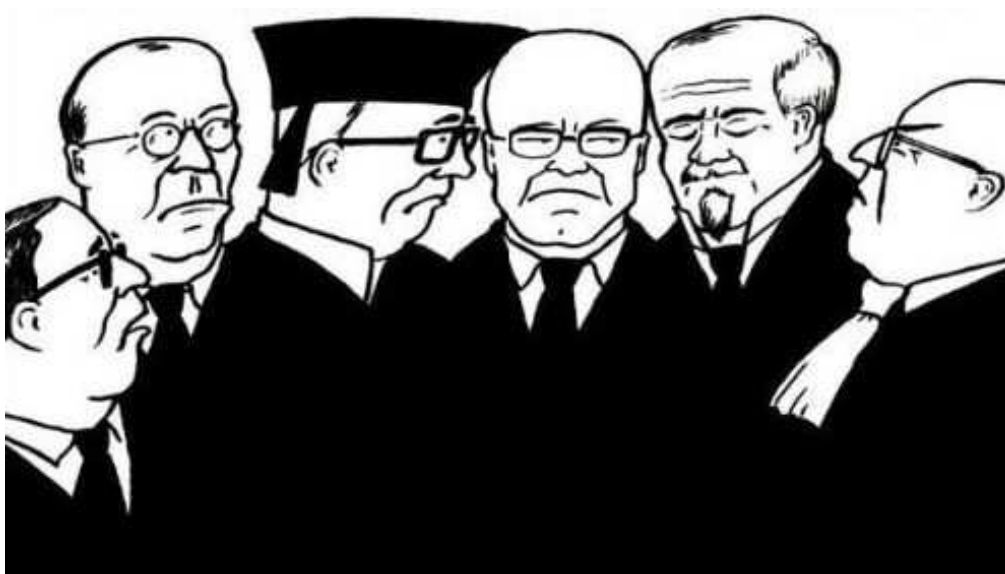




UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA

La iniciativa popular “El derecho nacional suizo prevalece sobre el derecho internacional”: Un ataque al Convenio Europeo de Derechos Humanos?

Un análisis de la iniciativa popular lanzada por el Partido Popular suizo en marzo de 2015 y de sus posibles consecuencias para las obligaciones de Suiza emanantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos



Con esta imagen el Partido Popular suizo hace campaña contra la supuesta limitación del derecho de autodeterminación por “jueces externos”.

Trabajo entregado como colaborador científico y corresponsal por Suiza para el Departamento Europa, coordinado por el Profesor D. Juan Carlos Pésico, en el Instituto de Relaciones Internacionales (I.R.I.) de la Universidad Nacional de La Plata.

Índice

1. INTRODUCCIÓN	3
2. SUIZA Y EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	4
A) EL CONVENIO Y SUIZA: INFLUENCIAS RECÍPROCAS	4
B) VALOR Y RANGO DEL CONVENIO EN EL SISTEMA JURÍDICO SUIZO	5
C) DOS RECIENTES FALLOS POLÉMICOS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS CONTRA SUIZA	6
3. LA INICIATIVA POPULAR “EL DERECHO NACIONAL SUIZO PREVALECE SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL”	8
A) LA INICIATIVA POPULAR: UN INSTRUMENTO DEL SISTEMA POLÍTICO SUIZO	8
B) ORIGEN, PROPÓSITO Y CONTENIDO	9
C) ALGUNAS POSIBLES CONSECUENCIAS DE UNA APROBACIÓN	11
CONCLUSIONES.....	13
AVISO LEGAL	15
BIBLIOGRAFÍA.....	15

1. Introducción

“*La Confédération et les cantons respectent le droit international.*”¹ Esto lo establece el Artículo 5 inciso 4 de la Constitución federal (del 18 de abril de 1999). El Partido Popular suizo busca matizar esta afirmación: En marzo de 2015, comenzó a reunir firmas para lanzar una iniciativa popular titulada “El derecho nacional suizo prevalece sobre el derecho internacional”. La iniciativa nace en un ambiente de euroescepticismo (Suiza no es parte de la Unión Europea y la mayoría de la ciudadanía no desea adherirse²) y de la reafirmación de la neutralidad y soberanía nacional de Suiza. Dos corrientes que son bandera de una derecha fuerte que domina los debates políticos, sobre todo a través de las temáticas de criminalidad e inmigración.³

Sin embargo, la iniciativa también se dirige contra el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH): Éste excede sus competencias, afirma el Partido Popular, que considera que el TEDH actúa cada vez más como una “corte europea de última instancia”.⁴ En concreto, el partido reprende varios fallos recientes que han suscitado críticas en Suiza. Pero esta iniciativa, que revela tensiones entre una democracia con fuerte participación ciudadana y el Derecho internacional público, si bien tiene lugar en Suiza, también refleja un euroescepticismo y un malestar creciente en numerosos países europeos hacia instituciones supranacionales tales como la Unión Europea y el TEDH. Estas críticas se centran en una supuesta falta de legitimidad democrática y, principalmente en el caso del TEDH, en la (mencionada) supuesta extralimitación en las competencias. Con la ratificación del Protocolo adicional número 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que reforzaría el principio de subsidiaridad y el margen de aplicación a los Estados, éstos buscan limitar la así llamada interpretación dinámica por el TEDH.⁵ Por eso, además de plantear la cuestión de la subsidiaridad de la TEDH, la temática propuesta se presenta como actual y relevante, ya que una aceptación de la iniciativa podría, según diferentes opiniones, conllevar la rescisión de Suiza del CEDH – con su posible impacto regional.

El presente trabajo propone analizar el malestar en numerosos Estados europeos hacia el TEDH a través de la iniciativa lanzada en Suiza. Lo hará poniendo en contexto la relación entre Suiza y el Sistema Europeo de Derechos Humanos y presentando dos casos cuestionados del TEDH, refiriéndose al contenido, el trasfondo y posibles consecuencias de un prosperar de la iniciativa, cuyo valor y trascendencia institucional serán previamente abordados en una breve explicación del sistema político suizo.

¹ *Constitución federal de la Confederación suiza*, art. 5 inc. 4: „La Confederación y los cantones respetan el derecho internacional público“. <http://bit.ly/1Ph2tzp>, consultada el 2.2.16.

² Según una encuesta de Statista en julio 2015 un 85.8% desaprueban una adhesión de Suiza a la Unión Europea en los próximos 10 años. <http://bit.ly/1SWTG87>, consultada el 2.2.16

³ El 9 de febrero de 2014, el electorado suizo aprobó con un 50.3% la iniciativa popular “Contra la inmigración masiva” que exige la regulación de la inmigración a través de un sistema de cuotas.

⁴ Página web del Partido Popular suizo, <http://bit.ly/1PKj3sP>, consultada el 3.12.2015

⁵ CETS 213 - *Convention for the Protection of Human Rights* (Protocol No. 15), 24.VI.2013. <http://bit.ly/1Qn1SKh>, consultada el 2.2.16.

2. Suiza y el Sistema europeo de Derechos Humanos

a) *El Convenio y Suiza: Influencias recíprocas*

La Confederación Suiza, pequeño Estado federal dotado de una Constitución democrática y moderna desde 1848 y pionera en la elaboración del derecho humanitario, se convirtió en 1963 en miembro del Consejo de Europa, y adhirió el 28.11.1974 a la CEDH. Desde entonces, Suiza y el TEDH se han nutrido mutuamente de su respectiva jurisprudencia.⁶

El CEDH ha tenido una influencia considerable sobre la Constitución federal suiza: A finales de los años 1960, tuvo lugar – a raíz de la obligación de someter cualquier cambio o revisión de la Constitución a un referéndum popular – un largo proceso de adaptación de la Constitución al CEDH. La adaptación más general se realizó a través de una revisión total que desembocó en la entrada en vigor de una nueva (y hoy actual) Constitución federal en 2000. Si bien la ratificación del CEDH no fue el factor desencadenante del mencionado proceso de revisión total que duró más de 30 años, sí jugó un papel elemental al constituir una fuente de referencia a la hora de codificar los derechos fundamentales.⁷ También merece mención la influencia de la ratificación del CEDH en cambios puntuales de la Constitución federal: En 1971 fue introducido el derecho a voto para las mujeres a nivel federal (revisión del artículo 74 de la Constitución federal de 1874); una modificación que sin embargo, a pesar del objetivo del Consejo federal de ratificar el primer Protocolo adicional del CEDH (en el cual el artículo 3 garantiza implícitamente el derecho al voto universal), también fue el resultado de las reivindicaciones populares cada vez más fuertes. También fueron, por ejemplo, abrogados los “artículos confesionales” 51 y 52 de la Constitución de 1874, que prohibían a la Sociedad de Jesús (Jesuitas) e impedían la fundación de nuevos conventos y órdenes religiosas.⁸ Y finalmente, hoy en día, la jurisdicción suiza se inspira constantemente de la jurisprudencia del TEDH.⁹

En sentido inverso, y además de, como lo resalta el antiguo juez del TEDH Giorgio Malinverni (2007-2011), haber iniciado la reforma que concluyó con la introducción en 1998 el Protocolo número 11, que a su vez ha creado una Corte única funcionando a tiempo completo, Suiza ha contribuido en la jurisprudencia del TEDH, en especial en los ámbitos de las reservas al derecho internacional, las reglas del proceso equitativo, de la protección de la vida privada y familiar o de la libertad de expresión.¹⁰

⁶ HOTTELIER, Michel; MOCK, Hanspeter; PUÉCHAVY, Michel: *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, 2da edición, Basilea: Schulthess, 2011, pp. 7-8.

⁷ *Ibid.*, pp. 22-23.

⁸ *Ibid.*, pp. 19-20.

⁹ *Ibid.*, pp. 7-8.

¹⁰ MALINVERI, Giorgio, en HOTTELIER, Michel; MOCK, Hanspeter; PUÉCHAVY, Michel: *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, 2da edición, Basilea: Schulthess, 2011, p. 5.

b) Valor y rango del Convenio en el orden jurídico suizo

Antes que nada, cabe recordar que el TEDH está sujeto al principio de subsidiaridad: La cuestión de cómo un Estado hace valer el respeto de la CEDH no le concierne, sólo la constatación de la existencia de una violación de la CEDH. Sus principales funciones son por lo tanto recibir y tratar casos concretos, sea en el marco de las denuncias individuales o de las denuncias estatales, sin pronunciarse sobre el derecho interno de un Estado.¹¹

En el momento de la ratificación del CEDH por Suiza en 1974, la Constitución federal no contenía ninguna disposición detallada en cuanto al lugar que ocupaba el derecho internacional en el orden jurídico interno.¹² El Tribunal de Casación del Tribunal federal afirmó en un juicio del 18.1.1979 que los derechos garantizados en el CEDH revelan, por su naturaleza, derechos constitucionales, y que el procedimiento, tanto en el caso de un recurso por violación del CEDH como en el caso de un recurso por violación de la Constitución federal, tendría que ser el mismo: Obligación de agotar todas las posibilidades de recurso cantonales antes de llegar al Tribunal federal, y posteriormente al TEDH.¹³

Es a principios de los años 1980, cuando el Tribunal federal ha sentado paulatinamente la base de la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno. El Consejo federal (poder ejecutivo) afirmó en 1965 (y más recientemente en 2010), que las disposiciones internacionales que apuntan a proteger los Derechos Humanos, y en concreto el CEDH, deben ser aplicadas sin excepción, y aunque el poder legislativo busque derogarlas. Sin embargo, esta visión monista de un rango supraconstitucional del derecho internacional también fue (y es) contestada por autores con una visión más rousseauiana, que contesta la legitimidad de cualquier límite para impedir que el soberano, la última instancia en un orden democrático, tome las decisiones que estime justificadas.¹⁴ Es finalmente la visión monista la que se estableció en Suiza: Hoy, cuando Suiza adopta una norma internacional, ésta es integrada automáticamente en el derecho interno y tiene que ser respetada por todas las instituciones estatales, sin que haga falta una acción adicional (por ejemplo la creación de una ley correspondiente).¹⁵

En 1994, el Consejo federal informó a la Asamblea federal, que la iniciativa popular “Por una política de asilo razonable” afectaba al *jus cogens* y era contraria a los principales tratados multilaterales en materia de derecho de refugiados y Derechos Humanos ratificados por Suiza, y que, por ende, no debía ser sometida a la votación del

¹¹ Clase impartida por el Prof. Sébastien Touzé: *El principio de subsidiaridad en el sentido del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 1.9.16, Salón Rojo de la Universidad de Buenos Aires.

¹² HOTTELIER, Michel; MOCK, Hanspeter; PUÉCHAVY, Michel: *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, p. 12

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Ibid.*, pp. 12-14

¹⁵ Departamento federal de Asuntos exteriores: *Verhältnis Völkerrecht, Landesrecht*. <http://bit.ly/20adx4h>, consultada el 3.2.16.

pueblo y de los cantones – recomendación que fue aceptada por la Asamblea federal. La Constitución federal prescribe de hecho (en sus Artículos 139 inciso 3, 193 inciso 4 y 194 inciso 2) que ningún cambio constitucional puede afectar las normas emanantes del *jus cogens*. Considerando, sin embargo, que dichas normas sólo cubren los Derechos Humanos más fundamentales, la pregunta de si el respeto de ciertos derechos fundamentales anclados en el CEDH puede o no ser una barrera para una iniciativa popular, carece hasta el día de hoy de una respuesta clara.¹⁶ De hecho, en su práctica de los últimos años, la Asamblea federal ha interpretado el concepto de *jus cogens* muy estrechamente y ha admitido que iniciativas populares conflictivas con los Derechos Humanos sean sometidas al voto popular, argumentando que no se trata de reglas imperativas del derecho internacional.¹⁷

c) Dos fallos polémicos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos contra Suiza

Desde la ratificación del CEDH por Suiza en 1974 hasta 2013, el TEDH ha recibido 5'940 denuncias contra Suiza, de las cuales 130 (menos de un 2%) resultaron en una sentencia por el TEDH, ya que más de 95% de las denuncias fueron desestimadas por la evidente inexistencia de una violación del CEDH.¹⁸ En 86 de los casos (66%) los jueces constataron al menos una violación contra el CEDH. Esto constituye un 1.6% de todas las denuncias. Se trató sobre todo de violaciones del Artículo 6 (Derecho a un proceso equitativo, 34 veces), Artículo 8 (Derecho al respeto a la vida privada y familiar, 26 veces), Artículo 5 (Derecho a la libertad y la seguridad, 14 veces) y Artículo 10 (Derecho a la libertad de expresión, 11 veces). En el caso del Artículo 6 se trató mayoritariamente de la falta de posibilidades de recurso. Un total de 190 personas ganaron el caso contra Suiza ante la TEDH, de los cuales 140 fueron ciudadanos suizos (70%). Según el Tribunal federal la jurisprudencia europea tiene una importante influencia, ya que Suiza aplica estrictamente sus fallos.¹⁹

Antes de nombrar ejemplos de casos polémicos que son utilizados por los impulsores de la iniciativa popular conviene hacer dos comentarios: En primer lugar, por razones de concisión, sólo serán abordados brevemente dos casos que, en opinión del autor, han tenido una repercusión mediática especialmente fuerte. En segundo lugar, cabe precisar que no es sólo en los últimos años que han surgido voces críticas hacia el TEDH: El fallo del Tribunal contra Suiza en el caso *Belilos* (1988) por ejemplo, generó un vivo

¹⁶ HOTTELIER, Michel; MOCK, Hanspeter; PUÉCHAVY, Michel: *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, pp. 14-15.

¹⁷ *Ibid.*, p. 21.

¹⁸ Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) / Zentrum für Menschenrechtsbildung (ZMRB) PH Luzern / SKMR Transversaler Aufgabenbereich Menschenrechtsbildung: *Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und ihre Bedeutung für die Schweiz*, 2014. <http://bit.ly/1nYbaWy>, consultada el 8.2.16.

¹⁹ Berner Zeitung: „Fremde Richter“ und die Schweiz: *Der Faktencheck*, 1.5.14, <http://bit.ly/1P5JMfR>, consultada el 31.1.16.

debate en la Asamblea federal y una minoría exigió, sin éxito, el retiro de Suiza del CEDH.²⁰

Un primer ejemplo de un fallo polémico fue el del caso *Perinçek vs Suiza* (nº 27510/08): El ciudadano turco Doğu Perinçek había tildado en Suiza la definición de genocidio de las matanzas de armenios en 1915-1917 cometidas por el Imperio Otomano de “mentira internacional”, y había sido juzgado por “negación de genocidio”²¹ por el Tribunal de distrito de Lausana (Suiza) en 2005 (fallo confirmado por el Tribunal federal). El TEDH, al que acudió el Sr. Perinçek, constató en 2013 una violación del derecho a la libertad de expresión (Artículo 10 del CEDH), fallo confirmado en 2015 por la Cámara Grande del TEDH.²² El fallo generó críticas en Suiza (donde la utilización del termino “genocidio” para los sucesos de 1915-1917 es generalmente reconocida²³), ya que fue percibido como una disconformidad constante del TEDH y como una “victimización del infractor”. Que la Oficina federal de Justicia tenga que comunicarle al TEDH dentro del plazo de seis meses cómo aplicará en la práctica los criterios establecidos en la sentencia, y ya haya anunciado la posibilidad de una aplicación más prudente de la norma contra el racismo o hasta una revisión de la ley en cuestión, le juega a favor a la argumentación del Partido Popular, que sostiene que Suiza puede garantizar el respeto de los Derechos Humanos sin “injerencias externas”. Al mismo tiempo, ha sido el Partido Popular que ha atacado continuamente el artículo de antirracismo desde su creación en 1995 y ha exigido su abrogación por crear “inseguridad jurídica” y conllevar “abusos y procesos inútiles”.²⁴

Otro fallo contestado fue el de *Udeh contra Suiza* (nº 12020/09): El Sr. Udeh, ciudadano nigeriano (divorciado, padre de tres hijos en Suiza), había ingresado en Suiza con documentos falsos, donde recibió un total de 165'000 francos suizos en ayuda social hasta que fue decidida su expulsión del país tras ser condenado por trafico de droga. Sin embargo, el TEDH juzgó en 2013 que Suiza había violado con esta condena el Artículo 8 del CEDH²⁵ y que además de pagarle 9'000 euros de indemnización no le

²⁰ HOTTELIER, Michel; MOCK, Hanspeter; PUÉCHAVY, Michel: *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, pp. 69-70.

²¹ Código penal suizo del 21 de diciembre 1937 (al 1.1.2016), Art. 261^{bis1} inciso 4, Discriminación racial: <http://bit.ly/1SiQDZs>, consultada el 30.1.16

²² Sentencia de la Cámara Grande del Tribunal Europeo de Derechos humanos en el caso PERİNÇEK c. SUISSSE, demanda número 27510/08, 15.10.2015, Estrasburgo, Francia: <http://bit.ly/1WPhvyJ>, consultada el 12.2.2016.

²³ A nivel estatal, únicamente el Consejo Nacional (cámara baja de la Asamblea Federal o Parlamento), ha reconocido los sucesos de 1915-1917 como “genocidio”.

²⁴ Neue Zürcher Zeitung: *Bund prüft Gesetzesrevision*, 16.10.15, <http://bit.ly/1QOlwTX>, consultada el 30.1.16.

²⁵ European Court of Human Rights / Council of Europe: *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Artículo 8: *Derecho al respeto a la vida privada y familiar: 1) Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2) No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de*

podía expulsar de Suiza, ya que esto impediría que viera a sus hijos.²⁶ No fue la primera vez, que Suiza fue condenada por el TEDH en virtud del Artículo 8: Entre 1979 y 2013, Suiza lo violó, según el TEDH, 26 veces. En el caso presente especialmente, la interpretación por los jueces para muchos no encontró explicación, ya que el artículo en cuestión ofrece la posibilidad al Estado de interferir en el derecho al respeto de la vida privada y familiar de una persona en el caso de que la interferencia “esté prevista por la ley y constituya una medida que sea necesaria para (...) la seguridad pública, (...) la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

3. La iniciativa popular “El derecho nacional suizo prevalece sobre el derecho internacional”

a) La iniciativa popular: un instrumento del sistema político suizo

El sistema político suizo se distingue por la fuerte participación popular, que es única en el mundo. Se trata de una democracia semi-directa, es decir que si bien existe una delegación de la soberanía del pueblo en el poder legislativo (la Asamblea federal, o sea un Parlamento), los ciudadanos también pueden interferir de forma directa en los procesos políticos a nivel federal, cantonal y comunal. En concreto, la aprobación de un cambio en la Constitución federal por la Asamblea federal requiere un referéndum obligatorio y una aprobación doble (mayoría del electorado y aprobación en la mayoría de los cantones). Pero también la adopción de leyes por la Asamblea federal puede ser impedida por los ciudadanos, ya que disponen de cien días a partir de la aprobación para juntar 50.000 firmas y de esta forma exigir una votación (referéndum facultativo), igual que lo pueden los cantones inconformes (mínimo ocho) con la nueva ley.²⁷

Otro instrumento de participación directa es la iniciativa popular, a través de la cual el ciudadano puede proponer un cambio de la Constitución federal. Para hacer votar al electorado suizo sobre una tal iniciativa, al menos 100'000 personas con derecho a voto tienen que firmarla dentro de un plazo de 18 meses, contando con la aprobación del texto por la Cancillería federal, que, entre otros, verifica que las traducciones a los otros idiomas oficiales sean correctas y el título respete las disposiciones legales (no debe ser formulado de forma propagandística engañosa, ni inducir a confusiones). La iniciativa puede ser formulada como un objetivo general o contener una formulación exacta que ni

las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. <http://bit.ly/1JQoMNV>.

²⁶ Sentencia de la Cámara Grande del Tribunal Europeo de Derechos humanos en el caso UDEH c. SUISSE, demanda número 12020/09, 15.10.2015, Estrasburgo, Francia: <http://bit.ly/21Liotz>, consultada el 30.1.16.

²⁷ Portal del Gobierno suizo en internet: *Die Politik mitbestimmen*, <http://bit.ly/1P4cZrr>, consultada el 1.12.2015.

la Asamblea federal ni el Consejo federal (Gobierno) podrían modificar, si la iniciativa fuese aprobada finalmente.²⁸ Si las suficientes firmas válidas son entregadas, entonces el Consejo federal la analiza dentro del plazo de un año, verifica, entre otras cosas, que no viole el derecho internacional imperativo (*jus cogens*) y que sea factible, y le envía su recomendación (y posiblemente su contrapropuesta) a las dos cámaras de la Asamblea federal. Es la Asamblea, el poder legislativo, la que tiene el poder de decisión si la iniciativa es sometida a la votación del pueblo y de los cantones o no (sólo la iniciativa popular “Por una política de asilo razonable” no fue admitida, ver 2.b) *Valor y rango del Convenio en el orden jurídico suizo*). La Asamblea puede agregarle a su recomendación una contrapropuesta, de forma que el ciudadano puede elegir entre hasta tres opciones (aceptación de la iniciativa, rechazo o aceptación de la contrapropuesta). Transcurridos todos estos pasos, la iniciativa tiene que ser aprobada por una mayoría doble, es decir tanto por la mayoría absoluta del electorado, como también con una mayoría en más de la mitad de los cantones.²⁹ Desde 1848 hasta febrero 2016, de 203 iniciativas populares votadas sólo 22 fueron aceptadas.³⁰

b) Origen, propósito y contenido

El Artículo 5 inciso 4 de la Constitución federal (del 18 de abril 1999) de la Confederación Suiza prescribe: “*La Confédération et les cantons respectent le droit international.*”³¹ De esta forma, el derecho internacional y el derecho interno se tienen que encontrar en armonía, y obviamente es el segundo el que se tiene que adaptar. Para ello, tal como la costumbre ha fijado en el plano internacional, cada Estado después de aprobar una norma internacional debe, para cumplir con las obligaciones, adaptar su legislación interna.³² De no hacerlo, el Estado será responsable ante la comunidad internacional de la violación de tal tratado, ya que, como indica el art. 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, “(...) *Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.*”³³

La iniciativa popular “El Derecho suizo prima sobre el derecho internacional (Iniciativa de autodeterminación)” fue entregada a la Cancillería federal el 12 de febrero de 2015 y aprobada por la misma, de forma que el comité de la iniciativa anunció el 10 de marzo

²⁸ Portal de la Cancillería federal de Suiza en internet: *Volksinitiativen*, <http://bit.ly/1UYrG3b>, consultada el 1.12.2015.

²⁹ Lexikon del Thinktank Vimentis: *Volksinitiative*, <http://bit.ly/1Q5gZhc>, consultada el 2.12.15.

³⁰ Oficina federal de estadística: *Abstimmungen Indikatoren*, Neuchâtel 2015: <http://bit.ly/1T0czqO>, consultada el 4.12.15.

³¹ *Constitución federal de la Confederación suiza*, art. 5 inc. 4: „La Confederación y los cantones respetan el derecho internacional público“. <http://bit.ly/1Ph2tzp>, consultada el 3.2.16.

³² FONT, Montserrat Andrea, *Guía de estudio de Internacional Público*, 7a edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Estudio, 2014, p. 28.

³³ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados: <http://bit.ly/1Q3Bepi>, consultada el 4.1.16.

de 2015 el inicio de la recogida de firmas. El comité dispone hasta el 10 de septiembre 2016 para entregar 100.000 firmas de ciudadanos con derecho a voto. Su propósito es, como los mismos iniciantes afirman, situar las decisiones democráticas en la cima de la jerarquía jurídica para, por un lado, limitar las posibilidades de injerencia (que según ellos son muchas veces injustificadas o despropositadas) de “jueces y cortes ajenos”, y por otro lado, desbaratar “los intentos de políticos, funcionarios y académicos suizos de utilizar el derecho internacional como pretexto para limitar los derechos democráticos de la ciudadanía suiza”.³⁴ Por encima del derecho suizo quedaría sólo el derecho internacional imperativo (*jus cogens*), que no está definido con exactitud, pero que desde luego abarca las prohibiciones del uso de fuerza gratuita y del genocidio, como también el respeto del principio de no devolución a un país inseguro, la prohibición de tortura, de esclavitud y castigos colectivos y el derecho a la vida.³⁵

Son varios los trasfondos del impulso de la iniciativa en cuestión que se pueden nombrar:

En primer lugar, varias iniciativas, como la de la expulsión de autores extranjeros de delitos, aprobadas por el electorado, no fueron, desde el punto de vista del Partido Popular, aplicadas lo suficientemente estrictamente por la Asamblea federal bajo el argumento de la violación de derecho internacional, lo que, según el Partido Popular, es inadmisibles, ya que no habría violación de *jus cogens*. Este argumento retoma la falta de legitimidad democrática del derecho internacional, el cual ha sido construido por gobiernos, y no a través de votaciones populares, lo que, según ciertas interpretaciones, viola el principio de soberanía. También la aplicación del derecho internacional es llevada a cabo en general por los gobiernos, lo que resulta en una violación de la separación de los poderes. Mientras que originalmente el derecho internacional fue concebido para los Estados, resulta cada vez más en derechos y obligaciones para las personas. Por eso estas limitaciones de la separación de los poderes y de la autodeterminación constituyen un desafío para los principios de una democracia semi-directa como la suiza – desafío que el Partido Popular utiliza para presentar un conflicto insuperable entre derecho interno y derecho internacional.

Justamente, en segundo lugar, el Partido Popular aprovecha una inseguridad jurídica que nace de la interconexión de las dos jurisdicciones derecho interno y derecho internacional. Nadie menos que el actual Presidente de la Corte federal, Gilbert Kolly, admitió recientemente esta inseguridad jurídica pidiéndole a la Asamblea federal respuestas a la cuestión, si es el derecho interno o el derecho internacional que

³⁴ Página web del Partido Popular suizo: Beginn Unterschriftensammlung Volksinitiative „Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)“ (Conferencia de prensa del 10.3.2015): <http://bit.ly/1PKj3sP>, consultada el 3.12.2015.

³⁵ Lexikon del Thinktank Vimentis: *Internationales Recht (Verhältnis Landesrecht – Völkerrecht)*, <http://bit.ly/1mnMnth>, consultada el 2.12.15.

prevalece en caso de un conflicto entre ambos, ya que el Artículo 190 de la Constitución no hace más que exigir la aplicación de los dos.³⁶

En tercer lugar, la iniciativa se influye del fuerte escepticismo que existe en Suiza hacia la Unión Europea, y por lo tanto contra todo órgano supranacional europeo. El Partido Popular lleva éste “euroescepticismo” como una de sus banderas. Sus exponentes no cesan de alertar sobre el “devastador” efecto que tendría la adhesión a la UE no sólo sobre la economía, sino ante todo sobre la autonomía nacional, por la aplicación automática de la ley europea que podría conllevar.

Finalmente, varios fallos (ver ejemplos en 2.c) del TEDH contra Suiza, país que es considerado ampliamente respetuoso de los Derechos Humanos, resultan incomprensibles para parte de la población.

La iniciativa exige varios cambios en la Constitución federal. En el artículo 5, sitúa la Constitución como fuente jurídica más alta de la Confederación suiza (inciso 1), y, al mismo tiempo que afirma que la Confederación y los Cantones “toman en cuenta” el Derecho internacional, establece que la Constitución prima (con excepción del *jus cogens*) sobre este último (inciso 4). A través de los cambios en el Artículo 56a (obligaciones internacionales), la iniciativa especifica las afirmaciones del Artículo 5: Ni la Confederación ni los Cantones pueden asumir compromisos internacionales si éstos se encuentran en contradicción con la Constitución (inciso 1), y, en caso de una existente contradicción y siempre bajo el respeto del *jus cogens*, la Confederación y los Cantones tienen que adaptar las obligaciones internacionales o rescindir los contratos internacionales correspondientes (inciso 2). Estas disposiciones son finalmente integradas en el artículo 190: El derecho aplicable por la Corte federal y las otras autoridades competentes abarca las leyes federales y los tratados internacionales que estuvieron sometidos al referéndum facultativo u obligatorio.³⁷

c) Algunas posibles consecuencias de una aprobación

Antes que nada es necesario prevenir de que una predicción sobre las posibilidades de una aprobación de la iniciativa por una mayoría del electorado (absoluta y en los cantones) resulta imposible, ya que dicha posible votación se haría en un par de años y su resultado dependería del contexto en ese entonces. Lo que sí parece casi seguro, es que el Consejo federal recomendará su rechazo: Un “sí” a la iniciativa situaría, en el plano jurídico suizo, al derecho interno por encima del derecho internacional. Esto no se aplicaría, tal como lo estipula el texto de la iniciativa, al *jus cogens*, que aparte de las normas y los estándares más elementales del derecho internacional, también cubre

³⁶ Artículo en SRF: *Schweizer versus internationale Recht: Justiz ist unsicher*, 12.3.2015, Burkhardt Philipp, <http://bit.ly/1Pha4hw>, consultada el 4.2.16.

³⁷ Texto original de la iniciativa popular: *Volksinitiative „Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)“*, <http://bit.ly/23T0h8V>, consultada el 21.12.15.

algunos de los DDHH más fundamentales. Pero el cambio constitucional propuesto haría peligrar la adherencia de Suiza al CEDH, que es defendida por el Consejo federal³⁸, ya que posibles conflictos entre el derecho interno y el derecho internacional serían eliminados a través de una rescisión de los tratados internacionales correspondientes.

En cuanto a las consecuencias para la protección de los DDHH en Suiza, hay diferentes opiniones: Mientras que los impulsores de la iniciativa argumentan que no hay diferencia alguna entre los DDHH garantizados en el CEDH y en la Constitución federal, y que es el TEDH que crea los conflictos con sus interpretaciones³⁹, sus adversarios alertan de una supuesta eliminación de una garantía de la salvaguardia de los DDHH en Suiza y del peligro de una “dictadura” de la mayoría sobre la minoría.⁴⁰

Desde otro punto de vista, una aprobación de la iniciativa clarificaría la indefinida jerarquía entre obligaciones internacionales y derecho nacional y le daría al sistema jurídico suizo una base jurídica clara. Sin embargo, no aportaría ninguna aclaración en cuanto a la jerarquía entre las obligaciones internacionales: Suiza, como otros Estados, está insertada en una compleja red de obligaciones que provienen de tratados (por ejemplo con la UE) y convenciones (por ejemplo el CEDH) internacionales ratificados, de la cual surgen conflictos de obligaciones. Desde esta perspectiva, y como el TEDH trata de contribuir con sus fallos a una armonización de las diferentes obligaciones internacionales (ver caso *Nada vs Suiza*), si bien la iniciativa aportaría seguridad jurídica en la relación derecho interno – derecho internacional, podría, por hacer peligrar la salida de Suiza del CEDH, generar más inseguridad jurídica en la jerarquía de las diferentes obligaciones internacionales.

³⁸ Comunicado del Consejo federal del 19.11.14: *EMRK – zentraler Baustein einer europäischen Grundwertegemeinschaft*, <http://bit.ly/1QnkvxC>, consultada el 2.2.16.

³⁹ Opinión del jurista Gregor Rutz en su entrevista del 26.6.2015 en la *Neue Zürcher Zeitung*: <http://bit.ly/1XdTqSM>, consultada el 13.12.2015.

⁴⁰ Opinión del jurista Daniel Vischer en su entrevista del 26.6.2015 en la *Neue Zürcher Zeitung*: <http://bit.ly/1XdTqSM>, consultada el 13.12.2015.

Conclusiones

Después de haber planteado cuestiones de jerarquía jurídica y de haber analizado origen, propósito y posibles consecuencias de la iniciativa en cuestión, algunos comentarios finales parecen apropiados.

En primer lugar, y haciendo referencia a la primera parte del trabajo, se puede reafirmar la importancia que ha tenido y sigue teniendo el CEDH para Suiza (y viceversa) en materia de evolución de la protección de los Derechos Humanos en Europa. Sin embargo, tanto fallos (muy puntuales pero fuertemente mediatizados) en contra de Suiza, como también una existente inseguridad jurídica en cuanto a la jerarquía entre derecho interno y derecho internacional, han dado lugar en Suiza a una creciente desaprobación del TEDH. Mientras que la importancia del CEDH es generalmente aceptada (hasta por los impulsores de la iniciativa), generan críticas las interpretaciones y las supuestas injerencias en la legislación nacional de los jueces.

En segundo lugar, podemos afirmar que las obligaciones internacionales tienen cada vez mayor efecto sobre el individuo y que ciertas obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos son cuestionadas desde el ángulo de la legitimidad democrática – algo que puede parecer contradictorio, ya que democracia y Derechos Humanos son dos conceptos prácticamente inseparables. Tratándose, en el caso de Suiza, de una democracia con fuerte participación popular, sus ciudadanos tienen la posibilidad de aspirar a un cambio de ciertas obligaciones internacionales, o, como en el caso de la iniciativa en cuestión, a un cambio de la jerarquía jurídica. Esto explica por qué podría peligrar la permanencia de Suiza en el Sistema Europeo de Derechos Humanos: Son numerosos los países donde aumentan las críticas hacia el margen de apreciación que se ha dado el TEDH. Pero mientras los gobiernos de dichos países protestan contra los fallos sin amenazar seriamente con denunciar el CEDH, en Suiza, el Partido Popular puede recurrir al poderoso instrumento de la democracia directa para impulsar una iniciativa que, si es aprobada, podría conllevar a la retirada de Suiza del CEDH y contaría con la legitimidad democrática.

En tercer lugar, no se puede más que especular sobre las posibles consecuencias de una aprobación de la iniciativa en cuestión: Es posible que la denuncia del CEDH no sea necesaria, ya que *a priori* no estarían en contradicción el CEDH y la Constitución federal, sino más bien la interpretación del CEDH por el TEDH y la Constitución. De esta forma quedaría un margen de interpretación para evitar la denuncia del CEDH. Pero también es posible que Suiza se encuentre ante un conflicto entre la Constitución federal y el CEDH y se vea obligada a denunciar al CEDH. Esto podría tener múltiples consecuencias:

- Una retirada de Suiza del CEDH dañaría la reputación de un país con una importante tradición humanitaria y una política consecuente de protección de los

Derechos Humanos. Hasta ahora, sólo un miembro del Consejo de Europa se retiró temporalmente del CEDH (Grecia bajo el régimen militar, 1969-1974). También se podría ver reducida la credibilidad y legitimidad de Suiza en negociaciones internacionales: La posición de Suiza en cuestiones de protección de Derechos Humanos en gremios multilaterales o negociaciones bilaterales podría ser afectada.

- La retirada tendría un impacto regional cuyo alcance es difícil de prever. Sin lugar a duda, constituiría un reverso para el Sistema Europeo de Derechos Humanos y sentaría un precedente: Otros Estados parte del CEDH, en los que aún se encuentran numerosas violaciones de los Derechos Humanos, podrían ver una salida de Suiza como pretexto para rechazar fallos del TEDH o seguir el ejemplo y denunciar al CEDH. Esto, desde el punto de vista de la política exterior suiza, podría llevar a un deterioro general de la situación de Derechos Humanos en Europa, lo que podría aumentar la inestabilidad política – algo que ni políticamente ni económicamente es de interés para un país como Suiza.
- En cuanto a las implicaciones internas suizas, también cabe recordar que ningún ciudadano de ningún Estado está protegido completamente contra la posibilidad de sufrir una violación de algún derecho humano y que la “tiranía de la mayoría” también puede ser un peligro para una democracia tan establecida y deliberativa como la de Suiza, lo que refuerza la necesidad de una visión externa, que justamente ofrece el CEDH y su órgano principal, el TEDH.

Ante estas posibles consecuencias, tanto para el Sistema Europeo de Derechos Humanos como para Suiza, la retirada del mismo no es una opción deseable. Una solución regional podría llegar con la ratificación del Protocolo adicional número 15, cuya existencia demuestra que Suiza no es el único país en el que existe una disconformidad con la aplicación dinámica del CEDH. Debe estar en el interés de todos que el Sistema Europeo de Derechos Humanos recupere su legitimidad y credibilidad. Poner en riesgo un sistema regional que ha sido difícil de crear, constituiría una irresponsabilidad del TEDH, que tiene como misión velar sobre el respeto de los Estados del CEDH, pero de forma subsidiaria. Fallos como el de *Udeh contra Suiza*, en el que el TEDH hizo prevalecer la vida privada por encima de la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud y de la moral, y la protección de los derechos y las libertades de los demás, seguirán generando fuertes críticas hacia todo el Sistema Europeo de Derechos Humanos, poniéndolo en riesgo.

Aviso Legal

El autor se expresa en este artículo de forma personal. Sus opiniones y consideraciones en este texto no deben ser entendidas como la posición oficial de Suiza y/o del Departamento Federal de Asuntos exteriores de Suiza (DFAE). No se trata de una publicación del DFAE.

Bibliografía

Fuentes primarias:

Constitución federal de la Confederación suiza del 18 de abril de 1999, <http://bit.ly/1Ph2tzp>.

European Court of Human Rights / Council of Europe: *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Strasbourg, France, <http://bit.ly/1JQoMNv>.

Convention for the Protection of Human Rights - CETS 213 (Protocol No. 15), 24.VI.2013, <http://bit.ly/1Qn1SKh>.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados: <http://bit.ly/1Q3Bepi>.

Código penal suizo del 21 de diciembre 1937, <http://bit.ly/1SiQDZs>.

Departamento federal de Asuntos exteriores de la Confederación Suiza: *Verhältnis Völkerrecht, Landesrecht*. <http://bit.ly/20adx4h>.

Portal del Gobierno suizo en internet: *Die Politik mitbestimmen*, <http://bit.ly/1P4cZrr>.

Portal de la Cancillería federal de Suiza en internet: *Volksinitiativen*, <http://bit.ly/1UYrG3b>.

Texto original de la iniciativa popular: *Volksinitiative „Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)“*, <http://bit.ly/23T0h8V>.

Partido Popular de Suiza, página web: <http://bit.ly/1PKj3sP> y <http://bit.ly/1PKj3sP>.

Publicaciones:

HOTTELIER, Michel; MOCK, Hanspeter; PUÉCHAVY, Michel: *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, 2da edición, Basilea: Schulthess, 2011.

FONT, Montserrat Andrea, *Guía de estudio de Internacional Público*, 7a edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Estudio, 2014.

Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) / Zentrum für

Menschenrechtsbildung (ZMRB) PH Luzern / SKMR Transversaler Aufgabenbereich
Menschenrechtsbildung: *Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und ihre Bedeutung für die Schweiz*, 2014. <http://bit.ly/1nYbaWy>.

Berner Zeitung: „*Fremde Richter*“ und die Schweiz: *Der Faktencheck*, 1.5.14, <http://bit.ly/1P5JMfR>.

Tagesanzeiger: *Strassburg verurteilt Schweiz wegen Ausschaffung eines Drogendealers*, 16.4.13, <http://bit.ly/1KO1Kla>.

Neue Zürcher Zeitung: *Bund prüft Gesetzesrevision*, 16.10.15, <http://bit.ly/1QO1wTX>.

Informationsplattform humanrights.ch: *EGMR zum Fall Perincek: Auch die Grosse Kammer schützt die Meinungsäusserungsfreiheit*, <http://bit.ly/1nveyaP>.

Statista, sobre la aprobación de una adhesión de Suiza a la Unión Europea en los próximos 10 años, 2015, <http://bit.ly/1SWTG87>.

Lexikon del Thinktank Vimentis: *Volksinitiative*, <http://bit.ly/1Q5gZhc>.

Lexikon del Thinktank Vimentis: *Internationales Recht (Verhältnis Landesrecht – Völkerrecht)*, <http://bit.ly/1mnMnth>.

Oficina federal de estadística: *Abstimmungen Indikatoren*, Neuchâtel 2015: <http://bit.ly/1T0czqO>.

Artículo en SRF: *Schweizer versus internationales Recht: Justiz ist unsicher*, 12.3.2015, Burkhardt Philipp, <http://bit.ly/1Pha4hw>.

Opiniones de los juristas Gregor Rutz y Daniel Vischer en la entrevista del 26.6.2015 en la *Neue Zürcher Zeitung*: <http://bit.ly/1XdTqSM>.

Imágenes:

Página 1: Foto de la portada. Imagen utilizada por el Partido Popular suizo en su campaña. Suele ir acompañado por el texto: “Imposición por otros? No gracias!”: <http://www.nzz.ch/schweiz/alle-parteipraesidenten-gegen-die-svp-1.18499013>.