ed. 1. reimp. Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- (2021). *La recepción de los criterios interamericanos en las cortes de Colombia y México: de las ideas a los resultados*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- [1] Cfr. d’Aspremont, J. (2016). The International Court of Justice, the Whales, and the Blurring of the Lines between Sources and Interpretation. *European Journal of International Law* 27:4, 1027-1041, 1028-29.