

El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja.

Ximena Fuentes Torrijo

La intensidad creciente con la que se desarrolla actualmente la relación entre el derecho internacional y el derecho interno debería dar lugar a una discusión profunda, al interior de cada país, sobre la forma en que cada sistema jurídico nacional puede enfrentar de mejor manera los problemas que suscita la incorporación de las normas internacionales. Es evidente que el derecho internacional ha dejado de ser el derecho que se limita a regular las relaciones diplomáticas entre los Estados, la distribución de los espacios y las competencias entre los diversos países. Las normas internacionales pretenden hoy por hoy regular materias que antes correspondían en forma exclusiva a la jurisdicción interna de los Estados, materias que van desde la manera en que el Estado trata a su población hasta la emisión de gases de efecto invernadero, cuestión esta última que pone bajo el ojo del derecho internacional a casi toda actividad económica.¹

Existen dos visiones extremas que se pueden adoptar respecto del impacto que el derecho internacional puede y debe tener sobre los sistemas jurídicos nacionales. Primero, está la

¹ Ya lo anunciaba Kelsen: “No existe ninguna materia que, por su sola naturaleza, caiga en forma exclusiva dentro de la jurisdicción doméstica del Estado, materias que por su sola naturaleza no pudieran ser reguladas por una norma general o especial de derecho internacional. El derecho internacional puede regular todas las materias, incluso aquellas que normalmente son reguladas por el derecho nacional solamente y consideradas, por lo tanto, como materias “domésticas”; por ejemplo, cuestiones constitucionales tales como la forma de gobierno, la adquisición y pérdida de la nacionalidad, problemas laborales, todos el campo de las políticas sociales, los problemas religiosos, cuestiones de inmigración y aranceles, problemas de derecho penal y de procedimiento penal, problemas de derecho civil y de procedimiento civil.”: *Principles of International Law* (2nd. ed. by R. Tucker), New York, 1966, p. (mi traducción).

entusiasmada perspectiva de algunos que anuncian que el futuro del derecho internacional es doméstico. Su agenda plantea diluir la tradicional división entre el espacio de acción del derecho internacional y el espacio del derecho interno, a fin de que el derecho internacional logre influir con eficacia los resultados de la política interna, obteniéndose así resultados acordes con los objetivos de las normas internacionales.² El derecho internacional que siempre ha estado incómodo con su falta de eficacia podría conseguir por esta vía una solución a través de los derechos internos. En el otro extremo se ubican los que objetan que, en vista de que el derecho internacional adolece de un insalvable déficit democrático, no es correcto permitir que su influencia se traduzca, sin un proceso deliberativo interno, en normas jurídicas aplicables en el derecho nacional³.

El efecto penetrador del derecho internacional en el derecho interno forma parte de una estrategia liderada por el movimiento de los derechos humanos. Las palabras de Conforti⁴ son prueba de ello:

En todas mis contribuciones sobre la integración entre el derecho internacional público y los ordenamientos jurídicos domésticos he argumentado siempre que las reglas internacionales –i.e las reglas creadas por la costumbre, por los tratados–, deben ser tratadas igual que el derecho interno unilateral. No se trata de adoptar un enfoque monista en vez de dualista. Esa es una cuestión teórica que no tiene implicaciones prácticas y que puede ser dejada a los filósofos.

² Slaughter y Burke-White, ‘The Future of International Law is Domestic (or, the European Way of Law)’, 47 *Harvard International Law Journal* (2006), pp. 327-28. En el mismo sentido ver Nollkaemper and Bethlehem, ‘Giving effect to public international law and European community law before domestic courts. A comparative analysis of the practice of consistent interpretation’, 14 *European Journal of International Law* (2003), pp. 569 y ss.

³ Campbell, Ewing and Tomkins, *Sceptical Essays on Human Rights* (Oxford, 2001). Ver también Correa, ‘International Treaties under the Spell of Brown’, Sela 2000 y Khan, ‘El derecho internacional y la comunidad’, Sela 2000.

⁴ Profesor de Derecho Internacional en la Universidad de Nápoles, ex Juez de la Corte Europea de Derechos Humanos, miembro de la Comisión Europea de Derechos Humanos entre 1993 y 1999

En vez, se trata de cambiar la mentalidad de las personas involucradas en los asuntos jurídicos, especialmente los legisladores, los administradores públicos, y los jueces. Es una cuestión de convencer a estas personas para que usen todos los medios y mecanismos provistos por el derecho interno, perfeccionándolo para asegurar así el cumplimiento de las reglas internacionales.⁵

No se trata de un simple efecto natural del desarrollo del derecho internacional ni de la creación espontánea de una conciencia cosmopolita. No hay lugar entonces para el simple conformismo con lo que está pasando en la relación entre el derecho internacional y el derecho interno. Siendo un efecto expresamente buscado, este artículo pretende examinar los mecanismos que están haciendo posible esta influencia, llamar la atención sobre los efectos perjudiciales respecto del buen funcionamiento de la democracia al interior de los países, y señalar que la solución se encuentra en las manos de los propios derechos nacionales.

El avance del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno.

La aplicación del derecho internacional por los tribunales internos depende de lo que decidan los respectivos sistemas jurídicos nacionales. No existe todavía ninguna norma internacional general que disponga cómo los respectivos Estados deben incorporar el derecho internacional en los sistemas jurídicos domésticos. De hecho, ni siquiera existe la obligación general de hacer que el derecho internacional ingrese al derecho interno.

Es posible que el hecho de que el derecho internacional en sus orígenes sólo regulara el ámbito de la esfera pública internacional de los estados explique que los derechos internos

⁵ Conforti, 'Notes on the relationship between international law and national law', 3 *International Law Forum* (2001), p. 18.

se suelen caracterizar por no contar con normas muy específicas sobre la relación con el derecho internacional. Usualmente, respecto de la recepción de los tratados por el derecho interno, los países se solían clasificar en monistas y dualistas.⁶ Pero se dice que aún los estados dualistas se muestran con frecuencia abiertos a recibir a la costumbre internacional como norma aplicable por sus tribunales domésticos.⁷ En el caso de los Estados Unidos, la *cláusula de la supremacía* hace ingresar los tratados ratificados en forma automática al derecho interno, y los pone en condición, en principio, de ser aplicados por los tribunales internos. La disposición constitucional estadounidense sólo se refiere a los tratados: sin embargo, la cláusula ha sido interpretada como inclusiva también del derecho internacional consuetudinario.⁸ Los efectos en materia de derechos humanos se pueden ver en *Filártiga vs. Pena Irala*.⁹ En este caso no fue necesario que Estados Unidos ratificara un tratado de derechos humanos específico para que sus tribunales afirmaran tener jurisdicción para conocer de un caso de indemnización civil por torturas y homicidio cometido en Paraguay por un paraguayo en contra de otro paraguayo.

El efecto directo del derecho internacional en el derecho interno, entonces, permite descansar en los tribunales nacionales para aplicar el derecho internacional de los derechos humanos. ¿Qué mejor solución para el problema de la falta de imperio de las decisiones de los tribunales internacionales? ¿Qué mejor solución para la pereza con que los respectivos poderes legislativos podían responder a su obligación de adecuar la legislación nacional a

⁶ Higgins, *Problem and Process* (Oxford, 1994), p.

⁷ *Ibid*, p. 210.

⁸ Henkin, *Foreign Affairs and the US Constitution* (Oxford, 1996), p. 238.

⁹ 630 F 2nd 876 (2nd Cir. 1980).

las obligaciones asumidas en los tratados internacionales? Pero, claro, el efecto directo de las normas internacionales no basta, en la medida que, aún cuando las normas internacionales ingresaran al sistema jurídico nacional, el estado todavía podría limitar los efectos. El estado por ejemplo, podría dictar una legislación contraria a la norma internacional, o podría dictar normas restringiendo la posibilidad de que un tratado específico sea invocado ante los tribunales nacionales por los particulares. En este contexto, los órganos de supervisión de los derechos humanos, especialmente en Latinoamérica, han contribuido activamente a diluir la frontera entre el derecho interno y el derecho internacional, de manera que el estado no pueda limitar los efectos del derecho internacional que ingresó a su sistema.

Es interesante observar cómo la Corte Interamericana de Derechos Humano ha cambiado su posición en relación con la autoejecutabilidad (efecto directo) de la Convención Americana en el ámbito de los derechos internos de los estados partes. En 1986, en una opinión consultiva solicitada por Costa Rica relativa a la interpretación del artículo 14.1 de la Convención Americana, sobre el derecho de rectificación o respuesta, la Corte sostuvo que no podía pronunciarse sobre el carácter autoejecutable de dicha disposición en el derecho costarricense, pues esa cuestión era de la competencia exclusiva del propio estado costarricense:

13. La primera pregunta reza así:

¿Debe considerarse que el derecho consagrado en el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos está ya garantizado en su libre y pleno ejercicio a todas las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado costarricense, según se desprende de las obligaciones que para nuestro país contiene el artículo 1 de dicha Convención?

14. La Corte estima que, tal como está redactada, la pregunta comprende dos cuestiones con significado diverso, las cuales pueden distinguirse claramente. La primera se refiere a la interpretación del artículo 14.1 de la Convención en relación con el artículo 1.1 de la misma;

y la segunda tiene que ver con la aplicación del artículo 14.1 en el ámbito jurídico interno de Costa Rica. La Corte se limitará a responder sobre la primera cuestión en los términos del artículo 64.1 de la propia Convención, que es el aplicable según se expresó anteriormente. La segunda cuestión, tal como ha sido planteada, se sitúa fuera de la competencia consultiva de la Corte.¹⁰

Esta interpretación se justifica por la existencia independiente del sistema jurídico internacional como un sistema distinto de los sistemas jurídicos nacionales. En su opinión disidente los jueces Nieto y Nikken explican más claramente la impertinencia de una pregunta relativa a los efectos de la Convención Americana en el derecho interno costarricense, pues esa es una materia que le corresponde resolver exclusivamente al Estado de Costa Rica:

11. La pregunta central es si el derecho consagrado en el artículo 14 “está ya garantizado en su libre y pleno ejercicio a todas las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado costarricense” y, aunque se añada que tal cosa se pregunta a la luz del artículo 1 de la Convención, no es posible contestarla sin referencia expresa a su derecho interno, pues tiene que ver con el sistema a través del cual se puede garantizar, en el orden interno, los compromisos internacionales del Estado, lo que exige determinar si, con arreglo al orden jurídico interno de Costa Rica, es posible hacer valer internamente un derecho ya reconocido en un tratado.

14. Tampoco tiene esto que ver con el carácter self-executing de la Convención ni con la manera como se implanta ella en el orden jurídico de los Estados Partes, no solamente porque, no obstante la referencia que a este problema se hace en las consideraciones que originan la consulta, tal cosa no se ha preguntado, sino porque el carácter self-executing de un tratado es también, en general y salvo disposición especial del mismo, un problema de derecho interno y no de derecho internacional, pues se refiere a si tal tratado adquiere, dada una específica mecánica interna de aprobación, el carácter de norma interna.

15. En este orden de ideas, consideramos que la primera pregunta no podía ser respondida a través de la interpretación de la Convención sino de la del derecho interno de Costa Rica, en particular de su Constitución y del poder que ésta o la aprobación de la Asamblea Legislativa tengan para dotar de efectividad los tratados de que sea parte tal Estado, así como de la competencia de sus tribunales para aplicarlos. Esa función corresponde a los órganos internos costarricenses, pero está fuera del ámbito de jurisdicción de la Corte.¹¹

Veinte años después la posición de la Corte Interamericana parece ser muy distinta y demuestra cómo frontera entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos se hace cada vez más débil y permeable. El 26 de septiembre de 2006 la Corte dictó sentencia en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Se trata de un caso en que

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-7/86, pf. 14.

¹¹ Opinión Disidente de los jueces Nieto y Nikken

se alegó la incompatibilidad del DL de Amnistía de 1978 dictado bajo el gobierno de Pinochet y que ha sido aplicado en varios casos de derechos humanos por los tribunales chilenos. Sin perjuicio del examen de fondo relativo a la compatibilidad de esa ley de amnistía con las obligaciones contraídas por el Estado de Chile mediante la Convención Americana, llama la atención que la Corte casi a llega a declarar, si no lo hace realmente, que existe una obligación para las partes de otorgar efecto directo a la Convención Americana. Específicamente el párrafo 124 del fallo que constituye un cambio radical de posición si se la compara con la Opinión Consultiva de 1986. Dice la Corte:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Es imposible no abrir los ojos con sorpresa al leer esta disposición. Una cosa es que el estado pueda incurrir en responsabilidad internacional por el comportamiento de cualquiera de sus órganos, incluido el poder judicial, pero otra cosa muy distinta es señalar que los jueces chilenos tienen el deber de declarar tácitamente derogadas las disposiciones del derecho interno incompatibles con los tratados internacionales ratificados por Chile. Una decisión de esta naturaleza implica exigir una obligación de que los estados hagan autoejecutables las cláusulas de los tratados y de que le den el poder al juez de declarar sin efectos jurídicos las leyes contrarias a los tratados, incluso de oficio, en virtud de su obligación de ejercer ese llamado “control de convencionalidad”. ¿Dónde se encuentra tal obligación en la Convención Americana? En ninguna parte. ¿Dónde se encuentra esa

obligación en el derecho internacional general? En ninguna parte, por ahora. El propio Kelsen, un declarado monista en cuanto sostenía la unidad del sistema jurídico internacional y los sistemas nacionales, señalaba que:

La pregunta sobre si en caso de conflicto entre el derecho nacional y el derecho internacional, uno o el otro deben primar sólo se puede responder sobre la base del derecho nacional respectivo; la respuesta no se puede deducir de la relación que se asume que existe entre el derecho internacional y el derecho nacional. En la medida que, de acuerdo al derecho nacional positivo, no se excluya que en caso de conflicto entre este derecho y el derecho internacional sea el primero el que deba considerarse como válido, tenemos que asumir aquí, que los órganos del Estado estarían obligados a aplicar el derecho nacional, aún cuando éste fuera contrario al derecho internacional.¹²

Pero la Corte parece convencida de que existe una norma del derecho internacional que obliga a los tribunales internos a dejar de aplicar el derecho interno y preferir el derecho internacional, cumpliendo así con su deber de ejercer un 'control de convencionalidad'. La Corte no puede citar ningún artículo de la propia Convención Americana en que los Estados se hayan obligado a otorgar autoejecutabilidad a la convención. Entonces, buscando alguna autoridad, la Corte Interamericana cita el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados:

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que, 'según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno'.

Efectivamente el artículo 27 de la Convención de Viena establece una regla obvia de derecho internacional según la cual los Estados no pueden excusar el incumplimiento de una obligación internacional en las disposiciones de su derecho interno. Es una regla obvia pues de otra manera sería imposible violar el derecho internacional a través de leyes nacionales, las que funcionarían como eximentes de responsabilidad. Sin embargo, la disposición no dice nada acerca de cómo cada sistema jurídico internacional debe definir la

¹² Kelsen, *Principles of International Law*, pp. 565-566.)

incorporación del derecho internacional al derecho interno ni la forma de operación del derecho internacional en el derecho interno. Es inaudito leer el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como si estableciera una obligación de autoejecutabilidad de los tratados en el derecho interno o como si estableciera una obligación de poner a los tratados sobre la ley en el derecho nacional de cada país. La historia fidedigna del Artículo 27 apoya la interpretación de que se trata solamente de una regla de responsabilidad que excluye al derecho interno como eximente:

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 tratado. La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas explicó que la omisión de una disposición 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 tratados. En efecto, Sir Humphrey Waldock, redactor del proyecto de convención y consultor técnico de la conferencia señaló que:

El principio de la enmienda de 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 actual.¹³

¹³ 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, p. 73, pf. 174.

En efecto, la existencia de normas del derecho interno que contradicen a los tratados genera responsabilidad internacional y, por ende, era una materia para ser tratada a propósito de la responsabilidad internacional de los Estados. Por este motivo muchas delegaciones en la Conferencia de Viena estimaron que incluir la disposición propuesta por Paquistán era innecesario. Así lo entendieron los delegados de los Estados Unidos¹⁴, de Italia¹⁵ y de Francia.¹⁶ Chile, por su parte, no se alejó de la 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 ordinaria.¹⁷

Por lo tanto, estaba claro que la enmienda paquistaní nunca tuvo por objeto obligar a los Estados a otorgar primacía al derecho internacional sobre el derecho interno en el ámbito del derecho nacional. El artículo 27 sólo se proponía reiterar que el derecho internacional prevalece sobre el derecho interno en el ámbito internacional. 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

¹⁴ El Sr. Briggs (Estados Unidos) 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., pf. 69, p. 167).

¹⁵ 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., pf. 43, p. 171.

¹⁶ El Sr. Bresson (Francia) dijo que: “La delegación de Francia no pone objeciones a la idea propuesta pro Paquistán, pero no cree que sea necesaria la adición”. Ibid, pf. 55 p. 172.

¹⁷ Ibid, pf. 33, p. 170.

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 y a la distribución de competencias entre sus órganos internos?

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 proponía que se incorporara a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados una disposición similar a artículo 5º de Tratado de Roma que creó la Comunidad Europea. Esta disposición establece la obligación de los Estados partes en la Convención de Viena de 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 tomar 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. Estados Unidos dijo:

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 apoyarla.¹⁸

Si el derecho internacional no otorga las herramientas para evitar que los estados puedan dictar normas incompatibles con los tratados, entonces, la solución debería ser buscada en el propio derecho interno, logrando establecer normas que obliguen a poner a los tratados sobre la ley. De esta manera, es el propio derecho interno el encargado de disolver los obstáculos que pueda encontrar la implementación de las obligaciones provenientes del derecho internacional y ese obstáculo puede, además está decirlo, provenir de la propia política interna, que a estas alturas parece dar lo mismo que sea o no una política democrática. Se deben poner límites a los procesos legislativos internos para que tomen todas las medidas necesarias para la implementación de los derechos humanos consagrados por el derecho internacional o para que los mejoren, pero no se puede permitir que la legislación interna desamarre lo ya atado a través de la incorporación de las normas internacionales al derecho interno. Para lograr esto es necesario poner a las normas de los tratados internacionales en un lugar que no alcance a ser tocado por la ley. ¿Cómo se puede lograr eso? Otorgando a los tratados mayor jerarquía que la ley en el plano nacional. Algunas veces esta mayor jerarquía corresponde a una jerarquía constitucional, otras veces se reclama incluso una jerarquía supraconstitucional y la solución intermedia es darle una jerarquía supralegal pero infraconstitucional.

¹⁸ 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, p. 54.

El objetivo ha sido logrado a veces a través de declaraciones expresas en este sentido contenidas en las respectivas constituciones. La Constitución argentina dispone lo siguiente en su artículo 75 N° 22:

Corresponde al Congreso:

22. 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 Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 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 Cruelles, 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 las 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.

Pero otras veces el objetivo se ha logrado de una manera oblicua. En Chile, por ejemplo, no existe en la Constitución Política una norma expresa que otorgue jerarquía suprallegal a los tratados de derechos humanos. Sin embargo la jurisprudencia y la doctrina han interpretado que el artículo 5° de la Constitución tiene precisamente el efecto de poner a los tratados de derechos humanos sobre la ley:

Artículo 5°

La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

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.

Lamentablemente no ha quedado registrada la discusión que se llevó a cabo en la Comisión de Negociación Política que elaboró la enmienda al citado artículo 5°. Sólo podemos contar con el antecedente de algunos comisionados como Francisco Cumplido, que manifiesta 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 en la Constitución Política de 1980, sean políticos, civiles, económicos y culturales tienen tal carácter’.¹⁹ En cuanto a la jerarquía de los tratados de derechos humanos la disposición no dice nada expresamente, pero según Cumplido:

La cuestión de interpretación que puede presentarse es en el caso en que 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 se 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 encontrábamos, 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 consecuencia, van a resolver la situación frente a la incompatibilidad.

Los efectos prácticos de esta particular interpretación del artículo 5° se pueden apreciar en algunos fallos recientes relativos a la aplicabilidad del DL de Amnistía de 1978. En Chile se ha estimado que ese DL, pese a corresponder a la legislación dictada por un gobierno de facto, es ley vigente en Chile. El retorno a la democracia no ha cambiado esa situación. El poder legislativo chileno no se ha planteado hasta ahora seriamente la posibilidad de

¹⁹ 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* (Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile), p. 194.

derogar el DL de Amnistía, aunque existen tres proyectos en el Congreso sobre derogación, nulidad e interpretación de esa ley cuyo futuro, por ahora, es incierto. La responsabilidad entonces de definir la aplicabilidad del DL de Amnistía ha recaído en el poder judicial.

Revisemos los argumentos con que algunos jueces chilenos han declarado inaplicable la Amnistía. En el caso por la desaparición de Miguel Ángel Sandoval, la Corte de Apelaciones, refrendada luego por la Corte Suprema, estimó que el carácter permanente del delito de secuestro no permitía aplicar una ley de amnistía, como el DL de 1978 que sólo se aplicaba a los delitos cometidos hasta el 10 de marzo de 1978.²⁰ Se citan una serie de tratados y otros instrumentos internacionales que, según la Corte Suprema no tuvieron influencia determinante en lo dispositivo del fallo, pero que cumplen a menos el papel de reforzar la decisión final de la Corte. Sin embargo, llama la atención que entre los tratados citados por la Corte de Apelaciones se encuentren tratados que no están vigentes para Chile. La Corte Suprema se siente obligada a explicar esta manera de proceder de la Corte de Apelaciones. Ella señala que estos tratados fueron sólo mencionados a modo de ilustración de la gravedad y del repudio internacional que ha atraído el delito cometido en contra de Miguel Angel Sandoval. La verdad es que una lectura detenida del fallo de apelación permite concluir que la mención de algunas de las normas internacionales citadas no sólo tenía por objeto ilustrar la gravedad internacionalmente reconocida del delito de desaparición forzada de personas, sino que justificar el propio ejercicio de a potestad punitiva del Estado en este caso, es decir, justificar la no aplicación de la amnistía, más allá

²⁰ Contra Manuel Contreras Sepúlveda y otros. Sentencia de la Corte de Apelaciones de 5 de enero de 2004, rol 2182-1998. Sentencia de la Corte Suprema de 17 de noviembre de 2004, rol 517-2004.

del argumento que se basaba en una cuestión *ratione temporis* que fue posible utilizar por el carácter permanente del delito.

En efecto, al citar normas no vigentes en Chile, como lo es la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Corte de Apelaciones intenta establecer la existencia de una obligación internacional de juzgar y sancionar a los responsables del delito en cuestión. Esa obligación la Corte la hace derivar de la sola firma de Chile de la citada convención:

35° Que, al ser Chile Estado suscriptor de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, está obligado por la Convención de Viena, de 1969, sobre el Derecho de los Tratados, que se encuentra incorporada al derecho interno de nuestro país, a no frustrar, de acuerdo a su artículo 18, el objeto y el fin de dicha Convención, antes de su entrada en vigor;
36° Que, en consecuencia, si la situación descrita por el mencionado artículo II de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, quedara impune en Chile, se vulneraría el objeto y fin de esta Convención;

La invocación del artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para justificar dar aplicación a una obligación internacional de no amnistiarse ciertos delitos contenidos en una convención que no ha sido ratificada por Chile parece una interpretación demasiado amplia de las obligaciones del Estado al firmar un tratado. Al no mediar la ratificación del tratado no han podido surgir todavía las obligaciones sustantivas del tratado para Chile. La obligación contenida en el artículo 18 de la Convención de Viena, de no frustrar el objeto y fin de tratado, que surge con la firma no puede entenderse como si ella hiciera nacer las obligaciones sustantivas del tratado, puesto que con ello se traicionaría la importancia que la propia Convención de Viena atribuye al consentimiento de los Estados. El artículo 18, bien, entendido, establece una obligación limitada que consiste en abstenerse de actos que hagan que la posterior ratificación del tratado, si es que llega a producirse, carezca de sentido. Pero, es claro que el hecho de que no se apliquen las disposiciones de la

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas en el 2004, no quiere decir que haya perdido sentido ratificarla en el 2007 o en cualquier momento futuro.

En un caso más reciente, la muerte de la víctima no permitía apoyarse en la tesis del secuestro como delito permanente para declarar inaplicable el DL de Amnistía. En el caso del homicidio de Manuel Rojas, cometido a principios de diciembre de 1973, la Corte Suprema declinó aplicar la amnistía fundándose en la existencia de una obligación en ese sentido establecida en la Convenciones de Ginebra de 1949.²¹ La Corte Suprema no parece reparar en el hecho de que la única disposición aplicable a conflictos armados internos es el artículo 3° común a todas las cuatro Convenciones de Ginebra que en ninguna parte contiene una obligación de no sancionar penalmente a los responsables por los delitos allí descritos. De hecho la Corte aplica el artículo 146 de la Tercera Convención, que claramente es sólo aplicable a conflictos armados internacionales, además de ser cuestionable que esa disposición contenga una obligación de aplicar sanciones criminales a los responsables. Pero la Corte no se contenta con encontrar una base para no aplicar el DL de Amnistía en las Convenciones de Ginebra, sino que busca autoridades adicionales. Siendo un fallo posterior a la decisión de la Corte Interamericana en el caso Almonacid, era de esperar que esta vez la Corte se basara, además de su ya usual mención de las Convenciones de Ginebra, en la Convención Americana de Derechos Humanos, especialmente en la obligación de otorgar acceso a la justicia. La aplicación de los Convenios de Ginebra que son anteriores a la ley de amnistía requería que la Corte se pronunciara sobre la solución a la cuestión del conflicto de normas. La decisión se inclinó

²¹ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 13 de marzo de 2007, rol 03-02. Agradezco a mi ayudante de investigación, Elías Guzmán por la copia de este fallo.

por aplicar las Convenciones de Ginebra, en una particular interpretación para hacerlos aplicables a conflictos internos, sin perjuicio de que el DL de Amnistía fuera una ley posterior. Para esto la Corte recurrió al concepto de la ‘preferente aplicación’ que merecían estos convenios frente a una ley (considerando 21º). Ese principio de ‘preferente aplicación’ no se explica en forma clara si se trata de una obligación establecida en el derecho internacional convencional, en la costumbre internacional, o si se trata de un principio de derecho interno. En los párrafos siguientes la Corte Suprema da cuenta de la evolución que ha experimentado el derecho internacional en materia de crímenes contra la humanidad, mencionando hitos importantes desde la Convención de la Haya de 1907 hasta la creación del Tribunal de Nuremberg, lo que lleva finalmente a la Corte Suprema a declarar:

30º Que entre las características que distinguen este tipo de transgresiones se destacan la imprescriptibilidad, la imposibilidad de amnistiarlos y de consagrar excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de graves violaciones a los derechos esenciales tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extra legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos.

Por lo tanto, el carácter inamnistiable e imprescriptible de estos delitos parece derivar del derecho internacional general existente al año 1945. No parece haber sido un problema para la Corte Suprema el que exista una Convención de Naciones Unidas sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra que tiene solo 45 Estados Partes y que Chile no ha ratificado. Para el tribunal, el carácter de *ius cogens* de estos delitos hace aplicable la obligación de sancionar. El error es evidente, aún cuando uno esté de acuerdo en que la prohibición de la tortura o del asesinato político sean *ius cogens*, ese carácter no se extiende a la obligación de sancionar. Perdonar al victimario, ya sea a través de un indulto o una amnistía, o aplicar la prescripción de la acción penal, no equivale a transformar en lícito el

crimen que se cometió. El *ius cogens* cubre el contenido del delito pero no se extiende al ejercicio del poder punitivo del estado. Así lo ha declarado hasta ahora la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Al-Adsani*.

La invocación de la costumbre internacional y del *ius cogens* en este caso conduce a la irrelevancia del consentimiento de Chile en materia de prevención y sanción de los delitos contra la humanidad. La conciencia internacional interpretada por los jueces se pone sobre la conciencia nacional. La conciencia nacional ya no es competente para pronunciarse de una manera distinta a como lo ha hecho la conciencia internacional. Para Chile parece estar vedado cualquier intento de discutir siquiera sobre una posible nueva ley de amnistía mediante la cual se debatiera sobre un tema que la democracia jamás ha debatido abiertamente en Chile: la cuestión pendiente de las violaciones de derechos humanos durante la dictadura militar.

Se podría objetar que el caso del DL de Amnistía no es un buen ejemplo, que es el peor de los ejemplos, puesto que nadie podría defender una autoamnistía heredada del gobierno de Pinochet. La respuesta es que no se está defendiendo esa amnistía, sino que simplemente se está defendiendo la posibilidad de que sea el pueblo chileno el que decida sobre una solución a los horrores del pasado.

Hasta principios de los noventa la Comisión Interamericana de Derechos Humanos avalaba las amnistías democráticamente discutidas.²² En 1992 cambió su opinión. La Convención Americana ya estaba vigente en los ochenta y todavía los propios órganos de supervisión de los derechos humanos recomendaban ciertas amnistías. ¿Qué pasó en los noventa? Nació repentinamente una nueva norma de costumbre internacional? ¿Dónde está la práctica de los estados? ¿Dónde está la prueba de que la prohibición de las amnistías se encuentra en una norma aceptada y reconocida por la comunidad de estados en su conjunto? Estas preguntas no encuentran respuesta satisfactoria en las sentencias de los tribunales chilenos. Pero el efecto es más grave aún que la falta de argumentos, ya que el efecto último es que la voluntad del pueblo en estas materias se vuelve irrelevante. A estas alturas da lo mismo que en algún momento, personas asociadas al movimiento de los derechos humanos hayan estado dispuestas a discutir sobre la posibilidad restringida de amnistiar o indultar. Es interesante recordar lo que proponía José Zalaquet en 1990:

Al proponer una política para ser sometida a la voluntad popular, las víctimas de las violaciones de derechos humanos y sus parientes, así como los abogados de derechos humanos, deben ser escuchados; pero, sin perjuicio de sus derechos, es el pueblo o sus representantes quienes tienen la última palabra. . . . En la medida que la política aprobada haya sido diseñada con el propósito de prevenir futuros abusos y de reparar el daño causado, y siempre que haya sido aprobada a través de medios que representan la voluntad popular y en que la verdad haya sido públicamente conocida, . . . corresponde, en principio, a cada nación que enfrente el problema decidir el contenido específico de la política. . . . si la política contiene medidas de clemencia, esas medidas deben ser consistentes con los límites que el derecho internacional impone sobre la discreción de los estados.²³

²² Gavron, 'Amnesties in the light of developments in international law and the establishment of the international criminal court', *International and Comparative Law Quarterly* (2002), pp. 96-98.

²³ Zalaquett, 'Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Applicable Principles and Political Constraints', *13 Hamline Law Review* (1990), pp. 636-638.

Después de 17 años de democracia, en Chile son los jueces los que opinan que hoy día es imposible para la voluntad popular dictar una ley que contenga medidas de clemencia en casos de la comisión de crímenes contra la humanidad.

El exitoso efecto de la utilización del derecho interno para promover la eficacia de los tratados internacionales de derechos humanos ha motivado adentro de los países el establecimiento de una nueva forma de relacionarse con el derecho internacional en general. La última reforma a la Constitución chilena incorporó una nueva disposición sobre el proceso de conclusión de tratados y el rol del Congreso. Este nuevo artículo 54 incluyó el siguiente inciso:

Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.²⁴

No sólo los abogados de derechos humanos intentarán leer este inciso como otorgando jerarquía supralegal a los tratados. También lo harán los abogados contratados por los inversionistas extranjeras para obtener la petrificación de sus APPIs. Una mejor lectura de esta disposición es que ella simplemente se refiere a que las normas internas no tienen efecto internacional respecto de la validez de los tratados. La pregunta obvia sobre por qué la Constitución chilena debe contener una norma propia del derecho internacional, se puede responder señalando que de esta manera se deja claro que, aunque el poder legislativo derogue un tratado en el sistema chileno, el poder ejecutivo se verá limitado sus esfuerzos

²⁴ Este inciso ha sido copiado de la Constitución española. En el contexto español se ha interpretado que esta disposición sirve el propósito de otorgar el efecto de aplicación preferente a los tratados sobre la ley interna: Gómez, *Conflicto y Cooperación entre la Constitución española y el derecho internacional* (Valencia, 2005), pp. 93y ss.

de implementar esa decisión en el plano internacional y por lo tanto se debe tener claro que la derogación de un tratado en el plano interno puede hacer incurrir en responsabilidad internacional al estado de Chile.

La objeción del déficit democrático.

En los internacionalistas se puede apreciar un cierto compromiso emocional con el derecho internacional. Tal vez, de tanto recibir críticas sobre el fundamento obligatorio del mismo, ellos se han convencido no sólo de la necesidad de probar que el derecho internacional sí es derecho, sino también de la necesidad de que así sea para que la humanidad progrese. Pocas veces los estudiosos del derecho internacional se detienen a pensar por qué el derecho internacional podría ser la solución para los problemas que no han podido ser solucionados a través del derecho interno.

En el derecho internacional existe la visión según la cual las relaciones internacionales entre los estados están regidas por un conjunto de principios fundamentales. Cassese, menciona los siguientes principios fundamentales: la igualdad soberana de los estados, el principio de libre determinación de los pueblos, la prohibición de la amenaza y uso de la fuerza, el principio de no intervención, el respeto por los derechos humanos, y la cooperación internacional.²⁵ Las Naciones Unidas ha servido de foro para la expresión de la aspiración normativa envuelta en estos principios. Las resoluciones de la Asamblea General, que no son jurídicamente vinculantes, han tratado de articular este conjunto de principios y de ponerlos en papel usando un lenguaje jurídico. Así la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (Res

²⁵ Cassese, *International Law in a Divided World* (Oxford, 1986), Cap. 6, pp. 126 y ss.

2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970) proclama solemnemente esos principios, los eleva a la categoría de derecho internacional, y llama a los estados a que ajusten su comportamiento a ellos y desarrollen sus relaciones mutuas sobre la base de su estricto cumplimiento.

Pero esta visión idealista del derecho internacional parece esconder que, detrás de las normas del derecho internacional, hay una política internacional que no es precisamente el lugar idílico donde cada participante buscará la paz y el progreso social y económico de las naciones. La política internacional más bien parece ser el lugar para lograr la obtención de objetivos propios de cada estado al menor costo posible. Las normas internacionales entonces reflejan las disputas de poder entre los Estados y el resultado no ha sido precisamente la socialización y el progreso de la ‘comunidad internacional’. Como señala Allot, los Estados no se sienten responsables sino por las comunidades que ellos representan. En resumen, como lo ha dicho anteriormente Paul Khan, el derecho internacional no es representativo de una comunidad política.²⁶

Así podemos explicar que no exista en derecho internacional una obligación jurídica de prestar asistencia financiera a los estados, que los mercados internacionales se hayan abierto para recibir los productos manufacturados del primer mundo pero que hasta hoy haya resistencia a abrir las fronteras a los productos agrícolas producidos en su gran mayoría por los países del tercer mundo, que la asistencia financiera para la protección del medio ambiente se circunscriba a la protección del medio ambiente global, que la

²⁶ Khan, El derecho y la comunidad.

representación en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sea aristocrática, que los procesos de toma de decisiones en las organizaciones financieras internacionales sean aristocráticos (o plutocráticos si se prefiere).

Pero después de los horrores de la Segunda Guerra Mundial el derecho internacional parece que encontró un lugar para la socialización: el derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, esta conclusión sólo mira al resultado y no al proceso. Cuando se habla de socialización es evidente que no sólo debe importar el resultado. El resultado se puede conseguir a través de un colonialismo ilustrado. En este contexto, algunos autores han llamado la atención sobre los peligros que encierra la nueva noción de la ‘responsabilidad de proteger’ auspiciada por un grupo de expertos asesores del Secretario General de las Naciones Unidas.²⁷ El informe de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados sostiene que cuando un estado no quiera o no pueda evitar graves daños a su población producto de una guerra civil, una insurrección, la represión ejercida por el propio estado o el colapso de sus estructuras, entonces, la responsabilidad de proteger autoriza la intervención del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, primando sobre el principio de no intervención.²⁸

El establecimiento de un derecho a la intervención humanitaria, que ahora se hace aparecer más que como derecho como una obligación (la obligación de proteger), no necesariamente se traducirá en un nuevo derecho internacional que permita la socialización de ciertos valores comunes de la humanidad. La democracia ha probado ser el bien más difícil de

²⁷ Ruth Gordon...

²⁸ Ver Informe de la Comisión Internacional sobre Intervención y Seguridad (Diciembre, 2001), p. 13.

exportar, como lo demuestra la invasión de los Estados Unidos en Irak. Entonces, por qué creer que la intervención humanitaria permitirá a cada nación crear una cultura política que fue incapaz de crear por sí misma. Para muchos puede resultar difícil de entender que después del fracaso de los objetivos humanitarios de la intervención en Irak, haya surgido el concepto de la responsabilidad de proteger. La explicación está a la vista. Las Naciones Unidas se resisten a jugar un papel irrelevante en la política internacional. La responsabilidad de proteger es un intento por mantener el neocolonialismo dentro del sistema de las Naciones Unidas.

Esta crítica al establecimiento de una responsabilidad de imponer el respeto por los derechos humanos a través de la fuerza, debería extenderse también a las otras formas menos violentas de imponer el respeto a los derechos humanos. Desde este punto de vista, el derecho internacional de los derechos humanos mismo es susceptible de ser criticado por su afán de imponer derechos universales al margen de las realidades políticas internas, porque el resultado es, como dice Koskenniemi, *colonizar* la cultura política con un lenguaje tecnocrático que deja poco espacio para la articulación de las diversas concepciones del bien que existen en cada sociedad.²⁹ El colonialismo no logró el progreso político y cultural que preconizaba. ¿Por qué la responsabilidad de proteger y los tratados de derechos humanos tendrían que lograr lo que el sistema de mandatos de la Liga de las Naciones y el sistema de fideicomisos de la Naciones Unidas no logró en su momento?

²⁹ Koskenniemi, 'The effects of rights on political culture', en Alston, *The EU and Human Rights* (Oxford, 1999), p. 99.

Incluso en Europa se alzan voces críticas respecto de la colonización de la política interna por el derecho internacional de los derechos humanos. Así por ejemplo respecto de la Convención Europea de Derechos Humanos algunos se preguntan por qué la decisión sobre los derechos de las personas debe estar entregada a órganos que se encuentran fuera de la polis. Aún más, la Convención Europea de Derechos Humanos, al transformarse en derecho interno (ya sea directamente o a través de una obligación de interpretación coherente) entrega un enorme poder a los jueces. Así por ejemplo, a propósito de la promulgación de la Human Rights Act en el Reino Unido, algunos manifiestan su escepticismo con la siguiente pregunta:

Why should it be the unrepresentative, overwhelmingly white male upper-middle-class judiciary of the UK's creaking courts who enjoy the emancipation that will come to them with the Human Rights Act? There are two questions here: why give power to *these* people, and why *not* give it to others? Even if the reasons for being sceptical about the rights can be overcome, and we decide that we do properly want rights-talk to play a greater role in our polity, why give the job of talking that talk to the judges? After all, what have they done to show either that they deserve, or that they are the appropriate body to enjoy, this newfound role of constitutional referee?³⁰

En nuestro continente la desconfianza hacia la democracia es aún mayor. En Europa por lo menos el ímpetu devorador de los derechos encuentra un paliativo en la doctrina del margen de apreciación. En Latinoamérica los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se vanaglorian de la inaplicabilidad del margen de apreciación en Latinoamericana, y anticipan el fin de la misma en Europa.³¹ La desconfianza hacia la democracia en Latinoamérica tal vez se explica por los magros resultados que puede mostrar en términos de desarrollo económico y justicia. Después de todo, Pinochet murió sin ser declarado culpable por ninguno de los crímenes por los cuales se lo acusó. La

³⁰ Tomkins, Introduction, *Sceptical Essays on Human Rights* (Oxford, 2001), p. 9.

³¹ Cancado Trindade, *Derechos Humanos en el Siglo XXI* (Santiago,,) p.

historia recordará que la única vez que estuvo cerca de ser llevado a juicio fue gracias a la intervención de terceros países invocando la noción internacional de los crímenes contra la humanidad. El derecho encontró el obstáculo de la política internacional, entonces por qué confiar en la política.

La constitucionalización del derecho internacional.

¿Si en el ámbito internacional los Estados persiguen su propio interés, cómo explicar que haya nacido un derecho internacional de los derechos humanos? El derecho internacional de los derechos humanos nace como una respuesta a los horrores de la Segunda Guerra Mundial y al fascismo en Europa. Los poderes ejecutivos de los Estados que votan a favor de resoluciones de la ONU y que ratifican tratados de derechos humanos no están necesariamente pensando que con poner su firma en un texto internacional se establecerá un mundo mejor. Una explicación más plausible es que la creación de la Organización de las Naciones Unidas y el compromiso con los derechos humanos era una forma de demostrar a los propios electorados internos de que, después de lo ocurrido, algo se podía hacer para evitar que tuvieran que volver a enviar a sus hijos al frente de batalla. También era una forma de demostrar que algo se podía hacer para evitar convertirse en Alemania, cuyo derecho interno, la democracia, no pudo evitar la masacre.

El derecho internacional de los derechos humanos nació de alguna manera vinculado a la política interna en lo que se refiere a la noción de crímenes de guerra, genocidio, tortura, discriminación racial. Pero, como era obvio, el derecho internacional de los derechos humanos tomaría vuelo propio. En 1966 ya existían dos pactos de derechos humanos, uno

sobre derechos civiles y políticos, y otro sobre derechos económicos y sociales. Luego se establecerían órganos de supervisión, comisiones y tribunales. Más tarde se hablaría del derecho internacional de los derechos humanos como derecho interno y de la jerarquía constitucional o supraconstitucional de los tratados de derechos humanos.

Sin embargo, todo este avance todavía podría ser destruido de una forma muy simple: un cambio en el derecho interno. Una ley deroga al tratado que había sido incorporado. O se declara que los tratados no entregan un derecho a accionar frente a los tribunales nacionales para reclamar sus derechos. Pero, como se ha dicho anteriormente, el movimiento de los derechos humanos ha sido exitoso en poner límites en el derecho interno. La ley ya no puede tocar a los tratados. ¿Cómo evitar, entonces, que se pueda volver atrás por medio de cambios en el propio derecho internacional? La respuesta está en la constitucionalización del derecho internacional, de tal manera de limitar el poder de los Estados de fijar el contenido del derecho internacional.

Hasta ahora el contenido del derecho internacional había sido fijado por los Estados, a través de sus pactos y de su conducta moviéndose en un ámbito de amplia libertad de contratación. La analogía con el derecho privado era obvia, en la medida que los sujetos del derecho internacional manifestaban su consentimiento o aquiescencia regidos básicamente por la expectativa de satisfacer sus propios intereses. Nadie pediría que el contratante en una relación privada contratara en atención a los intereses de la contraparte. Cosa distinta sucede en el ámbito del derecho público en que se espera que los miembros de la comunidad política actúen en función del interés público. La idea de fijar ciertos límites al poder normativo de los Estados en el derecho internacional pretende que ellos actúen en el

orden internacional bajo la idea de defender un interés público internacional. El éxito del derecho internacional de los derechos humanos se explica en parte porque el interés privado de los estados coincidió en un momento histórico determinado con el interés público de una comunidad internacional que había sido afectada por el régimen Nazi y la Segunda Guerra Mundial. Pero esa coincidencia histórica no tenía por qué permanecer en el tiempo. Por lo tanto, la noción de crimen contra la humanidad puede ser apreciada como el resultado de una comunidad política transnacional, pero la imprescriptibilidad de esos delitos o la imposibilidad de amnistiarlos o indultarlos no encuentra justificación en esa misma comunidad política transnacional que hizo una breve aparición en la escena inmediatamente después de las atrocidades del régimen Nazi.

El éxito del derecho internacional de los derechos humanos quiere ser imitado por otras áreas del derecho internacional. En particular, la constitucionalización de ciertos principios internacionales quiere ser aprovechada por el derecho internacional del comercio y el derecho de las inversiones, los dos pilares del libre mercado aplicado a nivel global.

El primer gran obstáculo que encuentra el constitucionalismo aplicado al derecho internacional es, como se ha dicho, la falta de una comunidad política que pueda determinar los valores comunes de la llamada comunidad internacional.³² Podría pensarse que esos valores fundantes deben provenir de los diversos derechos internos. Sin embargo, tendrían que ser valores compartidos por todos los miembros de esa comunidad. En este sentido la definición de *ius cogens* contenida en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el

³² Khan y Correa.

Derecho de los Tratados es correcta: “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Pero todo lo que tiene de correcto esta definición la hace precisamente difícil de aplicar en la práctica. Esas normas necesitan no sólo ser reconocidas sino que aceptadas por la comunidad de *estados* en su conjunto. No basta que se diga que hay una sociedad civil internacional comprometida con ciertos valores, ni basta con que los Estados acepten ciertas normas en determinados tratados. La norma exige que los propios Estados, en su conjunto, reconozcan esas normas como límites a su acción. No basta con que los estados digan aceptar las normas, es necesario buscar un reconocimiento genuino y la práctica demuestra que no hay muchos valores comunes en la conducta de los Estados, ni siquiera en el plano de algunos derechos que hoy nos parecen básicos: como el sufragio universal.

La segunda objeción a la constitucionalización del derecho internacional se refiere al riesgo cierto de preservar la distribución del poder tal como se presenta hoy. No es que el derecho internacional no adolezca ya de desigualdad y de poderes desproporcionados de unos estados sobre otros, pero por lo menos la libertad de contratación de los Estados permite cierta posibilidad de reforma. Así lo demuestra el derecho internacional del medio ambiente, que para la consecución del interés de las sociedades de Estados desarrollados en la protección del medio ambiente global ha debido convencer a los Estados en desarrollo de participar a cambio de ciertos beneficios. Si los valores ambientales pasaran a constituir el orden constitucional internacional, entonces, los estados en desarrollo perderían una importante moneda de cambio en las relaciones internacionales. A este respecto es

importante tener presente que en un sistema descentralizado, como es el derecho internacional, donde el poder de negociación de los estados es tan disímil, la forma de modificar normas que parecen injustas o inapropiadas es a través del recurso a comportarse de una forma diferente. La violación de las normas establecidas, entonces, no necesariamente debe ser vista como algo negativo. En palabras de Collier y Lowe:

Los conflictos no están desprovistos de todo beneficio; tampoco lo están las disputas. La existencia del conflicto internacional es invariablemente una señal de que el orden existente no está acomodando satisfactoriamente los intereses de todos y cada uno de los miembros de la comunidad internacional. El conflicto persigue lograr ajustes a ese orden. En ese sentido, el conflicto es necesario para el desarrollo de cualquier sociedad. Las disputas se refieren a aspectos particulares de ese orden; y su solución exitosa lleva, o bien a la confirmación y reforzamiento de las antiguas reglas, o al debilitamiento y reemplazo de las viejas reglas por nuevas reglas. El conflicto internacional, por ejemplo, llevó a la formulación de normas más elaboradas o de nuevas reglas sobre expropiación de la propiedad de los extranjeros y sobre zonas marítimas, o sobre crímenes de guerra e inmunidad soberana.³³

La posibilidad de establecer un orden de las cosas que sean perenne es una idea atractiva, especialmente si se está convencido del carácter esencial de algunas normas para la sobrevivencia humana y el progreso. Así las cosas, no es de extrañar que existan muchos candidatos para convertirse en principios constitucionales del derecho internacional. De partida, algunos defienden la idea de que todos los derechos humanos califican. Pero el ímpetu constitucionalista alcanza también al derecho internacional económico, no sólo porque el derecho de propiedad es un derecho humano más, sino porque esta es la oportunidad de transformar el libre mercado en un principio fundamental del cual uno no puede alejarse sin poner en riesgo el respeto de todos los demás derechos humano. La posición de Ernst-Ulrich Petersmann ilustra muy bien la estrategia que se quiere seguir. En su visión, la libertad de contratación y la mantención de un mercado libre son cuestiones fundamentales, tan fundamentales que no pueden sino ser considerados derechos humanos.

³³ Collier y Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law* (Oxford, 1999), p. 2.

Desde este punto de vista la regulación económica puede ser vista como un atentado a los derechos humanos. Después de todo, como dice Petersmann, “Los recursos económicos y humanos necesarios para el goce completo de los derechos humanos dependen de hacer que los derechos humanos sean parte integrante de una economía social de mercado sostenible”.³⁴

No debe extrañar entonces que el lenguaje de los derechos sea utilizado ahora por quienes desean proteger los intereses económicos de grupos específicos. Así por ejemplo, el derecho de los accionistas a reclamar por los actos sufridos por la empresa, comienza a ser aceptado por los tribunales arbitrales establecidos en materia de inversiones, modificando la tradicional regla que no les permitía un derecho de acción por falta de *ius standi*.³⁵ La actual transformación de la regla en el CIADI es calificada por algunos como una transformación positiva, no sólo desde el punto de vista del verdadero interés que con esto se persigue (maximizar el interés económico de los inversionistas en acciones), sino que además es un desarrollo que tiene que ver, usando el lenguaje de los derechos humanos, con el acceso a la justicia, que viene a terminar con una distorsión al debido proceso. En un artículo del profesor Orrego, un árbitro frecuente en el contexto del CIADI, se puede leer lo siguiente sobre la protección de las accionistas en este foro:

Issues such as the piercing of the corporate veil, and, above all, the admission of derivative suits by shareholder and investors’s class actions against a variety of defendants who affect the company’s rights and the interest of those shareholders, are evidence that again the point is that of recognizing the real interest involved and not merely observing a corporate formality. *The economic choice of maximizing the shareholders’s wealth is the underlying rationale for these developments*” (el destacado es mío).

³⁴Petersmann, ‘Time for a United Nations ‘Global Compact’ for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration’, p. (mi traducción)

³⁵ La regla tradicional había sido establecida en el caso de la Barcelona Traction (CIJ, 1970).

Y luego, este objetivo de maximizar los beneficios económicos de los inversionistas es mostrado como una cuestión de derechos humanos:

However dramatic these developments might seem, certainly as compared to the time of overpowering State privileges, they are in fact no alien to the meaning of international law. Since its inception international law has been at the service of the individual. ...It can thus be concluded that to the extent that State responsibility becomes available to the truly affected, as these developments indicate, it will come to perform a true measure of justice in the international community. Procedural safeguards are necessary and justified when they contribute to due process but not when they distort justice. A major historical distortion based on the exclusion of corporate claims or their modalities stands now to be corrected³⁶

¿Qué rol entonces para el derecho internacional?

El futuro del derecho internacional no debe ser doméstico. Lo que se arriesga al permitir la influencia del derecho internacional sobre la política nacional, es en definitiva la democracia al interior de los estados. Aunque los resultados puedan ser magros, un mundo dividido en estados ha sido la forma de traer cierta emancipación y socialización para algunas comunidades políticas. Lo que no se puede negar, tampoco, es que las relaciones interestatales han sido de sumisión, donde los estados poderosos han podido sacar los mayores beneficios mientras otros han sufrido explotación. Obviamente, la falta de democracia en muchos estados no ha sido impuesta por otros, pero la pobreza no es enteramente responsabilidad de la ineptitud de las poblaciones al interior de los estados.

En este contexto, puede sonar *naïve* decir que como miembros de la humanidad tenemos cierta responsabilidad por otros que se ubican más allá de las fronteras de nuestros estados. Pero decir esto no es ingenuo. Lo ingenuo es pensar que la pobreza en el mundo y la

³⁶ Orrego, 'The protection of shareholders under international law: Making State Responsibility More Accessible', en Ragazzi (ed), *International Responsibility Today*, (The Netherlands, 2005), pp. 163 y 169-70.

democracia se pueden lograr a través del derecho internacional que no es representativo de ninguna comunidad política. El lugar para descargar esa responsabilidad que tenemos respecto del resto de la humanidad debe ser la polis, donde existen comunidades políticas organizadas que pueden con legitimidad discutir sobre el tipo de sociedad internacional que queremos. Son las normas al interior de los estados las que pueden contribuir a establecer normas en el ámbito internacional. Por lo tanto, la práctica de los estados constitutiva de costumbre debiera mirar mucho más a los actos de los poderes legislativos internos que a lo que los funcionarios del Estado declaran en el ámbito internacional. Después de todo, los instrumentos internacionales aguantan que se escriban las más bonitas palabras, pero el arresto de Pinochet en Londres se logró gracias a la *Criminal Justice Act* del Reino Unido y la condena del estado de Chile en el caso Letelier se logró en los tribunales de los Estados Unidos gracias a la *Foreign State Immunity Act* que permitió desconocer la inmunidad del estado de Chile.³⁷

³⁷Chile no pagó la suma a la que fue condenado, pero posteriormente se solucionó la controversia a través de una Comisión internacional encargada de fijar un pago *ex gratia*.