

LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES, ¿SON FUENTES DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO?

OS PADRÕES INTERNACIONAIS SÃO FONTES DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO?

THE INTERNATIONAL STANDARDS: ARE THEY SOURCES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW?

Alejandro Pastori¹

¹ Universidade da República, Montevideu, Uruguai. (Doutor em Direito). E-mail: alejandropastori@adinet.com.uy

Sumário: Introducción. 1 Concepto, naturaleza y fundamento del estándar internacional. 2 Aplicación del Estándar en el Derecho Internacional. 2.1 Estándares en el Derecho Internacional Económico. 2.2 Estándares en el ámbito de los Derechos Humanos. 2.3 Estándares en el derecho ambiental. 2.4 Función y límites en la aplicación de los estándares. 3 Aplicación de los Estándares por el Juez Internacional y el “Margen de Apreciación”. Conclusiones. Notas finales. Bibliografía.

Resumen: Los estándares internacionales han sido útiles para el desarrollo de áreas del Derecho Internacional con escasa producción de normas duras, hasta que el propio estándar se convierte en norma por la aplicación y aceptación que de ellos hacen los propios Estados, en un ejemplo perfecto de materialización del carácter evolutivo y dinámico del Derecho Internacional. No obstante, dado el amplio margen de discreción del que goza el juez internacional en la aplicación de estándares internacionales, se hace necesaria una reflexión sobre sus peligros. La tecnificación cada vez mayor y la amplísima casuística en materia de controversias de derecho ambiental, derecho de las inversiones internacionales y derechos humanos dificultan el establecimiento de estándares fijos en el tiempo. Frente a esto, este artículo busca dar respuesta a los siguientes cuestionamientos ¿quién fija los estándares internacionales y en base a qué intereses? ¿Puede un estándar llegar a ser fuente de Derecho? ¿Existe en la normativa internacional algún indicativo de cuáles son los estándares que se deben aplicar, o va de suyo que el juez aplicará “los más reconocidos”? ¿Qué papel juega el juez internacional en la creación de nuevos estándares y cuáles son las consecuencias de su amplio margen de apreciación?

Palabras clave: Derecho Internacional Público. Estándares Internacionales. Fuentes.

Resumo: Padrões internacionais têm sido úteis para o desenvolvimento de áreas de Direito Internacional com escassa produção de normas rígidas, até que o próprio padrão se torne norma, devido à sua aplicação e aceitação pelos próprios Estados, em um exemplo perfeito de materialização da natureza evolutiva e dinâmica do Direito Internacional. No entanto, dada a ampla margem de discricão do juiz internacional

na aplicação das normas internacionais, é necessário refletir sobre seus perigos. A crescente tecnificação e a ampla casuística em matéria de controvérsias do direito ambiental, do direito internacional dos investimentos e dos direitos humanos dificultam o estabelecimento de padrões fixos ao longo do tempo. Diante disso, este artigo procura responder às seguintes questões: quem define os padrões internacionais e com base em quais interesses? Um padrão pode se tornar uma fonte de direito?

Palavras-chave: Direito Internacional Público. Normas Internacionais. Fontes.

Abstract: International standards have been useful in the development of areas of International Law with scarce production of hard law, at least until the standard itself becomes a binding norm through its application and acceptance by States themselves, in a perfect example of the materialization of the evolutionary and dynamic nature of International Law. However, given the wide margin of discretion of the international judge in the application of international standards, it is necessary to ponder on its risks. The increasing technicality and broad casuistry of disputes over environmental law, international investment law and human rights make it difficult to establish fixed standards over time. Therefore, this article seeks to find answers to the following questions: who sets international standards and based on what interests? Can standards become sources of law? Does International Law give any indication as to which standards should be applied, or will judges instinctively apply “the most recognized” standards? What is the role of the international judge in the creation of new standards, and what are the consequences of their wide margin of appreciation?

Keywords: Public International Law. International Standards. Sources.

INTRODUCCIÓN

El tema de cuáles son las fuentes del Derecho Internacional Público es objeto de amplia y constante discusión en la doctrina, y de mucha producción en la jurisprudencia internacional. La ex presidenta de la Corte Internacional de Justicia, Rosalyn Higgins, explica las fuentes como la base de lo que constituye verdaderamente el Derecho Internacional Público, su sustancia (HIGGINS, 1995, p. 17).

Esa sustancia fue puesta en el papel en el tantas veces citado párrafo 1ero del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹, que es sin duda el punto de partida de todo debate que tenga

¹ No en vano esta norma ha sido reconocida por la doctrina como “declarativa del contenido del Derecho Internacional en materia de fuentes”. Ver: PELLET, Alain P. Article 38. En: *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*. (Zimmer-

relación con las fuentes del Derecho Internacional Público (HIGGINS, 1995, p. 18-19). El texto de esta conocida norma prevé que la Corte deberá aplicar en sus decisiones: (a) los tratados internacionales; (b) la costumbre internacional; (c) los principios generales; y, como medios auxiliares para la determinación de normas de Derecho, (d) las decisiones judiciales y la doctrina de los autores más calificados de las distintas naciones.

Sin embargo, sabemos que el Derecho Internacional Público es, en esencia, evolutivo. Por tanto, no es una rareza que esta enumeración haya sido criticada con frecuencia, por parecer restrictiva (DUPUY, 1996, p. 377), y hasta retrógrada (RIEDEL, 1991, p. 58), bajo la premisa de que la lista no puede ni debe ser exhaustiva, pues la forma en que los Estados se relacionan y asumen obligaciones va cambiando con los tiempos. En consecuencia, otras fuentes han sido ampliamente reconocidas, incluso por la Corte Internacional de Justicia, como por ejemplo los actos unilaterales de los Estados², y los actos normativos de las Organizaciones Internacionales (BROWNLIE, 1998, p. 694).

Ahora bien, no solo de fuentes formales se nutre el Derecho Internacional Público. La rápida expansión de las relaciones internacionales y las nuevas tecnologías cambian la forma del Derecho Internacional, y sus fuentes formales – si bien son indudablemente esenciales en la regulación de esas relaciones- necesariamente han de dar paso a nuevas formas más rápidas, más flexibles y más adaptables que permitan agilizar la cooperación entre los Estados. Así, entre las muchas formas que han surgido para establecer las normas por las cuales han de regirse los Estados en sus relaciones encontramos la figura del estándar internacional, que es el objeto de estudio de este artículo.

¿Qué son estos estándares internacionales? ¿Quién los fija? ¿Qué intereses representan y, en ese sentido, de cuánta credibilidad gozan? A lo largo de este artículo examinaremos el concepto del estándar internacional, su origen, las áreas en los que son más prolíferos, y su aplicación por el juez internacional, con el objeto de determinar si esta figura podría llegar a considerarse como fuente del Derecho Internacional Público y si es lo suficientemente consistente como para aportar seguridad jurídica en las relaciones internacionales.

mann, Tomuschat y Oellers-Frahm, eds.). Oxford University Press, 2012, Pág. 702, citando al Prof. Georges Abi Saab y a Sir Gerald Fitzmaurice.

² Cabe destacar en este tema el reconocimiento que hace la Corte Internacional de Justicia en la primera de sus sentencias sobre las pruebas nucleares realizadas por Francia en el Pacífico del Sur del carácter obligatorio que tienen para un Estado frente a la comunidad internacional las declaraciones unilaterales hechas por funcionarios competentes. Ver sentencia en: CIJ, *Asunto de las Pruebas Nucleares* (Nueva Zelanda V. Francia), ICJ Reports, 1974, párrafos 472-474.

1 CONCEPTO, NATURALEZA Y FUNDAMENTO DEL ESTÁNDAR INTERNACIONAL

La definición del concepto de estándar internacional ha causado no poca discusión en la doctrina. Para abordar la discusión es necesario hacer una acotación previa sobre la relación entre el Derecho Internacional Público y las Relaciones Internacionales. En este sentido, mientras que el primero concierne el marco normativo de la comunidad internacional, la disciplina de las Relaciones Internacionales analiza la práctica de los actores en un contexto político. En tanto nos disponemos a analizar una figura que aún busca su lugar en el marco normativo del Derecho Internacional Público, será importante mantener en mente que los estándares surgen precisamente de la interacción entre los actores de la comunidad internacional, por lo que será necesaria una visión amplia para dar acogida a ciertas reglas que provienen más bien de una base social y política que del ámbito legal.

En general, los autores parten de la noción de que la figura del estándar internacional, por ser altamente cambiante, es confusa (OUEDRAOGO, 2013, p. 157). Si lo concebimos desde el punto de vista de que, en general, debe existir siempre un estado de Derecho, el estándar viene a proporcionar una medida de lo que es correcto en Derecho. Sin embargo, la complicación surge cuando consideramos que la propia noción de lo que es el estado de Derecho no es universal, por lo que aquello que es correcto para unos, no lo será para otros, y viceversa. Entonces, ¿cómo definir un estándar en el Derecho Internacional?

La definición del estándar ha tenido dos fases en la discusión de la doctrina internacional. En primer lugar, encontramos la noción clásica, esbozada a principios del siglo XX por Roscoe Pound, filósofo estadounidense y decano de la Escuela de Derecho de Harvard, quien en su obra *Administrative Application of Legal Standards* (1919) ya entendía que el Derecho no era un mero agregado de normas, sino que incluía un sistema mucho más complejo, compuesto por normas, principios, concepciones y estándares. Según Pound, los estándares son “medidas de conducta legalmente definidas que deben ser aplicadas bajo la dirección de los tribunales” (POUND, 1919, p. 12).

Las relaciones internacionales crean día a día infinitas combinaciones de hecho, y la norma no siempre se ajusta perfectamente a ellas. Entonces, lo que se requiere es introducir un elemento que, al definir los límites de la conducta lícita, permita cierto margen de discreción que se mantenga dentro de la razón (*Harvard Law Review*, v. 34, n. 7, p. 776). Los estándares permiten formular cuáles son las expectativas generales de la sociedad respecto de la conducta de un sujeto en el curso de sus actividades, y

sirven de guía al juez para aplicar su sentido común y su experiencia frente a cada conjunto único de circunstancias.

Con esta noción, estamos ante un instrumento legal flexible y capaz de gran adaptabilidad, que sirve para regir las relaciones internacionales constantemente cambiantes, pues el estándar no busca demarcar de forma objetiva qué es lo permitido y lo prohibido, sino más bien se erige como una fórmula para evaluar la conducta de los sujetos sobre la base de un modelo.

En un contexto distinto, pero muy relacionado con las relaciones internacionales, existe en el Derecho contemporáneo una tendencia a generar normas de carácter técnico, más no vinculantes en el Derecho Internacional Público. Se trata de reglas, directrices, lineamientos o especificaciones técnicas contenidas en documentos aprobados por organizaciones de reconocida experticia en cierta materia para el uso común de los actores en sus relaciones internacionales. En este ámbito, la estandarización busca la armonización e implementación prácticas uniformes que faciliten la cooperación internacional.

Es importante destacar entonces que los estándares internacionales pueden verse desde dos puntos de vista: en sentido amplio, comprenden a todas las interpretaciones sobre el sentido y alcance de normas y que sirven para determinar la licitud de la conducta de un sujeto bajo las circunstancias particulares del caso; en sentido estricto, el término se limita al ámbito de las especificaciones técnicas u otros criterios precisos que se crean para ser usados consistentemente como reglas, guías, o definiciones de métodos, procesos, prácticas, e incluso productos y servicios. Los estándares técnicos buscan crear uniformidad para el desarrollo de actividades específicas. Algunos son normas informales, no documentados; mientras que otros son adoptados de manera formal con el respaldo de organizaciones expertas.

En cualquiera de sus formas, la figura del estándar es particularmente útil cuando estamos ante una situación de hecho para la cual el Derecho Internacional Público ha desarrollado poca o nula regulación, pero que debe ser resuelta por un juez, o incluso por un órgano que dicte actos cuasi-legislativos, como el Consejo de Seguridad de la ONU, de manera tal que la decisión en sí pueda basarse sobre una norma de “derecho duro”, mientras que el razonamiento que conlleva a la decisión, que no sería vinculante, se basa en el “derecho blando” (RIEDEL, 1991, p. 69).

Bajo esta combinación ha sido posible adelantar una gran cantidad de nociones para regular áreas que desde mediados del siglo XX hasta la fecha han tenido escaso desarrollo en el derecho duro, como el derecho de las inversiones internacionales, el derecho ambiental, los derechos sociales, económicos y culturales. Tomemos, por ejemplo, el derecho al trabajo.

Aceptado universalmente tal y como fue consagrado por la Declaración Universal de Derechos Humanos y posteriormente en el artículo 6 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el derecho al trabajo no fue más que un concepto general hasta que fue desarrollado en sus distintos aspectos en el marco de la OIT – que concretó temas relativos al derecho a beneficios sociales del trabajador, la seguridad y salud laboral, los derechos de los trabajadores migrantes, entre otros – y logró convertirlos en normas de Derecho Internacional a través de más de 100 convenciones ratificadas por la mayoría de los Estados. En este caso, el desarrollo de estándares internacionales llevó, con el tiempo, a la creación de normas de derecho duro e incluso a la modificación del derecho nacional de la mayoría de los Estados. Vemos así cómo los estándares internacionales sirven para modelar conductas y para motivar la creación de nuevas normas de Derecho Internacional.

2 APLICACIÓN DEL ESTÁNDAR EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Como ya hemos indicado, los Estados en sus relaciones internacionales suelen aplicar estándares en áreas de poco desarrollo normativo. Por la proliferación del uso de estándares en las siguientes áreas, y la existencia de estándares tanto en sentido amplio como de carácter técnico en ella, particularmente nos enfocaremos en el derecho internacional económico, los derechos humanos y el derecho ambiental.

2.1 Estándares en el Derecho Internacional Económico

En el ámbito del derecho internacional económico, los estándares han sido empleados por los Estados en su práctica para favorecer el desarrollo del comercio y las inversiones internacionales desde hace siglos. Por mencionar alguno, la cláusula de la nación más favorecida surgió como estándar en la época de la Carta Magna Libertatum (1215), que en su artículo 41 establece que, aún en tiempos de guerra, los comerciantes extranjeros deben tener derecho al libre comercio, siempre que exista reciprocidad. Otros estándares reconocidos del derecho internacional económico, como el mínimo estándar de trato al extranjero y el estándar de trato nacional ya aparecían en los tratados bilaterales de amistad, comercio y navegación de mediados del siglo XIX³

³ Por ejemplo, el mínimo estándar y el estándar de trato justo y equitativo ya aparecían en el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación firmado entre el Reino Unido y Bolivia el 29 de septiembre de 1840. Por su parte, el Tratado de Amistad y Comercio entre Siam y Estados Unidos, firmado el 20 de marzo de 1833, incluía la cláusula de la nación más favorecida.

Hoy en día la inclusión de estos estándares en casi todos los tratados bilaterales y multilaterales de protección de inversiones extranjeras hace pensar que estos son principios de Derecho vinculantes para todos los Estados. No obstante, como veremos a continuación, muchos de ellos siguen teniendo el carácter de estándares por tres razones: (i) no todos los tratados internacionales –sean bilaterales o multilaterales- incluyen todos los estándares de trato y protección al inversor extranjero; (ii) los múltiples tratados que sí los incluyen hacen una “personalización” del tratado según los intereses negociados de los Estados partes; y (iii) como consecuencia del punto anterior, no se considera que estos estándares hayan adquirido el carácter de costumbre, pues los Estados los acogen o no, y los aplican de forma no uniforme.

Resulta interesante hacer un análisis específico del trato nacional y de la cláusula de la nación más favorecida. Si bien estos dos parámetros son considerados junto con otros estándares de protección al inversor extranjero, al punto que también se les llama en muchos casos estándares, están aparentemente en un plano distinto, pues han sido incluidos de forma relativamente homogénea en las cláusulas de los tratados bilaterales de inversiones (TBI) y los tratados multilaterales de comercio internacional que contienen capítulos sobre inversiones (DOLZER, 2005, p. 1). Además su aplicación es, en principio, sencilla, pues solo se requiere la contrastación entre la conducta del Estado para con sus nacionales, o para con la nación más favorecida en un tratado de inversiones, para determinar si ésta es igual a la que se le da a un inversor extranjero en particular, lo cual – una vez incluido en un texto legal – le afirma un carácter normativo.

No obstante ello, el cumplimiento de estas cláusulas también depende de la aplicación de un estándar, a saber: que el inversor extranjero afectado se encuentre en “circunstancias similares” a la del nacional del Estado receptor, o del nacional de un Estado para con el que se hayan pactado condiciones más favorables.

Es aquí donde la jurisprudencia emanada de los tribunales arbitrales entra en acción para determinar el alcance del significado de la frase “circunstancias similares”. Por ejemplo, en el caso *Feldman Vs. México* (Laudo del 16 de diciembre de 2002, 18 ICSID-Rev) los árbitros interpretaron que este estándar se refería al hecho de que se trate del mismo rubro de negocios, específicamente la exportación de cigarrillos (párrafo. 171). Sin embargo, en el caso *Occidental Exploration and Production Company Vs. Ecuador* (Laudo del 1ero de julio de 2004) los árbitros Orrego Vicuña, Brower y Sweeney consideraron que el término abarca toda una actividad, que en ese caso eran los agricultores locales en general, pues “no puede circunscribirse exclusivamente el rubro dentro del cual se realiza la actividad” (párrafo173).

Por su parte, en el caso *S. D. Myers Vs. Canadá* (Primer Laudo Parcial del 13 de noviembre de 2000, 40 ILM 1408) el tribunal arbitral estimó que para evaluar si se está ante “circunstancias similares” debe tomarse en cuenta si existe una situación en la que el Estado tenga justificado implementar regulaciones que traten al inversor extranjero de manera distinta por razones de interés público (párrafo 250). Aún más, en el caso *GAMI Vs. México* (Laudo del 15 de noviembre de 2004, 44 ILM 545, 2005) los árbitros subrayaron que las medidas tomadas por el Estado y que resultaban en un trato diferente, no estaban dirigidas solo al inversor extranjero, sino a toda la población, y por lo tanto no llevaban la intención de discriminar contra éste (párrafo 115).

Así, se podría continuar citando casos donde distintos tribunales ha interpretado extremos de diferente índole para determinar si la conducta viola el trato nacional o la cláusula de la nación más favorecida, dependiendo de la evaluación de las “circunstancias similares”. Por ello, si bien estas dos protecciones llegan a ser consideradas hoy en día como principios de derecho de carácter normativo, podemos concluir que su aplicación se basa también en estándares que deberán ser examinados en cada caso concreto.

De la misma manera, otras formas de protección al inversor extranjero son propiamente estándares sin ninguna duda y solamente eso. Entre ellos, el más conocido ciertamente es el estándar de trato justo y equitativo. Es una cláusula que aparece hoy en día en la mayoría de los tratados de inversión, pero se caracteriza precisamente por la vaguedad de su definición, lo cual ha derivado en una amplia variedad de interpretaciones por los Estados, los árbitros y la doctrina, tal y como ha sido expresado por la OCDE en Papel de Trabajo sobre Inversiones Internacionales (2004).

La discusión sobre el alcance de este estándar se centra en determinar si debe interpretarse como la base de trato al inversor extranjero, y por lo tanto es equiparable al principio consuetudinario de trato mínimo, o si se trata de un concepto autónomo de base convencional que no tiene carácter de costumbre, por lo que está sujeto a la interpretación del juez o el árbitro en cada caso concreto. Una respuesta a esta discusión nos parece clara: y es que si estuviésemos ante un principio o una norma consuetudinaria, no sería necesaria su inclusión en tratados de inversiones, y en todo caso, al ser incluida su redacción sería homogénea, como sucede con las cláusulas de trato nacional y de la nación más favorecida.

En efecto, podemos observar que, si bien este estándar aparece en muchos TBI, los países asiáticos son famosos por omitirlo. Por ejemplo, no se encuentra la cláusula de trato justo y equitativo en los TBI firmados en la década de los años 90 por Paquistán, Arabia Saudita y Singapur

(UNCTAD, 1998, p. 54). Hoy en día, el 80 por ciento de los países del G20, que son los países que más TBIs han firmado, incluyen en sus TBI el estándar de trato justo y equitativo (POLANCO, 2018).

Dolzer y Stevens (1995) opinan que, si las partes de los TBI consideran necesario estipular este estándar como obligación expresa, en vez de remitirse simplemente al Derecho Internacional –lo cual les deja en el plano de un concepto relativamente vago como el del trato mínimo– probablemente esto sea evidencia de que el estándar de trato justo y equitativo sí constituye un estándar autónomo (p. 528). Además, algunos tratados que sí remiten al Derecho Internacional incluyen adicionalmente, de forma expresa, la cláusula del trato justo y equitativo.

De allí que la interpretación de este estándar quede en manos del juez internacional, quien deberá interpretar los extremos de su cumplimiento según las circunstancias de cada caso. Tal y como lo expresaron los árbitros en el laudo del caso *Mondev* (Mondev International Vs. EEUU, 11 de octubre de 2002) “[j]uzgar lo que es trato justo y equitativo no es posible en abstracto; debe depender de los hechos del caso particular.” (párrafo 118). El carácter casuístico de la interpretación del estándar del trato justo y equitativo ha llevado a una multiplicidad de opiniones sobre cuál es su verdadero contenido.

En el caso *Metalclad Vs. México* (CIADI, Caso No. ARB(AF)/97/1), por ejemplo, el tribunal arbitral consideró que el trato justo y equitativo incluye la obligación del Estado de ser transparente y predecible en su trato para con el inversor extranjero. Pero en *S. D. Myers Vs. Canadá* (NAFTA, Laudo del 30 de diciembre de 2002), los árbitros estimaron que el Estado actúa en violación del trato justo y equitativo solo si se demuestra que el inversor ha sido tratado de una manera tan injusta y arbitraria que es inaceptable desde el punto de vista internacional. En fin, el alcance del estándar del trato justo y equitativo queda a la interpretación del juez que deba aplicarlo y se basa ampliamente en los hechos particulares de cada caso, por lo que vemos interpretaciones muy distantes entre sí sobre cuál es su contenido.

Adicionalmente, la rápida expansión de los negocios internacionales ha hecho surgir nuevos estándares, que se concretan bajo la fórmula de códigos de conducta o de buenas prácticas. Son normas que, no siendo vinculantes, son aplicadas por los Estados en sus relaciones bilaterales y multilaterales bajo el supuesto de que constituyen medidas apropiadas para las mejores relaciones comerciales con sus pares. Un claro ejemplo de ello es el conjunto de Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos (2011), que actualmente es objeto de debate en el mundo, y que ya está generando cambios en las legislaciones de varios

países de Europa y América para exigir a las empresas responsabilidad por los efectos que sus operaciones puedan tener en otros países.

2.2 Estándares en el Ámbito de los Derechos Humanos

Otra área del Derecho Internacional donde los estándares han jugado un rol importante es en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Comenzando con la Declaración Universal de Derechos Humanos que, si bien hoy en día es de aceptación indiscutible como fuente de costumbre, en sus inicios fue una recolección de estándares sin carácter vinculante.

El principal aporte en el área de los derechos humanos, y muy en particular en lo que se refiere a la protección de los individuos en tiempos de guerra, es lo que se conoce como el mínimo estándar humanitario, o el estándar fundamental de humanidad.

Otra forma de establecer estándares de conducta en materia de Derechos Humanos es a través de las Observaciones Generales emitidas por los distintos órganos de la ONU. Estos instrumentos, que no tienen carácter vinculante, contienen explicaciones sobre el sentido y alcance de las normas sobre derechos humanos contenidas en los Pactos Internacionales y otros tratados sobre la materia.

Tomemos como ejemplo la Observación General N° 31 del Comité de Derechos Humanos, aprobada el 29 de marzo de 2004, sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El propio texto de la Observación comienza indicando que la misma “*recoge y desarrolla*” los principios contenidos en el artículo 2 del Pacto, y en seguida pasa a explicar los límites y extremos que alcanzan al cumplimiento de tal obligación. De tal manera, la aplicación de estándares en este caso funciona de la forma siguiente: el Comité de Derechos Humanos toma una parte de la norma. Para nuestro análisis, tomemos el párrafo 1ero del artículo 2 analizado en esta Observación General:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (PIDCP, Art. 2.1).

Para determinar cómo exactamente debe ser la conducta del Estado para dar cumplimiento a esta obligación, el Comité de Derecho Humanos explica en su observación general que la obligación jurídica dimanante de esta norma

[...] tiene un carácter a la vez negativo y positivo. [...] Sin embargo, sólo se podrán cumplir plenamente las obligaciones positivas de los Estados Parte de garantizar los derechos reconocidos en el Pacto si el Estado protege a las personas, no sólo contra las violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto que cometan sus agentes, sino también contra los actos que cometan particulares o entidades y menoscaben el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto, en la medida en que puedan aplicarse entre particulares o entidades privadas. Puede haber circunstancias en las que, por no haberse garantizado los derechos reconocidos en el Pacto como se dispone en el artículo 2, los Estados Parte infrinjan estos derechos permitiendo que particulares o entidades cometan tales actos, o no adoptando las medidas apropiadas, o no ejerciendo el cuidado debido para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño así causado.

Así, el Comité de Derechos Humanos brinda una explicación detallada de cuál debe ser la conducta esperada del Estado para dar cumplimiento a una obligación de Derecho Internacional que sí le es vinculante. La Observación General en sí misma es derecho blando, no vinculante para el Estado, pero el juez internacional hará uso de ella en su interpretación sobre la conducta del Estado, y basado en eso hará su determinación.

2.3 Estándares en el Derecho Ambiental

El derecho ambiental merece mención especial en cuanto al desarrollo de estándares internacionales, pues es una de las ramas más jóvenes del Derecho Internacional Público, y la mayor parte de su desarrollo y aplicación ha sido través de estos estándares. Una vez que la sociedad internacional comenzó a ver la necesidad de aplicar rápidamente nuevas obligaciones, medidas de prevención y deberes de cooperación entre los Estados para mitigar los efectos negativos de la actividad del hombre sobre el medio ambiente, la concretización de normas convencionales se hizo lenta y difícil, mientras que la costumbre requería de la práctica uniforme de los Estados bajo una noción de obligatoriedad, lo cual también toma algo de tiempo. De tal forma que los Estados optaron por crear estándares, recogiéndolos en instrumentos no vinculantes, como las Reglas de Helsinki sobre los Usos de las Aguas de los Ríos Internacionales (1966) o la Declaración de Estocolmo, emitida por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (1972).

De esta manera, fue posible regular la práctica de los Estados a través de las pocas normas de derecho convencional existente, proveniente de tratados con bajos índices de ratificación, en combinación con ciertos parámetros ambientales generalmente aceptados en la práctica que se han convertido en estándares internacionales. Un ejemplo de esta forma de aplicar el derecho ambiental puede verse en la más o menos reciente controversia entre Uruguay y Argentina por la instalación de la planta

de celulosa sobre el Río Uruguay, resuelta por la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de fondo del año 2010, donde la Corte hace un extenso análisis sobre los métodos y tecnologías empleados por Uruguay en la determinación del impacto ambiental que podría tener la instalación de la Planta de Celulosa sobre el río Uruguay, haciendo mención de la importancia de emplear las mejores tecnologías disponibles y atenerse a las mejores prácticas ambientales, como estándar para el cumplimiento de la diligencia debida (*Asunto de la Planta de Celulosa sobre el Río Uruguay, CIJ* (2010), párrafos 220 al 259). Sin dudas es en este campo, además, donde es más difundida la aplicación de estándares técnicos o en sentido estricto.

2.4 Función y Límites en la Aplicación de los Estándares

Podemos constatar de lo antedicho en materia de aplicación de los estándares internacionales que los mismos tienen múltiples funciones, siendo quizás la más importante la de constituir herramientas para ayudar en la interpretación y aplicación de normas contenidas en las fuentes formales del Derecho Internacional. En este sentido, el estándar internacional es una vara de medición de la conducta, que sirve para determinar si el sujeto está actuando dentro de los límites de la razón y el estado de Derecho o no. Pero también pueden ser empleados para subsanar las lagunas legales que va dejando el llamado derecho duro ante el rápido desenvolvimiento de los hechos en las relaciones internacionales, desarrollando conceptos y encabezando el camino del carácter evolutivo del Derecho Internacional Público. Por tales motivos, los estándares internacionales continuarán apareciendo en la medida en que los Estados encuentren nuevas formas de relacionarse.

Ahora bien, habiendo enumerado todas las formas en que los estándares internacionales pueden ser útiles para el desarrollo del Derecho Internacional Público, también es necesario formular algunas advertencias, en particular en lo que respecta al alcance y uso de esta herramienta. Como ya vimos, siempre que los estándares sean empleados en combinación con normas vinculantes preexistentes, el resultado será la mayor de las veces el desarrollo y evolución del Derecho Internacional.

No obstante, si se utiliza la figura del estándar internacional para reemplazar normas contenidas en las fuentes formales, o bien para intentar regular áreas no cubiertas por dichas fuentes, se incurrirá en un acto cuasi-legislativo que está fuera de los límites que imponen los procesos de formación de fuentes del Derecho Internacional. Otro peligro ciertamente sería la atribución de carácter vinculante a un estándar que no esté contemplado en alguna de las fuentes formales del Derecho.

El Derecho Internacional Público se forma única y exclusivamente por el consentimiento de los Estados, y sin éste no puede existir ninguna

norma que les obligue. En consecuencia, la naturaleza del estándar internacional no debe explicarse por la dicotomía entre normas vinculantes y no vinculantes: son simples herramientas para dar forma al futuro desarrollo del Derecho Internacional, bien sea a través de la formación de la *opinio juris* requerida para cristalizar una costumbre, o por el consenso logrado con un tratado internacional (ZEMANEK, 1997, p. 143). En todo caso, los estándares definen el inicio de este desarrollo basado en la opinión concertada de los actores en un determinado momento y sobre un tema en particular. Son un indicio de cómo debe progresar el Derecho Internacional, sea que éste finalmente siga ese camino o no.

3 APLICACIÓN DE LOS ESTÁNDARES POR EL JUEZ INTERNACIONAL Y EL “MARGEN DE APRECIACIÓN”

En la advertencia de los últimos párrafos de la sección anterior nos apoyamos para iniciar esta parte, pues los estándares internacionales son aplicados con gran frecuencia e impacto por los tribunales internacionales para la resolución de controversias particulares. Esta práctica es esperada e incentivada, siempre y cuando el juez se adhiera fielmente a aplicar el estándar internacional dentro de los límites establecidos por las fuentes formales del Derecho Internacional. Sin embargo, es en la aplicación de estos estándares por el juez internacional que encontramos la mayor preocupación, pues al no ser vinculantes, pueden ser aplicados o ignorados según el caso particular, según las partes en controversia, según la opinión que el juez tenga sobre el estándar a aplicar, o según los intereses o políticas en juego.

La Corte Internacional de Justicia ha aplicado estándares internacionales en casos sobre distintas materias. En el campo del derecho ambiental, por ejemplo, su sentencia de fondo sobre el Asunto del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros tomó en consideración los estándares ambientales:

A través de los tiempos, la humanidad ha interferido con la naturaleza constantemente, por razones económicas y de otras índoles. En el pasado, esto solía hacerse sin considerar los efectos que pudiera causar sobre el medio ambiente. Pero ante los nuevos conocimientos científicos y la creciente conciencia sobre los riesgos que puede tener para la humanidad – para las generaciones presentes y futuras – nuestra insistencia en estas intervenciones a pasos desconsiderados y sin limitación, se han desarrollado nuevas normas y estándares, establecidos en un gran número de instrumentos durante las últimas dos décadas. Estas nuevas normas deben ser tomadas en cuenta, y a los nuevos estándares se les debe otorgar el peso apropiado, no solo cuando los Estados contemplen nuevas actividades, sino también cuando continúen realizando actividades iniciadas en el pasado. *Esta necesidad de reconciliar el desarrollo económico con la protección del medio ambiente está expresada adecuadamente en el concepto del desarrollo sustentable.* (Asunto del

Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungria Vs. Eslovaquia), 25 de septiembre de 1997, párrafo 140). [Destaque nuestro]

Este caso no solo es valioso por el reconocimiento del peso debido que debe darse a los estándares internacionales al momento de tomar decisiones, sino que además dejó sentada la existencia del concepto de desarrollo sustentable como principio aplicable al derecho internacional (PELLET, 2014, p. 3).

Más recientemente, también dirimiendo una controversia sobre derecho ambiental, la Corte tomó en consideración estándares internacionales para determinar si Uruguay había cumplido con su obligación de diligencia debida para prevenir la contaminación del Río Uruguay. En este sentido, no solo se revisaron los estándares establecidos entre las partes a través de la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU), sino también estándares técnicos previstos en el Documento de Referencia para la Prevención y Control Integrados de la Contaminación sobre las Mejores Técnicas Disponibles en la Industria de Pulpa y Papel de la Comisión Europea, que ambas partes habían reconocido como el estándar de la industria en ese sector (*Asunto de las Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina Vs. Uruguay)*, ICJ Reports, 2010, párrafos 224-229).

En su sentencia del Asunto relativo a la Aplicación del Convenio para la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio, la Corte examinó el alcance de la obligación de prevenir el genocidio, expresando que:

[...] es claro que la obligación en cuestión es una obligación de conducta y no de resultado, en el sentido de que no se puede imponer a un Estado la obligación de prevenir la comisión de un genocidio independientemente de las circunstancias: la obligación que se impone a los Estados parte es más bien la de emplear todos los medios que tengan disponibles razonablemente para prevenir el genocidio, en la medida que sea posible. La responsabilidad de un Estado no puede verse comprometida por la sola razón de que el resultado deseado no hubiere sido logrado. Ésta se produce, por el contrario, cuando el Estado no haya empleado todas las medidas que tenía a su alcance y que hubieran podido ayudar a prevenirlo. En este sentido, la noción de la “diligencia debida” reviste una crucial importancia. (Asunto sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Represión del Crimen de Genocidio, (Bosnia Herzegovina Vs. Serbia y Montenegro), ICJ Reports, 2007, párrafo 430).

En este fallo la Corte reafirma que existen ciertas obligaciones internacionales que son estandarizadas, pues al ser obligaciones de conducta –y por tanto tener como estándar de medición el ejercicio de la diligencia debida por parte del Estado- su aplicación no es única y objetiva, sino que alcanza solo un deber de implementar los medios necesarios y razonables que el Estado tenga disponibles según las circunstancias. Queda a criterio del juez internacional determinar si, dadas las circunstancias de cada caso particular, el Estado ha observado una conducta suficiente como para haber cumplido con su obligación de diligencia debida.

En materia de inversiones internacionales encontramos numerosos ejemplos la aplicación de estándares por el juez internacional, y nuevamente es necesario ajustarse a las condiciones y circunstancias de cada caso a fin de determinar si una conducta es o no legal. En el Asunto Tecmed Vs. México, el tribunal arbitral del CIADI examinó la conducta del Estado para determinar si ésta se ajustaba al estándar del trato justo y equitativo. Allí se estableció que “el inversor extranjero espera del Estado recepto que actúe en forma consistente, libre de ambigüedades y con total transparencia en sus relaciones con el inversor extranjero...” (*Asunto Técnicas Medioambientales Tecmed vs. México* (Caso CIADIN.º Arb (AF)/00/2), Laudo del 29 de mayo de 2003, párrafo 154). Así, es necesario revisar la conducta del Estado en cada caso particular para llegar a una conclusión sobre la legalidad de su conducta.

En materia de Derechos Humanos, los estándares internacionales han sido aplicados como reglas jurisprudenciales contenidas en la parte considerativa o de razonamiento de las sentencias de los tribunales internacionales especializados en la materia. En el caso de nuestra región, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ofrecido un cúmulo importante de decisiones que incluyen estándares en el modo que hemos descrito.

Por ejemplo, a través de esta técnica, la Corte Interamericana, en desarrollo de la norma establecida en el artículo 8, parágrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”, desarrolló para nuestra región el estándar que permite al juez internacional determinar cuándo se ha cumplido este plazo razonable, un concepto jurídico indeterminado (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1962, p. 171) que precisaba de la aplicación de un estándar para su determinación en cada caso concreto.

En el curso de dicha tarea, la Corte Interamericana trajo a su jurisprudencia en el *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua* (Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de enero de 1997, Serie C, No. 30, párrafo 77) un estándar interpretativo que ya había sido utilizado por la Corte Europea de Derechos Humanos en varios de sus fallos⁴. El estándar permite al juez internacional analizar en qué momento el Estado ha cumplido con su obligación del plazo razonable.

En su sentencia sobre el *Caso Genie Lacayo*, la Corte Interamericana estableció un estándar contentivo de tres criterios que deben analizarse

⁴ La Corte Europea de Derechos Humanos desarrolló el estándar del plazo razonable por primera vez en dos de sus fallos a principios de la década de los 90. El primero fue el *Caso Motta Vs. Italia*, decidido en 1991 (CorteEur.DDHH, Serie A No. 195-A, párrafo 30) y el segundo el *Caso Ruiz Mateos vs. España*, con sentencia del 23 de junio de 1993 (Series A No. 262, párr. 30).

en casa caso concreto: (i) la complejidad del asunto; (ii) la actividad procesal del interesado; y (iii) la conducta de las autoridades judiciales. En esa sentencia, la Corte indicó que para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla un proceso judicial, debe analizarse en el caso concreto: a) la complejidad del asunto, para determinar si el asunto es resuelto en plazos similares o si su resolución ha sido demasiado lenta en comparación con otros; b) la actividad procesal del interesado, para establecer si éste ha tenido la diligencia esperada en el impulso del proceso; y c) la conducta de las autoridades judiciales, para verificar que éstas hayan actuado conforme a la ley interna y con la Convención Americana.

Traemos este ejemplo en particular, pues es útil para demostrar que los estándares son variables en el tiempo, y es posible adaptarlos a las necesidades suscitadas por el cambiante actuar de los sujetos del Derecho Internacional Público.

Hasta el año 2009, el estándar del plazo razonable aplicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de manera uniforme, utilizando los tres criterios que ya hemos mencionado. Pero en su fallo sobre el Caso Valle Jaramillo Vs. Colombia (Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 27 de noviembre de 2008, Serie C, No. 192), la Corte decidió añadir un cuarto elemento a la triada del plazo razonable ya conocida:

La Corte ha establecido que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales. *El Tribunal considera pertinente precisar, además, que en dicho análisis de razonabilidad se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo*, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve. (Párrafo 155) [Destaque nuestro]

Con este caso, y sin mayor explicación sobre la razón de la añadidura de un nuevo elemento, la Corte Interamericana cambió su propia jurisprudencia y el estándar que había venido siendo utilizado tanto en nuestra región como en Europa durante casi 20 años. La única explicación para la adición de este cuarto elemento la encontramos en el Voto Concurrente del juez Sergio García Ramírez, quien venía de culminar un período como Presidente de la Corte el año anterior. El análisis de este Voto Concurrente es interesante para nuestro estudio, pues revela cómo se desarrolló la formación de lo que es hoy un nuevo estándar en materia de Derechos Humanos.

El Juez García Ramírez escribe su voto concurrente solo con dos propósitos: (i) la caracterización del plazo razonable; y (ii) el análisis del papel de la víctima en los procedimientos penales ordinarios a nivel de la

jurisdicción doméstica. Al profundizar sobre el tema del plazo razonable, el juez reconoce que hasta este caso la Corte Interamericana había seguido el criterio adoptado por la Corte Europea, añadiendo: “*Me ocupé de estos extremos en diversos votos concurrentes y razonados a propósito de sentencias dictadas por la Corte Interamericana, en los términos que cito a continuación*” (párrafo 2).

En efecto, en los párrafos siguientes de su Voto, el Juez García Ramírez explica su visión sobre los tres criterios que hasta entonces definieron el estándar del plazo razonable, para luego continuar:

8. Ahora bien, en ese mismo voto correspondiente al caso López Álvarez – y en otros que adelante *mencionaré-manifesté que resultaba conveniente ampliar el análisis del plazo razonable y estudiar la posibilidad de incorporar en este concepto* – para apreciar la observancia o la inobservancia del debido proceso – otros elementos dignos de análisis. En el referido voto sostuve: “Parece posible que la complejidad del tema que motiva el procedimiento, la conducta del interesado – en la especie, el inculpado – y la actuación de la autoridad no basten para proveer una conclusión convincente sobre la indebida demora, que vulnera o pone en grave peligro el bien jurídico del sujeto. De ahí la pertinencia, a mi juicio, de *explorar otros elementos que complementen, no sustituyan*, a aquéllos para la determinación de un hecho – la violación del plazo razonable – acerca del cual no existen acotaciones cuantitativas universalmente aplicables.

9. *Entonces me referí “como posible cuarto elemento a considerar para la estimación del plazo razonable, a lo que denominé afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes* – es decir, la situación jurídica- del individuo”. Es posible que aquél incida de manera poco relevante sobre esa situación; si no es así, es decir, si la incidencia crece, hasta ser intensa, resultará necesario, en bien de la justicia y la seguridad seriamente comprometidas, que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que en breve tiempo – “plazo razonable” – se resuelva la situación del sujeto, que ha comenzado a gravitar severamente sobre la vida de éste. La afectación debe ser actual, no meramente posible o probable, eventual o remota. [...]

11. Volví a ocuparme en este tema en mis votos para las sentencias en los casos Sawhoyamaya (Paraguay), del 29 de marzo, y Masacres de Ituango (Colombia), del 1 de julio de 2006. *Finalmente, en la sentencia del caso Valle Jaramillo y otros la Corte Interamericana ha ampliado la consideración del plazo razonable e incorporado los elementos de apreciación sugeridos en los votos personales que mencioné*. En la base de esta admisión se halla el convencimiento de que al lado de los factores establecidos por la jurisprudencia europea y acogidos por la interamericana – o junto con ellos – es indispensable apreciar el daño mayor o menor que causa el curso – también mayor o menor- del tiempo que transcurre en la tramitación y decisión de una controversia o en la definición de una obligación o de un derecho.

Más allá de toda consideración sobre la pertinencia o no de añadir al estándar del plazo razonable un elemento más, que no viene al caso de este trabajo, este Voto Concurrente revela cómo a raíz de la opinión del juez internacional se suscita el cambio de un estándar que hoy en día es aplicado como vara de medición a la conducta de los Estados en cuanto al

cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El tema de fondo es que la indeterminación objetiva de los estándares internacionales puede ocasionar cierta inseguridad jurídica, pues toda medida estándar le da al juez un alto margen de apreciación sobre los hechos, y la decisión queda enteramente a su discreción. En este sentido, se ha criticado que cuando las decisiones judiciales se toman en base a la técnica del estándar el juez adquiere “atribuciones que lo sacan de su tarea tradicional, reuniendo en su persona el poder jurisdiccional y el poder legislativo” (OUEDRAOGO, 2013, p. 181), y de esta forma el juez puede llegar a tener el poder de legislar mediante sus sentencias, ocasionándose una confusión de poderes y la pérdida del poder normativo que está reservada a los Estados en el Derecho Internacional.

Opiniones en contrario alegan que los estándares internacionales no aportan al juez más que herramientas para ejercer su competencia en cada caso concreto, estando autorizado por las partes de la controversia a través de tratados, cláusulas compromisorias o cláusulas de arbitraje. Bien lo dijo la Corte Permanente Internacional de Justicia en el Asunto relativo al Estado de Carelia Oriental, “ningún Estado puede ser obligado a presentar sus diferencias con otros Estados a la mediación, al arbitraje, ni a ningún otro medio de solución pacífica, sin su consentimiento.” (*Asunto Relativo al Estado de Carelia Oriental (URSS Vs. Finlandia)*, CPIJ, Serie B, No. 5, 1923, p. 27). En consecuencia, las decisiones que tome el juez internacional aplicando estándares al caso concreto afectarán únicamente a ese caso particular, y si el juez legisla, su decisión solo tendrá carácter vinculante para las partes.

Nos preguntamos, sin embargo, si el hecho de que las decisiones judiciales internacionales solo tengan efectos para las partes de la controversia y en el caso particular es suficiente garantía de seguridad jurídica. En principio, el juez deberá aplicar el estándar de conformidad con un modelo de conducta aceptado en las circunstancias del caso. Pero si el juez va más allá, si legisla, ¿se rompe la seguridad jurídica? Si el juez tiene un poder discrecional tan amplio en cada caso concreto, ¿no corremos el riesgo de caer en la arbitrariedad?

El Voto Concurrente del Juez García Ramírez en el ya citado Caso Valle Jaramillo Vs. Colombia plantea que el uso de un cuarto elemento para el análisis del estándar del plazo razonable abre camino hacia nuevas precisiones sobre un tema importante y que se plantea con cierta frecuencia (Párrafo 14), lo cual da a entender que el estándar del plazo razonable no se mantendrá incólume en el tiempo, sino que continuará variando en la medida en que los jueces de la Corte lo consideren “pertinente”.

Quienes defienden la noción de que la decisión del juez no puede ser arbitraria ni romper con la seguridad jurídica porque ésta es vinculante solo para las partes en el caso particular, utilizan como bandera el artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que precisamente establece esta limitación. Alegan que, si las partes de una controversia voluntariamente se someten a la competencia de un tribunal internacional, la decisión que solo les afectaría en el caso concreto jamás puede ser arbitraria, puesto que el juez internacional, en su apreciación del estándar, no queda a su arbitrariedad exclusiva, “*al capricho libre de su fantasía*” (GÉNY, 1954, p. 219). Respecto a esta afirmación consideramos que, cuando las partes se someten a la jurisdicción de un tribunal internacional, y a menos que soliciten que la controversia sea resuelta en base a la equidad⁵, lo hacen en el entendido de que el juez conoce y aplicará el Derecho Internacional vigente, el cual habrán estudiado con el objeto de avizorar sus posibilidades de éxito en el juicio. Entonces, ¿es justo y ajustado a Derecho que el juez cambie las reglas del juego a mitad de sentencia? Si las partes van a ser medidas con una vara distinta a la que conocían antes de entrar en el juicio, ya no cuentan con la certeza jurídica necesaria para confiar en el proceso.

CONCLUSIONES

El carácter evolutivo del Derecho Internacional Público necesariamente causa que sus fuentes vayan cambiando en el tiempo, no solo en contenido, sino que también se han ido añadiendo nuevas fuentes de Derecho. Las fuentes formales –tratados, costumbre y principios– siguen estando allí, pero a las nuevas fuentes ya reconocidas –declaraciones unilaterales de los Estados, actos cuasi-legislativos de ciertos órganos internacionales, por ejemplo– se añade el llamado derecho blando, compuesto por un cúmulo de normas no vinculantes, y en muchas ocasiones no escritas, que es donde se hacen más evidentes los cambios.

Hemos visto que el estándar internacional ha pasado a formar parte de ese derecho blando, pues no solo es aplicado para medir los alcances de la conducta lícita por el juez internacional, sino que es alegado por los Estados en sus relaciones y en la resolución pacífica de sus conflictos.

Ciertamente, la certeza jurídica requiere que los estándares internacionales sean aplicados en combinación con normas de derecho duro, basados en éstas y solo para el desarrollo y explicación de su sentido y alcance. Y es allí donde los estándares internacionales han sido útiles para el desarrollo de áreas del Derecho Internacional con escasa producción de

⁵ Recordemos que el parágrafo 2do del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia permite que ésta resuelva controversias sometidas a ellas en base a la equidad, siempre que ambas partes así lo acuerden expresamente.

normas duras, hasta que el propio estándar se convierte en norma por la aplicación y aceptación que de ellos hacen los propios Estados. Hasta este punto vemos la perfecta materialización del carácter evolutivo y dinámico del Derecho Internacional.

Ahora bien, dado el amplio margen de discreción del que goza el juez internacional en la aplicación de estándares internacionales, se hace necesaria una reflexión sobre sus peligros. La tecnificación cada vez mayor de los casos que se presentan ante los tribunales internacionales requiere con frecuencia que los jueces o árbitros recurran a la experticia de peritos, quienes a su vez interpretarán los estándares según su experiencia y aportarán al tribunal una opinión que el juez difícilmente puede desatender o refutar, y finalmente el caso es resuelto en base a ello.

Frente a esto, cabe preguntarnos ¿quién fija los estándares internacionales y en base a qué intereses? Un perito puede ser seleccionado directamente por el tribunal internacional, lo cual ayuda a considerarlo como experto independiente. Pero muchas veces los tribunales se apoyan en el testimonio de peritos aportados por las partes, y deben resolver entre alegatos contradictorios que representan los intereses de las partes. ¿Puede entonces existir credibilidad sobre un estándar cuando el juez se encuentra con aplicaciones contradictorias del mismo, o con la aplicación de dos estándares contrarios para una misma situación?

Otro riesgo evidente ante el margen de apreciación que asiste al juez en la aplicación de los estándares internacionales es que, al no ser estos vinculantes, pueden ser moldeados o cambiados por el propio juez. En tal sentido, la jurisprudencia amplía cada vez más su papel como fuente de derecho, y el juez llega a tener el rol de legislador, cuando no está llamado a ello. Esto es claro sobre todo cuando revisamos la cantidad laudos contradictorios que emiten los tribunales arbitrales al resolver controversias sobre inversiones internacionales, en aplicación de los estándares de trato justo y equitativo y de la Nación Más Favorecida, por ejemplo.

Por otra parte, en materia de derecho ambiental se produce el fenómeno de que los estándares llegan a ser tan científicos que su credibilidad solo se basa en la experticia de quien lo establece, pues no son temas que el juez internacional esté equipado para refutar. Aquí surgen problemas cuando hay más de una visión o interpretación científica sobre un mismo hecho, pues el juez solo puede basar su elección de manera subjetiva.

Incluso en un mundo donde los estándares fuesen aprobados de manera homogénea y universal, con la aprobación de la mayoría de los Estados y el respaldo de organismos del Derecho Internacional Público como la Asamblea General de la ONU, que está llamada por el artículo 13

de la Carta de las Naciones Unidas a promover el desarrollo progresivo del Derecho, existen riesgos asociados al hecho de que al fin y al cabo el estándar internacional no es vinculante, por lo que no podría llegar a ser considerado como fuente del Derecho Internacional, sino derecho blando.

En consecuencia, el estándar internacional sigue siendo maleable y solo podría considerarse como fuente del Derecho una vez que se cristalice como costumbre internacional, lo cual no solo requiere la concurrencia de los dos elementos, sino del paso de cierto tiempo para su consolidación. ¿Cómo generar costumbre si cada Estado aplica los estándares según sus propios intereses, o según los intereses de las grandes corporaciones? Opinamos que el juez nunca sabrá realmente si un estándar ha adquirido el carácter de costumbre internacional más que en un número limitado de casos donde su aplicación sea uniforme, dado el rápido avance de la ciencia —en el ámbito del derecho ambiental— y la gran cantidad de casuísticas diferentes, en los casos del derecho de las inversiones y los derechos humanos.

Si es tan difícil que un estándar llegue a ser costumbre, ¿bajo qué condiciones podemos llegar a decir que los estándares son fuentes de Derecho? ¿Existe en la normativa internacional algún indicativo de cuáles son los estándares que se deben aplicar, o va de suyo que se aplicarán “los más reconocidos” y queda así abierto a la decisión de los jueces o árbitros? En todo caso, asistimos a un avance del valor de la jurisprudencia: queda todo en manos del juez internacional, su experiencia y su discreción, y la certeza jurídica queda sometida a un terreno movedizo dictado por el rápido avance y cambios en las relaciones internacionales y los intereses en juego.

REFERÊNCIAS

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford University Press. 5ta ed. 1998.

DOLZER, Rudolf. *National Treatment: New Developments*. En: Simposio Co-Organizado por el CIADI, LA OCDE y UNCTAD, 12 de diciembre de 2005, París. Disponible en: <<https://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/36055356.pdf>>. Visitado en: 15 jun. 2018.

_____; STEVENS, Margrete. *Bilateral Investment Treaties*. Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

DUPUY, Pierre M. En: *Collection of Essays by Legal Advisers and Practitioners*, 1996. Disponible en: <www.un.org/law/books/CollectionOfEssaysByLegalAdvisers.pdf>. Visitado en: 15 jun. 2018.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Lucha contra las Inmunidades de Poder en el Derecho Administrativo (Poderes Discrecionales, Poderes de Gobierno, Poderes Normativos). *Revista de Administración Pública*, n. 38, 1962.

GÉNY, François. *Méthode d'interprétation et Sources du Droit Privé Positif: essai Critique*. 2. ed., Librairie Générale de Droits et de Jurisprudence, 1954.

HIGGINS, Rosalyn. *Problems and process: international Law and How We Use It*. Clarendon Press, 1995.

OCDE. *Working Papers on International Investment: Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, No. 2004/3.

OUEDRAOGO, Awalou. *Standard et Standardisation: La Normativité Variable en Droit International*. 26.1 Revue Québécoise de Droit International, 2013.

PELLET, Allain. *Decisions of the ICJ as Sources of International Law?*. Disponible en: <https://www.scienzegiuridiche.uniroma1.it/sites/default/files/varie/GML/2015/GML_2015-Pellet.pdf>. Visitado en: 15 jun. 2018.

POLANCO, Rodrigo. *Standards of Treatment II: Absolute Standards*. WTI, University of Bern.

RIEDEL, Eibe. *Standards and Sources: Farewell to the exclusivity of the sources triad in International Law?* 2 Eur. J. Int'l L. 58, 1991.

UNCTAD. *Bilateral Investment Treaties in the Mid 1990s*, 1998.

ZEMANEK, Karl. *The Legal Foundations of the International System: General Course on Public International Law*, Recueil des Cours 21, 1997.

Autor convidado