

GLOBALIZACIÓN, DERECHOS HUMANOS Y DÉFICIT DEMOCRÁTICO

La vocación universal del sistema internacional de protección de los derechos humanos comienza a hacer sentir sus efectos en los sistemas jurídicos nacionales. No debe extrañarnos que algunos autores comiencen a hablar de la "constitucionalización" del sistema de protección internacional de los derechos humanos. Esta constitucionalización no es otra cosa que la aplicación de las doctrinas del efecto directo (también llamado efecto de autoejecutabilidad) y de la supremacía en el ámbito de la protección de los derechos humanos.

Ciertamente; cuando se pueda decir que un cierto derecho humano constituye *jus cogens*, no hay duda que ese derecho humano desafía el concepto de soberanía, ya que se prescinde de la voluntad del Estado en la formación de la norma y se restringe su poder de pactar en contrario. Existe cierto consenso en que el genocidio, la esclavitud y la trata de esclavos, la discriminación racial, la tortura, el asesinato y la desaparición de personas, y otros crímenes de lesa humanidad están prohibidos por normas de *jus cogens*²⁰. Pero no se puede decir que todos los derechos humanos constituyan efectivamente *jus cogens*²¹.

En la medida en que el sistema internacional de protección de los derechos humanos siga siendo un sistema basado en las fuentes del derecho tradicionales (tratados y costumbre) y en que las violaciones a las obligaciones adquiridas se sigan manejando a un nivel interestatal, se podrá decir que el sistema de protección internacional de los derechos humanos no afecta seriamente el concepto de soberanía. Sin embargo, en el último tiempo, los individuos están adquiriendo un rol más importante en la defensa de los derechos que los Instrumentos internacionales les reconocen. De he-

²⁰ Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States (1987) elaborado por el American Law Institute.

²¹ Ver comentario al párrafo 702 del Third Restament.

cho, en el contexto europeo, el artículo 25 del Convenio Europeo de Derechos Humanos permite que los individuos presenten directamente reclamos ante la Comisión Europea. A partir de la entrada en vigor del Protocolo 11, la cláusula que permite la intervención de los individuos deja de ser opcional. Además, con la entrada en vigencia del Protocolo 9, se permite que los individuos intervengan directamente ante la Corte Europea²². Otra importante observación que se debe hacer en esta área es que los individuos pueden ellos mismos incurrir en responsabilidad por la violación del derecho internacional. Es así como se ha previsto la creación de una Corte Penal Internacional para juzgar a quienes cometan graves delitos, tales como crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad²³. Estas tendencias en el derecho internacional de los derechos humanos contribuyen a disipar la imagen tradicional de un derecho internacional público meramente interestatal. Sin embargo, persiste la idea de que los Estados siguen siendo los principales actores en la medida en que son ellos mismos quienes crean las reglas que los gobiernan. Un verdadero cambio a este cuadro, en el que la soberanía juega todavía un papel preponderante, podría sobrevenir como resultado de la aplicación generalizada de las doctrinas del efecto directo y de la supremacía en relación con los tratados de derechos humanos.

Tanto el efecto directo como la cuestión de la supremacía de los tratados internacionales sobre el derecho interno, se pueden aplicar a todo tipo de tratados sin importar la materia de que tratan. Esto es más claro respecto del efecto directo que de la supremacía. Los países han adoptado soluciones diversas en relación con los efectos y el lugar que deben ocupar los tratados internacionales dentro de los sistemas jurídicos nacionales. El espectro se extiende desde aquellos países, como el Reino Unido, en que los tratados requieren de un acto expreso de transformación en norma de derecho interno, sin el cual los tratados carecen de vigencia interna, hasta aquellos países, como Holanda, en que la Constitución otorga su-

²² Entró en vigor el 1 de octubre de 1994.

²³ El Estatuto de la Corte Penal Internacional se puede encontrar en www.un.org.

premacia a los tratados internacionales autoejecutables sobre toda la legislación nacional, incluida la propia Constitución³⁴. En esta parte, el análisis se referirá sólo a los tratados internacionales sobre derechos humanos por cuanto ésta es una de las áreas donde ha emergido con más fuerza el tema de la constitucionalización del contenido de los tratados internacionales. Además, ésta es una de las áreas en las que se pueden apreciar más nítidamente las contradicciones que en ocasiones se producen entre la política del Estado y el derecho internacional³⁵.

En Chile, la reforma a la Constitución de 1980 que tuvo lugar en 1989, introdujo el siguiente inciso segundo al artículo 5º de la Constitución:

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Esta disposición no señala en forma expresa que los tratados de derechos humanos prevalezcan sobre la Constitución ni sobre el resto de la legislación nacional. Sin embargo, buena parte de la doctrina parece entender que el efecto de este inciso segundo es otorgar supremacía a este tipo de tratados sobre la legislación interna. Lamentablemente no ha quedado registrada la discusión que se llevó a cabo en el seno de la Comisión de Negociación Política que elaboró la enmienda al artículo 5º. Sólo podemos contar con el antecedente de algunos comisionados, como Francisco Cumplido, que manifiestan que, en relación con lo que debe entenderse por derechos esenciales de la persona humana, "la idea que se quiso reflejar en la reforma al artículo 5 es que todos los derechos asegurados

³⁴ Ver art. 94 de la Constitución de los Países Bajos.

³⁵ La otra área es el derecho internacional del comercio internacional.

en la Constitución Política de 1980, sean políticos, civiles, económicos y culturales tienen tal carácter"³⁶. En cuanto a la jerarquía que ocupan los tratados internacionales de derechos humanos, ratificados por Chile y vigentes, el profesor Cumplido señala que:

La cuestión de interpretación que puede presentarse es en el caso en haya en un tratado internacional una disposición incompatible con la Constitución de 1980, porque aquí tendría el intérprete que señalar cuál es el que prevalece. Si Uds. observan, la Constitución los colocó en un mismo rango, porque habla de asegurar los derechos garantizados por esta Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. Los colocó en un mismo plano.

Cuando se discutió, la verdad es que no se quiso zanjar expresamente —se los digo con toda honestidad— porque de ser zanjado en ese momento es muy posible que se hubiera entrabado la reforma constitucional. Entonces los negociadores llegamos a la conclusión de que esto debería ser interpretado por un tribunal. Uds. dirán que es una mala técnica constitucional... y es una mala técnica, no cabe la menor duda, es una mala técnica legislativa. Pero, frente a la situación en la que nos encontramos, de tener que convenir con un gobierno militar reformas constitucionales que para nosotros eran fundamentales para poder transitar a un régimen democrático, teníamos que aceptar situaciones de incertidumbre y también situaciones de insuficiencia técnica como la que describo. Son los tribunales los que, en consencuencia, van a resolver la situación frente a la incompatibilidad³⁷.

³⁶ Cumplido, F, "Historia de una Negociación para la Protección y Garantía de los Derechos Humanos", en Irigoien (ed.), *Nuevas Dimensiones en la Protección del Individuo*, Estudios Internacionales, Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, pág. 194.

³⁷ *Ibid*, pág. 195.

La verdad es que la reforma, tal como se hizo, no sólo es criticable por haber hecho uso de una 'mala técnica constitucional', como la llama el profesor Cumplido, sino por haberse omitido en su discusión los procedimientos de la democracia: la transparencia y la participación. Tal vez esta omisión es entendible, atendido el hecho de que se estaba negociando con un gobierno militar no democrático, pero esto no disminuye los peligros que la constitucionalización de los tratados de derechos humanos encierran para la democracia misma. En particular, uno de los peligros más notorios se refiere al rol que se asigna al poder judicial en cuestiones de derechos humanos. Ciertamente no se podría criticar el hecho de que se haga ver al poder judicial que sobre él recae un importante rol en la defensa de los derechos humanos. Este rol lo deben cumplir todos los órganos del Estado sin excepción. El problema grave que acarrea la constitucionalización de los tratados de derechos humanos, es que ella implica depositar en los tribunales de justicia la responsabilidad última para solucionar los problemas de derechos humanos que afectan al país.

Sobre este punto resulta muy conveniente tener presente lo que ha acontecido en Argentina en relación con el tema de la incorporación de los tratados de derechos humanos al sistema jurídico interno. En Argentina también se llevó a cabo una reforma a la Constitución (1994) que otorgó jerarquía constitucional a ciertos tratados de derechos humanos. Es así como el actual artículo 75 No. 22 de la Constitución Argentina entrega al Congreso la facultad de:

Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo Facultativo; la Convención

sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de la dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Por lo tanto, en el caso de Argentina nos encontramos frente a una disposición que en forma expresa ha otorgado jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por la Argentina. Sin embargo, se ha dicho que en la práctica esta enmienda a la Constitución no ha surtido el efecto de una efectiva absorción del derecho internacional de los derechos humanos por parte de la comunidad jurídica argentina³⁰. 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. Se dice

³⁰ Levit, J., "The Constitutionalization of Human Rights in Argentina: problem or Promise?" en *Columbia Journal of Transnational Law* (1999), vol. 37, págs. 281 y ss.

que no hubo participación de los movimientos de derechos humanos y que el tema de la jerarquía de los tratados de derechos humanos se vinculó directamente con el tema de la incorporación de Argentina a los procesos de integración regional³⁹. No hubo una discusión sobre la necesidad de priorizar algunos derechos sobre otros, ni sobre las diferencias que existen entre las distintas especies de derechos humanos, ni hubo debate sobre la importante cuestión de la autoejecutabilidad de las cláusulas de los tratados. El resultado es que el órgano del Estado sobre quien recae la responsabilidad última de decidir sobre la jerarquía de una determinada cláusula de un tratado de derechos humanos es el poder judicial, en la medida que es este órgano a quien corresponde finalmente decidir sobre el efecto directo de los tratados en el orden interno⁴⁰. Como dice Levit:

Si bien los tribunales argentinos no están cumpliendo con su cometido, ellos son los actores transnacionales domésticos clave y deberían servir de nexo crucial entre las garantías constitucionales que se encuentran escritas y la vindicación de derechos individuales. Ellos pueden fortalecer los tratados de derechos humanos e interpretar las normas internacionales. Ellos son, para todos los efectos y propósitos, la correa de transmisión nacional, que lleva las normas internacionales de derechos humanos a un nivel individual, de tal manera que transportan el derecho internacional hacia la unidad más fundamental dentro de la sociedad nacional⁴¹.

Cabe preguntarse hasta qué punto es legítimo reprochar sólo a los jueces el hecho de no implementar con fuerza la constitucionalización de los tratados de derechos humanos. Es posible que, en efecto, algunos jueces carezcan de la voluntad necesaria para im-

³⁹ *Ibid.*, págs. 314-323.

⁴⁰ *Ibid.*, págs. 322 y 322.

⁴¹ *Ibid.*, pág. 329 (traducción de la autora).

plementar en la práctica el estatus constitucional de los tratados de derechos humanos, pero también es posible pensar que en muchos casos los jueces pueden no sentirse preparados para tomar una decisión sobre autoejecutabilidad cuando ésta plantea la necesidad de reformar un conjunto de instituciones del derecho interno, reformas que deberían discutirse más propiamente por el Congreso.

Pero volvamos a la situación de los tratados de derechos humanos en Chile. Como ya se ha dicho, la disposición constitucional no es expresa en el sentido de otorgar jerarquía constitucional a este tipo de tratados. Ha sido la doctrina, entonces, la encargada de interpretar la norma. Aquellos que consideran que el artículo 5º efectivamente otorga jerarquía supralegal a los tratados de derechos humanos no han podido basarse en la simple redacción de la disposición y por eso han buscado una base más amplia para justificar su interpretación. Esta base más amplia la han encontrado en una teoría monista de las fuentes del derecho, que otorga, en el ámbito nacional, primacía al derecho internacional sobre el derecho interno. Esta teoría tiene unos efectos amplísimos, tan amplios que si uno está dispuesto a llevarla hasta sus últimas consecuencias, a partir de la modificación del artículo 5º de la Constitución todos los tratados internacionales habrían adquirido primacía supraconstitucional.

Básicamente la teoría que se ha elaborado para explicar por qué los tratados tienen jerarquía constitucional o supraconstitucional en el sistema jurídico chileno se basa en una distinción entre vigencia y aplicabilidad de los tratados internacionales, por una parte, y en una excéntrica interpretación del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), por la otra⁴². Pero, como trataré de demostrar, la distinción entre vigencia y aplicabilidad de los tratados no conduce a las conclusiones que se quieren esta-

⁴² Ver Nogueira, H., "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno", *Ius et Praxis*, (1997) año 2, nº 2, págs. 9 y ss; Pfeiffer, E., "Constitución Política de la República y tratados internacionales", *ibid.*, pág. 63 y ss; Cumpido, "Los Tratados Internacionales y el Artículo 5º de la Constitución", en *ibid.*, págs. 93 y ss.

blecer y la interpretación del artículo 27 de la Convención de Viena debe ser desechada por errónea.

Quiénes enfatizan la distinción que existe entre vigencia y aplicabilidad, señalan que la Constitución, a través de la institución de la incorporación de las normas internacionales, reconoce la aplicabilidad del derecho internacional en el derecho interno, pero la validez de esas normas sigue rigiéndose por el derecho internacional⁴³. Dicho esto, estos autores concluyen que una vez reconocida la aplicabilidad de una norma de derecho internacional no podría ésta modificarse ni derogarse en el ámbito interno, puesto que su validez depende del derecho internacional y de los procedimientos de modificación y derogación previstos en el ámbito internacional. Para estos autores, mediante este tipo de remisiones "la Constitución defiere por completo a otro sistema normativo... la determinación de los presupuestos de validez de las normas que eventualmente han de integrarse en el ordenamiento organizado por la Constitución". Y agregan que: "En ningún otro tipo de remisión concurre esta circunstancia". Llama la atención que estos autores no reparen en que está misma distinción la puede emplear el derecho internacional privado para explicar la incorporación de normas extranjeras al derecho interno, sin que por ello se pueda concluir que las normas extranjeras prevalecen sobre el derecho nacional. Pero lo más importante es que se ignora una objeción fundamental: si bien la Constitución no puede eliminar la validez de los tratados en el ámbito internacional, nada parece impedir que la Constitución decida eliminar la "aplicabilidad" de un tratado en el ámbito nacional. La posición de estos autores confunde, por lo tanto, la posibilidad de incumplir una obligación internacional mediante la derogación interna de las cláusulas de un tratado con las posibilidades de derogación de las normas internacionales en el ámbito internacional. Cuando un Estado decide, por ejemplo, derogar una disposición de un trata-

⁴³ Requejo Pages, "Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español", *Revista Española de Derecho Constitucional*, (enero-abril, 1992), N° 34, págs. 41 y ss. Ver también, Nogueira, *loc.cit.* págs. 9-11.

do que había sido incorporada a su derecho interno, no deroga por ese hecho la existencia del tratado internacional en el ámbito internacional. Si lo derogara sería imposible para la contraparte reclamar internacionalmente el cumplimiento del tratado.

Tal vez toda esta confusión resulte de un cierto temor a ser llamado *dualista*. Los dualistas miran el derecho internacional y el derecho interno como dos sistemas totalmente independientes. Ser dualista, según algunos defensores de los derechos humanos, significa desconocer la relevancia del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito del derecho interno, lo cual aparece como un contrasentido ya que el objeto mismo del derecho internacional de los derechos humanos es la promoción de su respecto por cada Estado en relación con su propia población. Se puede apreciar también un temor a ser calificado como un monista, de aquellos que le otorgan primacía al derecho nacional sobre el internacional. Un monista de esta especie tampoco parece ser un buen amigo de los derechos humanos, por cuanto subordina toda la evolución del derecho internacional de los derechos humanos al sistema jurídico nacional, siendo que está claro que los sistemas nacionales no otorgan las necesarias garantías de respecto hacia los derechos fundamentales. Sólo estos dos temores pueden explicar que muchos autores ignoren que la distinción entre validez y aplicabilidad en ningún caso puede ella misma derivar en otorgar supremacía a los tratados de derechos humanos sobre el derecho interno.

La distinción entre validez y aplicabilidad se destruye así misma y sólo resta, entonces, invocar el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La citada disposición establece que: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". En Latinoamérica, muchos autores han tendido a interpretar este artículo 27 como si estableciera una jerarquía suprallegal del derecho internacional en los ordenamientos jurídicos internos. La verdad es que esta norma solamente se refiere a la jerarquía del derecho internacional sobre el derecho nacional *en el ámbito internacional*. Es por ello que Pastor Ridruejo manifiesta, con toda razón, que: "el derecho Internacional Positivo no

toma partido por los postulados básicos del dualismo o del monismo" sino que "ésta es una cuestión que deja a los Derechos Internos"⁴⁴. En el ámbito internacional, ciertamente que tiene supremacía el derecho internacional sobre el derecho interno. De esta manera, si un Estado incumple sus obligaciones internacionales, no puede excusar este incumplimiento mediante la invocación de su derecho interno. Esto es lo que dice el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y es recogido también en el artículo 4 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados, que fuera aprobado en primera lectura por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1996. El mencionado artículo 4 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad establece lo siguiente:

El hecho de un Estado sólo podrá calificarse de internacionalmente ilícito según el derecho internacional. En tal calificación no influirá el que el mismo hecho esté calificado de lícito según el derecho interno.

El artículo 27 de la Convención de Viena no admite otra interpretación. En ningún caso se puede entender que obliga a los Estados a otorgar a los tratados internacionales primacía sobre el derecho interno en los sistemas jurídicos nacionales de los Estados. Esta conclusión se puede apoyar en la historia fidedigna de la incorporación de este artículo 27 en la Convención de Viena. Fue Pakistán quien, en la primera sesión de la Conferencia de Viena, en el año 1966, propuso incorporar esta disposición, con el objeto de despejar todas las dudas en cuanto a que una parte en un tratado no podía invocar su derecho internacional para eludir su responsabilidad por el incumplimiento de un tratado⁴⁵. La Comisión de Derecho Internacional explicó que la omisión de una dis-

⁴⁴ Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, pág. 195.

⁴⁵ A/CONF.39/C.1/L.181. Específicamente, la enmienda propuesta por Pakistán estaba redactada de la siguiente forma: "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser ejecutado por ellas de buena fe; las partes no podrán invocar las disposiciones de su Constitución o de sus leyes como justificación del incumplimiento de este deber".

posición tal como la propuesta por Paquistán se debía a que, en su momento, se pensó que ese tipo de disposición pertenecía más al campo de la responsabilidad de los Estados que al derecho de los tratados⁴⁶. En efecto, Sir Humphrey Waldock, redactor del proyecto de convención y consultor técnico de la conferencia señaló que:

El principio de la enmienda del Paquistán es un principio de derecho internacional generalmente reconocido, pero la Comisión consideró que caía en el ámbito de la responsabilidad de los Estados aunque guardara cierta relación con el derecho de los tratados. Al principio [él] se preguntó si no debía omitirse pura y simplemente este principio en el proyecto actual⁴⁷.

La verdad es que, ciertamente se trata de una materia que se relaciona directamente con la responsabilidad internacional de los Estados por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales derivadas de los tratados. Por este motivo muchas delegaciones estimaron que incluir la disposición propuesta por Paquistán era innecesario. Así lo entendieron los delegados de los Estados Unidos,⁴⁸ de Italia⁴⁹ y de Francia.⁵⁰ Chile, por su parte, no se aleja de la

⁴⁶ Sinclair, I. *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 1973 [1984], pág. 84.

⁴⁷ *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados*, Primer período de sesiones (1968). *Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria*, Nueva York 1969, para. 73, pág. 174.

⁴⁸ El Sr. Briggs (EEUU) indicó que: "En cuanto a la enmienda de Paquistán, el representante de los Estados Unidos está de acuerdo con el principio que en ella se enuncia, pero estima que dicho principio corresponde más a una convención sobre la responsabilidad de los Estados que a una sobre el derecho de los tratados" (*Ibid*, para. 69, pág. 167).

⁴⁹ El Sr. Maresca (Italia) señaló lo siguiente: "En la enmienda del Paquistán se propone que se inserte un concepto que, de hecho, siempre ha prevalecido en derecho internacional." (*Ibid*, para. 43, pág. 171).

⁵⁰ El Sr. de Bresson (Francia) dijo que: "La delegación de Francia no pone objeciones a la idea propuesta por Paquistán, pero no cree que sea necesaria la adición". (*Ibid*, para. 55, pág. 172).

interpretación general que se otorgó a la propuesta paquistaní. Es así como el delegado Barros expresó que:

La delegación de Chile cree muy conveniente la idea que inspira la enmienda de Paquistán y estima que sería aconsejable incorporar al proyecto una cláusula que establezca expresamente la prohibición de invocar las propias leyes constitucionales para eludir el cumplimiento de los tratados. Nada hay que oponer a que un Estado pueda invocar su Constitución para negarse a suscribir un tratado, pero cuando un Estado se obliga mediante un tratado no es justificable que trate después de eludir su cumplimiento invocando su Constitución y aún menos su legislación nacional ordinaria⁵¹.

Por lo tanto, en ningún caso se pensó que la enmienda paquistaní traería como consecuencia obligar a los Estados a otorgar primacía al derecho internacional sobre el derecho interno. Ningún Estado votó en contra del artículo 27, lo cual merece especial consideración atendido el hecho de que, entre los Estados que aceptaron la norma, se encontraban varios Estados que sólo otorgan, en su derecho interno, jerarquía legal a los tratados. ¿Cómo podrían, entonces, haber aceptado una disposición que habría traído como consecuencia la necesidad de efectuar una reforma radical a su derecho constitucional?

Pero la mejor prueba de que el artículo 27 jamás tuvo la intención de transformarse en una norma sobre la jerarquía interna de los tratados, la constituye el rechazo de una enmienda presentada por Luxemburgo en el segundo período de sesiones de la Conferencia de Viena. Luxemburgo propuso que se incorporará a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados una disposición similar al artículo 5º del Tratado de Roma que creó la Comunidad Europea. Esta disposición consagraría la obligación de los Estados partes de

⁵¹ *Ibid.*, para. 33, pág. 170.

adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar la ejecución de las obligaciones derivadas del derecho comunitario. La idea de Luxemburgo era que la Convención de Viena incorporara una disposición en el sentido de obligar a los Estados a adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la ejecución de un tratado en el plano doméstico. Esta enmienda podría haber significado la aceptación de una obligación internacional de otorgar jerarquía supraconstitucional a los tratados. Por este motivo fue rechazada. Como dijo el representante de los Estados Unidos:

6. Cada Estado tiene derecho a determinar qué enunciado jurídico tiene mayor peso en la jurisdicción interna, cuando estén en pugna las leyes del país, y el artículo 23 bis [actual 27] aprobado por la Comisión Plenaria no menoscaba en modo alguno ese derecho. Tampoco afecta a los procedimientos internos para determinar la primacía del derecho interno, ya sea mediante una decisión basada en la relación cronológica entre las diversas medidas legislativas o mediante una decisión judicial sobre cuestiones constitucionales. El artículo estipula solamente que una parte en un tratado no puede justificar en el plano internacional su incumplimiento de una obligación convencional internacional invocando disposiciones de su derecho interno. Su delegación estima que esa norma, que está en consonancia con la práctica internacional general y, concretamente, con la práctica internacional de los Estados Unidos, merece ser adoptada por la Conferencia... 7. En cambio la propuesta de Luxemburgo no parece que agregue nada al artículo 23 bis [actual 27] y podría alterar el equilibrio entre las disposiciones del artículo 23 y el artículo 23 bis. De ahí que su delegación no pueda apoyarla⁵².

⁵² Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. Segundo Período de Sesiones (1969) Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria, Nueva York, 1970, pág. 54.

La enmienda propuesta por Luxemburgo no fue aprobada, con lo cual toda duda que hubiera quedado sobre el verdadero significado del artículo 27 de la Convención de Viena, queda definitivamente despejada.

Mediante una interpretación a mi juicio errada del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y sobre la base de una distinción inconducente entre vigencia y aplicabilidad, parte de la doctrina latinoamericana y chilena intenta asegurarse que el poder constituyente y el legislativo no puedan derogar en el plano nacional los tratados de derechos humanos promulgados en Chile. Esta tendencia a justificar la jerarquía supralegal de los tratados de derechos humanos en una teoría de las fuentes ha significado que se pierda de vista lo fundamental: que el problema de los derechos humanos no se resuelve con meras transformaciones en el ámbito jurídico, sino que es necesario crear un *ethos* de respeto a los derechos humanos que atraviese todos los sectores de la sociedad y todos los órganos del Estado. En Europa este *ethos* que cruza todos los sectores políticos se fue creando partir de los horrores de la Segunda Guerra Mundial y el genocidio del pueblo judío. En América Latina la cuestión de los derechos humanos surge a partir de los horrores cometidos por un sector político en contra del otro. No es la mejor manera, entonces, de crear un *ethos* generalizado de respeto por los derechos humanos el darles supremacía en forma espúrea. No se puede crear este *ethos* al margen de los factores que otorgan legitimidad a las normas. Y la legitimidad sólo puede provenir de una discusión abierta y participativa sobre cuáles derechos no están sujetos a la regla de la mayoría; en otras palabras, los derechos que constituyen, en palabras de Dworkin, "cartas de triunfo" frente a las decisiones mayoritarias. No es sano tratar de eludir el debate político mediante la construcción de una teoría de las fuentes del derecho cuyos fundamentos son más bien débiles.

John Jackson identifica varias razones por las cuáles no sería conveniente otorgar efecto directo ni jerarquía supralegal a los tratados, en general. La primera objeción se refiere al llamado déficit democrático. Esta objeción depende del grado de participación democrática que exista en cada sistema nacional en relación con la celebración de tratados internacionales. Además, Jackson plantea que se debe tener

presente que muchos tratados permiten el desarrollo de toda una normativa secundaria derivada a las decisiones de órganos internacionales, respecto de los cuales también cabe aplicar la objeción democrática.⁵³ Otra de las razones que podrían contradecir un sistema de efecto directo y supremacía, se refiere a la conveniencia práctica que existe en que el Estado mantenga la posibilidad de violar un tratado en determinadas circunstancias. Tal vez esto suene escandaloso para ciertos internacionalistas, sin embargo, excluyendo los tratados de derechos humanos y los relativos al derecho humanitario, no es difícil concebir situaciones en que es conveniente y explicable que el Estado viole sus obligaciones internacionales. Por ejemplo, en el caso en que un Estado parte en un tratado bilateral viola gravemente sus obligaciones, la contraparte puede, como medio para presionar al otro Estado a cumplir, violar también sus obligaciones. Es perfectamente posible concebir que para tomar esta medida, se requiera la dictación de una ley que derogue o suspenda la aplicación del tratado en el ámbito interno. Algunos dirán que esto contradice la regla fundamental de *pacta sunt servanda*, que es una norma de *ius cogens*. A esto se responde de la siguiente manera: el principio de *pacta sunt servanda* es un principio fundamental del derecho internacional y como tal no admite derogación, sin embargo nada obsta a que el principio se derogue o modifique en casos específicos, como ocurre por ejemplo cuando un Estado decide condonar la deuda de otro o cuando un tratado termina porque ha operado un cambio fundamental en las circunstancias (cláusula *rebus sic stantibus*). Por lo tanto, en el caso del *pacta sunt servanda* estamos frente a un principio fundamental pero no se podría calificar esta regla de *ius cogens*.

En el terreno de los tratados sobre derechos humanos, Rodrigo Correa identifica dos razones por las cuales, en algunos casos, puede no ser conveniente otorgar efecto directo y supremacía a estos tratados⁵⁴. Su primera objeción se refiere al hecho de que el texto de

⁵³ Jackson, "Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis", *American Journal of International Law* (1992), vol. 86, págs. 323, 324, 330 y 331.

⁵⁴ Correa, "International Treaties under the Spell of Brown", ponencia presentada en el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política: The Rule of Law, June 8-11, 2000, próximo a publicar en la *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*.

muchos tratados, debido al proceso de adopción del texto en el ámbito internacional, tienen una textura demasiado abierta y ambigua, y contienen delegaciones muy amplias. Su segunda objeción se refiere a un hecho, ya apuntado anteriormente, al hecho que el efecto directo y la supremacía, entreguen la responsabilidad última por la observancia de los derechos humanos al poder judicial. Correa centra su segunda objeción en la ausencia de una doctrina de *stare decisis* en los sistemas jurídicos latinoamericanos, que traería consigo múltiples interpretaciones sobre el contenido de los derechos, lo que no ayudaría finalmente a la causa de los derechos humanos. A la primera objeción se podría responder señalando que la Constitución y las leyes también adolecen de ambigüedades. Es la segunda objeción de Correa, entonces, la que es más importante por cuanto, en la medida en que las decisiones de los tribunales internos queda sometida al escrutinio de comisiones y tribunales internacionales, se corre el riesgo de que el contenido de los derechos pierda legitimidad.

Algunos podría señalar que mis afirmaciones son falsas puesto que el sistema Europeo de protección de los derechos humanos demuestra que la existencia de instancias supranacionales de control son enteramente ventajosas para la promoción del debido respecto a los derechos humanos. Este tipo de observación omite un importante factor: la Corte Europea de Derechos Humanos ha desarrollado la doctrina del margen de apreciación que permite establecer una adecuada distribución de poderes entre el Convenio Europeo de Derechos Humanos y los Estados partes. Es mediante la doctrina del margen de apreciación que en el sistema Europeo se trata de hacer frente a la objeción democrática. Mahoney parte del supuesto, que muchos de nosotros compartimos, que la democracia es el mejor sistema de gobierno para garantizar el debido respecto de los derechos humanos. Es en base a este supuesto básico que el explica la función de la doctrina del margen de apreciación del siguiente modo:

Cualquier teoría sobre la interpretación o la revisión judicial efectuado por la Corte tiene que ser compatible con aquel básico supuesto de la teoría política. En

una sociedad democrática pluralista existirá respecto de muchos de los tópicos cubiertos por el Convenio un espectro de opiniones diferentes pero aceptables. Frecuentemente, el aspecto de la Convención que se someterá a la decisión de la Corte se referirá a si la decisión de las autoridades nacionales se mantuvo dentro del espectro permitido. Adscribir a ese aspecto de la decisión judicial la etiqueta de "margen de apreciación" no agrega nada al Convenio⁵⁵.

Esta doctrina del margen de apreciación no tiene parangón en el sistema Interamericano de derechos humanos, con lo cual se hacen patentes los riesgos de la llamada globalización de los derechos humanos. Para apreciar mejor esos riesgos es útil hacer mención de algunos de los derechos respecto de los cuales no sería correcto retirarlos del mundo de las decisiones democráticamente tomadas. Un primer ejemplo lo constituye la libertad de expresión. Los términos en que se encuentra redactada la Convención Americana de Derechos Humanos, al prohibir toda forma de censura no autorizada por la propia Convención, no permiten la aplicación de la doctrina del margen de apreciación⁵⁶. De esta manera, en los países Latinoamericanos parece haberse excluido la posibilidad que la sociedad discuta abiertamente la relación que existe entre libertad de expresión e igualdad, por mencionar una. Se ha excluido la posibilidad que la libertad de expresión se restrinja en algunos casos mediante la aplicación de censura previa para garantizar una mayor igualdad entre los distintos miembros de la sociedad. Pienso, por ejemplo, en una discusión que se podría dar en el ámbito de la pornografía y su relación con la discriminación de la mujer, o en el ámbito del poder e influencia que otorga el poder económico que per-

⁵⁵ Mahoney, "Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin", *Human Rights Law Journal* (1990), vol. 11, pág. 80.

⁵⁶ Ver Artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y comparar con el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

mite manejar los medios. Es posible que uno no esté de acuerdo en censurar la pornografía para otorgar mayor igualdad a la mujer, pero no me parece adecuado excluir la posibilidad de que sean los propios ciudadanos los que finalmente decidan. Para poner otro ejemplo, ¿qué pasaría si la Corte Interamericana decidiera que hay que reformar el nuevo sistema penal chileno introduciendo el recurso de apelación para cumplir con aquella disposición de la Convención Americana que garantiza al condenado el derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior? Se ha dicho que, introducir un recurso de apelación en el nuevo proceso penal terminaría transformando el juicio oral en uno escrito. ¿Estamos dispuestos a que la Corte Interamericana, o incluso los propios tribunales nacionales, armados con la Convención Americana transformen el nuevo proceso penal democráticamente discutido y establecido en Chile?

La cuestión entonces de la constitucionalización de los derechos humanos, que es una de las tendencias que trae consigo la globalización⁵⁷, plantea importantes desafíos para el Estado y la democracia. Si bien todavía es demasiado pronto para decir que en materia de derechos humanos estamos frente a un sistema jurídico supranacional distinto del sistema nacional y del internacional⁵⁸, el fenómeno de la constitucionalización de los derechos humanos no nos debe dejar indiferentes. No hay duda de que quienes somos partidarios del respeto de los derechos humanos nos debemos alegrar de que exista consenso en que ciertos derechos no pueden ser jamás tocados ni aún por la decisión de la mayoría. Así por ejemplo, la tortura, la esclavitud o el genocidio no pueden ser susceptibles de adopción por ningún sistema de gobierno porque simplemente no existe ninguna razón que justifique la comisión de estos crímenes. Pero es necesario tener muy presente que una de las funciones

⁵⁷ Esta tendencia no sólo se puede apreciar en el ámbito Latinoamericano, sino también en relación con los países de Europa oriental. Ver, Stein "International Law in Internal Law: Toward Internationalization of Central-Eastern European Constitutions?" en *American Journal of International Law* (1994), vol. 84, pág. 427 y ss.

⁵⁸ Ver Bianchi, A. "Globalization of Human Rights: The Role of Non-State Actors" en Teubner (ed.) *Global Law Without a State*, Dartmouth, 1997, pág. 197.

importantes de la democracia es servir de mecanismo para ponderar los diversos intereses comprometidos en las decisiones públicas, elevar algunos intereses a la categoría de derechos y resolver los conflictos entre los distintos derechos que se encuentran en un mismo orden jerárquico. Se trata de una cuestión de asignar prioridades y la pregunta es: ¿quién está mejor preparado para asignar estas prioridades: los representantes elegidos por el pueblo o los jueces nacionales e internacionales? Quien cree que por el sólo hecho de haber transformado un determinado interés en derecho, éste triunfa sobre los otros, pierde de vista, como dice Merrills, que los derechos y los intereses tienen que convivir con otros derechos e intereses y esto sólo se puede describir como autoindulgencia⁵⁹.

En conclusión, el gran peligro de la globalización no se refiere tanto a la pérdida de la soberanía externa del Estado, sino que a la pérdida de la soberanía popular al interior del Estado. Es fácil identificar al Estado con el Gobierno y como los gobiernos son responsables en gran medida de los males del mundo, la supranacionalidad puede aparecer como una alternativa para establecer un mundo mejor. Sin embargo, no debemos dejarnos seducir por la posibilidad de establecer un mundo apolítico, donde un derecho global se desarrolle al margen del Estado, al margen de los partidos y al margen de los políticos. Los peligros de tal sistema son evidentes: la falta de transparencia; la falta de responsabilidad de parte de las élites que ejercerán el control, y la falta de representación de quienes no tengan el poder suficiente para influir sobre los otros. Estos son los verdaderos peligros de la globalización a los que no basta hacer frente con el discurso simplón de quien defiende a ultranza la soberanía del Estado (como el discurso que presentó Chile cuando el Reino Unido intentaba extraditar a Pinochet a España). Lo que se necesita es adaptar las instituciones propias del Estado y de las organizaciones internacionales, con el objeto de hacer frente a los peligros de la globalización, preservando el valor de la democracia.

⁵⁹ Merrills, "Environmental Protection and Human Rights: Conceptual Aspects", en Boyle, A. y M. Anderson, *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pág. 38.