

Seminario internacional

JUSTICIA Y REPARACION PARA MUJERES VICTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL EN
CONTEXTOS DE CONFLICTO ARMADO INTERNO

Lima, 9 y 10 de agosto de 2006

LA SUPREMACÍA INTERNACIONAL Y LA CONSTRUCCIÓN JUSTA DE
SOBERANÍA POLÍTICA: ¿HACIA DÓNDE VAMOS?

Mariano Fernández Valle

1. Introducción

En la presente ponencia se me pide que aborde un tema de gran complejidad y actualidad. Los mecanismos de recepción de Tratados de Derechos Humanos difieren en cada uno de los ordenamientos internos de los países americanos. Sin embargo, no es objeto de este breve trabajo analizar todas y cada una de las variadas formas sino especificar las ventajas y los desafíos que algunas de ellas traen consigo. Básicamente, me propongo cuatro cosas: (1) ofrecer un esquema de análisis general que resalte las tensiones que pueden existir entre conceptos tales como "Democracia", "Constitución", "Derechos Humanos"; (2) describir sucintamente los dilemas que se encuentran inmersos en las soluciones normativas que dan a los Tratados de Derechos Humanos una jerarquía **superior, igual, o inferior** a los marcos Constitucionales de cada país; (3) centrar el análisis en las posibles consecuencias de exigir una mayor intervención internacional en la soberanía de los Estados; y (4) ofrecer algunas pautas de acción para resolver las tensiones reseñadas.

2. Tensiones donde no siempre las vemos

En algún punto, pareciera no haber mayores discrepancias entre los objetivos de Constituciones y Tratados de Derechos Humanos. Ambos comparten una característica común: limitan el ejercicio del poder. Y lo hacen con el objeto de proteger a las personas sujetas a ese ejercicio. Del respeto irrestricto a la voluntad popular y a los deseos de la

mayoría, estrechamente asociados al ideal revolucionario francés, transitamos hacia democracias restringidas por derechos que nadie puede avasallar. El alcance de toda democracia se re - significa a partir de la adopción de Constituciones. Asimismo, a las tensiones propias del constitucionalismo se suma un nuevo orden institucional internacional con sus leyes, organismos de control, y decisiones. Proliferan los límites así como las agencias habilitadas para determinarlos y hacerlos valer. La soberanía democrática, entendida como la capacidad de cada comunidad política de auto gobernarse, se transforma.

Esta ponencia pretende abrir una discusión sobre aquello que pensamos alrededor de conceptos tan vagos e indeterminados como "Constitución", "Democracia", "Derechos", y "Tratados". Sólo una idea valorativa sobre sus significados nos permitirá articularlos de la forma más beneficiosa posible. Esa discusión posibilitará, a su vez, el estudio de las ventajas y desventajas de diferentes formas de diseñar las pirámides normativas en nuestros Estados.

2.1. Constitución - Democracia

Como se dijo, la Constitución pone límites a lo que las mayorías pueden hacer. En toda Constitución rígida (de difícil modificación), una vez que consagramos tal o cual solución normativa debemos convivir con ella un buen tiempo, nuestros parlamentos no pueden contrariarlas o menoscabarlas. En este sentido, el carácter contra - mayoritario de las Constituciones es evidente, resguardan ciertos contenidos de los ánimos de mayorías circunstanciales. Esto abre muchos interrogantes: ¿Por qué una generación - la constituyente - puede atar las manos de las generaciones venideras? ¿Por qué desconfiamos en las mayorías? ¿Por qué confiamos en determinadas minorías? ¿Por qué debiéramos respetar esos contenidos constitucionales y no otros? Bajo esta visión del binomio Constitución - Democracia, la primera es el resultado de decisiones con importantes déficit democráticos (una mirada muy sucinta de los procesos constitucionales latinoamericanos permite acreditar esta afirmación), destinadas a perdurar en el tiempo y a poner obstáculos a las opciones de autogobierno.

Sin embargo, hay formas más agradables de mirar el proceso constitucional, pero no por ello menos problemáticas. Uno podría ver a las Constituciones como elementos que, lejos de atar de manos, capacitan a la propia generación y a las venideras. Como Ulises a su mástil¹, nos atamos a una Constitución para liberarnos, para no tomar decisiones apresuradas, para que nuestras equivocaciones como generación no tengan costos importantes, para evitar que generaciones venideras tiranicen a sus sucedáneas. Esta forma amistosa de ver a las Constituciones exige pensar cómo debemos armonizar el enorme valor que le damos a la discusión pública y a las decisiones mayoritarias con la necesidad de no violar derechos o respetar las demandas de minorías políticas. Si realmente la decisión mayoritaria, luego de un amplio debate con participación de todos los afectados, es valiosa en sí misma, si nos permite llegar a acuerdos con mayores

¹ Ver Holmes, S. (1999), "El precompromiso y la paradoja de la democracia," en J. Elster y R. Slagstad, eds., *Constitucionalismo y Democracia*, México, Fondo de Cultura Económica.

probabilidades de ser moralmente correctos², ¿Qué razones deberían ofrecerse para dejarlos de lado? ¿Cuándo y cómo podemos oponer alguna cláusula constitucional a esos acuerdos deliberativos? Volveré sobre esto reiteradamente.

A lo señalado debemos sumar una cuestión más. El mayor problema quizá no sea la existencia de una Constitución con contenidos rígidos sino la decisión acerca de quienes interpretan esos contenidos. La mayoría de los Estados deja en manos del Poder Judicial el control sobre el texto constitucional. Esto acentúa aún más la objeción democrática: no sólo existe un instrumento que pone límites a la voluntad de las mayorías sino que también dejamos su control último en manos de jueces que no son electos por el pueblo ni removidos por el. Asimismo, un estudio mínimo sobre el perfil de los jueces americanos revelaría que son hombres, blancos, de clase media alta, quienes definen el alcance de nuestros derechos. ¿Cuál es la legitimidad de estas personas para anular la decisión de la mayoría en el seno democrático? ¿Tienen algún don especial que los haga más proclives a descubrir el verdadero significado de los derechos o a resolver tensiones entre ellos? ¿Por qué clarificarían adecuadamente un lenguaje (constitucional) que es radicalmente indeterminado? En fin, el punto hasta aquí es que todos nuestros ordenamientos institucionales conviven con la compleja tarea de, por un lado, fortalecer el componente democrático y, por el otro, limitarlo a partir de instituciones con cierto tinte elitista.

2.2. Constitución - Tratado - Constitución

Con todos sus problemas, nos atamos a las Constituciones limitando nuestras opciones inmediatas para aumentarlas en el mediano y largo plazo³. Sin embargo, aún adoptando estos instrumentos, consagrando derechos, delimitando el ejercicio del poder, las comunidades políticas latinoamericanas siguen siendo endebles, inestables, y poco respetuosas de sus miembros. Las Constituciones, en la práctica, tienen problemas para lograr los objetivos que las originaron: no funcionan como límite ni como protección.

En este sentido, la ratificación de Tratados de Derechos Humanos se muestra como un nuevo intento para limitar nuestra libertad política. Un justo intento, dado lo que hicimos con esa libertad. Allí donde fallaron las Constituciones, los Tratados pretenden hacerse un lugar. Sin embargo, no parece haber muchas razones para este optimismo. ¿Si las Constituciones fracasaron porque triunfarían los Tratados? ¿Si no honramos nuestros propios límites por qué honraríamos límites ajenos - comunidad internacional -?

Por otro lado, curiosamente las dificultades para exigir el cumplimiento de estas obligaciones internacionales motivaron su incorporación a los ordenamientos jurídicos domésticos. Las disposiciones internacionales se incorporaron, de diferentes modos, a las normativas constitucionales de los Estados. ¿Cómo se explica? Si fue precisamente la desconfianza en las Constituciones lo que nos llevó a buscar límites externos⁴.

² Ver Nino, C. (1997), "La Constitución de la democracia deliberativa", España, Gedisa.

³ Holmes, S. Op. Cit.

⁴ "Se gira en círculos. De la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que tenía validez universal no local, estos derechos pasaron a las Constituciones. Después de ellas a esos grandes pactos internacionales. Y de ellos han vuelto a las Constituciones, incluso de los

2.3. (Constitución / Tratado) – Democracia

Es claro que los desafíos que presentan las Constituciones en alguna medida pueden trasladarse a los Tratados de Derechos Humanos, máxime cuando estos tratados, de diferentes maneras, pasan a formar parte integrante de las Constituciones. Como dije, Tratados y Constituciones ponen límites a los arreglos institucionales a través de la consagración rígida de derechos inviolables. Las objeciones contra - mayoritarias tienen nuevamente relevancia en el análisis. Asimismo, estos instrumentos depositan su interpretación final en órganos que, por más prestigio que nos merezcan, están alejados del control democrático, no gozan de legitimidad popular, tienen un perfil determinado⁵, niveles de rotación cuestionables⁶, problemas de deliberación⁷, conflictos de intereses, etcétera.

Todas las críticas que puede recibir una Constitución por su carácter contra - mayoritario crecen en intensidad cuando hablamos de Tratados - que nunca se modifican - y de sus órganos de contralor. Pero reconocemos en ellos, al igual que en las Constituciones, beneficios de los cuáles queremos gozar y debemos determinar cómo hacerlo. Sabemos que estamos mejor con Tratados, con Corte y Comisión Interamericanas, con organismos internacionales de control, que sin ellos. Esta ponencia abre una discusión acerca de cómo maximizar los beneficios de los desordenados entrecruzamientos internos e internacionales que los Estados latinoamericanos convalidamos.

3. Límites internacionales y refuerzos locales

Nuestra desconfianza como comunidades políticas, entre otras causas, operó como motivación para contraer diferentes obligaciones en el ámbito internacional. Desconfianza más que justificada si consideramos los diferentes quiebres institucionales que se registran en América y la práctica reiterada de violación de Derechos Humanos por parte de los propios Estados. La incapacidad de las Constituciones para detener estos embates dirigió nuestras miradas hacia el refugio internacional. Sin embargo, consideramos (curiosamente, como ya dije) que para que este refugio fuera realmente efectivo debíamos traerlo nuevamente hacia el ámbito constitucional local.

países que forman parte de esos pactos, de modo que, por ejemplo, en Argentina, el debido proceso es una garantía de la CN, art. 18, pero que rige también por aplicación directa del PIDCP, art. 14, o de la CADH, art.8, y que vuelve a aparecer en la CN, pero en la versión de estos pactos, por medio del art. 75, inc. 22. Parece que la exageración, la reiteración y la sobreprotección son, al contrario que en la vida normal, virtud y no vicio en esta materia". Ver Pastor, Daniel R (2005). "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", publicado en Separata de Nueva Doctrina Penal, 2005/A, Argentina, p. 82.

⁵ Por dar un ejemplo claro, aprovechando el marco del seminario que nos congrega, la Corte Interamericana sólo registra 2 mujeres juezas en 27 años de existencia mientras que la Comisión registra 5 en 47 años. Actualmente hay 2 mujeres nombradas para la Corte Interamericana, que aún no asumen sus respectivos cargos.

⁶ La Corte Interamericana registra jueces que han cumplido funciones durante doce años.

⁷ Ni la Corte ni la Comisión Interamericanas sesionan en forma permanente.

Con diferente nivel de análisis mencionaré tres fórmulas que se han utilizado a esos efectos⁸, que otorgan a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos: (A) una jerarquía inferior a las Constituciones; (B) una jerarquía igual a las Constituciones; (C) una jerarquía superior a ellas. Esta forma de encarar la cuestión, por lo menos, da por superada la vieja discusión alrededor de la relación jerárquica de Tratados y leyes ordinarias. Ahora, el debate más bien se centra en cómo analizar la relación entre normas fundamentales - Constituciones - y obligaciones internacionales de Derechos Humanos. No hay definiciones claras en este sentido, y el debate está plenamente vigente. Máxime si se acepta la idea (estimo que poco controvertida) de todo ordenamiento jurídico es interpretable (más aún el Constitucional e Internacional), y nada es diáfano en esta materia. Por su parte, la misma idea de erigir una regla rígida de primacía - y atarnos a ella frente a cualquier caso - es materia opinable.

Lo cierto es que en la mayoría de los casos es la propia Constitución la que define la jerarquía que cada Estado dará a sus obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos. Una evaluación seria del tema requiere el estudio específico de todas las Constituciones Políticas americanas y de las interpretaciones que motivaron. Sin embargo, en el marco de esta ponencia, pueden hacerse algunas apreciaciones generales sobre el tema:

(A). La fórmula que otorga menor jerarquía a los Tratados de Derechos Humanos respecto de la propia Constitución implica la responsabilidad internacional del Estado en cuestión, en la medida en que se permite oponer el marco constitucional (normas de carácter interno) para omitir el cumplimiento o justificar el incumplimiento de disposiciones internacionales⁹. Asimismo, sólo permite la operatividad del contenido de los Tratados en la medida en que no se oponga al texto constitucional. Finalmente, toda validez de decisiones de organismos supranacionales queda fuertemente limitada, en la medida en que, como se dijo, un Estado de estas características se guarda bajo la manga el as constitucional para justificar cursos de acción opuestos.

Sin embargo, cabe señalar que el conflicto se produce ante situaciones en que Tratados y Constituciones contemplan cláusulas absoluta o parcialmente opuestas. En aquellos casos en que existe clara compatibilidad - la gran mayoría - entre las disposiciones de las diferentes fuentes, resulta perfectamente posible su coexistencia y complementariedad (aún reconociéndose jerarquías diferentes), ampliando y robusteciendo el marco de protección. De todas formas, aún en estos casos, la dificultad contra - mayoritaria tiene peso. Una inflación tan acentuada de Derechos Humanos puede limitar la posibilidad de discusión en el seno político, convirtiendo a las agencias contra - mayoritarias en el lugar preferente de discusión.

⁸ Para un análisis más profundo de las fórmulas constitucionales para incorporar Tratados de Derechos Humanos, ver Dulitzky, Ariel (1996), "Los Tratados de Derechos Humanos en el Constitucionalismo Iberoamericano", Estudios Profundizados de Derechos Humanos, IIDH.

⁹ Una interpretación rígida del art. 27. 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados avalaría jurídicamente esta afirmación.

Por su parte, pueden rescatarse algunas virtudes en este tipo de fórmulas. El margen de apreciación constitucional que estos Estados se reservan ofrece un mayor valor a la idea de soberanía, entendida positivamente. Si bien la noción de soberanía está devaluada, máxime considerando que corrientemente se la utilizó para justificar los abusos más flagrantes a los Derechos Humanos, tiene una faz positiva vinculada con las posibilidades de cada comunidad política de decidir sus cursos de acción. Si tenemos algún compromiso con la democracia y la construcción de Estado de Derecho debemos reconocer a las comunidades esta facultad sin mayores interferencias o, por lo menos, con una interferencia regulada por diferentes principios. ¿Por qué un conjunto de personas en Costa Rica, Washington, o Estrasburgo pueden decir que nuestros constituyentes están equivocados? ¿Cuál es su legitimidad? ¿Hay algo en ellos que les permita saber cual es la mejor interpretación del alcance de un derecho? Se abre un abanico de preguntas, muy válidas y alejadas de nociones tradicionales de soberanía irrestricta. Preguntas necesarias para discutir cómo articular la tensión entre nuestro deseo de autogobernarnos y los límites impuestos para posibilitar ese autogobierno. En el fondo sabemos que parte de esta entrega de soberanía está motivada por un principio de desconfianza hacia nosotros mismos, por los daños que dejaron nuestros errores pasados. También sabemos que debemos revertir ese principio, porque no nos bastarían miles de tribunales internacionales para que existan Derechos Humanos en nuestros países sino construimos Estado e Institucionalidad. ¿Y cómo lo construimos si no rompemos con la idea de que es nuestro enemigo? ¿Cómo construimos Estado si perdemos la última palabra sobre cuestiones trascendentales de nuestro quehacer político?

(B). La fórmula de incorporación con igual jerarquía tiene una complicación muy obvia, vinculada con problemas de interpretación. Este tipo de variantes obliga a armonizar diferentes posiciones, que muchas veces pueden verse enfrentadas. Si bien Constitución y Tratados consagran derechos, no siempre lo hacen con el mismo alcance. Asimismo, como estos derechos son materia opinable de jueces locales e internacionales, que pueden llegar a interpretaciones diversas, el panorama se hace más complejo. Como bien sabemos, no siempre las diferentes normas encajan como piezas de puzzle. En ocasiones hay que determinar el alcance de nuestras garantías y decidir conflictos entre ellas. Resulta claro que instrumentos como la Cedaw y la Convención de Belém do Pará modificaron las interpretaciones tradicionales de las cláusulas de igualdad y no discriminación. El significado de los Derechos Económicos Sociales y Culturales adquirió nuevos y progresivos alcances. Principios clásicos liberales en materia penal sufrieron drásticas restricciones a partir del análisis internacional de crímenes particularmente graves y aberrantes.

Asimismo, las normas internacionales también regulan límites a los derechos. ¿Por qué habríamos de aceptar límites a la libertad de expresión como los que la Convención Americana contempla? ¿O a la libertad de Conciencia? ¿O al derecho de reunión? ¿Por qué los tribunales locales deberían tenerlos en cuenta? ¿Por qué habría que leer las tradicionales disposiciones constitucionales con esa óptica? Resulta claro que las fórmulas que ponen en pie de igualdad a las Constituciones y a los Tratados de Derechos Humanos se ven obligadas a articular de una forma coherente distintas concepciones sobre los derechos, sus alcances, y sus restricciones legítimas. El fenómeno de los Derechos Humanos ha cambiado radicalmente la forma de entender y comprender el derecho

constitucional. ¿Quién tendrá la última palabra sobre estas decisiones? ¿Los jueces locales? ¿Los organismos supranacionales? ¿Sobre la base de qué criterios se decidirá? En definitiva, esta solución normativa provoca conflictos interpretativos complejos y, a su vez, una competencia de jurisdicciones locales e internacionales para resolverlos. Por su parte, la búsqueda de la complementariedad y armonización requiere un saber exhaustivo sobre aquellos contenidos que deben ponderarse y ningún tribunal internacional conoce las finas prácticas constitucionales de cada Estado.

(C). Finalmente, la fórmula que otorga una jerarquía superior a los Tratados Internacionales merece un destacado especial. Es común escuchar que la mejor forma de proteger los derechos fundamentales de las personas es mediante una progresiva incorporación jerárquica de la normativa internacional de Derechos Humanos y de las decisiones de sus órganos de contralor. Guiados por el principio de desconfianza antes descrito, abogamos constantemente por la supremacía internacional, promovemos una mayor ingerencia en nuestros injustos arreglos internos, solicitamos a nuestros tribunales una aplicación obediente de la jurisprudencia supranacional, etcétera. Por ello es particularmente relevante el análisis, porque es lo que la mayoría de nosotros desea y debiéramos tener una idea certera de hacia donde nos lleva ese deseo. Vemos con buenos ojos la labor internacional, entre otras cosas, porque ha actuado con particular prudencia y porque ha legado buenas sentencias, decisiones razonadas y razonables. Creo yo que no existe ninguna condición estructural para que eso suceda, pero sucedió. Eso aumenta la tentación de entregarse a sus voluntades, al fin y al cabo siempre han hecho las cosas bien.

Sin embargo, existen algunos puntos que a mi criterio son más oscuros y merecedores de diferentes críticas. Si adoptamos una fórmula como la analizada en este acápite necesariamente estaremos obligados a seguir los criterios internacionales, con independencia de nuestros gustos, deseos, intereses, o conveniencias como comunidad política y como personas. Repito, ¿hay algo en dicha comunidad que permita descubrir o construir respuestas más adecuadas? Adoptar sin más crítica una idea de supremacía internacional no pareciera ser el camino que una organización política madura deba seguir. No existe noción de Estado bajo el principio de desconfianza. Y sin noción de Estado no existen Derechos Humanos.

4. Problemas de la supremacía internacional a partir de un ejemplo: el ¿derecho? al castigo

El análisis de la doctrina internacional sobre el castigo penal de las violaciones de Derechos Humanos involucra a varios de los inconvenientes reseñados previamente. Este ejemplo lleva al extremo cuestiones tales como la ingerencia internacional en asuntos que hacen a la médula de la conformación estatal, la expropiación a la comunidad nacional de decisiones fundamentales, la construcción de derechos a partir de vagas cláusulas normativas y pobres argumentaciones, la dificultad de armonizar principios contrapuestos, y la verificación de decisiones contradictorias. Asimismo muestra los problemas de atarse a una rígida idea de supremacía internacional.

La línea internacional sobre castigo de violaciones a los Derechos Humanos ha resentido severamente los pilares clásicos del derecho penal que orientaron buena parte de los Tratados. Ello no sólo demuestra que las contradicciones pueden existir entre ámbitos locales e internacionales sino también al interior de cada uno de esos ámbitos. De esta forma, la progresiva construcción de un supuesto derecho al castigo penal ha minado los derechos de los acusados y las garantías clásicas de todo proceso de investigación. Aunque se nos mande a complementar y armonizar las cláusulas que consagran derechos, no podemos servir al amo y al esclavo a la vez. Si las víctimas tienen el derecho a obtener un castigo penal para sus agresores es claro que todos aquellos obstáculos para que eso suceda (obstáculos que también tienen basamento en Derechos Humanos) deberán sortearse de alguna forma. Así, hemos sido testigos de los innumerables esfuerzos que se han hecho para justificar el incumplimiento de principios elementales como el de prescripción, el de no retroactividad, o el de legalidad.

Lo cierto es que, aunque la comunidad internacional nos diga lo contrario, no es para nada obvia la existencia de un derecho a castigar. Aún menos obvias son las formas en que puede perseguirse ese castigo. Ambos puntos son problemáticos y no deben ser librados a la voluntad de un conjunto de personas alejadas de la realidad que se analiza. Las políticas criminales constituyen una herramienta fundamental para el desarrollo de una sociedad. Es un arma en extremo peligrosa, que debe utilizarse justificadamente. Años de debates filosóficos enfrentaron a prevenciónistas, utilitaristas, consensualistas, disuasorios, retribucionistas. No hay acuerdos estables acerca de cómo puede o debe justificarse el castigo.

A pesar de ello, el sistema internacional ha dado muestras de que pretende ser útil tanto para víctimas como para victimarios, lo cual no siempre es posible. Proliferan las obligaciones internacionales que mandan a los Estados a tipificar delitos, impedir amnistías, encarcelar y condenar culpables. No sólo frente a delitos particularmente aberrantes sino frente a "toda" violación de Derechos Humanos¹⁰. Los debates filosóficos reseñados son salteados por sentencias de escasas páginas y débiles argumentos. No sólo es responsabilidad de la comunidad internacional sino de aquellos que la movemos a actuar en tal o cual sentido. Nosotros pedimos penas, castigos severos, tipificación de delitos, aplicación de normas retroactivas, penas preventivas, limitación de recursos. Contra la impunidad nosotros pedimos cualquier remedio, incluso aquellos que resienten nuestras nociones más básicas en materia de Derechos Humanos. Nos olvidamos que el Estado de Derecho no sólo se mide a partir de las acciones que castiga sino también a partir de la impunidad que está dispuesto a tolerar antes de perseguir ese castigo de cualquier manera¹¹.

¿Esta es una doctrina digna de elogios? ¿Razonablemente podemos querer que nuestros Estados estén obligados, a todo efecto, a seguirla? Analicemos, sólo para ilustrar el punto, algunas posibilidades de persecución penal de actos de tortura. En tal sentido, ha llamado

¹⁰ Pastor Daniel, Op. Cit., a propósito del análisis crítico de los casos "Barrios Altos" y "Bulacio" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹¹ Ver Pastor, Daniel, Op. Cit. Correa González, Rodrigo (2000). "Tratados Internacionales bajo el embrujo de Brown", publicado en "Estado de derecho y democracia", Sela, Ed. Del Puerto.

particularmente la atención de los organizadores de este seminario la siguiente pregunta: ¿es posible con base en la tipificación internacional del delito de tortura, judicializar una causa por hechos ocurridos cuando no existía este delito en la legislación penal ordinaria? Obviamente la pregunta guarda estrecha relación con los comentarios que he realizado previamente en materia de supremacía, castigo, y violaciones de Derechos Humanos.

Considero que su respuesta, en principio, debiera ser negativa por varias razones. Esta estrategia puede ocasionar pérdidas importantes frente a beneficios poco relevantes. El derecho penal ha demostrado ser más efectivo para violar los Derechos Humanos de las personas que para protegerlos (¡y los defensores de Derechos Humanos somos quienes mejor conocemos esto!). Por otro lado, como dije, considero erróneo hablar de un “derecho” al castigo penal. La pena es la imposición de un dolor y nadie puede tener derecho a eso. El castigo penal es sólo un interés que podemos impulsar, reglamentado, como víctimas o sociedad. Ese interés sólo podemos perseguirlo bajo un estricto cumplimiento de diferentes requisitos que hacen al respeto de los derechos de las personas sujetas al poder coercitivo.

Es en este último punto dónde la pregunta involucra una mayor cantidad de complicaciones. Dado que el derecho penal es una respuesta estatal radical, las garantías que operan como límites también deben ser radicales. Aquí el problema no creo que resida en la operatividad del Tratado en el ámbito interno, sino en la misma naturaleza de las disposiciones del Tratado. En materia penal se requieren descripciones legales bien delimitadas de las acciones tipificadas como delitos y de las penas establecidas para ellas¹². Sólo de esta forma puede honrarse el principio de legalidad, incorporado a Constituciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Los Tratados, como se dijo, poseen un lenguaje radicalmente indeterminado, vago, ambiguo, razón por la cuál no pueden ser directamente operativos para cercenar derechos de las personas¹³. De la obligación internacional de un Estado de reconocer o tipificar delitos no se sigue un derecho para efectivamente castigar a alguien. No hay forma de armonizar estos conflictos, pese a los esfuerzos que se han hecho desde la comunidad internacional.

A su vez, debe llamarse la atención sobre una última cuestión. Si entendemos que el castigo es un interés (que puede o no existir) y no un derecho, no es viable discutir su alcance en el marco de tribunales, locales o internacionales, sino en el marco de espacios deliberativos. No es materia de instrumentos y agencias contra - mayoritarias. Es materia de deliberación y como tal no puede ser cristalizada en instrumentos que la impidan.

5. Supremacía Internacional y niveles de obediencia

¹² Teorías que sostienen la necesidad de una ley doméstica para enjuiciar y castigar pueden verse en: Henkin, Louis (1996), *Foreign Affaire and the United Status Constitution*, p.203, Oxford University Press, New Cork.

¹³ No resulta operativo por el lenguaje en que se plasman sus disposiciones y no por su carácter de Tratado. Si el Tratado describiese claramente la conducta sancionada algunas aristas de mi análisis podrían variar. Pero esto último no suele suceder.

Espero que algunas de las aristas mencionadas nos den la pauta de que debemos manejar con mayor cuidado nuestras esperanzas en el derecho internacional de los Derechos Humanos. Sólo si abrazamos el erróneo supuesto de que el Estado de Derecho se construye mediante algunos jueces imparciales, alejados del clamor popular, que aplican ordenamientos jurídicos claros, no contradictorios, y omnicomprensivos, podríamos confiar ciegamente en que el derecho internacional nos liberará como comunidades. Si creemos que los derechos están allí, nítidos y claros, parece lógico pedir la intervención internacional y establecer su supremacía. Asimismo, sólo si consideramos que es posible articular derechos e interpretaciones sin conflicto descansaremos en la esperanza de que fórmulas de armonización y complementariedad, sin más, puedan funcionar adecuadamente. Pero la cuestión no es tan sencilla. No hay iluminados que puedan construir por sí solos una visión única de la Democracia, de los Derechos Humanos, y de las tensiones que involucran. Y aunque existieran, jamás lograrían la capacidad de imponer esas visiones, nadie las sentiría como propias. Por el contrario, parece más razonable creer que no hay construcciones únicas y que cada comunidad debe hacer la propia mediante prácticas sostenidas en el tiempo, asociadas a sus realidades, su historia, y a finos acuerdos.

Los Estados americanos entregaron, por buenas razones, su soberanía a manos de agencias internacionales para la protección de Derechos Humanos, para la promoción de la inversión, para la resolución de diferendos contractuales¹⁴. Parece claro que perder todo poder de veto sobre estas materias relega las posibilidades de construir Estado. Si esto último es así, ¿Qué debemos hacer? ¿Qué agendas debemos impulsar? ¿Sobre que temas debemos entregar la última palabra? ¿Cuándo? ¿Cómo reducimos las consecuencias de estas tensiones? Desconozco las respuestas para estas preguntas pero considero que no han sido lo suficientemente estudiadas por la comunidad académica, los activistas de Derechos Humanos, los jueces, los abogados, y los operarios del sistema. Fue un error creer que nuestros problemas se solucionarían una vez decidida la forma de incorporar la línea internacional a los ámbitos domésticos. No se trata únicamente de consagrar, por ejemplo, alguna de las tres fórmulas propuestas, sino de establecer una práctica coherente, sostenida en el tiempo, y articulada sobre una base de principios que permitan superar las tensiones reseñadas.

6. Corolario

(A). En el orden de lo propuesto, tengo mis dudas acerca de que debamos aspirar a una regla rígida de supremacía que nos ate de manos, con independencia de cuál sea el sistema normativo que jerarquicemos en mayor medida. Una regla rígida conlleva dificultades que atentan contra la construcción de una comunidad política fuerte: sea por el peso de la globalización, sea por el peso de la soberanía. No queremos quedar atrapados ni por una ni por la otra. Debemos coexistir con una articulación coherente y ninguna regla rígida nos puede dar esa seguridad.

¹⁴ Ver Saba, R (2004). "Las decisiones constitucionales de Ulises. Acerca de las dificultades para la construcción colectiva de una práctica constitucional en Argentina", publicado en "Los límites de la democracia", Sela, Ed. Del Puerto.

(B). Los desaciertos de la democracia se corrigen con más democracia. Si se considera que la democracia tiene mejores posibilidades que cualquier sistema alternativo para llegar a decisiones moralmente correctas, deberíamos apostar en mayor medida a la solución de déficits de deliberación, participación y distribución de poder político. ¿Cuánto de eso se logra mediante agendas que posicionen, en todo supuesto, a una élite internacional por encima de los propios Estados? Creo que poco. En gran parte de Latinoamérica los Estados democráticos nacieron viciados, pretendiendo construir una autoridad legítima mediante formas autoritarias, acumuladoras de poder. No es nueva la creencia de que algunas personas no pueden autogobernarse y requieren límites. Tampoco es original la idea de dejar en manos de élites la imposición de esos límites. Pero es dudoso que podamos llamar democracia a un sistema de este tipo. Hay cuestiones sobre las cuáles discutir o no discutir. Si todo es regla de la mayoría pueden ocurrir terribles abusos. Pero si todo es Derechos el margen de discusión se acorta sustancialmente.

(C). Una buena medida para articular esta difícil tensión entre Democracia y Derechos Humanos, tensión que se acrecienta groseramente frente a la jurisdicción internacional, es incorporar seriamente a las variables de análisis la cuestión procedimental acerca de cómo se toman las decisiones. Si aceptamos el verdadero valor de la democracia debemos ser sensibles a la idea de que las decisiones tomadas luego de una amplia e igualitaria deliberación entre los potenciales afectados, en principio, merecen cierta deferencia, estemos o no de acuerdo con ellas. Podemos tener disensos razonables sobre la interpretación de los derechos. Y no debemos perder de vista que la validez de una sentencia o disposición internacional es de un carácter precario con relación a la que puede tener una decisión democrática. Esto no significa que haya que rendir pleitesía a cualquier cosa que se decida democráticamente. Sólo significa que debemos seriamente asumir que esa discusión y participación, con independencia del resultado final, permite presuponer que el sistema tiene mejores posibilidades de imparcialidad y justicia que cualquier otro alternativo¹⁵. Esta debería ser una variable atendida a la hora de decidir conflictos relacionados con la supremacía normativa. El procedimiento deliberativo debe vincularse con el análisis de validez de los resultados finales.

(D). El Derecho Internacional amplió nuestras posibilidades de exigir el respeto a los Derechos Humanos y también promovió la proliferación de actores preocupados por esa agenda. Deben estudiarse las posibilidades que el sistema ofrece e impulsar peticiones que tengan por objetivo principal modificar las estructuras autoritarias de los ámbitos locales. El desafío es morigerar nuestros deseos de perseguir cualquier agenda de derechos e impulsar principalmente la satisfacción de aquellos estrictamente vinculados con lo que hace a la democracia particularmente valiosa. No sólo la regla de la mayoría, sino también la necesidad de un amplio debate con participación igualitaria de aquellos que serán afectados por la decisión final. Debemos dirigir nuestra atención hacia grupos vulnerables, que sufren violaciones de Derechos Humanos principalmente por su imposibilidad de participar activamente en el debate democrático. Antes de impulsar un

¹⁵ Nino, C (1992). "Fundamentos de Derecho Constitucional", Ed. Astrea, Buenos Aires, pág. 692-693.

caso, adoptar una decisión, apostar a la jurisdicción judicial (local e internacional), debemos preguntarnos si realmente estamos ante una demanda de Derechos o si sólo queremos obtener por la vía judicial una decisión que no hemos podido lograr en la arena democrática. Muchas veces mezclamos Democracia y Derechos Humanos de una forma demasiado perversa. Asumimos que todo es Derechos Humanos y, paradójicamente, poco espacio queda para la democracia y el disenso.

(E). No debe promoverse una utilización indiscriminada del aparato judicial local y menos aún del internacional. No debemos perder de vista la función que debe asignarse a la comunidad internacional en la formación de Estado de Derecho: una voz más dentro de un proceso de diálogo democrático. Una voz que no siempre es la más autorizada. No queremos (o no deberíamos querer) que nuestras políticas públicas se decidan en el seno de agencias contra - mayoritarias locales o internacionales, para ello contamos con órganos plurales y representativos de nuestros intereses que votamos de tanto en tanto. Sin embargo, ello no significa que estas agencias deban quedarse de brazos cruzados frente a la inacción de los diferentes Estados. Sólo significa que su actuación debe necesariamente ser justificada.