

Estado de derecho y democracia
Un debate acerca del *rule of law*

Andrés J. D'Alessio
José Julián Álvarez González
Martín Böhmer
Robert A. Burt
Ricardo Caracciolo
Rodrigo Correa González
Jorge Correa Sutil
Enrique Felices
Calixto Salomão Filho
Owen Fiss
Paul W. Kahn
Marisa Iglesias Vila
Ernesto Garzón Valdés
Robert W. Gordon
Alvin Klevorick
Carlos Peña González
Mónica Pinto
Jorge Seall-Sasiain
Ulises Schmill
Miguel Soto

SELA 2000
Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política

I. 1. La autonomía del derecho

por Owen Fiss

El derecho es un campo autónomo de la actividad humana que no sirve a ningún amo más que a la justicia. Por esa misma razón valoramos el derecho y lo celebramos proclamando que todos deben doblegarse ante el *rule of law*.

América Latina, junto con el resto del mundo en desarrollo, ha mostrado en años recientes un renovado interés en el derecho. Hasta cierto punto este renacimiento del *rule of law*, como lo ha descrito un autor¹, está estimulado por las reformas orientadas hacia el mercado que son un producto de la política de desarrollo conocida como "neoliberalismo". Los partidarios del neoliberalismo han buscado forjar un enlace entre esa política de desarrollo y el derecho, pero en mi opinión, no hay conexión intrínseca. El insistir en eso, negaría la autonomía del derecho e ignoraría el hecho de que la finalidad del derecho es la justicia, no el desarrollo económico.

El segundo pilar del renacimiento del *rule of law* —el creciente ascendiente del movimiento de los derechos humanos— no compromete la autonomía del derecho, ya que la finalidad de los derechos humanos es la justicia. En ese respecto, la idea de los derechos humanos difiere del neoliberalismo. Sin embargo, como veremos, el movimiento de los derechos humanos, en su búsqueda de la justicia, pone en peligro otro de nuestros preciados ideales, a saber, la democracia, y así revela el lado oscuro del derecho: los muy recientes triunfos del movimiento de los derechos humanos en América Latina (en verdad en el mundo entero) ponen de relieve el hecho de que los requerimientos de la justicia no son necesariamente compatibles con la democracia.

En resumen, podemos salvar el derecho de las garras del neoliberalismo y del mercado solamente afirmando, como sin duda lo hacen los defensores de los derechos humanos, la autonomía del derecho y su devoción a la justicia. Mas entonces nosotros debemos también confrontar la amenaza de que el derecho, co-

¹ Ver Thomas CAROTHERS, *The Rule of Law Revival*, "Foreign Affairs", marzo-abril de 1998.

mo una institución autónoma, presenta a la democracia, y reflexionar de nuevo sobre el valor del *rule of law*. La justicia, por desgracia, quizá no sea amiga ni del mercado ni de la democracia.

I

"Neoliberalismo" es un término usado para describir un programa que busca aumentar la riqueza de las naciones. Requiere el abandono de políticas socialistas en favor de un mercado libre como el principal mecanismo para organizar las relaciones económicas. Específicamente, el neoliberalismo prescribe la privatización de las industrias estatales, el rechazo de regulaciones que interfieren con la operación del mercado libre, la reducción de déficits fiscales, la eliminación de tarifas y otras barreras al libre comercio y tipos de cambio flotante.

El neoliberalismo tiene sus raíces en los años REAGAN-THATCHER, pero su mayor éxito ocurrió en el período después de las revoluciones de 1989 en la Europa del Este y en el total colapso del socialismo como modelo para el desarrollo o, para el caso, en cualquier otra cosa. Hoy, algunos afirman que el neoliberalismo se basa en el consenso entre los economistas de desarrollo y se refieren a ello (posiblemente en tono desdenoso) como el "consenso de Washington". Esta expresión refleja el papel fundamental que los Estados Unidos, así como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (ambos situados en Washington y dominados por los Estados Unidos), han jugado en la formación y propagación de tal consenso.

Las reformas neoliberales han sido instituidas por todo el mundo en desarrollo, incluyendo América Latina. Las reformas neoliberales de la economía de Chile empezaron en un anterior oscuro período a manos de los "Chicago boys," pero durante los años 90 hemos sido testigos de un sorprendente número de reformas bajo el estandarte del neoliberalismo en las economías de la mayoría de los países latinoamericanos, particularmente en la Argentina, el Perú, Brasil y México. Estas reformas son de una importancia histórica mundial.

Un creciente interés acerca del derecho ha acompañado esta institucionalización de reformas neoliberales en América Latina. Verdaderamente estamos experimentando una nueva fascinación y sed por el derecho en esta región. Los Estados Unidos, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional han apoyado y alentado ampliamente este interés acerca del derecho. En estos días se oye hablar tanto sobre la importancia del derecho en los círculos de política de desarrollo que uno tiene la tentación de creer que hay dos partes en el consenso de Washington: el neoliberalismo y el *rule of law*.

Para ver el error en este programa y para captar más en detalle la distinción entre el neoliberalismo y el derecho, nosotros debemos poner a un lado cualquier desacuerdo que pudiéramos tener con el neoliberalismo como la gobernante política de desarrollo. Debemos suponer que el establecimiento de una economía de mercado promoverá el crecimiento económico y que tal crecimiento mejorará la vida de todos, incluyendo la de los más pobres, aunque su situación económica pueda no mejorar tanto o tan rápidamente como la de los ricos. Supongamos además que cualquier mercado que funciona bien necesita del derecho.

Por lo menos, el mercado requiere el derecho inmobiliario para determinar quién es dueño de qué. Estos reglamentos son una precondition para el comercio y, al garantizar a los dueños de propiedad que ellos cosecharán el beneficio

I. 1. La autonomía del derecho

de cualquier inversión que vayan a hacer, proveen incentivos para invertir. El derecho de contratos es también indispensable para garantizar a todos los interesados que estén negociando entre sí, que sus promesas serán respetadas. Ni el derecho de contratos ni el derecho inmobiliario, ni ninguna otra parte del derecho (por ejemplo, el derecho de responsabilidad civil o de antimonopolios) que puedan ser necesarios para que el mercado funcione, se hacen valer por sí mismos. Como resultado, el mercado también necesitará una institución que pueda interpretar e implementar pertinentes *rules of law*: un poder judicial. Esta institución debe ser independiente de los contendientes interesados, así como de las mayores fuerzas sociales y políticas.

Mientras que esta versión pareciera establecer un enlace entre el neoliberalismo y el derecho –y frecuentemente se usa para este propósito– ella fracasa porque instrumentaliza limitadamente el derecho. No reconoce que el derecho es una institución autónoma que sirve a una rica colección de valores, un buen número de los cuales (tales como la libertad política, la conciencia individual y la igualdad sustantiva) no están relacionados con la operación eficiente del mercado o del crecimiento económico. El derecho puede ser una precondition para el mercado, pero una vez que emerge toma vida propia como un campo autónomo de actividad humana. Algunas veces el derecho de contratos o el derecho inmobiliario favorece la operación del mercado; algunas veces no es así, todo depende de las reglas particulares. Algunos eruditos, más notablemente Richard POSNER en su colosal libro *An Economic Analysis of Law*, han tratado de demostrar que todas y cada una de las reglas del derecho sirven en realidad al mercado, pero estos esfuerzos han fracasado². Una gran parte del derecho permanece sin ser explicado, y no se ha ofrecido ningún mecanismo para explicar por qué el derecho sistemáticamente alcanza este resultado imaginario: la eficiencia. El punto más importante para hacer hincapié es que aún cuando algún especial reglamento de contratos, del derecho inmobiliario o cualquier otra parte del derecho, promueva el eficiente funcionamiento del mercado, el derecho presta ese servicio no como su objetivo sino como una consecuencia incidental a la búsqueda de un fin mayor, la justicia.

Para ilustrar la distinción conceptual entre el neoliberalismo y el derecho, imaginémosnos una nación que opera bajo una constitución escrita que adjudica poder entre los poderes ejecutivos y los poderes legislativos. La constitución provee que cualquier cambio en la compensación de los empleados de gobierno, incluyendo los derechos a pensión, debe ser promulgado por el poder legislativo. Supongamos también que mientras el poder legislativo no está comprometido a la búsqueda de una política neoliberal, el presidente es de otra opinión. El presidente está totalmente dedicado a la reforma neoliberal y como parte de su programa quiere bajar la deuda pública exigiendo a los empleados jubilados que hagan más contribuciones al fondo de pensiones y, a los actuales empleados, que aumenten sus contribuciones. El presidente implementa este plan a través de un

² Ver Richard A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 5ª ed., Aspen Law & Business 1998 (4ª ed., 1992; 3ª ed., 1986; 2ª ed., 1977; 1ª ed., 1972). Véase A. Mitchell POLINSKY, *Economic Analysis as a Potentially Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's Economic Analysis of Law*, "Harvard Law Review", 1955, 1974; Owen M. FISS, *¿La muerte del derecho?*, 10 "Doxa", 123, 1991.

decreto ejecutivo. Una corte comprometida al *rule of law* seguramente bloquearía esta medida. Aunque nosotros podamos estar de acuerdo en que el decreto presidencial sirve al neoliberalismo, la decisión de la corte honra el *rule of law* porque justifica la asignación del poder bajo la constitución, y los derechos implícitos de propiedad que la constitución concede a los empleados de gobierno.

En este ejemplo –inspirado en términos generales en una importante decisión de la Suprema Corte de Brasil en septiembre de 1999³– la disociación entre el *rule of law* y el neoliberalismo surge del hecho de que el neoliberalismo no estipula los medios por los cuales el mercado debería ser creado. El neoliberalismo proyecta un estado final –la operación de un mercado libre– pero no estipula los procesos por los cuales esa institución debe ser realizada. Una disyunción adicional surge del reconocimiento de valores del derecho que son parte de la justicia pero que no están totalmente expresados o protegidos por el mercado y que de hecho pueden ser transgredidos por él.

Un ejemplo de este fenómeno puede ser una ley firme antidiscriminatoria, derivada ya sea de la interpretación de la constitución o de una promulgación legal que prohíbe a los empleados rechazar a miembros de una minoría por cuestión de raza. Hay que reconocer que tal ley puede servir al mercado en la teoría de que la raza no está relacionada con la productividad. Pero la ley que imagino limitaría al empleador aún cuando éste no sea el caso, por ejemplo, cuando el empleador gratifica las preferencias raciales de sus clientes o de otros empleados, o cuando la raza guarda correlación, y por esta razón, es usada como *proxy* para otros factores como logros educativos que están de hecho relacionados con la productividad. Tal ley es directamente opuesta al neoliberalismo y a los principios del mercado porque circunscribe la capacidad de los dueños de propiedad –en este caso los dueños de empresas– a buscar políticas que maximicen sus ganancias. Sin embargo, ella sirve a la justicia porque elimina una estructura de castas que desfigura a la sociedad y asfixia la libertad humana.

El derecho aspira a la justicia pero no siempre lo logra. El derecho pertenece a este mundo, y como cualquier institución humana puede fallar en alcanzar sus altas metas. Algunas veces podemos detectar la falta de justicia imaginando cuál sería el resultado bajo un mercado que operara libremente. Hernando DE SOTO y Enrique GHERSI usaron tal enfoque con gran provecho en su importante libro, *El otro sendero* (1986). Reconocieron que el derecho peruano pretendía ser justo, pero, al usar el mercado como punto de referencia, ellos mostraron cómo había sido captado por la clase mercantil y usado para servir a sus propios propósitos. El derecho vino a ser un instrumento para excluir, de Lima y de sus actividades productivas, a las masas que emigraron de los Andes y del Amazonas a la ciudad. Reconocer, sin embargo, la contribución del modelo neoliberal al desarrollo o al proceso de mostrar cómo el derecho ha sido corrompido para marginalizar, empobrecer y excluir de él agentes productivos de la sociedad organizada, no hace al crecimiento económico la finalidad del derecho ni transforma el mercado en la medida de la justicia.

³ Ver *Ação Direita de Inconstitucionalidade* n° 2.010-2 - Liminar, Supremo Tribunal Federal, decidido 30 de septiembre, 1999, reportado en Min. Celso de Melo, en "Diário da Justiça", 11 de octubre de 1999.

I. 1. La autonomía del derecho

La justicia es la responsabilidad de todos. Todos tratamos de ser justos. El poder judicial difiere de los demás, sin embargo, porque no tiene otra finalidad que la justicia y está organizado de tal manera para servir esa finalidad. Debido a que los jueces son imparciales y escuchan agravios que de otra manera hubieran deseado ignorar, y debido a que ellos deben justificar sus decisiones en términos de principios compartidos, lo más probable es que harán justicia más que cualquier otra institución, incluyendo la legislativa y la ejecutiva. Por esa misma razón, la adjudicación debiera ser vista como una elaborada estructura del poder consagrado a asegurarse que la justicia se cumpla. Algunos teóricos del derecho privado han buscado limitar el poder judicial al logro de la justicia correctiva, pero esto es un error. Las cortes pueden buscar justicia distributiva también, como demostró *Brown v. Board of Education*, y su progenie.

Cuando todo va extraordinariamente bien, el mercado neoliberal puede mejorar el crecimiento y distribuir recompensas de acuerdo con la contribución que los individuos hagan a la productividad. Este resultado puede ser un elemento de justicia. Debemos también reconocer, sin embargo, que el mercado necesariamente implica ciertas medidas que son integrales a la justicia, por ejemplo, leyes que garantizan mínima satisfacción a las necesidades vitales humanas. De hecho, el mercado puede trabajar en contra de ciertas medidas requeridas por la justicia, tales como la ley firme de antidiscriminación que imaginé. El mercado puede ser una útil institución en cuanto promueve crecimiento –un importante valor público, especialmente en el mundo en desarrollo– pero no es la total medida de la justicia.

II

El renacimiento del *rule of law* que estamos experimentando hoy no es sólo el producto de un paradigma neoliberal de desarrollo sino que también puede remontarse a los recientes triunfos del movimiento de los derechos humanos. El creciente reconocimiento a los derechos humanos será calurosamente aplaudido por los miembros del Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, y, por supuesto, este sentimiento se extiende por todo el mundo. Representa, como ha dicho Michael IGNATIEFF, una revolución en la concientización humana⁴. Como parte de esta revolución, ha habido una creciente demanda por el derecho o, más específicamente, por el tratamiento de los derechos humanos como reclamaciones justiciables más que simples aspiraciones, y por las instituciones legales que son capaces de imponer estas reclamaciones.

Esta revolución en concientización empezó en el período inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial y surgió principalmente en respuesta a las atrocidades de genocidio de los nazis. La idea de “derechos humanos” mantiene que todos y cada uno de los seres humanos, simplemente en virtud de su humanidad, poseen una dignidad que limita lo que se puede hacer a esa persona y determina lo que se le adeuda. Sin embargo, durante la mayor parte del período de cincuenta años que siguió a la guerra, los derechos humanos no dieron

⁴ Ver Michael IGNATIEFF, *Whose Universal Values? The Crisis in Human Rights*, Praemium Erasmianum Essay, Foundation Horizon, The Hague, 1999, ps. 10-11.

surgimiento a reclamaciones legales que una corte podría imponer, sino que operaron en su mayor parte como ideales sociales.

Estos ideales fueron articulados y codificados en un número de documentos legales —en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1947), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976)— pero estos textos no establecieron un mecanismo institucional para transformar sus aspiraciones en reclamos que puedan ser legalmente impuestos. Algunos sistemas judiciales nacionales incorporaron estos ideales dentro de sus sistemas domésticos legales y por eso los trataron como reclamos legales; en otros ejemplos, se establecieron tribunales regionales que también transformaron estas aspiraciones en reclamos. Sin embargo, en general, en la mayor parte del período de cincuenta años que siguió a la Segunda Guerra Mundial, los derechos humanos permanecieron como ideales o aspiraciones.

Como ideales sociales, los derechos humanos dieron a luz movimientos sociales e inspiraron a la gente a actuar de ciertas formas. También suministraron una base a las tácticas bochornantes de Amnistía Internacional y Human Rights Watch. Pero no constituyeron ellos mismos reclamos que podrían ser legalmente impuestos. Las Madres de Plaza de Mayo, como un ejemplo, exigieron protección a los derechos humanos y el llamado “gran proceso” de la junta en Buenos Aires en 1985 puede ser considerado como una respuesta a esas demandas. Pero es importante recordar que los líderes de la junta fueron convictos por violar la ley argentina mas no por violar los derechos humanos ni cualquiera de los convenios internacionales que los codificaron⁵.

La historia cambió en los años 90. Justamente cuando el neoliberalismo ganaba ascendencia y el *rule of law* emergió como parte del consenso de Washington, las cosas también empezaron a cambiar en el campo de los derechos humanos. Hubo una creciente demanda para tratar los derechos humanos como reclamaciones legales y para crear instituciones internacionales para imponerlas. En parte, este cambio pudiera haber surgido del reconocimiento al excepcional carácter de la experiencia argentina y del fracaso de otros sistemas nacionales, incluyendo aquéllos de Chile, de Brasil y del Perú, para procesar a sus dictadores por terribles abusos a los derechos humanos. Aún más probablemente, el agudizado impulso para dar a los derechos humanos un estatus legal, proviene del hecho de que la comunidad mundial, una vez más, confrontaba los horrores del genocidio. Esto ocurrió en la ex Yugoslavia cuando los serbios asesinaron a los musulmanes de Bosnia, y en Ruanda, cuando la mayoría de los hutus masacraron a los tutsis.

En respuesta a las tragedias de Yugoslavia y Ruanda, el Consejo de Seguridad estableció dos tribunales *ad hoc* para juzgar a aquellos responsables de crímenes contra la humanidad. En el otoño de 1998, la creciente demanda por el derecho, y un tribunal permanente capaz de imponer los derechos humanos en una escala global, produjeron el Tratado de Roma y el establecimiento de una Corte Pe-

⁵ Ver Owen M. Fiss, *Human Rights as Social Ideals*, in Carla Hesse & Robert Post (eds.), *Human Rights in Political Transitions: Gettysburg to Bosnia*, Zone Books 1999, ps. 264-65 y 267-68.

I. 1. La autonomía del derecho

nal Internacional. Los Estados Unidos se rehusó a aprobar el tratado, y con más que suficientes recordatorios sobre la posición que tomó en el contexto de desarrollo, fue amonestado por no someterse al *rule of law*.

Aunque yo piense que es un error enlazar al neoliberalismo con el *rule of law*, mi actitud hacia aquellos que conectan los derechos humanos y el *rule of law* es diferente. Como dije al principio, los derechos humanos no comprometen la autonomía del derecho sino más bien se apoyan en ella; ellos son una expresión de la justicia. Los defensores de los derechos humanos tratan de usar el derecho para proteger a los mismos y esto, como el neoliberalismo, puede parecer que instrumentaliza al derecho. Pero tal impresión es un error, ya que los derechos humanos se encuentran en un plano completamente diferente al del mercado o del neoliberalismo en general. La finalidad del neoliberalismo es el crecimiento económico y un sistema que premia a la gente por razón de su contribución a la productividad, mientras que la finalidad de los derechos humanos es decisivamente más sólida: es la protección de la dignidad humana. Los derechos humanos lo abarcan todo y buscan enaltecer todos los valores que la justicia pueda actualizar. Por esta misma razón, el eslogan "el derecho es derechos humanos" lleva una plausibilidad que "el derecho es eficiencia" nunca ha logrado.

Por otra parte, el intento de los defensores de los derechos humanos de capitalizar la autonomía del derecho, revela la amenaza que representa el derecho a otro valor trascendente: la democracia. El derecho es autónomo y, como dije, no sirve a ningún amo más que a la justicia, pero esta autonomía puede interferir con los procesos ordinarios de autodeterminación colectiva. Hay que reconocer que los conflictos entre la justicia y la democracia ocurren aún a nivel de nación; la gente demanda una cosa, las cortes, algo diferente. Esta tensión es, sin embargo, significativamente aumentada en el caso de los derechos humanos, porque mientras los derechos humanos tienen un carácter global, los procesos de autodeterminación colectiva son esencialmente locales por naturaleza —ellos ocurren en los barrios, ciudades, provincias o en la nación—.

Algunas de las normas sustantivas de los derechos humanos —por ejemplo, aquellas que protegen la libertad de expresión— aumentan la formación de voluntad colectiva y por lo tanto pueden ser vistas como promotoras de la democracia. Otras normas tienen una relación más tangencial, quizás aun antitética, a una autodeterminación colectiva. Imagínense, por ejemplo, una nación de América Latina totalmente comprometida a un punto de vista religioso ortodoxo que insiste en que el lugar de la mujer está en el hogar sirviendo como madre y guardiana de la casa y, como resultado, prohíbe la contracepción, el aborto y el divorcio. Tales leyes pueden en verdad expresar la voluntad del pueblo de esa nación, incluyendo a las mujeres, y así gozar de legitimidad de acuerdo con los principios democráticos, pero ellas, sin embargo, ofenden las nociones fundamentales de la igualdad de sexos concebidas en una escala más universal. Son afrentas a la dignidad humana y, por eso, injustas.

Ciertamente, hay maneras analíticas inteligentes para que los requerimientos de justicia sustantiva sean consistentes con la democracia. En el caso que acabo de describir, por ejemplo, se puede argüir que sin la igualdad de sexos, no puede haber una verdadera democracia. Tales argumentos tienen considerable fuerza, pero nuestro compromiso con la igualdad de sexos, y nuestra voluntad de condenar la subordinación de mujeres como injusta, no depende de la creencia de que la igualdad contribuye a la democracia. Nosotros valoramos la igualdad

de sexos en sí y por sí misma. Este punto puede verse más claramente en otros derechos humanos, por ejemplo, el derecho a cuidado médico, a albergue o a un medio ambiente limpio. Nuestro compromiso con estos derechos nace no de un deseo de enaltecer la democracia, sino más bien de afirmar cierta comprensión de la dignidad humana.

Otro conflicto, quizá más de procedimiento, entre los derechos humanos y la democracia, surge del riesgo de interpretaciones divergentes de una norma compartida. Las instituciones locales, algunas de las cuales pueden ser plenamente democráticas, pueden tener una interpretación, mientras que un tribunal global puede tener otra. Para comprender totalmente este conflicto, consideremos una norma sustantiva de justicia sobre la cual no hay virtualmente ningún desacuerdo en todo el mundo: la prohibición de la tortura. El espectro de aplicaciones divergentes de esa norma emergió en el procedimiento de extradición de PINOCHET. El juez español, Baltasar GARZÓN, quien trató de extraditar de Inglaterra al general y trató después de procesarlo por crímenes cometidos en Chile, pudiera haber estado buscando justicia para todo el mundo, no nada más para los ciudadanos españoles, pero tal proceso pudo haber violado la decisión del pueblo chileno de no procesar al general por aquellos crímenes. Para ellos, la justicia pudo haber sido servida, por lo menos en 1990, cuando se negaron a juzgarlo.

Algunas veces me molesta este ejemplo, ya que la decisión original de Chile, a principios de los años 90, de no procesar al general por tortura y otros crímenes, no reflejó el proceso de una plena y justa deliberación. Como los recientes acontecimientos en Chile ponen en relieve⁶, esa decisión pareció más ser un ejercicio en autoamnistía que un juicio acerca de los requerimientos de la justicia. La decisión inicial de renunciar al proceso fue hecha en un contexto donde el general controlaba el ejército, el país funcionaba bajo una constitución ratificada durante su reino de terror y la Suprema Corte estaba totalmente controlada por jueces designados por él mismo.

El caso de Uruguay podrá presentar un símbolo más apropiado del conflicto, surgiendo de la pluralización de los centros de decisiones bajo un régimen que protege los derechos humanos. La decisión de renunciar al proceso contra la dictadura uruguaya por violaciones a los derechos humanos fue hecha después de un plebiscito que la mayoría de los observadores, incluyendo Carlos NINO⁷, consideró ser justo y abierto. Supongamos que el juez español hubiera invocado la idea de jurisdicción universal, implícita en la idea de derechos humanos, y buscado procesar a la junta uruguaya. Los defensores de los derechos humanos podrían aplaudir el resultado pero esto implicaría una autorización al juez GARZÓN para imponer su visión de justicia sobre la del pueblo uruguayo.

Los tribunales internacionales establecidos a finales de los años 90 son algunas veces anunciados como un intento de moderar el conflicto entre la justicia y

⁶ Ver *Human Rights Watch World Report 2000: Chile Human Rights Developments*, <<http://www.hrw.org/wr2k/americas-02.htm>>; *Amnesty International Annual Report 2000: Chile*, <<http://www.web.amnesty.org/web/ar2000web.nsf/countries/7633dc997bf5ee96802568f200552911?OpenDocument>>.

⁷ Ver Carlos Santiago NINO, *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, 1996, p. 36.

I. 1. La autonomía del derecho

la democracia inherente en el activismo del famoso juez español en el caso PINOCHET, pero no lo hacen. Es verdad que ellos centralizan la decisión de procesar y eliminan la extraña situación de que el juez de una nación se nombre a sí mismo como el agente de justicia universal. Los tribunales racionalizan la justicia pero no la democratizan porque estos tribunales pueden hacer también decisiones que son contrarias del sentimiento de una colectividad local y de su entendimiento de la justicia. Más aun, no hay instituciones democráticas a las cuales estas instituciones internacionales deben responder. Puede haber mecanismos que los haga responsables, pero no a un "demos".

Los dos tribunales *ad hoc* internacionales, establecidos en los últimos años de la década del 90 para imponer derechos humanos son responsables ante las Naciones Unidas, pero esa organización internacional no es una organización democrática. No todos los representantes de las Naciones Unidas son plenamente receptivos a la gente de las naciones que los enviaron -hay que pensar en el caso de China- y la estructura votante de la Asamblea General no es democrática. La democracia requiere una persona, un voto, no una nación, un voto. ¿Qué posible principio democrático justificaría dar al Brasil, con 170 millones de personas, el mismo voto que a Guyana, con una población de 700.000? La situación es aun peor en el Consejo de Seguridad, donde los cinco miembros permanentes, ninguno de los cuales viene del Hemisferio Sur, tienen cada uno poder de veto.

Las Naciones Unidas se originó por un tratado y por eso los tribunales que le son responsables pueden parecer ser legitimados por el proceso de elaboración de tratados. Cada nación debe consentir a un tratado para estar sujeto a él. Este mismo elemento de consentimiento puede aplicarse a la nueva Corte Penal Internacional que fue establecida por un tratado. En mi opinión, sin embargo, el elemento consensual inherente al proceso de elaboración de tratados no da a estos tribunales una base democrática. En primer lugar, los procesos internos de ratificación de un tratado no son necesariamente democráticos. ¿Representaría la ratificación de un tratado por China un acto de consentimiento por sus ciudadanos? Aun en los Estados Unidos, la ratificación de un tratado yace en las manos del Senado, el cual no está constituido de acuerdo con los principios democráticos sino más bien se basa en dos votos por estado. Además, aun cuando el tratado sea ratificado por un cuerpo elegido democráticamente, y así se pueda decir que se basa en el consentimiento de la nación, esa forma particular de consentimiento yace apropiadamente dentro del dominio de contratos, no de políticas democráticas. La democracia requiere la aprobación de los gobernados en elecciones periódicas para cerciorarse que el gobierno actúa de acuerdo con los deseos actuales del ciudadano actual.

Por supuesto, el conflicto que veo entre la justicia y la democracia está presente aún a nivel nacional, y en ese contexto hay muchos, incluyéndome a mí mismo, que vemos un importante lugar para la justicia y el *rule of law*. No podemos suponer, sin embargo, que la prioridad que asignamos a la justicia dentro de la esfera nacional automáticamente se extiende a la esfera internacional. A pesar de que la justicia requiere el aislamiento de las cortes de la política, hay importantes vínculos entre la ciudadanía y el poder judicial a nivel nacional que faltan a nivel global.

El sistema judicial federal en los Estados Unidos, para dar un ejemplo, es uno de los más independientes del mundo, pero los jueces son nombrados por el pre-

sidente y confirmados por el senado. Ellos dependen del congreso y del presidente para proteger sus salarios de la inflación y para imponer sus decretos. El congreso puede anular una interpretación estatutaria simplemente con legislación y puede, con el acuerdo de un gran número de estados, anular una interpretación constitucional con una enmienda. Hay que reconocer que en todos estos ejemplos, la voz del ciudadano común está amortiguada y distorsionada, pero estos vínculos con el pueblo son suficientes para justificar la opinión de que las cortes federales son parte del sistema democrático entendido como un *sistema*. Para incluir a los tribunales internacionales de derechos humanos de una manera similar, sin embargo, necesitaríamos instituciones políticas a nivel internacional tan democráticas en carácter como las que tenemos en el campo nacional, por ejemplo, un poder legislativo mundial plenamente democrático y quizá un primer ministro o un presidente mundial.

Para algunos visionarios, estas instituciones pueden yacer en el futuro, pero solamente si nosotros transcendemos diferencias en lenguaje y cultura, y establecemos lo que Jürgen HABERMAS ha llamado una "esfera global pública"⁸. El movimiento internacional de derechos humanos, la plataforma del neoliberalismo que requiere mercado libre, y los extraordinarios eventos que están aconteciendo estos días en la tecnología de las comunicaciones y del transporte, pueden estar creando un "demos" mundial a un ritmo cada vez más acelerado. Pero todavía esto no existe, ni tenemos nosotros nada que remotamente pueda asemejarse a instituciones representativas mundiales. Como resultado, los tribunales internacionales recientemente establecidos para proteger los derechos humanos permanecen sin responsabilidad hacia los ciudadanos del mundo organizados de acuerdo con principios democráticos, y, por tanto, debieran ser vistos como una pérdida para la democracia a pesar de que impartan justicia.

III

La justicia y su servidor, el derecho, son bienes humanos absolutos. Los derechos humanos brotan de la dignidad esencial de cada persona y por eso son capaces de otorgar contenido a la justicia de una forma que no ocurre con el neoliberalismo. Pero, porque ciertos derechos humanos y los mecanismos para imponerlos están algunas veces en conflicto con la democracia, la revolución en concientización e instituciones suscitada por el movimiento de derechos humanos, revela que la justicia no es el único bien y que aun tan noble ideal como el *rule of law* tiene sus límites.

⁸ Ver Jürgen HABERMAS, *Between Facts and Norms*, MIT Press, 1996, p. 514.