

V. 3. ¿La ropa sucia se lava en casa?

por Francisco Cox*

El presente texto tiene por objeto estimular un debate sobre la utilidad de recurrir al sistema interamericano de protección de derechos humanos. Por lo tanto no debe buscarse en él un análisis acabado de los posibles argumentos en pro o en contra de recurrir al sistema y de los efectos que ello puede tener a nivel interno, sino una primera aproximación a la discusión.

Tesis: lavar la ropa sucia en casa tiene efectos perjudiciales para la ropa de aquellos que están al margen del poder, razón por la cual yo les aconsejaría recurrir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y después a la Corte¹.

En mi opinión, a los sectores marginales la interamericanización de la lavandería les conviene porque en definitiva su ropa será lavada y no sólo remojada, como ocurrirá en el mejor de los casos si entregaran su ropa a las lavanderías locales².

En tanto, a Chile le convendrá porque existirá un mayor goce y respeto de la ropa limpia al existir un estímulo externo, muchas veces necesario³, para debatir

* Universidad Diego Portales (Chile). Deseo aclarar que trabajo para una organización no gubernamental (CEJIL) que tramita casos ante el sistema interamericano de derechos humanos y anteriormente trabajé en *Human Rights Watch*, lo que obviamente influye sobre mi aproximación a este tema. Deseo agradecer los comentarios de distintos miembros de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, en especial los de Javier Couso, Mauricio Duce, Carlos Peña y Cristian Ruego. Lamento que el profesor Felipe GONZÁLEZ estuviese ocupado en otras obligaciones, sin duda sus comentarios hubiesen enriquecido el presente artículo.

¹ Me parece que en Chile estos sectores no son sólo las minorías (indígenas, inmigrantes, homosexuales) sino también grupos mayoritarios, pero cuya injerencia en la determinación de políticas públicas y en el proceso político es mínima.

² En este artículo sólo me haré cargo del sistema interamericano de protección de derechos humanos, ello fundamentalmente porque con la Reforma del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (que entró a regir a partir del 1° de mayo del 2001) la regla general será que los casos serán enviados a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas sentencias sin lugar a duda son vinculantes para los Estados Partes. Con lo cual entre los distintos órganos internacionales de derechos humanos disponibles para las víctimas chilenas de violación a los derechos humanos, el interamericano es el único que cuenta con un órgano jurisdiccional. Es preciso señalar que mi opinión es que los informes finales de la Comisión son igualmente vinculantes, sin embargo algunos Estados Partes han rebatido dicha postura.

³ Basta ver el caso de la censura en Chile, con la sentencia de *La última tentación de Cristo* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se reforzó la voluntad un tanto debilitada de eliminar la

seriamente sobre la conveniencia o no de lavar la ropa y qué se debe entender por ropa sucia. En la actualidad este debate se produce entre ciertos sectores excluyéndose, en muchas oportunidades, a quienes sufren la violación de sus derechos.

Las víctimas de estas violaciones deberían denunciar esta situación al nivel internacional a fin de utilizar uno de los instrumentos que el movimiento de derechos humanos ha empleado con mayor efectividad: la movilización de la vergüenza. Con ello la víctima y/o sus intereses tendrán un peso relevante en la arena política nacional, su menor fuerza económica se verá compensada por el posible interés que tenga el Estado en evitar una condena internacional, logrando así, los recurrentes, que su voz sea escuchada. Más aún, con el nuevo reglamento de la Comisión que entró en vigencia el 1° de mayo del 2001 la mayoría de los casos terminarán en la Corte con lo cual el interés del Estado de evitar condenas se hace más fuerte.

Junto con estos beneficios, en el tribunal internacional las influencias de poder que se dan en el ámbito interno se verán más neutralizadas de manera tal que los argumentos de los recurrentes tendrán una mejor oportunidad de ser analizados imparcialmente. Por ejemplo, el hecho que la persona que aparece mencionada en un libro sea un poderoso empresario local tendrá menos peso ante este organismo que ante la Corte de Apelaciones de Santiago o ante los representantes que tendrán que volver a pasar el platillo para la siguiente campaña.

Así las cosas, el mayor valor que veo en el sistema interamericano de derechos humanos es instrumental: hacer las veces de equiparador de fuerzas, permitiendo que las opiniones de quienes están al margen del poder local sean escuchadas y sus intereses considerados seriamente.

Esta aproximación me parece adecuada para un país donde escasean las máquinas de lavar o funcionan mejor para quienes tienen los recursos para hacerlas andar. Es oportuno destacar que en mi opinión es necesario discutir desde la realidad de Chile, con su Constitución impuesta por una dictadura militar y cuyos *quorums* hacen difícil su reforma, donde no está regulado el tema del financiamiento de campañas parlamentarias ni presidenciales, donde no todos los miembros del Senado son elegidos democráticamente, donde existe una clase política preocupada sólo por mantener sus puestos de trabajo y sus privilegios de grupo, entre otros muchos problemas de obstáculos para que los ciudadanos puedan hacer valer sus derechos. La utilización del sistema debe ser analizada en ese contexto y no desde de una democracia deliberativa inexistente en Chile.

El antiguo dicho popular, que da título a este artículo, grafica la actitud que los gobiernos de la Concertación han tenido frente a las denuncias que distintas organizaciones, universidades y personas han presentado a los distintos organismos internacionales de derechos humanos⁴. Si bien es cierto que ella, en el ámbito interno, parece estar cambiando desde el gobierno de Ricardo Lagos⁵, ese cambio no se ha reflejado en las respuestas a las denuncias ante la Comisión ni en el caso que hubo ante la Corte Interamericana. Junto a los gobiernos de la Concertación, han ma-

censura cinematográfica e igualar a las autoridades con los habitantes comunes y corrientes de Chile al menos en cuanto a protección del honor se refiere.

⁴ Aun cuando parezca obvio, durante la dictadura militar esta postura fue aún más fuerte, no sólo levantando la muralla de la soberanía, sino que incluso negando que hubiese ropa sucia. Por todos son conocidas las palabras de distintos funcionarios de la dictadura que negaban la existencia de detenidos desaparecidos, la explicación era que los hombres se habían ido con sus amantes a Suecia.

⁵ Opiniones editoriales de Claudio Troncoso y Soledad Alvear.

nifestado sus reparos a este proceso de internacionalización de los derechos humanos algunos parlamentarios de la oposición⁶, profesores de derecho⁷ y miembros del poder judicial⁸. Detrás de estos llamados a la cautela parece estar el antiguo concepto de la Soberanía o como Louis HENKIN la llama "la mitología de la Soberanía"⁹.

En efecto, ciertas visiones de la soberanía consideran que ésta se daña si un organismo internacional cuestiona, critica y, en definitiva, determina que alguno de los poderes del Estado ha violado los derechos humanos. Siguiendo con el símil de la ropa sucia, estas posturas dirían: nuestras máquinas de lavar son tan buenas e incluso mejores que las que tienen en Washington y San José de Costa Rica¹⁰, o cuestionarían el derecho de utilizar máquinas extranjeras para lavar ropa nacional.

En tanto, las versiones más sofisticadas de los recelosos consideran que se afecta la soberanía porque se le expropiaría al pueblo chileno la facultad de decidir cuestiones fundamentales: cómo lavar la ropa, qué ropa lavar primero y cuál después, si vale la pena lavar la ropa, qué debemos entender por ropa, etc. Las advertencias que se erigen desde este frente parece que llevan al plano internacional el cuestionamiento que algunos hacen al control de constitucionalidad que efectúan los tribunales nacionales. Estas posturas me parecen más interesantes de discutir aquí, pero obviamente desde nuestra realidad y no desde la democracia perfecta que los detractores del sistema parecen imaginar.

Por último, existe una vertiente de los recelosos que centra sus críticas en la legitimidad de estos órganos. Obviamente que esta vertiente se puede combinar con la anterior, haciendo aparentemente muy difícil la tarea de quienes creemos que es conveniente la utilización de estos organismos.

I. Algunas respuestas posibles

La respuesta más sencilla a las imputaciones de una posible violación de la soberanía es que mal puede existir dicha violación si el Estado, a través de los procedimientos establecido en su ordenamiento jurídico, aceptó libre y soberanamente someterse al escrutinio de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos al ratificar la Convención. Sin duda esta respuesta es correcta. Sin embargo, lo más probable es que no satisfaga a quienes plantean este cuestionamiento. Por otra parte, se debate que no se evaluaron las consecuencias de dicho acto¹¹. Sin duda este argumento es inaceptable, aun si ello fuera cierto,

⁶ En este sentido se pronunció Carlos BOMBAL en relación con un acuerdo de solución amistosa que se había suscripto entre el gobierno de Chile y los peticionarios de un caso que se tramita ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en relación con un caso de mapuches procesados en violación a las garantías del debido proceso.

⁷ Gastón GÓMEZ, en "Cuadernos de Análisis Jurídico", n° 27. Al parecer también Ximena FUENTES, *Los peligros de la globalización: nuevos desafíos para el concepto de soberanía, en La soberanía en el mundo actual*, Ed. Lom, 2000, Santiago, p. 97.

⁸ Dichos de Alberto CHAGNEAU después de la reunión con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁹ Henkin Louis, *International Law: Politics, Values and Functions*, Martinus Nijhoff Publisher, 1990, ps. 24-35.

¹⁰ Sedes de la Comisión y la Corte respectivamente.

¹¹ Este tipo de raciocinio utiliza Gastón GÓMEZ, aunque su opinión está dirigida a la reforma constitucional del 1989 que según un sector de la doctrina otorgó rango constitucional a los tratados de derechos humanos.

su consecuencia jurídica no puede ser que al Estado se le permita excusarse de sus obligaciones, beneficiándose de su ignorancia evitable. Aceptar esa línea de justificación debilitaría el orden jurídico internacional, al mismo tiempo afectaría la imagen internacional del Estado y las expectativas recíprocas entre los distintos Estados partes destruyéndose la confianza mutua.

Esta crítica no se ha limitado a Chile, en relación con Argentina se ha criticado la falta de discusión que se produjo al momento de ratificar los tratados de derechos humanos o al constitucionalizarlos. Así, por ejemplo, se nos dice que "entre las causas que explican el alcance limitado que ha tenido la modificación, particular importancia se debe otorgar al hecho de que esta reforma no se discutió abiertamente con todos los sectores interesados"¹². Aunque no comparto la crítica en cuanto al supuesto efecto limitado que habría tenido dicha reforma¹³, sí estoy de acuerdo con lo negativo que resulta que se excluya a los sectores interesados del debate de una reforma constitucional, ratificación de un tratado y tramitación legislativa en general. En este sentido me parece fundamental hacer mucho más participativo el proceso de ratificación de tratados en la Constitución de Chile. Parece razonable incluir en las delegaciones internacionales a miembros de los distintos poderes del Estado o, como hacen algunos países, incluir dentro de su delegación a integrantes de la sociedad civil. También sería positivo establecer la obligación de escuchar al poder judicial antes de ratificar un tratado, en especial de derechos humanos, ello, junto con incorporar la visión de este poder en el proceso de negociación del tratado, cumpliría un rol educativo de los miembros de dicho poder.

Ahora bien, la citada falencia no es "privilegio" exclusivo del proceso de ratificación de los tratados de derechos humanos. Muy por el contrario, parece ser la tónica de la forma de "hacer las leyes" en nuestra región, con lo cual no creo que de ello se deriven mayores consecuencias sobre la conveniencia o no de ratificar tratados y recurrir al sistema interamericano de derechos humanos. Más bien debería llevar a un profundo debate sobre los incentivos o desincentivos estructurales que nuestros sistemas tienen para canalizar la participación ciudadana en el proceso legislativo. Es más, me parece que un sistema internacional de derechos humanos puede traer luz sobre estas falencias.

En la misma línea argumental, se dice que el hecho de que un órgano extranjero evalúe el accionar de los poderes del Estado debilita la autoridad del mismo, toda vez que supondría reconocer a alguien por "sobre" el Estado destruyendo su "impermeabilidad"¹⁴.

En contra, se puede decir que la Comisión y la Corte no están, necesariamente, por "sobre" el Estado; ello dependerá de si el ordenamiento jurídico nacional le reconoce o no supremacía al derecho internacional, lo que en definitiva es una decisión de cada Estado. Sólo en el caso que se adopte una postura monista se po-

¹² FUENTES, *Los peligros de la globalización: nuevos desafíos para el concepto de soberanía*, citado.

¹³ Ver BOVINO, Alberto, *El fallo Suarez Rosero*, en "Nueva Doctrina Penal", 1998/B, Ed. del Puerto, Buenos Aires.

¹⁴ Como nos recuerda HENKIN: "En la era de los Estados, la inviolabilidad territorial y la autoridad exclusiva del Estado se convirtieron en aspectos de, o relacionados con, una concepción más amplia de la impermeabilidad del Estado y la obligación de los otros de tratar al Estado como un ente monolítico", libro cit. nota 10, p. 28.

drá decir que una autoridad internacional está por sobre la estatal, ya que por definición el derecho internacional estará por sobre el nacional. Por el contrario, si se sigue una postura dualista, el ordenamiento internacional y nacional estarán en distintos planos, teniendo el Estado la última palabra sobre si cumple o no las decisiones de los órganos internacionales. Pero, independiente de la postura que se adopte es un hecho que el sistema interamericano no tiene poder efectivo de hacer cumplir las decisiones de la Corte o la Comisión.

Esta respuesta debería borrar, en cierta medida, los temores de algunos ya que, en primer lugar, es el Estado quien decide si reconoce o no a los órganos del sistema por sobre sí. Además, siempre le queda al Estado ignorar la decisión de la Corte o la Comisión. Sin duda ello constituirá una violación del derecho internacional, pero lo anterior tendrá mayores efectos externos que internos.

Quizá dirán que esto último es una debilidad del sistema, pero estoy analizando el recurrir al sistema con esta debilidad, es posible que algunos de los beneficios que identifique dejarían de existir si la Comisión y la Corte necesariamente estuviesen por sobre las autoridades nacionales y contarán con una policía para hacer cumplir sus resoluciones. Esta debilidad del sistema lo obliga a dialogar con los estados. Probablemente esta formula dialogal será más efectiva con democracias incipientes como la de Chile que con dictaduras.

Teniendo en cuenta esta "debilidad" del sistema parece legítimo cuestionarse dónde está el beneficio de recurrir al sistema. Creo que la decisión del Estado de ignorar la sentencia de la Corte o resolución de la Comisión no está libre de costos, la mayoría de los cuales se pagarán a nivel internacional, a nivel del club del cual hablo al referirme a la internacionalización de la soberanía. Para un país como Chile esos efectos pueden ser más costosos que para otros estados, por lo tanto tendrá un mayor incentivo para ser receptivo de las decisiones internacionales. Si quiere ser miembro del club tiene que respetar sus reglas.

II. ¿Por qué soberanía?

Atrás parece haber quedado la época en que la soberanía del Estado era un fin en sí mismo. En la base de la soberanía popular se encuentra el hecho que estamos frente a sujetos que deciden cómo estructurar la sociedad, sujetos que en cuanto tales se reconocen mutuamente derechos. La soberanía, por ende, debe estar en función de proteger esas personas y sus derechos, de lo contrario, se convierte en un fetiche.

El constitucionalismo, íntimamente ligado al concepto de soberanía popular, se puede ver como el continuo esfuerzo por limitar el poder. Por ejemplo, ésa es la fundamentación que se da para la escrituración de las constituciones, la separación de poderes, y otra serie de elementos del constitucionalismo¹⁵. Pero no obstante esos intentos de limitación el poder siempre ha encontrado la forma de sobrepasarlos haciéndose necesaria la creación de nuevos mecanismos de control, el último de los cuales lo constituye la internacionalización de los derechos humanos, provocando así un cambio de paradigma: la violación de los derechos humanos es de interés de la comunidad internacional.

¹⁵ Ver MATTEUCCI, Nicola, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Ed. Trotta, España, 1988.

En Europa el cambio de paradigma junto con la revalorización de la función de la soberanía se produce con la experiencia del nazismo. En Chile uno esperaría que la experiencia de la dictadura militar, con su violación masiva de los derechos humanos en pos del "restablecimiento de la normalidad" hubiese tenido efectos similares, pero parece que aun dicha experiencia no ha rendido todos sus "frutos". Con esto obviamente no quiero decir que aquellos que cuestionan la internacionalización de los derechos humanos sean partidarios de sus violaciones; por el contrario creo que tienen una confianza excesiva en los órganos internos de Chile para limitar al poder. Me parece necesario volver a insistir que debemos evaluar el proceso de internacionalización de los derechos humanos, y más específicamente su interamericanización, a la luz de la realidad institucional de Chile.

Por otra parte, deseo dejar en claro que con la comparación anterior no pretendo asimilar las dos experiencias, ni abogar por la simple importación de la experiencia europea; ello implicaría desconocer las fundamentales diferencias que existen entre los dos continentes y su historia. Simplemente quiero evidenciar el escaso impacto que ha tenido en Chile la experiencia de la dictadura en el análisis del derecho. Pareciera que la dictadura constituyó una interrupción en la vida normal del país, y que, por lo tanto, en democracia dicha experiencia no debe ser tomada como factor al considerar soluciones jurídico-institucionales.

La dictadura militar nos mostró de lo que éramos capaces como pueblo y lo inútil que resultaron las instituciones internas para proteger los derechos humanos. Si bien es cierto que el Congreso fue clausurado, no olvidemos que el Poder Judicial continuó funcionando. Debemos incorporar la experiencia de la dictadura y la actitud de la sociedad y de las instituciones en dicho período a la hora de tomar decisiones políticas y jurídicas. Con eso en mente, no se puede ignorar el rol que cumplió el sistema interamericano de protección de derechos humanos trayendo luz sobre las violaciones, ejerciendo un control sobre el poder ilimitado, movilizand la vergüenza en contra de la dictadura y salvando vidas; evidenciando, así, el valor instrumental que le asigno al sistema.

Volviendo a la pregunta, ¿por qué soberanía? Me parece que la respuesta es: para proteger a los individuos y sus derechos (necesarios para el desarrollo de su autonomía). No desconozco que el concepto más tradicional de soberanía ha servido para proteger a los individuos; como recuerda HENKIN, en las guerras mueren individuos, en las invasiones se pasan a llevar los derechos de los "ocupados". Efectivamente el hecho que los estados se reconozcan como entes iguales e independientes cumple una labor protectora de los derechos humanos, pero sólo en la medida en que estén organizados de forma tal que sean respetuosos de los derechos humanos; en caso contrario, la soberanía deja de cumplir dicha función y hace las veces de una alfombra donde esconder la mugre. En estos últimos casos es beneficioso contar con un sistema, distinto al Estado, al cual recurrir.

III. Nuevo concepto de soberanía, el punto de vista internacional

Independiente de la función que uno le asigne a la soberanía, parece claro que hoy en día la tesis clásica de la soberanía comienza a desmoronarse. La completa y absoluta autonomía del Estado, excluyendo a otros del ejercicio de ciertas atribuciones parece no ser descriptiva de la realidad que nos toca vivir. Como indican Abram y Antonia CHAYES, en la actualidad los estados están "estrechamente vinculados en una red de acuerdos, organizaciones, e instituciones internacionales que moldean sus relaciones recíprocas y penetran en sus políticas y economías inter-

nas"¹⁶. Derivado de este hecho los CHAYES proponen una nueva conceptualización de la soberanía, según ellos ella "... no consiste más en la libertad de los estados de actuar independientemente en su propio interés, sino en la pertenencia, en buen pie, a los distintos regímenes que componen la vida internacional. Para ser un jugador, el estado debe someterse a las presiones que la regulación internacional impone. Su comportamiento en un episodio probablemente afectará sus relaciones futuras no sólo en ese régimen particular, sino en muchos otros, e incluso quizás su posición en el sistema interamericano como un todo"¹⁷.

Es probable que el sistema interamericano no esté lo suficientemente desarrollado e integrado como para tener las consecuencias que los CHAYES auguran para el descariado. Menos aún para las sanciones que auguran para los violadores del derecho internacional, "las sanciones por violar [las normas y expectativas generadas por la red] no son penales, sino la exclusión de la red de solidaridad y cooperación"¹⁸. Sin embargo, parece que se hacen esfuerzos en ese sentido, tendremos que ver si en la Asamblea General en Costa Rica se aprueba la Carta Democrática Interamericana y, más importante aún, si los Estados miembros están dispuestos a hacerla cumplir cuando no sea un uniformado el que destruye la democracia. El mundo entero fue testigo de la pasividad de la Organización de Estados Americanos ante el desmoronamiento de la democracia en Perú.

Sin perjuicio de la conclusión a la que uno llegue respecto de la integración del sistema interamericano, es claro que el fenómeno de la globalización lleva aparejado una reconceptualización de la soberanía. Los Estados no pueden permanecer herméticamente cerrados a la evaluación de la comunidad internacional. Lo anterior supone que al Estado le interese ser un "jugador" en la comunidad internacional. Como dije anteriormente, si se quiere ser miembro del club hay que aceptar sus reglas. Por el contrario, si el Estado quiere mantenerse al margen de dicha comunidad está en todo su derecho y los efectos de incumplir el derecho internacional serán más bien menores, salvo que se aboque a efectuar un genocidio, la comisión de crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, donde probablemente encontrará una comunidad internacional más dispuesta a intervenir que hace unos veinte años.

Independientemente de si uno acepta o no esta nueva conceptualización de la soberanía me parece que ella se torna más relevante en el ámbito internacional. Sólo frente a otro Estado o un organismo internacional se hace necesario determinar qué entendemos por soberanía. Por esto estimo relevante comprender qué se entiende por soberanía en el ámbito internacional.

Teniendo en mente esta reconceptualización de la soberanía parece acertada la decisión del Estado de Chile de haber ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esto le permite comenzar a participar activamente en el club de la comunidad internacional viendo, por tanto, fortalecido su poder y no disminuido como se postula por ciertos sectores.

16 CHAYES, Abram y Antonia Handler CHAYES, *The New Sovereignty*, Harvard University Press, p. 26. La traducción me pertenece.

17 *Ibidem*, p. 27.

18 Como aparece citado en *ibidem*, p. 27.

IV. Expropiación de las decisiones

Uno de los cuestionamientos más fuertes en contra de la interamericanización de los derechos humanos, postula que el debate local se vería empobrecido al impedir la discusión sobre ciertos temas ya que los organismos internacionales de protección de los derechos humanos "expropiarían", robándole la expresión a Nils CHRISTIE, la toma de decisiones.

No comparto dicho temor. En primer lugar, presume que en Chile la toma de decisiones se produce luego de un profundo debate público. En segundo lugar, refleja un desconocimiento de lo que ha sido la experiencia del sistema, al menos en relación con Chile. Y, por último, revela una incomprensión del funcionamiento del derecho internacional.

Como he dicho, quienes alegan una expropiación de las decisiones o un empobrecimiento del debate público nacional asumen que tan rico debate se produce en Chile. En mi opinión nada de eso está ocurriendo en Chile. Más bien parece que las decisiones son tomadas por una elite y al margen de todo control ciudadano. Como dije más arriba, quien financió una campaña determina de forma importante el "debate" sobre los destinos del país. No hay incentivos institucionales para la participación ciudadana, así por ejemplo no existe la institución de la revocación de mandato, una propuesta por limitar la capacidad de reelección de los miembros del congreso ha sido completamente ignorada, el plebiscito está sumamente reglamentado, no existe la iniciativa popular, se nos hace creer que participamos del debate porque vamos a un parque a ver unas personas en zancos y tocando batucadas. De qué debate me están hablando. En Chile las decisiones se toman entre cuatro paredes, Chile está lejos de ser una democracia deliberativa. Con lo cual recurrir al sistema no tiene las nefastas consecuencias que se nos quiere hacer creer; recurriendo al sistema quienes están al margen del poder pueden hacerse escuchar por los gobernantes.

Por otra parte, al revisar lo que ha sido la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte respecto de Chile y su impacto al nivel interno, se observa que no existe tal expropiación. Por el contrario, dichos pronunciamientos, en muchas oportunidades, han estimulado una discusión a fondo sobre los distintos temas siendo quizás el ejemplo más paradigmático el de *La última tentación de cristo*.

Con el fin de la dictadura militar los primeros casos enviados a la Comisión tuvieron relación con la aplicación de la ley de amnistía¹⁹. La Comisión había reiterado en diversas oportunidades respecto de Argentina, Uruguay²⁰ y El Salvador la incompatibilidad de dichas leyes con la obligación del Estado de garantizar el goce de los derechos consagrados en la Convención, puesto que impiden la investigación de los hechos y la sanción de los violadores a los derechos humanos. Recientemente la Corte Interamericana ha apoyado esta doctrina en el caso de la Masacre de Barrios Altos, declarando incompatible con la Convención una amnistía decretada por el Estado de Perú, declarándola nula y por lo tanto sin efecto jurídico alguno.

19 El impacto que estos informes han tenido en el ámbito nacional ha sido más bien escaso. Esta situación deja en evidencia que la mera emisión de informes por la Comisión no basta para estimular su consideración de manera efectiva, para ello se requiere de medios de comunicación independientes, y que exista una pluralidad de medios de comunicación.

20 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual 1993*, Caso 29-92.

El cuestionamiento que estamos analizando probablemente toma mayor fuerza respecto del caso del Uruguay, dado que la ley de amnistía adoptada fue ratificada por un plebiscito. Independiente de las críticas a la legitimidad de dicho plebiscito, se dirá que éste es un ejemplo en el cual se expropia la capacidad de decidir sobre amnistiar este tipo de violaciones a los derechos humanos. Con prescindencia de si uno está de acuerdo o no con la decisión de la Comisión, me parece que la existencia de un sistema internacional que cuestione la admisibilidad de leyes de amnistía respecto de violaciones que constituyen crímenes contra la humanidad²¹ hace que la sociedad se tome más en serio la decisión que vaya a tomar. La sanción de que el mundo está pendiente de la decisión servirá de estímulo para tener un debate más acabado sobre la legitimidad de dicha medida. En definitiva, la decisión última de aprobar o no una ley de amnistía estará dentro del Estado. Ahora bien, los efectos que dicha amnistía tenga fuera de las fronteras nacionales pueden ser escasos. Recordemos que la comunidad internacional, en este tipo de delitos, ha proclamado tener gran interés, con lo cual puede ser que se gatillee la jurisdicción universal o la fiscalía de la Corte Penal Internacional, una vez que este tribunal entre en funcionamiento²². Pudiendo a su vez volver a estimular un profundo debate sobre la legitimidad de las distintas decisiones que se han tomado a nivel nacional, como ocurrió con el caso del general PINOCHET.

Los otros informes emitidos por la Comisión, desde el retorno de la democracia, se han referido fundamentalmente a violaciones a la libertad de expresión. En este sentido fueron el caso del libro *Impunidad diplomática*, la película *La última tentación de Cristo* y el *Libro Negro de la Justicia*²³. De estos tres casos los dos últimos han tenido un fuerte impacto al nivel local. El de *La última tentación de Cristo* porque fue el primer caso en el que fue condenado Chile por la Corte Interamericana y porque ha sido la culminación de un proceso persistente de denuncias de violaciones a la libertad de expresión. Este caso es quizá el mejor ejemplo de lo falaz del argumento expropiatorio. La Corte dio un plazo razonable para que Chile adecuara su legislación a las exigencias de la Convención. El Estado decidió que para cumplir con dichas sentencias se debía reformar la Constitución eliminando la censura cinematográfica. Es decir la sentencia vino a impulsar una reforma que dormía en el Congreso, no se expropió a este órgano su decisión sino que se le estimuló para que cumpliera con su función.

Por su parte, el caso de Alejandra MATUS, ha tenido un impacto significativo, entre otras razones, por ser quizá un caso paradigmático de censura de la crítica a los poderes del estado. Este caso ha contado con una amplia cobertura de prensa quizá por el corporativismo propio de este gremio y por la decisión de Estados Unidos de darle a MATUS el estatus de refugiada política.

21 Resulta relevante el hecho que se trate de crímenes contra la humanidad ya que la comunidad internacional como un todo tiene un interés en su sanción de ahí que se eche mano a la jurisdicción universal, igualmente se puede observar este interés internacional al incluirse entre los crímenes perseguible por la Corte Penal Internacional. Es necesario destacar que este tribunal internacional no tendrá jurisdicción universal.

22 Probablemente los efectos que la comunidad internacional le dé dependerá del reconocimiento que se le dé al proceso en cuestión. Si la amnistía fue acordada entre cuatro paredes tendrá menos aceptabilidad a que si fue ampliamente debatida, escuchando a familiares de las víctimas, condicionándola a la entrega de información, etcétera.

23 De estos tres casos sólo el primero es un informe de fondo (Informe n° 11/96), los otros dos son informes de admisibilidad, "Olmedo Bustos y otros" (informe n° 31-98) y "Matus Alejandra" (Informe 55-00).

Estos casos, junto a otros factores, han determinado que finalmente se apruebe una nueva ley de prensa que elimina el artículo 6.b de la Ley de Seguridad del Estado.

En cuanto al primero caso, el libro *Impunidad diplomática*, tuvo escaso impacto a nivel nacional, tanto es así que el Estado de Chile ha mantenido la prohibición. La explicación de ello puede ser que no existió una campaña agresiva de difundir el informe en los medios de comunicación o, si existió, los medios no tuvieron interés en difundirlo; por otra parte, el sistema era relativamente desconocido en aquellos años a nivel interno. Sin embargo, a nivel internacional fue el primer informe que puso sobre aviso a la comunidad internacional sobre la situación de la libertad de expresión en Chile.

Por último, es importante tener en consideración que la capacidad de absorción y el volumen de casos enviados a la Comisión es relativamente menor. Así por ejemplo Perú, el país con más casos ante la Comisión, sólo tiene 194, en tanto que Chile tiene veinticuatro. Esto evidencia que, aun aceptando que por vía de la remisión de un caso se está delegando en burócratas internacionales las decisiones, la mayoría de los temas seguirán siendo resueltos a nivel nacional. Con lo cual el sistema tiene que seleccionar sus casos con criterios estratégicos para traer luz sobre situaciones violatorias de los derechos humanos.

Por último, el argumento de la expropiación parece desconocer el funcionamiento del derecho internacional y especialmente su cumplimiento. En efecto, siguiendo a Harold Koh, el proceso legal transnacional (*transnational legal process*) que él identifica como "el complejo proceso de interacción institucional por el cual normas globales no sólo son debatidas e interpretadas, sino que internalizadas por los sistemas legales domésticos"²⁴, tendría tres etapas. En la primera se produce una norma, en nuestro caso la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En la segunda se necesita una interpretación y cada uno de los distintos actores intenta convencer a los otros que la suya es la correcta. En el sistema interamericano esto puede ocurrir cuando se presenta una denuncia y los peticionarios tratan de convencer a la Comisión que su interpretación es la correcta, por su parte el Estado denunciado hará lo mismo, en definitiva la Comisión emitirá su propia versión, la cual podrá ser testada ante la Corte. Ya sea por el informe definitivo de la Comisión o por la sentencia de la Corte, se producirá una interpretación más o menos definitiva que regirá las futuras relaciones entre los actores. Por último, la tercera etapa es aquella en la cual los actores incorporan a su estructura legal y de valores la interpretación producida. En el sistema interamericano podríamos identificar esta etapa con la del cumplimiento de las decisiones de la Comisión y la Corte. En este proceso de interacción los Estados tienen una función primordial que cumplir, con lo cual no se produce una expropiación sino más bien un diálogo entre los distintos actores. Es posible que hasta ahora no haya habido suficiente conciencia sobre este aspecto, pero no se puede negar su existencia.

Si sumamos a lo anterior el hecho de que el cumplimiento de las sentencias de la Corte y las resoluciones de la Comisión en definitiva dependen del Estado y que el derecho internacional reconoce un margen al Estado para cumplir con estas decisiones, entonces vemos que siempre la pelota volverá a las autoridades locales.

²⁴ HONGIU, Koh Harold, *Review Essay: Why do nations obey international law?*, en "Yale Law Journal" 2599, n° 105.

El funcionamiento del sistema interamericano, entonces, es similar al propuesto por GARGARELLA en *La justicia frente al gobierno*²⁵. El sistema interamericano de derechos humanos pareciera ser un sistema de reenvío al Estado llamándole la atención sobre la violación del derecho internacional, diciéndole: "inténtelo de nuevo". Es claro que existen diferencias importantes entre el sistema interamericano y el funcionamiento del control de constitucionalidad propuesto por GARGARELLA, pero la lógica es similar.

Es importante destacar que tanto la Comisión y la Corte como el Estado tienen incentivos para dialogar los unos con el otro. Para los órganos del sistema este diálogo se tiene que producir porque sin el Estado sus decisiones no se cumplirán y estarán destinadas a acumular polvo en algún estante, en tanto que el Estado puede ver seriamente dañada su imagen internacional.

V. Crisis de legitimidad o déficit democrático

Para finalizar intentaré hacerme cargo de la crítica dirigida a los órganos del sistema en cuanto a su falta de legitimidad. Al respecto creo que se pueden intentar distintos tipos de respuestas.

La primera, los órganos del sistema son más parecidos a los poderes judiciales nacionales que al Congreso o el Poder Ejecutivo; respecto de los primeros en el ámbito local no se exige una generación democrática de sus miembros, es más, hay quienes cuestionarían una democratización absoluta de los poderes judiciales. Por lo cual se puede argumentar que este ataque a la Comisión y a la Corte no es del todo apropiado. Sin embargo, se podrá decir que al nivel interno existe un diseño institucional que hace menos problemático dicho déficit democrático de los poderes judiciales. Pero siguiendo con el símil de los poderes judiciales, la legitimidad o la falta de ella en órganos como la Comisión y la Corte estará dada, en parte, por la calidad de sus decisiones, debiendo evaluarse el razonamiento de las mismas, no siendo el único parámetro para determinar su legitimidad la forma en la cual son generada sus autoridades.

Me parece que se puede argumentar que en la medida que los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos sean democráticos, los miembros de la Comisión, al ser elegidos por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, tienen una cierta cuota de origen democrático. Igual argumento servirá para la Corte, toda vez que los jueces son elegidos por los Estados partes de la Convención Americana. Estoy consciente que este argumento es muy débil.

Por otra parte, la explicación del mecanismo de elección de los miembros tanto de la Comisión como de la Corte se deriva del concepto tradicional de la soberanía y del principio de la independencia e igualdad entre los Estados. De acuerdo con la visión tradicional del derecho internacional, los sujetos de derecho son los Estados, con lo cual el principio democrático debe ser reformulado al considerar un estado un voto, en lugar de una persona un voto, efectuada esta operación se observa que los miembros de estos órganos tienen una especie de generación democrática. En definitiva son los propios Estados los que han diseñado esta forma de generación de los miembros de los dos organismos de protección. De esta forma cada Estado se ha asegurado que su voto no pierda fuerza frente a Estados más populosos.

²⁵ GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ed. Ariel, 1996, Barcelona, ps. 174 y siguientes.

Es necesario destacar que éste es un sistema que no ha alcanzado su plena madurez, quizá sea necesario reformar alguna de sus instituciones para que los distintos integrantes de estas burocracias internacionales sí sean elegidos de manera democrática en su sentido tradicional. Pero mientras ello no ocurra no creo que la mejor alternativa sea desmantelar este aparato o dejar de usarlo.

Sin perjuicio de la plausibilidad o no de los argumentos anteriormente enunciados, a mi entender el criterio más importante de legitimidad, dado el valor asignado al sistema, es el de las consecuencias que recurrir al sistema ha tenido para sectores marginales. En este sentido creo que no hay duda que pasa la prueba ya que ha permitido dejar en libertad a personas que fueron injustamente detenidas y condenadas²⁶, ha servido para que las leyes de desacato fueran derogadas en Argentina, ha facilitado la entrega de tierras a indígenas en el Paraguay, ha revitalizado una reforma constitucional que eliminará la censura cinematográfica en Chile, entre otros efectos dignos de destacar.

VI. Conclusión

Puede ser cierto que el ideal sería que los Estados, sin necesidad de denuncias internacionales, garantizaran el pleno goce de los derechos humanos y los respetaran, pero mientras eso no ocurra creo que a una víctima no le podría importar menos la razón por la cual las violaciones a sus derechos hayan cesado con tal que ello ocurra.

Soy consciente que la sola presentación de casos no producirá los efectos que se desean, dicha presentación debe ir acompañada de un fuerte *lobby* a parlamentarios forzándolos a hacerse cargo de las violaciones que se denuncian; es probable que la presentación en el ámbito internacional torne atractivo para algunos parlamentarios el hacerse cargo de la situación que se denuncie. De igual forma se debe trabajar con funcionarios del poder ejecutivo, en ciertos casos la presentación de denuncias puede potenciar esfuerzos que se estén haciendo desde el ejecutivo para un mayor goce de los derechos. Así, por ejemplo, la denuncia puede ser un elemento más a la hora de negociar una solución con la oposición (sea cual sea la oposición de turno.) Por último, se debe efectuar un trabajo ante el poder judicial. Una posible alternativa es comenzar a incluir dentro de las delegaciones internacionales, tanto las que van a negociar un tratado como las que van a defender al Estado ante una denuncia, a miembros de dicha rama.

En suma, la presentación de denuncias debe ser parte de una estrategia política más global que el caso concreto. No se puede perder de vista que es en el país donde en definitiva se gozarán o dejarán de gozar los derechos. De poco sirve el acumular informes o sentencias condenando al Estado si ello no produce un cambio en el goce de los derechos, pero me cuento entre los que creen que hay más posibilidades de lograr este goce si existen organismos internacionales que supervisen el cumplimiento de las obligaciones internacionales.