

**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL**

**"LAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS ANTE EL
DERECHO"**

*MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS
Y SOCIALES*

**AUTOR: LORENZO SOTO OYARZÚN
PROFESOR GUÍA: JOSÉ ZALAJUE**

SANTIAGO DE CHILE, DICIEMBRE DE 1998

A mi querida hija Catalina,

A mi esposa Myriam,

A mi Madre María.

INDICE GENERAL

INTRODUCCION.....	5
--------------------------	----------

Capítulo I

EL SISTEMA JURIDICO DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. El Principio General de Respeto a los Derechos Humanos: su positivación histórica.....	11
2. El Régimen Jurídico Nacional Chileno sobre Derechos Humanos: la Constitución Política de la República de 1980.....	13
3. El Régimen Jurídico Internacional sobre Derechos Humanos.....	16
3.1. Somera revisión del sistema universal y los subsistemas regionales sobre derechos humanos.....	16
3.1.1. Sistema universal de derechos humanos.....	19
3.1.2. Subsistemas regionales de derechos humanos.....	26
A) Subsistema Americano.....	27
B) Subsistema Europeo.....	29

C) Subsistema Africano.....	30
D) Subsistema Árabe.....	30
4. Régimen Internacional al que se encuentra sujeto Chile.....	30

Capítulo II

ALGUNAS PARTICULARIDADES JURIDICAS DE LAS NORMAS SOBRE DERECHOS HUMANOS

1. La Fuente Formal de derecho en materia de Derechos Humanos.....	35
2. Los Bienes Jurídicos protegidos por las normas de Derechos Humanos.....	40
2.1. Noción y particularidades básicas del Bien Jurídico protegido por las normas de Derechos Humanos.....	40
2.2. Algunas Tipologías jurídicas.....	43
A) Derechos de 1ª, 2ª y 3ª generación.....	44
B) Derechos individuales y colectivos.....	45
C) Subcategorías al interior de los derechos Civiles y Políticos.....	46
- Inviolabilidades.....	46
- Libertades.....	47
- Igualdades.....	48

- Derechos relativos a status jurídicos o pertenencia.....	48
D) Subcategorías al interior de los derechos económicos, sociales y culturales.....	49
3. Otras Particularidades de las normas sobre Derechos Humanos.....	50

Capítulo III

EL INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS JURIDICAS DE DERECHOS HUMANOS: LA VIOLACION DE DERECHOS HUMANOS

1. Las Obligaciones Jurídicas Violadas.....	51
1.1. Algunos problemas vinculados a las obligaciones jurídicas en el campo de los Derechos Humanos: alcance; eficacia; coercibilidad.....	54
1.2. Fuente jurídica que contiene la obligación violada.....	56
1.3. Contenido jurídico de las principales obligaciones impuestas por las normas sobre Derechos Humanos.....	56
A) La obligación de "Respetar".....	56
B) La obligación de “Garantizar”, “Asegurar” o “Hacer Respetar”.....	58
C) La obligación de "Promover-prevenir".....	62
D) La obligación de "Cumplir progresivamente".....	63
E) La obligación de "Cooperar a la supervisión internacional".....	66

2. El Sujeto Activo en la Violación de Derechos Humanos.....	67
2.1. El Estado.....	67
A) La noción jurídica de Estado.....	68
B) Los agentes estatales, a través de cuya acción puede configurarse una violación de derechos humanos.....	70
- La Autoridad político-administrativa.....	70
- La Autoridad legislativa.....	75
- La Autoridad jurisdiccional.....	76
2.2. La situación de los agentes no estatales.....	76
2.2.1. Los Grupos Beligerantes.....	77
2.3.1. Los particulares.....	82
3. El Sujeto Pasivo en la Violación de Derechos Humanos.....	85
3.1. El sujeto pasivo genérico : El Ser Humano.....	86
3.2. Los sujetos pasivos específicos: Las Colectividades y los Grupos Vulnerables.....	87
3.3. El problema de los sujetos pasivos distintos del ser humano: el medio ambiente.....	90
4. Consecuencias Jurídicas de la Violación de Derechos Humanos: la	

Responsabilidad del Estado.....	91
4.1. Consideraciones previas en torno a la responsabilidad jurídica en el campo de los derechos humanos.....	92
4.2. La Responsabilidad del Estado ante el Derecho internacional.....	93
4.3. La Responsabilidad del Estado ante el Derecho interno.....	97
4.4. La Responsabilidad ordinaria.....	101
5. Principales Categorías Internacionales de Violaciones de Derechos Humanos.....	102
5.1. Crímenes contra la Paz, Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad.....	102
5.2. Algunos Crímenes Internacionales Especiales.....	107
A) El Genocidio.....	107
B) Las Desapariciones Forzadas.....	108
C) Las Ejecuciones extralegales.....	109
D) La Tortura.....	109
E) El Apartheid.....	110

Capítulo IV

PROBLEMAS EMERGENTES EN TORNO A LOS DERECHOS HUMANOS Y A LA VIOLACION DE DERECHOS HUMANOS

1. Insuficiente tipificación de conductas violatorias de los Derechos Humanos: Derecho Penal Internacional.....	128
2. Escaso desarrollo de mecanismos para hacer valer los Derechos consagrados, a nivel internacional: Derecho procesal internacional orgánico y funcional.....	131
2.1. Instancias jurisdiccionales al interior de los sistemas internacionales de derechos humanos.....	132
2.2. Tribunales Penales Internacionales <i>Ad-Hoc</i>	136
2.3. El Tribunal Penal Internacional de Roma.....	138
BIBLIOGRAFIA GENERAL.....	141

INTRODUCCION

¿ Qué significa o implica conceptualmente una violación de derechos humanos? Las respuestas que pueden darse a esta pregunta no resultan simples ni fáciles, incluso para el jurista. El concepto o la idea de violación de derechos humanos está cargado, muchas veces, de prejuicios que le otorgan connotaciones de la más diversa naturaleza fruto de una serie de factores y circunstancias de tiempo, lugar, de hechos, etc. Así, por ejemplo, se ha asociado la idea de derechos humanos y su defensa con determinadas reivindicaciones políticas o con ciertas banderas de lucha social de determinados momentos históricos sobre todo del siglo XX, e incluso, con ciertos paradigmas ideológico-políticos. No resulta claro ni fácil, por tanto, dar hoy una respuesta comprensible, objetiva, unívoca y cabal sobre el alcance y sentido auténtico de los derechos humanos ni menos de lo que es una violación de derechos humanos.

Los derechos humanos han tenido un vertiginoso desarrollo en los tiempos modernos, pasando de ser un concepto tradicionalmente asociado a la ética y a la política, a una noción más jurídica consecuencia del surgimiento de un nuevo Derecho internacional sobre los derechos humanos. Dado este avance y esta realidad es que nos parece significativo y necesario intentar descifrar el concepto o noción, propiamente jurídica, de lo que en Ciencia del Derecho se entiende -o se debiera entender- por violación de derechos humanos, a partir de las herramientas, conceptos

e instituciones que ella misma nos entrega.

Los derechos humanos asoman de manera explícita y como noción propia en el Derecho Internacional a partir de los últimos dos siglos, alcanzando un cierto grado de autonomía conceptual e identificación propia después del desastre de las dos grandes guerras en la segunda mitad del siglo XX. Las circunstancias de su puesta en escena en el mundo del Derecho son de un fuerte, dialéctico y fragoroso desarrollo caracterizado por los múltiples conflictos sociales que parten con las demandas de libertades públicas de fines del siglo XVIII y que eclosionan con las dos grandes guerras de la primera mitad del siglo XX. La cada vez mayor conciencia ética de la humanidad y la consideración política de dicha conciencia trasuntada en decisiones u políticas soberanas internas explican, en parte, su ingreso al mundo del Derecho positivo, aunque, muchas veces, de una manera o forma imprecisa, indeterminada, confusa o fuertemente cargado de sentido ideológico.

Los grandes conflictos sociales modernos generaron fuertes demandas por un reconocimiento coercitivo a la dignidad humana, que sólo tuvieron una acogida importante a partir de la segunda mitad del siglo XX. Es entonces cuando el desarrollo de los derechos humanos adquiere un ritmo acelerado, recogiendo de paso todo tipo de concepciones y experiencias éticas, políticas e ideológicas, y que han dado como producto: por una parte, la existencia de un abundante material jurídico referente a derechos humanos, muchas veces confuso y asistemático; y una noción

teórica sin una determinación jurídica clara y concreta, imbuido de elementos extra-jurídicos, que en suma dificultan la labor del jurista no especializado.

La existencia de este interesante "nuevo Derecho" y la importancia creciente que éste adopta tanto a nivel del Derecho internacional como a nivel del Derecho interno de los países, nos ha motivado en la labor de intentar precisar conceptualmente este Derecho a partir del enfoque de lo que puede ser o podamos entender por "violación de derechos humanos".

En otro sentido, nos parece que es preciso saber de qué estamos hablando o a qué estamos haciendo referencia, cuando decimos Derechos Humanos o Derechos Fundamentales o Derechos o Garantías Constitucionales¹ -por dar algunas de las acepciones en que se suele utilizar el término-. La indefinición en torno al sentido y alcance de los derechos humanos constituye a nuestro modo de ver un real problema para la ciencia jurídica moderna especializada, con implicancias jurídico-prácticas que sobrepasan con creces el ámbito de dicha especialidad. Surge, en consecuencia, la necesidad de intentar indagar en el contenido propio de los llamados derechos humanos y ver si es posible rescatar su genuino sentido jurídico, haciendo abstracción de consideraciones historicistas, valorativas, políticas, sociológicas o de otra índole, en la medida de lo posible. Intentaremos, en consecuencia, hacernos cargo de algunas de las preguntas formuladas sobre la materia por el jurista Agustín

¹En adelante nos referiremos indistintamente a cualquiera de estas terminologías para designar a un

Squella, bajo el tenor siguiente: "¿De qué hablamos cuando hablamos de derechos humanos? ¿De qué hablaban, por remontarnos ahora a los orígenes de esta expresión en los inicios de la modernidad, los llamados padres fundadores en Norteamérica, cuando afirmaron, bella y elocuentemente, que "los hombres nacen libres e iguales en dignidad y en derechos?" ¿ A qué querrían referirse, en su idea del asunto, quienes redactaron en 1789 la declaración de derechos del hombre y el ciudadano? ¿ De qué hablamos nosotros, doscientos años más tarde, cuando empleamos, igual que esos lejanos antepasados, la expresión derechos del hombre o derechos humanos? ¿ Se habla exactamente de lo mismo cuando se utilizan, indistintamente expresiones tales como "derechos del hombre","derechos humanos","derechos fundamentales", "libertades públicas", "garantías individuales?"²

El enfoque específico que adoptaremos, en todo caso, será el del incumplimiento de dichos derechos, o sea, el de la violación de los derechos humanos, tratando de acotar nuestro análisis a las cuestiones dogmático-jurídico involucradas; intentaremos, por tanto, responder a la pregunta ¿ Qué es una violación de derechos humanos? o ¿En qué circunstancias o bajo que presupuestos nos encontramos ante una violación de derechos humanos?

Los derechos humanos nos presenten a lo menos una doble perspectiva: la de la norma que consagra el derecho humano como tal y la que establece el supuesto y consecuencia de su transgresión; si se quiere- para utilizar la nomenclatura del

mismo concepto, sin perjuicio de la preferencia en este trabajo por el término "derechos humanos".

connotado jurista del Círculo de Viena Hans Kelsen- bajo el enfoque o prisma, doblemente necesario, de la norma primaria y secundaria.³ El enfoque del presente estudio, será el de la norma que contiene como presupuesto el incumplimiento; es decir, hablaremos, y analizaremos el concepto o la noción de los derechos humanos bajo la óptica o perspectiva de su no vigencia, de su transgresión o violación.

En una primera aproximación es conveniente efectuar una revisión panorámica y descriptiva de lo que podríamos denominar el **Sistema Jurídico de los Derechos Humanos**, entendiendo por tal el conjunto de normas jurídicas sobre derechos humanos con validez jurídico-formal, aplicables en un tiempo y lugar determinados. Así podremos tener claridad sobre el bosque en el que nos internaremos y al interior del cual individualizaremos los árboles determinados que lo componen.

En segundo termino, entraremos al análisis comparado de conceptos de la Ciencia del Derecho en general, en relación con algunos conceptos jurídicos que tienden a ser propios dentro del ámbito de los derechos humanos; en esta parte el análisis versará sobre algunas de las **particularidades que presentan las normas de derechos humanos frente al común de las normas jurídicas**. Es así como intentaremos indagar la forma en como juegan conceptos tales como fuente formal

²Squella, Agustín. "Estudios sobre Derechos Humanos". EDEVAL. Valparaíso, 1991. Pag.166.

³Ver Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, EUDEBA, Argentina, Vigésimoquinta edición, 1987, pags. 76-78.

del Derecho, bien jurídico protegido junto a sus posibles tipologías, además de una breve referencia al problema de quienes son sujeto activo y pasivo, temas que tendrán un análisis aparte. Este ejercicio nos servirá para apreciar los rasgos propios que presentan las normas sobre derechos humanos frente a las normas jurídicas ordinarias.

En el capítulo siguiente y principal, intentaremos definir los **elementos jurídicos básicos constitutivos de la violación de derechos humanos**. Aquí analizaremos en primer término a los sujetos involucrados en este tipo de incumplimiento, para luego revisar el contenido de la obligación en materia de derechos humanos, o sea, el a qué se está obligado. Entraremos luego al análisis de los efectos o consecuencias que genera la violación de derechos humanos estudio que versará básicamente sobre la institución de la responsabilidad del Estado. Finalizaremos el capítulo con una breve revisión particular de las distintas violaciones de derechos humanos con consagración positiva a nivel internacional.

Finalmente, y a modo de una breve reflexión, tocaremos algunos **problemas emergentes**, que se nos presentan en el ámbito de los derechos humanos en general y respecto a la violación de derechos humanos en particular, que, en nuestra opinión, requieren de una atención práctica fundamental, por el escaso desarrollo que presentan o por las falencias o defectos que denotan sobre todo en el ámbito de la *praxis* jurídica; me refiero a cuestiones tales como la escasa tipificación de

conductas violatorias de los derechos humanos con su correspondiente penalización a nivel internacional y la insuficiente, pero emergente estructura procedimental y orgánica que presentan los Derechos Humanos a nivel internacional.

CAPITULO 1

EL SISTEMA JURIDICO DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. EL PRINCIPIO GENERAL DE RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS: SU POSITIVACIÓN HISTÓRICA.

Cuando ingresamos al campo de los derechos humanos y hacemos una revisión retrospectiva de ellos podemos constatar que, en general, el fenómeno social de la defensa de los derechos humanos se sitúa en épocas bastante tardías o contemporáneas; sólo a partir del surgimiento del constitucionalismo y de los Estados democráticos de Derecho en la segunda mitad del siglo XVIII y durante el siglo XIX tenemos expresión concreta de la voluntad de las naciones por el respeto de los derechos humanos a nivel interno, y sólo en el presente siglo presenciamos un desarrollo importante de una categoría de Derecho positivo internacional que, de manera sistemática, tiende al resguardo de valores de la más alta jerarquía, denominados comúnmente como derechos humanos o fundamentales.

Uno de los primeros antecedentes históricos de importancia que nos permiten comprender mejor el fenómeno social y jurídico de los derechos humanos es sin duda el otorgamiento de la llamada **Carta Magna Inglesa** de parte de la monarquía inglesa a la nobleza del reino en la cual se reconocen una serie de derechos individuales tales como la libertad personal, la propiedad y otros a modo de

concesión de derechos en el año 1215. Siglos más tarde, encontramos la **Declaración de Derechos o Bill of Rights**, de 1689, "considerada como el principal documento constitucional de la historia de Inglaterra".⁴ El hito siguiente lo constituye, **La Declaración de independencia de los Estados Unidos** de 1776, complementada con lo establecido en la Constitución que vendría más tarde en 1787, en la que se hace un importante reconocimiento de derechos fundamentales del ser humano. Simultáneamente, en Francia se produce un hecho igualmente emblemático en la lucha por el reconocimiento de los derechos humanos; se trata de la Revolución Francesa y la **Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano** de 1789.

Luego a comienzos del siglo XIX, se produce un importante proceso de emancipación en América, motivado por las ideas libertarias derivadas de la Revolución Francesa y del proceso emancipador de los Estados Unidos, que se verá materializado en una serie de textos constitucionales que recogen las nuevas ideas sobre los derechos del Hombre; en efecto en Chile ya a partir del Reglamento Constitucional de 1811 podemos apreciar la consagración de derechos fundamentales, situación que se mantuvo con posterioridad.

La puesta en peligro de la existencia y convivencia humana, producida con motivo de la segunda guerra mundial, a mediados del siglo XX, gatilló un fenómeno de preocupación y reconocimiento mundial por el valor intrínseco del ser humano y de su dignidad, en virtud de cuya premisa básica de han desarrollado importantes

⁴Pacheco G., Máximo. *Teoría del Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. 3ª Edición, 1988. Pag.156.

instrumentos internacionales de protección jurídica del ser humano. Expresión básica y primaria de ello es sin duda el histórico otorgamiento de la **Carta de las Naciones Unidas** el 26 de junio de 1954 en la ciudad de San Francisco y en cuyo art.1 N°3, se establece como uno de los propósitos de la naciente organización "*...el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión;*" derechos que luego serían especificados magistralmente en, tal vez el instrumento internacional más relevante sobre la materia: la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**.⁵ Fruto de la catástrofe mundial ocasionada por la segunda guerra, la Declaración Universal vino a ser un compromiso del hombre por respetarse y valorarse a sí mismo, asumido prácticamente por la totalidad de las naciones del mundo en París el 10 de diciembre de 1948.⁶

A partir de este último hito el mundo presenciará un trabajo y lucha sin parangón por la causa de los derechos fundamentales; surgen instituciones especializadas en la defensa de los derechos humanos, tanto a nivel nacional como internacional; se torna compleja y especializada la labor de las Naciones Unidas (ONU); se dinamiza la cooperación internacional; surge una actitud en los gobiernos en torno a considerar la variable derechos humanos entre las políticas públicas al interior de sus respectivos territorios y por sobre todo surge una abundante

⁵Adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948 por medio de su Resolución 217 A (III).

⁶ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por 48 votos a favor, 8 abstenciones y ningún sufragio en contra.

producción de Derecho positivo relativo a derechos humanos.

Hoy "la protección de los derechos humanos es parte de los principios generales del derecho internacional,"⁷ concepto que lentamente se ha ido concretando a lo largo de la historia contemporánea más reciente en los ordenamientos jurídicos nacionales y, por cierto, en el internacional, y que en tanto principio, rige y gobierna al Derecho internacional en su conjunto.

Podemos señalar que es "un principio general del Dº, en todo Estado democrático, la existencia de los derechos humanos y que en consecuencia deben ser reconocidos, tutelados, promovidos y eficaces".⁸ Tras las normas sobre derechos humanos encontramos, en consecuencia, un reconocimiento implícito a la dignidad del ser humano; se trata de un ordenamiento que mira al hombre como un individuo, o sea, un ser dotado de individualidad y por consiguiente autónomo, susceptible de autodeterminación. Es esta dignidad la que, como principio general, intenta proteger el sistema jurídico de los derechos humanos. Baste al respecto consignar parte del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos que en una de sus partes señala:

7Informe de la I.Corte de Apelaciones de Santiago relativo al Recurso de Queja N° 5476, y que recae en la causa Rol N°130.923 del 3° Juzgado del Crimen de Santiago, seguida por asociación ilícita, secuestro y homicidio de Lumi Videla.

8Bidart Campos, Germán. Teoría General de los Derechos Humanos. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1991, Pag.52.

*"...los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derecho de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;"*⁹

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO NACIONAL CHILENO SOBRE DERECHOS HUMANOS: LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE 1980.¹⁰

Una somera revisión de la situación jurídica de los derechos humanos a nivel del Derecho interno chileno nos servirá de ilustración para determinar la relación que presenta el Derecho interno y el internacional en esta materia específica.

Es en la Constitución vigente, de 1980, donde se consigna una serie de normas sobre derechos humanos que nos permitirían hablar de una suerte de **estatuto jurídico constitucional sobre derechos humanos**. Esta regulación no es novedad, ni originalidad del constituyente del 80; muy por el contrario "en Chile, el

⁹Declaración Universal de Derechos Humanos, *op.cit.*, Preámbulo, considerando 5°.

¹⁰Sancionada por Decreto Ley N° 3.464 de 11 de agosto de 1980 y promulgada por Decreto Supremo N° 1.150 de 21 de octubre de 1980.

tema de los derechos humanos ya fue explicitado en los primeros años de la independencia nacional..."¹¹, y es así como ya encontramos referencias a diversas garantías constitucionales en las constituciones de 1822, 1828 y 1833 y sin lugar a dudas en la de 1925¹².

La Constitución Política de 1980 recoge, entonces, gran parte de la tradición jurídica sobre esta materia incorporando importantes normas de protección a los derechos humanos sobre todo en los capítulos I sobre "*Bases de la Institucionalidad*" y en el III denominado "*De los Derechos y Deberes Constitucionales*".

Ya en su art.1 se reconoce y reproduce parcialmente lo establecido en igual artículo por la Declaración Universal de Derechos Humanos al decir que:

"Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

Esta norma inaugural de la Carta Fundamental chilena, asimismo, tiene evidente similitud, también, con parte del preámbulo de la Declaración Americana de Derechos Humanos, el cual prescribe en lo pertinente:

¹¹Urzúa Valenzuela, Germán. *Manual de Derecho Constitucional*. Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, 1991, pag.171.

¹²Cfr. Urzúa Valenzuela, Germán., *op.cit.*, pag.175-176.

"Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros".

La Constitución chilena establece también un imperativo al Estado de respetar los derechos humanos en sus arts. 1 inciso 3° y 5 recordándole que su razón de ser no es otra que el bienestar humano concretado en el pleno respeto de sus derechos.

Establece el art.1 inciso 3° que:

“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común,...con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.”

Y el art.5 inciso 2° señala por su parte:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”¹³

13Por ley de reforma constitucional N°18.825 de 17 de agosto de 1989, fue agregada la segunda parte

Este inciso 2° del art.5 fue agregado producto de la reforma constitucional de 1989, la que no dejó mayores antecedentes desde el punto de vista de la historia fidedigna de la ley, cuestión que no deja de tener relevancia por los diversos conflictos interpretativos a que ha dado origen la redacción final y actual del precepto.

Es en este inciso 2° en el que se recoge y consagra constitucionalmente el gran límite que tiene el ejercicio de la soberanía: los derechos humanos, o conforme señala el texto constitucional los "*derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana...*", siendo éstos los garantizados por la Constitución y por los tratados ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, según expresión del propio constituyente. Esta segunda parte del inciso 2° del art.5 de la Constitución del '80 precisa y acota, por tanto, el sentido de la norma establecida en la primera parte del mismo artículo. En este sentido, la nueva norma tiene un carácter eminentemente interpretativo. En consecuencia, es la propia Constitución la que llena de contenido a la expresión "*derechos esenciales...*" al indicarnos expresamente que éstos corresponden a los derechos humanos que la propia Constitución establece en su art.19 y a los tratados internacionales sobre derechos humanos que se encuentren ratificados y vigentes en Chile cuestión que será fundamental a la hora de determinar

de este inciso (a partir del punto seguido).

el sistema internacional sobre derechos humanos al que se encuentra sujeto Chile.¹⁴

El Capítulo II de la Constitución consagra también algunos derechos humanos específicos, tales como los relativos a la nacionalidad y la ciudadanía, pero es el Capítulo III el que recoge y trata extensamente esta categoría fundamental de derechos recibiendo en él un tratamiento jurídico-constitucional sistemático. En dicho apartado se establecen los derechos a la vida (art.19 N°1), a la integridad física y psíquica (art.19 N°1), a la libertad ambulatoria y a la seguridad individual (art.19 N°7), a la igualdad (art.19 N°2 y 3), diversas categorías de derechos o garantías judiciales(art.19 N°3), a la privacidad (art.19 N°4 y 5), a la libertad de conciencia (art.19 N°6), a la libertad de expresión (art.19 N°12), a la propiedad (art.19 N°24), entre otras categorías de derechos básicos.

La mayor parte de éstos derechos constitucionales tienen asimismo un reconocimiento internacional. Si tenemos en consideración el hecho de encontrarlos en tratados ratificados por Chile y vigentes, no cabe sino concluir que deben ser considerados e invocados conjuntamente para mantener la coherencia global del sistema de derechos humanos.

Podríamos concluir que en la Constitución del '80 se establece, por medio de una serie de normas dispersas, un estatuto jurídico materialmente específico sobre

¹⁴ *Infra capítulo I punto 4.*

derechos humanos, al interior del cual coexisten una regulación general y una especial sobre los mismos.

La **regulación general** se encuentra integrada por todas aquellas normas que hacen un reconocimiento genérico de los derechos humanos sin entrar a especificarlos y desarrollarlos: es el caso de los arts.1,4,5 y 9 de la Constitución.

La **regulación especial**, por su parte, se encuentra integrada por todas aquellas normas que desarrollan, dentro del marco propio de la Constitución, derechos y garantías específicas. Al interior de esta regulación especial, podríamos hablar a su vez de dos subregulaciones:

La primera constituida por todos los derechos humanos de carácter sustantivo o que podríamos denominar **propiamente tales** (para diferenciarlos de las garantías que en un sentido amplio también constituyen derechos humanos), entre los cuales tenemos el art.13 y gran parte del art.19.

La segunda conformada por todos aquellos derechos humanos que algunos tratadistas prefieren denominar **garantías**, pero que ontológicamente participan del carácter de derechos fundamentales o humanos. Esta subcategoría la integran todos aquellos mecanismos procesales de resguardo de los derechos humanos, *sensu stricto*, como por ejemplo, la del art.12, 20, 21, e incluso las consagradas en los arts. 6 inciso final, 7 inciso final, 19 N°7 letra i), 19 N°24 inciso 3°, 38 inciso 2° y 80 de la

Constitución.

En la Constitución chilena existe, según puede verse un campo normativo importante relativo a derechos humanos, complementario al existente en el campo internacional, y similar a las regulaciones constitucionales que efectúan otros países sobre la materia.¹⁵

3. EL RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS.

3.1. Somera Revisión del Sistema Universal y los Subsistemas Regionales sobre Derechos Humanos.

Luego de haber efectuado una revisión general del sistema jurídico interno sobre derechos humanos en Chile, el paso siguiente será determinar cual es el sistema internacional sobre la misma cuestión. Ello nos permitirá, en definitiva, avanzar en el conocimiento del tipo de derecho objetivo cuya transgresión generará una violación de derechos humanos.

¹⁵ Cfr. IIDH. "Estudios Especializados de Derechos Humanos" I, varios autores, 1996, donde se puede revisar algo sobre la experiencia del constitucionalismo iberoamericano en la materia.

Para poder referirnos al sistema jurídico internacional de derechos humanos es necesario hacer previamente una distinción entre lo que suele denominarse sistema universal o mundial de derechos humanos y sistemas regionales de derechos humanos. Nuestro análisis sistemático partirá por determinar el sistema universal para luego determinar someramente los sistemas regionales, dándole un especial énfasis al sistema regional americano.

3.1.1. El Sistema Universal de Derechos Humanos.

Hablar del sistema universal o mundial de derechos humanos equivale a hablar del sistema de derechos humanos de la ONU. Es en el seno de esta organización internacional en la que a mediados del siglo XX surge un conjunto importante de instrumentos jurídicos internacionales para la protección de los derechos humanos. A este fenómeno de creación de Derecho internacional, hay que decirlo, "...contribuyeron las gravísimas violaciones de los derechos humanos ocurridos durante la época hitleriana, y la convicción de que muchas de esas violaciones pudieron haberse evitado de existir un sistema internacional de protección efectivo a los derechos humanos."¹⁶

Hablamos de sistema universal por cuanto fueron las naciones de prácticamente todas partes del mundo las que decidieron unir sus voluntades para

¹⁶Grossman, Claudio. *Problemas Contemporáneos de Derecho Internacional. Curso profundizado, 2ª*

superar las atroces experiencias de las dos guerras mundiales, a través de la adopción de instrumentos que intentaron tener aplicación universal o mundial. La **Carta de las Naciones Unidas**, nos puede ilustrar de mejor manera este carácter universal del sistema recién creado al expresar lo siguiente:

*"Nosotros los pueblos de las naciones unidas resueltos a preservar las generaciones venideras del flagelo de la guerra...a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre...a unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales...,hemos decidido aunar nuestros esfuerzos para realizar estos designios."*¹⁷

También este carácter mundial del nuevo sistema creado queda reflejado entre los propósitos de la ONU, a saber:

"1.Mantener la paz y la seguridad internacionales..."

2.Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos..."

3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales..."

parte, 1990, pag.18

¹⁷Carta de las Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1954 en San Francisco, 1ª parte de su preámbulo.

4. Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes.¹⁸

La Carta de las Naciones Unidas constituye el primer cimiento para la protección internacional de los derechos humanos, por cuanto los Estados partes, por medio del acto de adhesión, se han comprometido a dar cumplimiento al estatuto de la ONU, el cual, por cierto, contempla disposiciones importantes sobre derechos humanos. Así por ejemplo, los Estados partes deben cumplir con las disposiciones de los artículos 55 y 56 de la Carta.

El art.55 en lo pertinente impera que la Organización promoverá:

"c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades."

Por su parte el art.56 señala:

"Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55."

¹⁸Ibidem., capítulo I, art.1.

La Carta de Naciones Unidas establece o contempla como órganos de la ONU a la Asamblea General, al Consejo de Seguridad Nacional, al Consejo Económico y Social, al Consejo de Administración Fiduciaria, a la Corte Internacional de Justicia y a la Secretaría. El órgano encomendado para la defensa y promoción de los derechos humanos es el **Consejo Económico y Social** (COESOC) quien “*podrá hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y a la efectividad de tales derechos y libertades.*”(art.62).

El COESOC tiene la potestad de establecer comisiones para la promoción de los derechos humanos (art.68), y es en virtud de dicha potestad que en 1946 fue establecida la **Comisión de Derechos Humanos**.

La **Comisión de Derechos Humanos**, órgano político, con competencia para “remitir al ECOSOC propuestas, recomendaciones e informes sobre derechos humanos, protección de minorías, prohibición de discriminación y otros temas relacionados con los derechos humanos.”¹⁹ vino a cumplir, en la práctica y progresivamente, la labor integral en materia de derechos humanos encomendada originalmente al COESOC. De la Comisión de Derechos Humanos han surgido algunas instancias con competencias más específicas entre las que destaca la

¹⁹ Grossman, Claudio., op.cit., pag.64.

“Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías”, establecida en 1947 encargada de estudiar y hacer recomendaciones en materia de discriminación, libertades fundamentales y protección de minorías.

Cabe mencionar, por último, al Centro de Derechos Humanos de la Secretaría de la ONU, organismo técnico asesor de la Comisión de Derechos Humanos y encargado de la “...coordinación de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos”²⁰, entre otras funciones.

Habría que agregar, por último, a esta institucionalidad clásica el establecimiento de un nuevo órgano -por adopción de las recomendaciones de la Declaración y Programa de Acción de Viena- denominado “Alto Comisionado para la promoción y la protección de todos los derechos humanos”²¹ establecido el 20 de diciembre de 1993 en el marco de la cuadragésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General de la ONU y cuya función fundamental es la de promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos.²² y actualmente a cargo del Centro de Derechos Humanos de la ONU.

Como instrumento de derechos humanos la Carta de Naciones Unidas, en su

²⁰ *Mecanismos para los Derechos Humanos. Folleto Informativo sobre los derechos humanos N°1. Centro de Derechos Humanos de la Oficina de las Naciones Unidas. Pag.18.*

²¹ *Creado por resolución 48/141 de la Asamblea general el 20 de diciembre de 1993.*

²² *Cfr. Art.4 letra a) de la resolución 48/141 de 20 de diciembre de 1993 que crea el Alto Comisionado.*

conjunto, constituyó, sin duda, un instrumento de gran importancia para la protección y promoción de los derechos humanos. Sin embargo sus normas relativas a los derechos humanos resultaron ser insuficientes y bastante difusas; se hacía necesario un instrumento que acotara las referencias demasiado vagas y generales que respecto a los derechos humanos se hacían en la Carta de Naciones Unidas. Es así como, a instancias de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, nace la "**Declaración Universal de los Derechos Humanos**", adoptada por la Asamblea General de la ONU por resolución 217 A (III) el 10 diciembre de 1948.

La Declaración Universal de Derechos Humanos es hasta hoy el instrumento de mayor relevancia sobre derechos humanos. Si bien su naturaleza jurídica es la de una declaración, o sea, un instrumento jurídicamente no vinculante para quienes lo suscriben y solamente de carácter recomendatorio, la práctica y el devenir histórico han otorgado a este instrumento un carácter obligatorio, constituyendo para muchos una especie de constitución a nivel internacional y para otros una norma ejemplar de *ius cogens*.

La Declaración Universal de Derechos Humanos tiene la virtud de exponer de una forma muy sintética e ilustrativa cuales son los derechos más importantes para el ser humano y de haber aunado en torno a su contenido a la mayor parte de las naciones del mundo. Es tal vez el hecho del consenso universal alcanzado en la Declaración, lo que otorga mayor fuerza y obligatoriedad a ésta.

La Declaración Universal consta de un preámbulo y de 30 artículos. En el preámbulo se hace un reconocimiento de la importancia del ser humano y de la necesidad de su protección para luego proclamar los derechos humanos como un ideal común de todos los pueblos. Luego en el articulado podemos distinguir una primera parte referida en extenso a los derechos humanos; una segunda parte relativa a los deberes humanos y una tercera relativa a una regla interpretativa.

En cuanto a la parte que desarrolla en específico los derechos humanos, podemos hacer una distinción de gran importancia entre los llamados derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. Los derechos civiles y políticos comprenden el derecho a la vida (art.3), el derecho a la libertad y a la seguridad personal (art.3), el derecho a no ser sometido a esclavitud ni a servidumbre (art.4), el derecho a no ser sometido a torturas (art.5), el derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica (art.6), el derecho a la igualdad ante la ley (art.7), el derecho a un recurso jurisdiccional (art.8), el derecho a no ser detenido, arrestado o desterrado arbitrariamente (art.9), el derecho de ser oído públicamente por un tribunal (art.10), el derecho a la presunción de inocencia (art.11), el derecho a la vida privada y a la inviolabilidad de la correspondencia (art.12), el derecho a circular libremente o libertar de locomoción (art.13), el derecho de asilo (art.14), el derecho a la nacionalidad (art.15), el derecho a formar una familia y contraer matrimonio (art.16), el derecho de propiedad (art.17), el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art.18), el derecho a la libertad de opinión

y de expresión (art.19), el derecho a la libertad de reunión y de asociación (art.20), el derecho de participación pública y de sufragar (art.21). Por su parte los derechos económicos, sociales y culturales establecidos en la Declaración comprenden el derecho a la seguridad social (art.22), el derecho al trabajo (art.23), el derecho al descanso y al ocio (art.24), el derecho a un nivel de vida adecuado (art.25), el derecho a la educación (art.26), y el derecho a la cultura (art.27).

Más adelante en el art.29 la Declaración Universal nos habla de deberes humanos, temática aún poco desarrollada en el ámbito de los derechos humanos. Esta referencia a los deberes es bastante genérica; de hecho sólo el numeral 1 del art.29 se refiere propiamente a estos deberes ya que los restantes dos numerales hacen una regulación de las limitaciones para el ejercicio de los derechos. Sobre los deberes la Declaración preceptúa:

"Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad."

Finalmente, en el art.30 la Declaración Universal establece una regla para la interpretación de la misma, consistente en la denominada interpretación *pro hominis* o interpretación en favor del ser humano, dado que es éste la razón de ser de la norma. "Si tenemos en consideración que uno de los elementos para interpretar la norma internacional es la consideración del objeto y fin del tratado, no puede sino

concluirse que la interpretación debe ser siempre en favor del individuo."²³

Cabe tener en consideración en esta sede, que junto al nacimiento de la Declaración Universal, nacía también una Declaración de derechos humanos en forma casi simultáneo pero en otras latitudes: se trata de la **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**, instrumento regional aprobado en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá en marzo de 1948.²⁴

"Con el objeto de completar las Declaraciones y obviar el problema o dificultad que presenta una declaración, que carece de los medios necesarios para hacerla cumplir en el plano internacional se fueron preparando y elaborando Pactos sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en forma de convenciones internacionales en el seno de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas a partir de 1949..."²⁵

Las convenciones o tratados constituyen, a diferencia de las declaraciones, instrumentos jurídicamente vinculantes para quienes expresan su voluntad en obligarse por el tratado lo que acontece a través del acto jurídico de la "ratificación".

²³Medina Quiroga, Cecilia., *op.cit.*, pag.81.

²⁴ Para efectos sistemáticos sólo basta tener presente por ahora esta circunstancia, dado que nuestro objeto presente es revisar el sistema universal únicamente y es por ello que nos referiremos más en detalle a esta segunda declaración en el acápite pertinente al sistema regional americano sobre derechos humanos.

²⁵Irigoin Barrenne, Jeannette. *La protección de los derechos del hombre en las organizaciones internacionales*. Instituto de Estudios Internacionales. Universidad de Chile, 3ª edición, 1991,

Las convenciones de carácter general del sistema mundial de los derechos humanos, conocidas también como los Pactos de 1966, son: el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)**²⁶ y el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)**.²⁷ Ambos pactos fueron adoptados por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 1966, pero sólo entraron en vigor una década más tarde cuando se efectuaron las 35 adhesiones o ratificaciones exigidas.

Los Pactos de 1966 contienen una consagración y especificación algo mayores, salvo excepciones, de los derechos humanos contemplados en la Declaración Universal. Sin embargo, no es mucho mayor el aporte desde el punto de vista de la innovación de los derechos humanos atribuidos al ser humano. El mayor aporte de estos pactos, está dado más que por su contenido, por el hecho de su consagración convencional internacional y por lo tanto por el carácter obligatorio que otorgaron a sus normas.

Ambos pactos, comienzan su catálogo de derechos con una referencia a derechos de los pueblos, denominados también "derechos colectivos" en contraposición a derechos individuales. Se trata del derecho a la libre determinación

pag.20

26Adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966 por medio de la Resolución 2200 A (XXI), entrando en vigor el 23 de marzo de 1976 en conformidad con su art.49.

27Adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966 por medio de la Resolución 2200 A (XXI), entrando en vigor el 3 de enero de 1976 en conformidad a su art.27.

consagrado en los art.1 inciso 1 de ambos pactos y del derecho de libre disposición de las riquezas y recursos naturales consagrado en el art.1 inciso 2, también de ambos pactos.

Constituyen también normas comunes a ambos pactos las relativas a la prohibición de la discriminación en la aplicación de los derechos establecidos en ambos pactos, normas que se consagran en los arts. 2 y 3 de ambos pactos.

En relación a la consagración de las demás garantías o derechos, los pactos dividen sistemáticamente los derechos que en forma uniforme se desarrollan en la declaración universal; es así como podemos distinguir entre derechos civiles y políticos consagrados en el PIDCP, por una parte, y derechos económicos, sociales y culturales consagrados en el PIDESC, por otra.

El PIDCP contiene un catálogo más completo de derechos humanos que la Declaración Universal y es así, por ejemplo, que se contemplan derechos para las minorías, se establece la prohibición de la prisión por deudas, se consagran derechos de los niños, entre otros. Sin embargo, el PIDCP no contempla algunos derechos estipulados en la Declaración Universal, de los cuales el caso tal vez más trascendental sea la omisión del derecho a la propiedad, derecho que "...no fue incluido en el Pacto porque los distintos bloques ideológicos y políticos representados en la ONU no pudieron lograr ningún acuerdo sobre su contenido y

definición."²⁸

La parte sustantiva del PIDCP llega hasta el art.27, luego del cual comienza lo que podríamos denominar la parte orgánica y funcional del Pacto que comprende los arts.28 a 53. En esta última parte se establece el llamado "**Comité de Derechos Humanos**", integrado por 18 miembros elegidos por los Estados partes y cuya función primordial es examinar los informes que le sometan los Estados partes, referentes a "*...las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos.*"(Art.40).

Producto del examen de estos informes, el Comité puede transmitir sus comentarios a los Estados Partes, e incluso, al COESOC.

El PIDCP contempla también un procedimiento de reclamo interestatal de violaciones a los derechos humanos, consistente en la posibilidad de efectuar una denuncia, ante el Comité, por un Estado en contra de otro Estado por violación de los derechos del Pacto. Este procedimiento contemplado en los arts.41 y siguientes ha tenido hasta hoy escasa utilidad debido en parte a que no opera de manera automática con la sola ratificación del Pacto sino que se requiere una declaración especial adicional del Estado Parte, sumada a la circunstancia de "...la repercusión política que tiene una denuncia de este tipo en las relaciones entre los Estados

²⁸Grossman, Claudio., *op.cit.*, pag.36.

involucrados.”²⁹

Un aspecto funcional de trascendencia del PIDCP esta contemplado en un instrumento adicional y separado del Pacto; se trata del I Protocolo Facultativo del PIDCP³⁰, que en sus 14 artículos establece, ciertamente, un mecanismo procesal bastante más eficaz para la debida protección de los derechos humanos. Éste consiste en comunicaciones escritas que individuos pueden dirigir al Comité, alegando ser víctimas de violaciones de derechos humanos cometidas por el Estado Parte del protocolo y siempre que se hayan agotado, previamente, todos los recursos internos. Como efectos de este procedimiento, el protocolo contempla la posibilidad de la comunicación de observaciones, ya sea al propio Estado reclamado, al individuo reclamante, o a la Asamblea General de la ONU (art.5 y 6 del protocolo).

Completan este círculo en torno a los derechos civiles y políticos del PIDCP, el II Protocolo Facultativo del PIDCP destinado a abolir la pena de muerte³¹, instrumento que aún no concita un consenso universal importante; de hecho a nivel Americano sólo 4 países lo han ratificado.³²

²⁹ Blanc Altemir, Antonio. *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*. BOSCH Casa Editorial S.A. 1ª edición, Barcelona, 1990, pag.106.
³⁰ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A(XXI), de 16 de diciembre de 1966.

³¹ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 447/128, de 15 de diciembre de 1989.

³² Chile es Estado Parte en el PIDCP y de su I protocolo facultativo, pacto que es ley de la República en virtud del decreto promulgatorio N°788, publicado en el Diario Oficial el 29 de abril

En lo que respecta al PIDESC también existe un catálogo más completo que el establecido en la Declaración Universal. Así por ejemplo, se contemplan, el derecho a huelga, el derecho a la protección contra el hambre, la libertad para la investigación científica y para la actividad creadora, etc. Cabe destacar, en general, que el PIDESC es mucho más detallista y específico en lo relativo al alcance y forma de cumplir con estos derechos, lo cual es de toda lógica dado el carácter más progresivo en el cumplimiento de muchos de estos derechos.

En la Parte IV del PIDESC se contempla la parte funcional del Pacto, sin el establecimiento de nuevos organismos, a diferencia del PIDCP. Sólo se contempla en el art.16 el compromiso de los Estados partes a presentar "***...informes sobre las medidas que hayan adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en el mismo.***"

Estos informes serán presentados al Secretario General de la ONU, quien lo transmitirá al COESOC y éste a su vez puede transmitirlos a la Comisión de Derechos Humanos para su informe final.³³

El sistema mundial de los derechos humanos se completa, en cuanto a Derecho material, con un número importante de convenciones adicionales, más otros

de 1989.

33Chile es Estado Parte del PIDESC, pacto que es ley de la República por decreto promulgatorio N°326, publicado en el Diario oficial el 27 de mayo de 1989.

instrumentos internacionales, tales como declaraciones, reglas mínimas, códigos de conducta u otras resoluciones que en términos generales son especificaciones de garantías ya establecidas o especificaciones de violaciones de derechos humanos específicos ya reconocidas por la Declaración Universal y por los Pactos de 1966.³⁴ El desarrollo particularizado de ciertos derechos humanos o de determinadas violaciones constituye un acotamiento normativo de gran importancia para ciertos derechos humanos específicos, lo cual sin duda es tan importante como el carácter vinculante o no vinculante que éstos tengan, en conformidad al instrumento que los contenga.

Importa tener presente también, a nivel del sistema mundial, la función que le ha correspondido a la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 de la cual surgió la “**Declaración y Programa de Acción de Viena**”³⁵ y en la que se reafirma el compromiso de los Estados por el respeto de los derechos humanos; se consagra a la promoción y protección de los derechos humanos como un objetivo prioritario para la ONU; se reconoce el carácter indivisible, interdependiente y universal de los derechos humanos; se resalta el valor de la democracia y del desarrollo; se exhorta a la cooperación internacional; se reconoce y resalta la importancia de los derechos del niño, de la mujer y de las poblaciones indígenas; se rechazan las prácticas violatorias de los derechos humanos como el *apartheid*, el genocidio, el terrorismo, etc.; se exhorta a los Estados a poner fin a la pobreza; se

³⁴ Varios de estos instrumentos particulares serán mencionados y analizados más adelante, como por ejemplo en *infra*. Cap.3 punto 5.

³⁵ Aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993.

enfatisa la labor de promoción de los derechos humanos.³⁶ En otro orden de cosas la Conferencia exhorta a una mayor coordinación en materia de derechos humanos en ONU; plantea como objetivo primordial la eliminación del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas de intolerancia; la cooperación, desarrollo y fortalecimiento de los derechos humanos; la educación en derechos humanos; y la incorporación por los Estados de las normas internacionales sobre derechos humanos.³⁷

En lo institucional, por último, existen, fuera de las instituciones clásicas y con competencia global, una serie de organismos internacionales de derechos humanos con ámbitos de competencia específicos y que han surgido a partir de convenciones sobre derechos específicos. Tal vez es principal de ellos, sea el Comité de Derechos Humanos creado a instancias del PIDCP, con competencia general para resolver las materias propias del pacto, entre ellas las violaciones de derechos humanos que puedan presentarse; le siguen en ámbitos de derechos y competencias más específicos, por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité contra la Tortura, El Grupo de Tres establecido en virtud del artículo IX de la Convención sobre el *Apartheid*, etc.

3.1.2. Los Subsistemas Regionales de Derechos Humanos.

³⁶ Sección I de la Declaración y Programa de Acción de Viena, Junio de 1993.

Junto al desarrollo universal del Derecho de los derechos humanos aplicable a cualquier Estado del orbe que quiera obligarse o sujetarse a él, tenemos un desarrollo en paralelo, de algunos sistemas jurídicos sobre derechos humanos que han surgido en función de identidades geográficas y culturales. Es así como podemos hoy encontrar un sistema americano de derechos humanos, un sistema europeo de derechos humanos, un sistema africano de derechos humanos y un sistema árabe de derechos humanos.

A) Subsistema Americano.

Respecto del sistema americano encontramos como piedra inicial de éste la **Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA)**, firmada en la IX Conferencia Internacional Interamericana en Bogotá el año 1948 y de la cual nace también la "**Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**", instrumento que precedió en algunos meses a la Declaración Universal de la ONU.

Entre las originalidades de esta Declaración, que por lo demás consagra, más menos, los mismos derechos humanos que la Declaración Universal, tenemos la referencia que hace a deberes humanos, cuestión que omite la Declaración de ONU. A diferencia de la Declaración Universal, la Declaración Americana, es mucho más

³⁷ Sección II de la Declaración y Programa de Acción de Viena, Junio de 1993.

escueta en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales. De hecho, esta última prácticamente no hace mayor referencia a esta categoría de derechos, los cuales si tienen un reconocimiento en la Declaración Universal.

La propia Carta de la OEA, contempla la institucionalidad en materia de derechos humanos: se menciona a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos e, incluso, aunque no expresamente, se prevé el establecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En lo que respecta a la Comisión, ésta fue creada en Santiago de Chile durante la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, en 1959 con la misión fundamental de promover el respeto de los derechos humanos. La Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, celebrada en Río de Janeiro en 1965 amplió las facultades de la Comisión, la cual ahora no sólo le cabe la promoción de los derechos humanos, sino que también la protección y control de su respeto. Las antedichas funciones son recogidas luego en la Convención Americana de Derechos Humanos la que incluye entre las funciones de la Comisión la de recepcionar todas aquellas comunicaciones que se le dirijan por causa de violaciones a los derechos humanos, estudiar las denuncias, informar sobre ellas y, eventualmente, pasar los antecedentes a la Corte Interamericana para que ésta resuelva jurisdiccionalmente el caso (art.51 del Pacto).

El segundo gran órgano en materia de derechos humanos en el ámbito interamericano, es la Corte Interamericana de Derechos Humanos contenida y regulada directamente por la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, instrumento central en el ámbito americano.

La Convención Americana fue aprobada en la Conferencia de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Es tal vez el instrumento jurídico internacional más relevante a nivel interamericano, por el hecho de haber sido suscrita por 26 de los 35 Estados partes de la OEA, y uno de los de mayor precisión conceptual a nivel mundial. Su articulado desarrolla eminentemente derechos civiles y políticos, haciendo una referencia menor y muy general a los derechos económicos, sociales y culturales en su el art.26. No obstante ello, los derechos económicos, sociales y culturales del sistema americano tienen su desarrollo más específico y sistemático en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, llamado también “**Protocolo de San Salvador**”³⁸.

Hay, también, una extensa referencia a la parte orgánica y funcional entre los arts.33 y 73, haciéndose referencia primeramente a la Comisión de Derechos Humanos y luego a la Corte Interamericana.

³⁸ *Suscrito en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988 en el 18° período ordinario de sesiones*

En cuanto a la Corte Interamericana podemos señalar que su establecimiento coincide con la entrada en vigor del Pacto de San José: el 18 de julio de 1978.

Entre las competencias de la Corte se distinguen claramente dos funciones: una consultiva y otra contenciosa. Respecto a la primera el art.64 del Pacto estipula:

"Los Estados Miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos".

En virtud de la competencia contenciosa -propia de todo tribunal que ejerce jurisdicción- la Corte puede resolver acerca de casos concretas e individuales de violaciones de derechos humanos, previo trámite ante la Comisión. En efecto, señala el art.61 del Pacto:

"Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte."

Cabe tener presente que la resolución que emita la Corte en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales son definitivas e inapelables, de acuerdo al art.67 del Pacto.

El sistema regional americano sobre derechos humanos lo completan una serie de otros instrumentos más específicos entre los que cabe destacar la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985) y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994).

B) Subsistema Europeo.

En lo que respecta al sistema europeo de derechos humanos, este se sustenta en el llamado **Consejo de Europa**, del cual surge el instrumento general sobre derechos humanos para Europa: la **Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales**, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950. Este instrumento consta de 6 protocolos adicionales de los cuales el 1º y el 4º se refieren a derechos civiles y políticos, el 6º se refiere a la abolición de la pena de muerte y los otros al estructuramiento de instituciones y aspectos funcionales.

El sistema europeo de derechos humanos tiende a ser más rico en lo institucional; es así como contempla una **Comisión Europea de Derechos Humanos**, como órgano investigador de denuncias por violaciones de derechos humanos e instancia de conciliación, una **Corte Europea de Derechos Humanos** que es en propiedad el órgano jurisdiccional, además de un órgano político como es

el **Comité de Ministros del Consejo de Europa** y un órgano auxiliar: el **Secretario General del Consejo de Europa**.

Actualmente son 40 los Estados Partes en el Consejo de Europa de los cuales un 100% forma parte del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Cabe advertir, sin embargo, que no todos los países han reconocida la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos, para lo cual se requiere una declaración prevista en el art.25 del Convenio. Asimismo, no todos los Estados Partes han reconocido expresamente la obligatoriedad de la jurisdicción de la Corte Europea de Derechos Humanos, para lo cual se requiere una expresa declaración contemplada en el art.46 del Pacto.

Fuera del Convenio general, existen instrumentos específicos de protección de determinados derechos, entre los que destaca el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes de 1987.

C) Subsistema Africano.

En un nivel de menor desarrollo jurídico tenemos el sistema africano. Este surge entre los años 1960 y 1970 cuando “los gobiernos y las organizaciones no gubernamentales africanos organizaron varias conferencias en Africa para debatir un

sistema de promoción y protección de los derechos humanos de ese continente”³⁹ y de las cuales surgiría más tarde la **Organización de la Unidad Africana (OUA)**, creada por la **Carta de Addis-Abeba** en 1979, en el marco de la Conferencia de la OUA. Esta Conferencia adopta dos años más tarde la “**Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos**”, otorgada en junio de 1981 y en la que encontramos tanto derechos civiles y políticos como económicos, sociales y culturales. Hoy prácticamente la totalidad de los países que integran la OUA son parte, por ratificación u adhesión, de la Carta Africana.

El órgano encargado de la supervisión del cumplimiento de la Carta es la **Comisión Africana**, propuesta y elegida por la Conferencia de la OUA.

D) Subsistema Arabe.

Por último, nos resta hacer mención al poco conocido sistema árabe de derechos humanos, al interior del cual encontramos la llamado **Liga de los Estados Arabes**, la más antigua de las organizaciones contemporáneas sobre derechos humanos, creada el 25 de marzo de 1945. Podemos destacar en este sistema una **Comisión Arabe Permanente de Derechos Humanos**, creada en 1968 y de la cual surgió una **Declaración Islámica Universal de los Derechos del Hombre**, adoptada el 19 de septiembre de 1981.

³⁹ *Guía de la Carta Africana de los derechos humanos y de los pueblos. Publicaciones de Amnistía*

4. RÉGIMEN INTERNACIONAL AL QUE SE ENCUENTRA SUJETO CHILE.

Luego de efectuar una somera revisión de la realidad jurídica de los derechos humanos, a nivel mundial y a nivel regional cabe explorar cómo opera el régimen internacional, ya sea mundial o regional, en el sistema jurídico nacional chileno.

Conocida someramente la institucionalidad chilena sobre derechos humanos, corresponde ahora ver como ella juega con las regulaciones internacionales sobre la materia.

El Estado chileno se encuentra inserto y sujeto por voluntad propia, al sistema interamericano de derechos humanos y al sistema universal de derechos humanos. La forma y medida en que el Estado chileno se encuentra obligado por estos dos sistemas internacionales exige examinar los mecanismos por los cuales el Estado de Chile recepciona el Derecho internacional sobre derechos humanos.

En Chile dichos mecanismos encuentran su clave en una norma de vital

importancia: se trata del art. 5 inciso 2º de la Constitución Política de la República que prescribe:

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

Esta norma declara que la soberanía nacional, primero, es limitada y, segundo, que dicha limitación esta dada por los derechos humanos establecidos en la Constitución y en tratados sobre la materia que Chile haya ratificado y que se encuentren vigentes. Ello implica, de suyo, que el Estado chileno reconoce obligatoriedad jurídica a toda la normativa internacional sobre derechos humanos, sujetándose a ella en todas sus prescripciones.⁴⁰

Los términos de la norma son aparentemente claros. No hay duda, en primer término, que éstos derechos límite de la soberanía del Estado son los que se encuentran en la propia Constitución y en los tratados sobre derechos humanos ratificados y vigentes; sin embargo, si indagamos en la norma y nos detenemos en su análisis podremos constatar a lo menos los siguientes problemas:

⁴⁰ Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto. *Dogmática Constitucional*. Editorial Universidad de Talca,

1) ¿ La limitación de la soberanía del Estado esta dada sólo por los derechos positivizados por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes o se encuentra más allá, incluyendo supuestos derechos naturales que si bien no encontramos en el Derecho positivo, corresponderían a lo que la Constitución denomina "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana?"

2) Si reconocemos que sólo los derechos positivizados pueden constituir el límite constitucional de que habla la Constitución, surge la duda siguiente: ¿ Constituyen este límite sólo los derechos garantizados por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes o se amplía a otros derechos humanos consagrados positivamente en otros instrumentos internos o internacionales que no caigan bajo las exigencias constitucionales?

3) ¿Cuál es la real jerarquía jurídica que adoptan los tratados sobre derechos humanos de que habla la Constitución? ¿Tienen rango constitucional, infra-constitucional o supra-constitucional?

4) ¿Qué tratados son los que efectivamente ingresan al ordenamiento jurídico nacional: los ratificados y vigentes en Chile, y a partir de qué momento?

Las dudas que al menos afloran son las anteriores. Cabe puntualizar, además, un pequeño error formal en lo relativo al concepto "tratados internacionales" empleado por el constituyente: no cabe hablar de "tratados internacionales", toda vez que en estricta técnica jurídica todo tratado tiene el carácter de internacional; no existen tratados nacionales y en consecuencia la expresión resulta redundante.

En lo que respecta a la primera interrogante acerca de cuales son realmente estos derechos hay quienes sostienen como Pedro Nikken que "...lo jurídicamente relevante es que un determinado derecho sea "inherente a la persona humana". Es por esta razón, y no por el hecho de figurar en el articulado de la Constitución, que esos derechos deben ser considerados como atributos inviolables que, por fuerza de la dignidad humana, deben ser objeto de protección y garantía por el Estado. En consecuencia no cabe hacer distinciones en cuanto al tratamiento y régimen jurídico de los derechos de la naturaleza apuntada con base en el sólo criterio de que figuran expresamente o no en la Constitución. Para determinar si estamos frente a un derecho que merezca la protección que la Constitución acuerda para los que expresamente enumera lo decisivo no es tanto que figure en tal enunciado, sino que pueda ser considerado como "inherente a la persona humana."⁴¹ Pensamos, por el contrario, que el carácter de fundamental de un derecho, límite infranqueable al ejercicio del poder político, esta dado por los derechos humanos reconocidos de algún modo por el Derecho positivo vigente, se trate de normas constitucionales

⁴¹Nikken, Pedro. *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos,

actuales o futuras, se trate de tratados que contengan normas sobre derechos humanos ratificados por Chile en cualquier momento con tal de que mantengan su vigencia, incluyendo los que en el futuro se ratifiquen, como señala de modo similar Cea Egaña al indicar que corresponden a “aquellos derechos o facultades inherentes a la persona, reconocidos por el ordenamiento jurídico y que permiten a su titular exigir su cumplimiento con los deberes correlativos”.⁴²

Respecto al problema de la jerarquía, la opinión de la doctrina mayoritaria es que las normas internacionales sobre derechos humanos contenidas en los tratados sobre la materia ratificados por Chile y que se encuentren vigentes gozan de rango constitucional. En este sentido se pronuncia, por ejemplo, Germán Bidart quien nos señala que "Los derechos declarados en la Constitución suprema participan positivamente del nivel y jerarquía que se asigna a ésta, están sobrepuestos a toda normativa inferior, y reciben la tutela que, por esa ubicación preeminente, queda organizada institucionalmente en cobertura y defensa de aquella Constitución;"⁴³ en similar sentido Humberto Nogueira señala que “los derechos contenidos en los tratados en materias de derechos humanos forman parte de la Constitución material , constituyendo parte del plexo de derechos garantizados constitucionalmente...”⁴⁴

A nuestro juicio, los tratados sobre derechos humanos tienen el mismo rango

1ª edición, San José, 1994, Tomo I, pag.25.

⁴² *Cea Egaña, José Luis., op.cit., pag.133.*

⁴³*Bidart Campos, Germán., op.cit., pag.348.*

⁴⁴ *Nogueira Alcalá, Humberto. Op.cit., pag.84; en similar sentido se pronuncia José Luis Cea en op.cit. pag.140.*

que la Constitución, por cuanto es el propio poder constituyente el que ha decidido darles esta jerarquía a través de la enmienda del inciso 2º del art.5, que hace suyo, el contenido de las convenciones sobre la materia cumpliéndose los requisitos de haber sido ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. En segundo término, es lógico pensar que si el Derecho interno sobre derechos humanos tiene rango constitucional (capítulos I y III de la Constitución, fundamentalmente), el Derecho internacional sobre la misma materia conserve dicha jerarquía por una cuestión de sistemática y coherencia interna del sistema jurídico en su conjunto.

En segundo término, la norma del art.5 inciso 2º representa la expresa incorporación al ordenamiento jurídico nacional de toda la normativa internacional sobre derechos humanos consagrada en los tratados ratificados por Chile sobre la materia. Las normas convencionales sobre derechos humanos obtienen, en consecuencia, el carácter *self-executing* o de autoejecutabilidad, lo que significa que "...todos los derechos humanos contenidos en tratados pueden ser invocados directamente por los individuos ante los tribunales domésticos"⁴⁵ y que exige, además, "tomar también en cuenta la naturaleza de la obligación contenida en el instrumento internacional."⁴⁶ Es por tanto, en el sistema jurídico chileno, inmediatamente aplicable toda la normativa internacional sobre derechos humanos en la que Chile haya comprometido su voluntad de obligarse, tanto por la existencia

⁴⁵Medina Quiroga, Cecilia. *Sistema Jurídico y Derechos Humanos. Cuadernos de Análisis Jurídico. Sociedad de Ediciones de la Universidad Diego Portales, 1996, pag.73.*

⁴⁶O'Donnell, Daniel. *Protección Internacional de los derechos Humanos. Comisión Andina de Juristas.,*

de la norma del art.5 inc.2º como por el carácter "*self-executing*" de las normas contractuales internacionales.

Tenemos entonces que Chile se encuentra obligado por el derechos internacional de los derechos humanos debiendo distinguirse, al efecto, entre las obligaciones que surgen del sistema interamericano y del universal.

Al interior del sistema interamericano Chile se encuentra sujeto tanto al Derecho sustancial americano sobre derechos humanos como al orgánico, o sea, es jurídicamente vinculante para Chile, en cuanto miembro de la OEA, la Carta de la OEA y la Declaración Americana de Derechos Humanos, y en cuanto Estado Parte, la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica y los convenios especiales que haya ratificado como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.⁴⁷

Respecto a la institucionalidad orgánica del sistema regional americano, Chile se ha obligado tanto respecto a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como respecto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos; a la primera en cuanto es miembro de la OEA, y a la segunda en cuanto Estado Parte de la Convención Americana, declarante del reconocimiento de la competencia de la

pag. 46.

⁴⁷ Chile no ha ratificado la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, instrumento que sólo ha suscrito o firmado.

Corte.

Fuera del ámbito regional, Chile se ha obligado también ante el sistema universal de Naciones Unidas y es así como es Estado parte del PIDCP, como asimismo del PIDESC. Asimismo, es parte en el Primer Protocolo Facultativo del PIDCP que instituye el Comité de Derechos Humanos, y ante el cual el Estado de Chile puede ser denunciado por violaciones a los derechos humanos -aunque en términos bastante más restringidos que en el sistema americano-. También Chile es parte de algunos importantes instrumentos especializados en determinados derechos humanos, tales como la Convención contra la Tortura, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención sobre Refugiados, entre otros.⁴⁸

Chile, en consecuencia, se encuentra sujeto al sistema regional y al sistema universal de derechos humanos en los términos expresados. Ambos en lo medular, obligan al ordenamiento chileno en términos similares dada la similitud de las obligaciones impuestas lo que conllevará a que la infracción de cualesquiera de las normas de estos ordenamientos origine una violación de derechos humanos con las características y efectos que analizaremos luego.

⁴⁸ Chile no es parte ni ha firmado el Segundo Protocolo Facultativo del PIDCP relativo a la abolición de la pena de muerte, ni tampoco ha ratificado la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

CAPITULO 2

ALGUNAS PARTICULARIDADES JURIDICAS DE LAS NORMAS SOBRE DERECHOS HUMANOS

Una vez examinado al panorama general de lo que podríamos denominar el Derecho de los derechos humanos, conviene revisar la forma como juega la nueva institucionalidad de los derechos humanos con las instituciones más tradicionales del Derecho. Ello nos permitirá, en definitiva, conocer el grado de especificidad de las normas sobre derechos humanos en relación a las normas jurídicas, en general, y a partir de esta distinción, comprender mejor lo que significa, jurídicamente, el incumplimiento en materia de derechos humanos denominada comúnmente violación de derechos humanos.

En primer término revisaremos algunos conceptos tradicionales de la Ciencia del Derecho y la forma en que operan en materia de derechos humanos.

Entre estos conceptos jurídicos tradicionales, consideraremos, por ejemplo, el de fuente formal del derecho, el de bien jurídico protegido o valor jurídico, el de sujeto de derecho, el de obligación jurídica y el de responsabilidad jurídica. En el presente capítulo sólo desarrollaremos los conceptos de fuente de derecho y bien jurídico protegido y en el siguiente, los de sujeto de derecho, obligación y responsabilidad jurídica. Ello en razón de que estos últimos tres conceptos serán revisados más propiamente como parte de los presupuestos o elementos tipificantes de la violación de derechos humanos que será analizado en el capítulo siguiente.

1. LA FUENTE FORMAL DE DERECHO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

La teoría de las fuentes del Derecho, no juega de igual manera en el Derecho interno y en el Derecho internacional. En el ámbito del Derecho internacional existe una menor maduración del Derecho en general y por tanto de sus fuentes. Es así, por ejemplo, que mientras en gran parte de los ordenamientos jurídicos internos la fuerza obligatoria de la Constitución es indiscutible en cuanto expresión de la

obligatoriedad de la ley (*latu sensu*), en el campo del Derecho internacional y en especial en el del Derecho internacional de los derechos humanos, no existe una ley (*latu sensu*) que revista las características coercitivas de una Constitución. Si, en cambio, hoy juega un rol preponderante en el ámbito del Derecho internacional, el convencionalismo jurídico, expresado a través de los tratados, que en el Derecho interno, sólo podríamos comparar con la figura del contrato o de la ley.

Se ha dicho que "las dos fuentes principales del Derecho internacional son los tratados y la costumbre."⁴⁹ Sin embargo, hoy "El derecho internacional de los derechos humanos esta contenido mayoritariamente en tratados. Sin perjuicio de ello, la costumbre y los principios generales del Derecho cumplen aún un papel en este campo".⁵⁰ Además, debemos tener presente que existe, a nivel internacional, un reconocimiento expreso, de cuales son las fuentes de Derecho valederas y susceptibles de ser invocadas ante conflictos jurídicos internacionales. En efecto, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁵¹, prescribe, sobre el particular en su art. 38 lo siguiente:

"1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

⁴⁹Benadava, Santiago. *Derecho Internacional Público*. Editorial Jurídica de Chile. 3ª edición actualizada, 1989, pag.19.

⁵⁰Medina, Cecilia., *op.cit.*, pag.30.

⁵¹El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es parte integrante de la Carta de la ONU firmada el 26 de junio de 1945.

a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establezcan reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho..."

Convenciones internacionales o Derecho convencional internacional, corresponden a tratados, definidos como *"un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular"* conforme la definición dada por el art.2 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.⁵² En esta sede, cabe advertir que hoy la doctrina suele distinguir entre categorías de tratados y es así como se

52Adoptada en Viena el 23 de mayo de 1969 y sólo aplicable a los tratados celebrados después de su

habla de tratados-contratos y de tratados-ley. Sin perder de vista el carácter obligatorio de ambos, los primeros, o sea, los tratados-contratos "...contienen acuerdos que regulan ciertos intereses de los Estados contratantes, en sus relaciones recíprocas"⁵³, a diferencia de los tratados-ley que adoptan características similares a las que tiene una ley de Derecho interno,"... en el sentido de crear reglas de carácter general y permanente."⁵⁴

En relación a la Costumbre como fuente de Derecho, la doctrina de los publicistas es unánime en afirmar que se conforma por dos elementos: la **práctica** generalizada y la *opinio juris*. Es así por lo que se la define como "...una práctica de los Estados aceptada como legalmente obligatoria."⁵⁵

En el ámbito de los derechos humanos es difícil efectuar una identificación plena acerca de qué es y qué no es costumbre internacional. Ejemplos de ella pueden encontrarse, por ejemplo, en el contenido de determinadas resoluciones de organismos internacionales, como ocurre con algunas de "las resoluciones de la Asamblea General (de la ONU) en las que se formulan principios y normas jurídicas que han de regir la conducta de los Estados,..."⁵⁶. Determinar si estamos o no en presencia de una costumbre internacional, en esos casos, implica efectuar "...un

entrada en vigor el 27 de enero de 1980.

53Ibidem.

54Ibidem.

55Benadava, Santiago., *op.cit.*, pag.24.

56'Donnell, Daniel., *op.cit.*, pag.23.

análisis cuidadoso de cada una de las disposiciones o párrafos de una resolución determinada, en el que hay que tener en cuenta, *inter alia*, la redacción del texto; el número de votos favorables obtenidos; las declaraciones efectuadas por los miembros en el curso del debate y la conducta posterior de los Estados (y de las propias Naciones Unidas) respecto a cada resolución."⁵⁷ Así, por ejemplo, si el texto es claro, ampliamente consensuado por los Estados y aplicado por éstos en la práctica, es altamente posible que identifiquemos en él una costumbre internacional.

Finalmente en este punto, cabe agregar que “en general la doctrina hace prevalecer el criterio que otorga al tratado y a la costumbre la misma fuerza legal y, consecuentemente, un valor derogatorio recíproco.”⁵⁸

Las resoluciones, por su parte, a nivel internacional, pueden definirse como acuerdos emanados de órganos o instituciones internacionales, conforme a sus propios procedimientos internos, que regulan determinadas materias sin que ellas sean jurídicamente vinculantes. En el ámbito del Derecho de los derechos humanos, pueden adoptar la forma específica de declaraciones, de reglas mínimas, de códigos de conducta profesional o de recomendaciones, entre las cuales, las declaraciones han elevado su jerarquía pasando a constituir "un instrumento solemne, que se utiliza sólo en casos muy especiales, de grande y verdadera importancia, y cuando se espera

⁵⁷Donnell, Daniel., *op.cit.*, pag.24.

⁵⁸Llanos Mansilla, Hugo. *Teoría y práctica del Derecho Internacional Público*. Editorial Jurídica de Chile, Primera edición, 1977, V.I. pag.330.

obtener la máxima de observancia por parte del mayor número de Estados posible", según lo aseverado por la propia ONU.⁵⁹

Análisis particular merecen las llamadas normas de *Ius Cogens*, surgidas a raíz de lo prescrito en el art. 53 y 63 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados:

"Art.53. Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter."

"Art.63. Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará".

Si pudiéramos hacer una comparación entre estas normas y alguna del Derecho interno, tendríamos que equipararla con las normas constitucionales, dada

590' Donell, Daniel, op.cit., pag.23.

su jerarquía susceptible de derogar incluso un tratado.

En el campo de los derechos humanos, podemos encontrar un sin número de normas que podríamos incluir bajo la denominación de norma de *ius cogens*. A modo de ejemplo, podemos mencionar las normas que prohíben la esclavitud, las que prohíben la discriminación racial, ciertas normas sobre conflictos armados, las normas sobre libre determinación de los pueblos, etc. Muchos están contestes, además, en que la propia Declaración Universal de Derechos Humanos, incluye muchas normas de *ius cogens*.

En cuanto a **los principios generales del derecho**, no existe mayor divergencia entre lo que se entiende por éstos en el Derecho internacional general y en el Derecho internacional de los derechos humanos. “Son aquellos principios comunes a los sistemas jurídicos más desarrollados que se encuentran en vigor, principios concordantes que sirven de fundamento a tales ordenamientos.”⁶⁰ El principio de que los pactos deben de cumplirse –*pacta sunt servanda*– y el que nos exige el respeto de los derechos humanos, son claros ejemplos de principios generales del Derecho.

Respecto a la **jurisprudencia** y a la **doctrina**, podemos señalar a modo de reflexión, que si bien su incidencia aún es menor en el campo internacional, existe

⁶⁰ Llanos Mansilla, Hugo. *Op.cit.* pag.350.

un creciente posicionamiento e influencia de la jurisprudencia internacional sobre todo a nivel del sistema europeo de derechos humanos, donde los fallos tienen una altísima consideración jurídica.

El primer elemento, entonces, que debemos tener presente, cuando analicemos una violación de derechos humanos, es que ésta siempre se originará fruto del quebrantamiento de una fuente formal de Derecho, que por lo general será, aunque no exclusivamente, un tratado sobre derechos humanos, en cuanto Derecho objetivo dotado de un mayor desarrollo propiamente jurídico.

2. LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS POR LAS NORMAS DE DERECHOS HUMANOS.

Un segundo concepto dogmático-jurídico que nos será de gran utilidad para vislumbrar la noción de violación de derechos humanos es el de valor o bien jurídico que pasamos a ver a continuación.

2.1. Noción y Particularidades Básicas del Bien Jurídico Protegido por las Normas de Derechos Humanos.

La doctrina jurídica no es del todo uniforme en la definición de bien jurídico. Suele

recurrirse a dicho concepto a propósito de la teoría general de derecho y en el estudio de la teoría penal. De distintas maneras suele entenderse el término o referirlo a "...todo aquello susceptible de constituir materia de protección o relación jurídica"⁶¹. En otros términos como "el interés o valor jurídicamente protegido".⁶² Por la norma jurídica. Cabe que nos preguntemos entonces ¿Cómo juega el bien jurídico en materia de derechos humanos? y ¿Qué connotación particular adopta en este ámbito?

Los bienes jurídicos difieren sustantivamente, en función de las ramas o disciplinas jurídicas de que se trate; así por ejemplo, en el ámbito del Derecho civil podemos hablar de buena fe contractual, de equivalencia en las prestaciones, de prohibición del enriquecimiento sin causa, etc. como bienes o valores jurídicos protegidos. En el Derecho procesal suele hablarse de economía procesal, de bilateralidad de la audiencia, de debido proceso de ley, entre otros conceptos que ciertamente configuran valores jurídicos o aquello susceptible de protección. Pero es sólo el Derecho penal el que ha dotado de un mayor desarrollo sistemático al concepto de bien jurídico protegido y es en cierto sentido la rama que presenta mayor coincidencia respecto a los bienes jurídicos protegidos por el Derecho de los derechos humanos. El Derecho penal recoge aquellos bienes jurídicos de la mayor trascendencia social otorgándoles protección a través de mecanismos extremos, consistentes en la amenaza de una pena irrogable a los sujetos que ejecuten la

⁶¹Pacheco, Máximo., *op.cit.*, pag.196.

conducta que describe la norma penal, conducta que constituye un delito.

En el campo de los derechos humanos, existen igualmente bienes jurídicos. Estos conforman aquel conjunto de valores representativos del mínimo común valorado por una sociedad humana constitutivo lo que debe ser respetado por todos los seres humanos que integran dicha sociedad. Ello en función del reconocimiento de principios como el que establece la igual dignidad de los seres humanos y conforme las motivaciones y fundamentos generales que ordinariamente encontramos en los preámbulos de los tratados sobre derechos humanos. Como lo expresa sabiamente el afamado jurista inglés Hart "...hay ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable. Tales reglas constituyen de hecho un elemento común al derecho y a la moral convencional de todas las sociedades..."⁶³. Los derechos humanos, en su conjunto, son en el fondo, reflejo fiel de este elemento común societal.

2.2. Algunas Tipologías Jurídicas.

En torno al bien jurídico protegido por las normas de derechos humanos podemos efectuar algunas clasificaciones que nos permitirán conocer, al mismo tiempo, los rasgos fundamentales de cada uno de ellos. Estas categorías son a nuestro modo de ver aquellas que se han cimentado más fuertemente en la cultura jurídica

⁶²Zalaquett, José., *op.cit.*

contemporánea sobre la materia, sin perjuicio de muchas otras aportadas por los especialistas.⁶⁴

A) Derechos de 1ª, 2ª y 3ª generación.

La primera gran distinción surgida al interior de los derechos humanos, es la que distingue entre distintas generaciones de derechos.

Los derechos de 1ª generación corresponden a los llamados hoy derechos civiles y políticos cuya gestación más remota la encontramos en la filosofía liberal y en las declaraciones del siglo XVIII, especialmente la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y la Constitución estadounidense, y cuyo desarrollo se produce junto al fenómeno del constitucionalismo americano del siglo XIX. Entre estos derechos tenemos, por ejemplo, el derecho a la vida, la libertad, el derecho de propiedad, etc.

Una de las características fundamentales de esta categoría de derechos es que constituyen una órbita o esfera no susceptible de ser invadida por el Estado, lo cual se traduce en una obligación del Estado de no hacer, de abstenerse de interferir en el ejercicio pleno de estos derechos.

⁶³Hart, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Abeledo-Perrot. 2ª Edición, Buenos Aires, 1963, pag.238.

⁶⁴Para indagar en otros criterios clasificatorios, cfr. *Curso de derechos Fundamentales. Teoría General.*, de Gregorio Peces-Barba Martínez, Universidad Carlos III de Madrid. *Boletín Oficial del*

Tenemos luego los derechos económicos, sociales y culturales denominados comúnmente como derechos de 2ª generación. Esta categoría de derechos surge producto de las influencias de las ideas de justicia social, las teorías socialistas, el pensamiento social-cristiano y el replanteamiento del liberalismo incorporando el factor social, hacia la segunda mitad del siglo XIX. En el fondo de estos nuevos derechos podemos encontrar como un concepto rector el de "igualdad", el cual toma un sentido positivo y social, reflejado, por ejemplo, en la obligación de la sociedad en su conjunto y primeramente del Estado por crear condiciones sociales que permitan a todos sin excepción gozar de un nivel de vida acorde con la dignidad humana.

Estos derechos económicos, sociales y culturales no son de fácil e inmediato cumplimiento en muchas sociedades, por cuanto, se requiere del “desarrollo progresivo” de una serie de condiciones sociales que permitirán en consecuencia su cumplimiento efectivo.

Entre estos derechos podemos encontrar, el derecho a la salud, el derecho al trabajo, el derecho a la educación, entre otros. Estos derechos se distinguen también de los de 1ª generación, por el hecho de que significan obligaciones primarias activas por parte del Estado, esto es, ya no basta con la mera abstención para

respetarlos, como ocurre con los anteriores, sino que es necesario poner en movimiento variados mecanismos gubernamentales para obtener el *mínimum* que permita el pleno ejercicio de ellos. Se trata de poner todos los medios posibles para la plena efectividad de estos derechos, como por ejemplo, mayor inversión social en colegios, transporte público, comunicaciones, etc.

En cuanto a los llamados derechos de 3ª generación, podemos señalar que básicamente corresponden a nuevos valores que conforme señala Karel Vasak se definirían por "una cierta concepción de la vida en comunidad, y sólo se pueden realizar por la conjunción de los esfuerzos de todos los que participan en la vida social."⁶⁵ Existen al menos dos sentidos o acepciones de esta categoría de derechos:

1) La primera los concibe como derechos que ya no recaen directamente en personas, sino que corresponden a nuevas instancias de protección más generales o colectivas, tales como derechos de pueblos, colectividades o de sistemas, tales como la democracia, el desarrollo, la paz y el medio ambiente. Si bien esta categoría de derechos es de relativa reciente data, ya encontramos manifestación de éstos con el clásico principio y derecho de libre determinación de los pueblos.

2) Una segunda acepción, es aquella que vincula esta categoría con el fenómeno contemporáneo de mayor especificidad de los derechos humanos, es decir, con aquella categoría de derechos de grupos vulnerables o tradicionalmente

⁶⁵Vasak, Karel, citado por Vicente Bellver Capella en "Ecología: De las Razones a los Derechos",

discriminados, tales como, los de indígenas, discapacitados, menores, mujeres, consumidores, trabajadores, etc.

Un ejemplo emblemático de bien jurídico de 3ª generación, adscrito a la primera subcategoría, que adquiere una importancia creciente a nivel mundial lo constituye el **medio ambiente**, expresado subjetivamente como el derecho a un medio ambiente limpio, o simplemente como el derecho fundamental al medio ambiente. Este bien jurídico ha ingresado al campo de los derechos humanos como un derecho humano de 3ª generación referido a sistemas o colectivos fundamentalmente debido a la constatación fáctica de la vulnerabilidad de los ecosistemas y del medio en que el ser humano se desarrolla. "La inmediata incidencia del medio ambiente en la existencia humana, su trascendencia para el desarrollo y su misma posibilidad, es lo que justifica su inclusión en el estatuto de los derechos fundamentales."⁶⁶ Ello se ha plasmado en el surgimiento de toda una nueva legislación internacional sobre distintas materias ambientales en la que se efectúa un tratamiento parcelado y específico de determinados componentes del medio ambiente, sin que contemos a la fecha con una convención internacional de carácter general, referida al derecho al medio ambiente o al medio ambiente como derecho fundamental en sí mismo.⁶⁷

Editorial Comares, 1994, pag.270.

⁶⁶Perez Luño, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos, Madrid, 1984, pag.455.

B) Derechos individuales y colectivos.

Esta constituye una de las clasificaciones más recurrentes que se hacen sobre la materia. El criterio diferenciador reside en el sujeto titular del derecho humano correspondiente. Así, podemos distinguir entre derechos humanos cuyo titular o sujeto activo es un ser humano o persona individualmente considerado, y derechos cuyo sujeto titular es un grupo de personas o colectivo de personas sin consideración a los individuos que configuran la colectividad, o bien, un sistema que no corresponde a sujetos pero que merece protección dado que su no tutela constituye, indirectamente, una afectación a las personas.

Son derechos individuales la mayoría de los derechos humanos conocidos, como por ejemplo, la vida, la libertad en sus diversas manifestaciones, la propiedad, la salud, la educación, la cultura, etc.

Son derechos colectivos, por ejemplo, los derechos correspondientes a pueblos, como el de libre determinación, el de no ser discriminados, los derechos que corresponden a la familia, los derechos que emanan del sistema democrático, el derecho al desarrollo, el derecho a la preservación de la naturaleza, el derecho a la paz, etc.

⁶⁷ *Infra. Cap.3 punto 3.3*

Suele advertirse que en el caso de los derechos individuales el bien jurídico protegido se encuentra mejor precisado y acotado que el valor envuelto en los derechos colectivos. De hecho, por ejemplo, en la protección penal del medio ambiente, así como de otros bienes jurídicos de similar naturaleza, suele hablarse de bienes o intereses jurídicos difusos. En cierto sentido los derechos humanos colectivos se encuentran integrados por un cúmulo o complejo de bienes que son resguardados en cuanto totalidad o conjunto, haciéndose abstracción de sus componentes muchas veces difíciles de definir o acotar correctamente.

C) Subcategorías al interior de los Derechos Civiles y Políticos.

Los derechos civiles y políticos pueden agruparse en distintas maneras según el bien jurídico que protegen. Es así como podemos hablar de inviolabilidades, libertades, igualdades y derechos asociados a determinados *status* jurídicos. Es esta una tipología bastante atractiva para explicar los distintos bienes jurídicos en que consisten algunos de los derechos humanos.⁶⁸

-Inviolabilidades.

La primera subtipología es la de las inviolabilidades, que integran básicamente “la

⁶⁸Cfr. Zalaquett, José., *op.cit.*

protección de la persona y su esfera más íntima de subsistencia y seguridad”⁶⁹ como valores o bienes jurídicos. Son bienes jurídicos cuya titularidad pertenece al ser humano sin necesidad del ejercicio de acciones determinadas; no suponen actividad de parte de su titular. Entre las inviolabilidades encontramos, por ejemplo, la vida, la integridad física y psíquica, el domicilio y la correspondencia, la conciencia, en el sentido del derecho a tener una creencia o una religión u otro tipo de pensamiento, la libertad personal en el sentido de no ser sometido a arresto, detención o condena de privación de libertad, la propiedad, la honra.

-Libertades.

La segunda categoría que encontramos después de las inviolabilidades son las **libertades**. A diferencia de las inviolabilidades cuyo ejercicio no supone necesariamente una acción externa humana, las libertades conforman el conjunto de valores que suponen un actuar del sujeto titular del derecho en el mundo exterior, en la sociedad. Las libertades si se quiere importan actos positivos de conducta a diferencia de las inviolabilidades que importan actos negativos o inacción.

Las libertades pueden entrar en conflicto con otros derechos. Pueden, en cuanto a su ejercicio pero no en cuanto a su existencia, ser limitadas por los derechos y libertades de terceros y por valores de carácter general tales como:

⁶⁹ Zalaquett, José., *op.cit.*

-La seguridad nacional.

-El orden público.

-La salud pública.

-La moral pública.

Asimismo, las libertades pueden suspenderse para enfrentar situaciones de excepción o de emergencia.

Entre las libertades más conocidas tenemos la libertad de traslación, la libertad de reunión, la libertad de asociación, la libertad de expresión y de prensa, la libertad de religión en cuanto a su manifestación, privada o pública, las libertades políticas como la de voto, la de optar a cargos públicos, etc.

-Igualdades.

La tercera subcategoría corresponde a las **igualdades**. En opinión de Zalaquett el concepto de igualdad tiene muchas connotaciones, entre las cuales encontramos la de igual protección de la ley a todos los seres humanos, sin discriminación alguna por motivos raza, sexo, religión, origen, etc.; de igual participación política sobre la base de una persona = un voto; de igualdad frente al acceso a cargos públicos. Las igualdades no hacen referencia a algún bien jurídico determinado sino que se refieren más bien a que respecto de todos los derechos no pueden operar

discriminaciones arbitrarias. En este sentido es una subcategoría de tipo formal.

Entre las igualdades más comúnmente consagradas tenemos la igualdad ante la ley o igualdad en el tratamiento que debe dar la ley a las personas, lo cual significa que no se pueden establecer discriminaciones arbitrarias por ley; también la igualdad en el ejercicio de los derechos o igualdad ante la justicia, manifestada en diversas garantías como la que prescribe la igualdad de todos ante los tribunales; las igualdades políticas como la de participar en los asuntos públicos, la de votar y ser elegido por voto igual, la de igual acceso a los cargos públicos; la igualdad en materia de cargas públicas.

Las igualdades no son susceptibles de restricciones, limitaciones o suspensiones.

-Derechos a una determinada Protección Jurídica, sobre la base de cierto Status Jurídico.

La última categoría que podemos aportar al interior de los derechos civiles y políticos la conforman una serie de **derechos a una determinada protección jurídica, sobre la base de cierto status jurídico**. Se trata de aquellos derechos a ser protegido por un determinado sistema jurídico-político. Así, por ejemplo, tenemos el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la nacionalidad,

el derecho a la ciudadanía, ciertos derechos a determinadas capacidades jurídicas; el derecho al nombre; el derecho a asilo, etc.

La gran mayoría de estos derechos pueden ser objeto de algún tipo de limitación jurídica. Sin embargo, se considera que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, por ejemplo, es de carácter absoluto y no se encuentra por tanto sujeto a limitación de ninguna naturaleza.

En concepto de Zalaquett, los derechos civiles y políticos, en general, son susceptibles de distintos grados de protección⁷⁰; es así como puede hablarse de “Derechos Absolutos” como aquellos que no pueden entrar en conflicto con otros derechos. No pueden, en consecuencia, suspenderse ni se encuentran subordinados a otros bienes jurídicos. Algunos ejemplos de ellos pueden ser, la prohibición de la tortura; la prohibición de la esclavitud; la libertad de conciencia; el reconocimiento de la personalidad jurídica; algunas normas básicas del debido proceso; y la igualdad misma, entre otros. Luego tendríamos algunos derechos sujetos a restricción, comprendiendo a aquellas que pueden colisionar con otros derechos similares, pero que no obstante ello, no pueden suspenderse en tiempo de emergencia ni están subordinados a otros derechos. Ejemplo de estos derechos son el derecho a la vida, por cuanto puede perfectamente entrar en conflicto con otros derechos a la vida (legítima defensa), no puede suspenderse en situaciones de emergencia ni puede ser

⁷⁰ *Cfr. Zalaquett, José., op.cit.*

subordinado a otra categoría de derechos; también entre estos derechos tenemos el derecho a no ser encarcelado por deudas; etc. En una siguiente categoría encontramos derechos cuya restricción consiste en la posibilidad o susceptibilidad de ser suspendidos, esto es de limitación en su ejercicio ante situaciones de grave emergencia para la Nación y que pueden, por tanto, entrar en conflicto con derechos de terceros. En concepto de Zalaquett el conflicto puede producirse con prerrogativas del Estado de Derecho, como la libertad personal que puede restringirse para fines de investigación, o con bienes jurídicos de carácter general (seguridad nacional, salud pública, etc.), como por ejemplo, las libertades de expresión, de reunión.⁷¹

D) Subcategorías al interior de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

A nivel de la tipología de los derechos económicos, sociales y culturales encontramos también algunas subcategorías derivadas del PIDESC. Al respecto se ha hecho la distinción entre las siguientes categorías de derechos:⁷²

- Derechos para la satisfacción de necesidades básicas (arts.6-9,12,13-14).
- Derecho a nutrición básica (art.11.2.)
- No discriminación e igual goce de derechos hombre-mujer (art.2,3).

⁷¹ *Cfr. Zalaquett, José., op.cit.*

- Derecho a la participación cultural (art.15).
- Derecho a la protección familiar (art.10).

Al respecto, sólo quisiéramos observar la dificultad que presenta un intento sistematizador al interior de los derechos de 2ª generación, dada la íntima relación que presentan unos derechos con los otros.

Los derechos para la satisfacción de necesidades básicas tienen que ver con todos aquellos que le permiten al individuo lograr una autonomía económica-social, que le permita tener y desarrollar una vida digna. Aquí es donde encontramos la mayoría de los derechos económicos, entre los cuales podemos mencionar el derecho al trabajo y todos los que derivan o se circunscriben a él como el derecho de sindicación y otros; el derecho a la seguridad social; el derecho a la salud; el derecho a la educación; etc.

La situación del hambre en el mundo también da origen a un derecho especial consistente en estar protegido contra ella y origina por consiguiente importantes obligaciones de los Estados, como el mejorar la producción, conservación y distribución de los alimentos, asegurar una distribución equitativa de los mismos, etc.

72Cfr. Zalaquett, José, op.cit.

Los derechos culturales forman la siguiente subcategoría los cuales inciden directamente en el aspecto moral o espiritual del ser humano. Estos dicen relación con la posibilidad de gozar, participar y beneficiarse de los productos del intelecto o creatividad humana.

La protección de la familia configura también una situación de protección especial. En sí misma esta configura un sistema dotado de protección jurídica. Es así como el PIDESC establece en su art.10:

"la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad".

Luego de ello se establecen una serie de medidas para protegerla, como por ejemplo, se señala la necesidad de protección especial para las madres antes y después del parto, se reconoce la necesidad de adoptar medidas de protección para los niños y los adolescentes, etc.

Como una especificación del principio de no discriminación, los derechos económicos, sociales y culturales reconocen expresamente la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. La discriminación fundada en el sexo es vulneración de esta igualdad.

Por último, tenemos el derecho a un nivel de vida adecuado, que incluye la alimentación, el vestido y la vivienda y una mejora continua de las condiciones de

existencia. A este respecto los Estados deben tomar diversas medidas, entre las que se incluye la cooperación internacional, de acuerdo a lo prescrito por el PIDESC.

A nuestro juicio, nos parece que al interior de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a lo más, podríamos hacer una clara diferenciación entre los que podríamos denominar "derechos económico-sociales", caracterizados por su preferente connotación material (en contraposición a espiritual) en el sentido de que ellos permiten la conservación y desarrollo de la vida humana en condiciones materiales dignas, y cuya connotación es, en este sentido, patrimonial -entre los que encontraríamos los derechos laborales, a la seguridad social, a la salud, entre otros-, y los "derechos culturales", caracterizados por satisfacer las necesidades morales y espirituales del ser humano, complemento indispensable de la preservación de las condiciones materiales mínimas de vida. Estos derechos permiten la vida propiamente humana y comienzan a jugar cuando ya se encuentran garantizados los derechos económico-sociales que permiten una subsistencia digna. Entre estos derechos podemos mencionar el derecho al descanso, el de participación en la vida cultural, el que garantiza la libertad creadora, etc.

Debemos prevenir que las tipologías antes desarrolladas no pretenden absoluta rigurosidad científica, sino que su objetivo más bien apunta a constituir una ilustración válida de la normatividad en estudio. Por lo demás, existe mucho por avanzar todavía en lo que a sistematización de los derechos humanos se refiere. En

este sentido vale la pena destacar los aportes doctrinarios de Rivero a nivel de la doctrina francesa y de los autores españoles como Sánchez Ferriz, Pérez Luño y Bidart Campos entre otros que se han preocupado de este tema en específico.⁷³

3. OTRAS PARTICULARIDADES DE LAS NORMAS SOBRE DERECHOS HUMANOS.

Hemos descubierto que en materia de derechos humanos, existen particularidades en distintos niveles. Es así como ya sabemos que la fuente formal, entra a jugar un rol fundamental en este ámbito, como ocurre por lo demás en todo el Derecho. Sin embargo, este concepto de la dogmática jurídica, difiere sustantivamente con respecto a su rol tradicional.

Similar situación sucede en cuanto al bien jurídico protegido por las normas sobre derechos humanos. Aquí encontramos bienes o valores de la más alta jerarquía o importancia, enunciados, por lo general, en forma expresa por las normas que los contienen, aunque muchas veces no acotando o determinando claramente su real contenido y alcance. Esto, ciertamente, que configura una diferencia sustantiva en relación a lo que sucede con los bienes jurídicos en el ámbito del Derecho interno.

Pero las normas de derechos humanos no sólo son diferentes del resto de las

⁷³Cfr. Peces-Barba Martínez, Gregorio., *op.cit.*, pag.442-453.

normas jurídicas, por su diferente fuente formal y su particular bien jurídico: adquieren carácter especial también porque imponen un tipo especial de obligación a aquellos sujetos llamados a obedecerlas; poseen un sujeto activo y pasivo *sui generis* que también las distingue del resto de las normas jurídicas; finalmente originan efectos o consecuencias jurídicas diferentes al resto de las normas de Derecho.

Todas estas particularidades, en su conjunto, nos servirán para acotar la faz que denominamos "negativa" de la norma sobre derechos humanos, o sea, la faz consistente en la violación o transgresión de la norma de derechos humanos, lo que en lenguaje de Hans Kelsen, consistiría en un análisis y construcción de la "norma primaria" de Derecho, que en concepto del afamado jurista es "...la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción"⁷⁴, a diferencia de la "norma secundaria" que es "...la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción."⁷⁵

Como el Derecho de los derechos humanos consiste fundamentalmente en normas secundarias que nos prescriben la conducta correcta a realizar, intentaremos construir teóricamente la norma secundaria de derechos humanos,(que nos señala el ilícito y su sanción) a partir de los elementos tipificantes de ella. Ya hemos hecho mención a la necesidad de una fuente formal que contenga la norma a infringirse. También desarrollamos el bien jurídico, como un elemento integrante de la norma de derechos humanos, objeto de derecho sobre el que surge el derecho subjetivo

⁷⁴Kelsen, Hans., *op.cit.*, pag.77.

correspondiente.

Nos resta analizar el elemento obligacional, correlato necesario del derecho subjetivo, y los sujetos que se vinculan jurídicamente en la relación de derecho surgida del incumplimiento o violación del derecho consagrado. Por último veremos las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de la norma positiva de derechos humanos.

Todos estos elementos constituyen, al igual que la fuente formal y el bien jurídico, particularidades de las normas sobre derechos humanos en el sentido que tienen una significación especial al interior del Derecho de los derechos humanos, pero, fundamentalmente, se encuentran ligados directamente al incumplimiento o violación de derechos humanos, situación por la cual serán analizados en el capítulo siguiente: es así como hablaremos de sujeto transgresor, de obligación transgredida y de sujeto víctima de la transgresión y de efectos de dicha transgresión.

CAPITULO 3

EL INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS JURIDICAS DE DERECHOS HUMANOS: LA VIOLACION DE DERECHOS HUMANOS

Conocida la situación de los derechos humanos desde la perspectiva tradicional de su vigencia o cumplimiento pasamos ahora al análisis del fenómeno contrario: el incumplimiento, o violación de derechos humanos.

La denominada violación de derechos humanos no es más que un tipo de incumplimiento jurídico que supone la existencia de una obligación jurídica incumplida; la concurrencia de un sujeto obligado que infringe la obligación anterior y la concurrencia de un sujeto titular del derecho humano que ha sido afectado por este incumplimiento. A estos elementos del incumplimiento de las normas de derechos humanos, debemos agregar, ciertamente la existencia de la norma misma de derechos humanos -subsumida en lo que fue el estudio de la fuente formal- y la del bien jurídico que esta contiene, aspectos que más bien constituyen supuestos de las normas derechos humanos y que fueron analizados en el capítulo anterior sobre particularidades de las normas de derechos humanos.

Sin constituir un elemento propio del incumplimiento de las normas sobre derechos humanos, haremos una referencia a los efectos del incumplimiento de las normas sobre derechos humanos, tema que se traduce en el estudio de la responsabilidad por violaciones a los derechos humanos, finalizando con algunas categorías clásicas de violaciones de derechos humanos.

1. LAS OBLIGACIONES JURÍDICAS VIOLADAS O TRANSGREDIDAS.

Para parte importante de la doctrina jurídica "...la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica".⁷⁶ La obligación jurídica, en otros términos, es una especie de deber jurídico, caracterizado porque ante su incumplimiento es posible exigir coactivamente el cumplimiento de determinada conducta. Es entonces el elemento coercibilidad el que juega en forma fundamental para definir a la obligación jurídica.

En materia de derechos humanos los Estados Partes en un tratado contraen determinadas obligaciones jurídicas, que en cuanto tales producen o generan determinados efectos jurídicos. "Los derechos humanos implican obligaciones a

⁷⁶Kelsen, Hans., *op.cit.*, pag.84.

cargo del gobierno. Él es el responsable de respetarlos, garantizarlos o satisfacerlos..."⁷⁷ Sin embargo el sentido de estas obligaciones no corresponde exactamente a la noción de la ciencia del derecho que acabamos de ver. La obligación en materia de derechos humanos no tiene los mismos alcances ni es plenamente aplicable al ámbito de los derechos fundamentales, en general, ni a la noción de violación de derechos humanos, en particular, cuestión que veremos luego.

Basta por ahora, tener presente que en el ámbito de los derechos humanos existen obligaciones jurídicas atribuibles a ciertos sujetos obligados y que son la lógica contrapartida de los derechos subjetivos en que consisten los derechos humanos. Cuando ponemos el énfasis en la obligación y no en el derecho subjetivo, como ocurrirá a lo largo del presente capítulo, nos acercamos más a la noción de violación de derechos humanos, dejando un poco de lado el enfoque tradicional sobre el derecho humano en cuanto tal.

1.1. Algunos Problemas vinculados a las Obligaciones Jurídicas en el campo de los Derechos Humanos: Alcance; Eficacia; Coercibilidad.

La realidad de los derechos humanos en su aplicación durante toda la segunda mitad del siglo XX es básicamente una realidad histórica marcada por su transgresión; es

⁷⁷Nikken, Pedro., *op.cit.*, pag.27.

una historia más bien de las violaciones a estos derechos que de su cumplimiento y vigencia efectivas y lo que es peor aun, es una historia del incumplimiento sin responsabilidades, o en otros términos más comunes, es la historia de la impunidad de las violaciones de derechos humanos.⁷⁸

Las explicaciones a los innumerables fenómenos sociales de transgresión podemos encontrarlas en diversas fuentes: propiamente históricas, sociológicas, antropológicas, jurídicas, etc. Al respecto sólo nos referiremos a algunas anomalías jurídicas que podemos encontrar al interior de las normas de derechos humanos y especialmente al interior de sus obligaciones, que pueden explicarnos, en parte, el porqué de esta historia de impunidad.

Suele afirmarse que en el ámbito de los derechos humanos, no puede hablarse, en sentido propio, de "obligaciones jurídicas", por cuanto, no existiría la posibilidad real de exigir o imponer una sanción ante el evento de la transgresión. El Derecho de los derechos humanos efectivamente no cuenta con un sistema coercitivo.⁷⁹ Sin embargo, sus normas contemplan obligaciones atribuibles a determinados sujetos y dotadas de efectos jurídicos determinados. La juridicidad en materia de derechos

78Sobre la realidad mundial de los derechos humanos en los últimos años consultar los Informes Anuales de Amnistía Internacional, editados por EDAI, en los que se contiene la situación sobre las violaciones de derechos humanos, país por país; respecto a Chile, específicamente, consultar Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación. Santiago de Chile, Secretaría de Comunicación y Cultura. Ministerio Secretaría General de Gobierno, febrero de 1991 e Informe sobre la Calificación de Víctimas de Violaciones de Derechos Humanos y de la Violencia Política de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Chile, 1996.

humanos tiene alcances especiales no equiparables a la juridicidad de una norma penal de Derecho interno, por diversas circunstancias, de modo tal que conviene tener en cuenta algunas particularidades a este respecto.

La obligación a nivel del derecho de los derechos humanos es distinta de las obligaciones del derecho interno. En el ámbito de los derechos humanos las obligaciones surgen contractualmente con el propósito de crear vínculos jurídicos legales internacionales. Los tratados sobre derechos humanos más que vínculos contractuales generadores de derechos y obligaciones particulares para las partes se entienden como verdaderas leyes generales, como tratados-leyes para quienes los suscriben y ratifican. El propósito de quienes se hacen parte en un tratado sobre derechos humanos es crear una legalidad internacional y no un simple vínculo obligacional del tipo del derecho privado.

Las obligaciones internacionales relativas a los derechos humanos tienen la particularidad de ser muy generales y a veces difusas en su contenido. Ello debido muchas a que no es posible obtener consensos mayores sobre un nivel mayor de especificidad. Las obligaciones del derecho interno, en cambio, se encuentran, generalmente, bastante reglamentadas en su contenido y alcance.

Junto al carácter genérico que presenta normalmente la obligación en materia

de derechos humanos -problema que dice relación con su contenido-, tenemos el gran problema de la falta de coercibilidad de este tipo de obligación.

La "coercibilidad" consiste, según la doctrina jurídica, en la posibilidad de aplicar por la fuerza una sanción ante un incumplimiento jurídico. Es, en otros términos, la amenaza que conlleva toda norma jurídica ante su inobservancia, amenaza que se traduce en la posibilidad de una sanción, con el propósito de constreñir la voluntad humana a los requerimientos superiores de la convivencia social. El cumplimiento coactivo, es lo que distingue al derecho de la moral y en ausencia de dicho elemento se nos produce un problema mayor en la identificación de una norma como integrante del derecho. Esta dificultad es la que, presentan hoy las normas de derechos humanos y el derecho internacional en su conjunto, dado que no hay aún mecanismos que nos permitan afirmar que ante el incumplimiento de una norma de derechos humanos, sobrevendrá una sanción jurídica para el infractor.

En todo caso, en el ámbito de los derechos humanos la coercibilidad no sólo podemos entenderla como la presencia o no de un mecanismo sancionatorio ante la inobservancia de una norma plenamente formada. También juega la incoercibilidad respecto a aquellas situaciones en las que no es posible un cumplimiento forzado o una sanción, por tratarse de una norma en gestación, en desarrollo o de *lege ferenda*, muy comunes en materia de derechos humanos. Se trata de normas no acimentadas del todo en la conciencia jurídica internacional y que por tal motivo no son

susceptibles de un mecanismo coercitivo. Ejemplo de ello lo constituye la norma que consagra el derecho fundamental a no ser privado de la vida por decisión de la ley o la autoridad.

La carencia de coercibilidad es la ausencia de mecanismos de fuerza para aplicar sanciones. Esta realidad es una importante característica actual de la obligación jurídica en materia de derechos humanos, cuestión que es explicable en parte por la positivación y conciencia jurídica gradual que sufren los derechos humanos sustantivos.

De la falta de coercibilidad surge al mismo tiempo el problema de la ineficacia de las obligaciones sobre derechos humanos y, en general, de todo el Derecho de los derechos humanos. Esto significa que quienes se encuentran obligados por los instrumentos de derechos humanos no se ven forzados a cumplir, en la práctica, las obligaciones que han contraído, por cuanto no existen los mecanismos para compelerlos a cumplirlas. Esto no significa que de hecho no exista cumplimiento - cosa que si ocurre en muchos de los países con una mayor cultura jurídica-; lo que ocurre es que este último cumplimiento tiene un marcado matiz voluntario dado, en parte, por el desarrollo del estado de derecho en tales países, por el fuerte peso moral de los derechos fundamentales y sin que encontremos asociación de dicho cumplimiento con la existencia de mecanismos de coercibilidad.

La eficacia o ineficacia del derecho que nos interesa es aquella que tiene como correlato la real operatividad de los instrumentos jurídicos de coercibilidad y en este sentido al menos el Derecho de los derechos humanos y el derecho internacional en su conjunto están distantes del goce de dicha eficacia.

En el Derecho interno de los países que viven bajo un Estado de Derecho, el incumplimiento de las obligaciones genera efectos y activa los mecanismos de coercibilidad, circunstancia que rara vez ocurre en el ámbito internacional de los derechos humanos donde las violaciones de derechos humanos, a lo más son consignadas, testimonialmente, en informes internacionales, o en el mejor de los casos, reciben un reproche internacional no respaldado por la fuerza.

Más allá de los problemas planteadas en torno a la obligación en materia de derechos humanos, debemos reconocer, en un sentido inverso, que ésta no importa sólo una débil recomendación moral o una mera ilusoriedad jurídico; por el contrario, su eficacia internacional está dada por una serie de factores extra-jurídicos que generan efectos reales y palpables para los Estados que no cumplen con sus obligaciones y que son tanto o más eficaces que los propios imperativos jurídicos internacionales; tal es el caso del peso moral de la comunidad internacional por la defensa de los derechos humanos, de las organizaciones no gubernamentales internacionales que a través de sus acciones de denuncia presionan a los Estados, del comportamiento político de los Estados respecto de quienes violan derechos

fundamentales, expresado en acciones de protesta, denuncia u otras que entran las buenas relaciones internacionales del Estado violador de derechos humanos, etc. Además, cada vez es mayor la conciencia de las naciones en torno a la obligatoriedad de las obligaciones que les imponen los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y cada vez mayor es también, la necesidad, en la conciencia de la humanidad, de generar mecanismos para otorgar real dimensión jurídica a las obligaciones en el ámbito internacional de los derechos humanos, lo que fortalece por cierto, el andamiaje jurídico internacional sobre derechos humanos.

La obligación, en materia de derechos humanos, tiene existencia y validez jurídicas si cumple con todos los requisitos formales y materiales para ello en conformidad al Derecho internacional y en tal sentido obliga jurídicamente a quienes se han comprometido con sus prescripciones. Su incompleto desarrollo a nivel de eficacia y coercibilidad no es óbice para su incumplimiento o desconocimiento y a lo más dicha situación creará acotados problemas a nivel de la aplicación del derecho, cuestión que, en definitiva, no incide en el reconocimiento pleno que le damos a la obligación jurídica en materia de derechos humanos, obligación que podríamos caracterizar, por tanto, como una obligación dotada de validez jurídica e imperfecta desde la óptica de su eficacia.

1.2. Fuente Jurídica de la Obligación Violada.

La violación de derechos humanos representa una forma especial de incumplimiento de obligaciones jurídicas que adopta una especificidad y rasgos propios por una serie de circunstancias básicas, entre ellas, por el tipo de fuente de derecho que contiene la obligación violada.

Sabemos que a nivel de los derechos humanos existe especificidad de fuentes formales y sabemos que son preferentemente los tratados sobre derechos humanos aquellos que junto con consagrarlos establecen obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados Partes. Pues bien, la sola circunstancia de encontrarse la obligación en una fuente vinculante sobre derechos humanos, constituye un antecedente que en comunión con otros hace que la violación sea calificada de distinta manera.

En efecto, un acto de tortura, por ejemplo, puede ser cometido con infracción a distintos sistemas o cuerpos normativos: Derecho interno, Derecho humanitario, Derecho de los derechos humanos; siendo diferente la calificación y los efectos que se pueden producir en uno u otros casos. La tortura puede encontrarse sancionada como delito bajo el Derecho interno del país en que se cometió, constituyendo por esta sola circunstancia una violación al Derecho penal del país en cuestión. Sin embargo ese mismo hecho para pasar a constituir violación de Derecho humanitario o para calificarse de violación de derechos humanos, debe reunir una serie de requisitos adicionales propios de cada uno de dichos ordenamientos. Así por

ejemplo, desde el punto de vista del Derecho humanitario debe corresponder a un acto cometido por y hacia un combatiente o un civil en situaciones de conflicto armado, nacional o internacional, todo ello en cumplimiento de los supuestos que el propio Derecho humanitario da para calificar el hecho como un crimen de guerra; así por ejemplo, si dicha tortura fue cometida por un guerrillero, perteneciente a un grupo beligerante en contra de un agente militar del Estado en situación de guerra civil, se tratará lo más probablemente de un delito de guerra.⁸⁰ En cambio, si la misma tortura, además, es cometida bajo los supuestos que tipifican una violación de derecho humanos, debiera ser calificada como tal, sin perjuicio de que a la vez pueda constituir un ilícito de otro tipo. Los presupuestos que permiten definir un ilícito como violación de derechos humanos son precisamente el objeto del presente estudio, entre los cuales nos cabe referirnos en este punto sólo a la fuente de derecho vulnerada.

Efectivamente en la violación de derechos humanos se está infringiendo no cualquier norma del ordenamiento jurídico nacional o internacional, se está infringiendo un compromiso internacional del Estado contenido en una determinada fuente de derecho, que puede ser un tratado sobre derechos humanos, una costumbre internacional u otra fuente igualmente obligatoria, como una norma de *ius cogens* (sin perjuicio de que dicho compromiso esté contenido, además, en alguna fuente de Derecho interno como puede ser la Constitución Política o algún catálogo de

⁸⁰ Cfr. Montealegre Klenner, Hernán. *La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos*. Edición

derechos humanos interno). La infracción de alguno de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, no es en todo caso condición suficiente para configurar la violación de derechos humanos, pero si es condición necesaria para ello. En el caso dado, acerca del torturador será necesario, entonces, que dicho sujeto se encuentre infringiendo un derecho humano o fundamental que para el caso concreto será el derecho a la integridad física y/o síquica, y esté, dicho derecho, consagrado en algún tratado o instrumento internacional vinculante para el infractor.

Las fuentes de los derechos humanos, en lo formal, si bien van más allá de los meros tratados según vimos⁸¹, no siempre dan lugar a la configuración de obligaciones jurídicas para los sujetos a los que se refieren, como en el caso de las resoluciones de organizaciones como la ONU, por ejemplo. Esta situación hace en definitiva que no podamos hablar de violaciones de derechos humanos sino cuando exista incumplimiento de algo a lo que se está obligado jurídicamente, es decir, cuando existe infracción de algún tratado sobre derechos humanos, a una costumbre internacional o a una norma de *ius cogens* que impongan obligaciones en materia de derechos humanos.

Los delitos ordinarios se cometen, formalmente o en cuanto a la fuente que los contiene, cuando existe infracción de la ley penal. Así también, la violación de derechos humanos, se comete cuando existe infracción a determinada "ley de

Academia de Humanismo Cristiano, 1ª edición, Santiago, Chile, 1979.

derechos humanos", ley que puede encontrarse representada por una serie de fuentes tanto de derecho interno como internacional de distinta naturaleza. Muchos de los derechos humanos consagrados internacionalmente se encuentran incorporados a distintas fuentes de derecho, algunas vinculantes y otras no. Además, ellos también son ordinariamente recepcionados, de distintas maneras por el Derecho interno de los Estados, en constituciones o a veces en catálogos específicos de derechos, de rango infra-constitucional.

La violación de derechos humanos, se presenta, en cuanto a la fuente, cuando se infringe un compromiso jurídico asumido por el Estado en el que se expresa su obligación internacional de respetar tales derechos. Dado el actual estado de desarrollo del Derecho internacional, no todas sus fuentes -aunque lo sean de derechos humanos- pueden dar lugar a una violación de derechos humanos, por cuanto no todas obligan jurídicamente a los sujetos a que se refieren. En este sentido, los tratados, en cuanto generadores de obligaciones internacionales jurídicamente vinculantes, la costumbre internacional, por tener igual fuerza jurídica que un tratado y, eventualmente, una norma de *ius cogens*, por su carácter imperativo internacional pueden dar lugar a la configuración de una violación de derechos humanos. En un sentido inverso, malamente podríamos sostener que un Estado es violador de derechos humanos si jurídicamente no se encuentra obligado a respetarlos. Puede ser objeto de reproches morales, de desconocer recomendaciones internacionales, de

⁸¹Supra capítulo II, punto 1.

infringir obligaciones morales, pero no de violar, jurídicamente, derechos humanos.

En relación, ahora, a lo que ocurra a nivel del derecho interno, podemos sostener que efectivamente existen fuentes diversas que contienen y desarrollan derechos fundamentales o que recepcionan el derecho internacional de derechos humanos de distintas maneras. Así es corriente que las constituciones recepcionan o se remiten, de distintas maneras, a los tratados sobre derechos humanos, estableciendo de este modo una interrelación normativa entre ambos sistemas.

Así por ejemplo, la Constitución Portuguesa de 1976 señala en su art.16 que "los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de Derechos Humanos"⁸²; la Constitución Ecuatoriana, por su parte, en su art.44, garantiza "el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, enunciados en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes"⁸³; y la Constitución Argentina enumera una serie de instrumentos internacionales sobre derechos humanos y establece que ellos "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta constitución y deben entenderse complementarios de los derechos o garantías

⁸²Dulitzky, Ariel E. "Los Tratados de Derechos Humanos en el Constitucionalismo Iberoamericano" en *Estudios Especializados de Derechos Humanos*, IIDH, 1996, pag.141.

⁸³*Ibidem*. pag.153.

por ella reconocidos."⁸⁴

El tratamiento específico interno que cada Estado haga del derecho internacional de los derechos humanos, o de los derechos humanos en general, en primer término, sólo produce efectos a nivel interno y no altera o afecta en nada la naturaleza de sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos de tal manera que lo que constituya una obligación internacional o una violación de derechos humanos fruto de su transgresión lo será sin atención a lo que disponga sobre el particular el derecho interno. La violación de derechos humanos importa una grave infracción jurídica que interesa no sólo a un Estado determinado sino que a la comunidad de Estados. Es por ello que “el Derecho internacional contemporáneo se dirige a la protección de los derechos del hombre, mediante la imposición de obligaciones a los Estados respecto a los individuos y la adopción de sistemas de garantía y control ante instancias internacionales...”⁸⁵ El incumplimiento de estas obligaciones, por tanto, generará obligaciones frente a la comunidad internacional, independientemente de lo que dispongan las autoridades o el derecho interno de cada país. Puede incluso que diversas fuentes de derecho interno prescriban de igual modo la obligación que pesa sobre el Estado de respetar los derechos humanos y que ante su inobservancia se genere una violación de derechos humanos con similares efectos internacionales a los previstos en el Derecho internacional, pero ello no significa de modo alguno que la fuente de la violación sea

⁸⁴*Ibidem*, pag.154.

la disposición de derecho interno. De ser así, la violación de derechos humanos quedaría supeditada a la reglamentación que de ella haga el ordenamiento jurídico de cada Estado. La violación de derechos humanos tiene determinadas características y efectos que la definen y diferencian de otros incumplimientos jurídicos, que no se encuentran entregados a las prescripciones de la legislación interna de los países.

En síntesis, tenemos que la consideración de la fuente formal que contiene el o los derechos humanos juega un papel vital a la hora de determinar el ilícito frente al cual nos encontremos. La violación de derechos humanos supondrá, en consecuencia, la infracción a dicha fuente formal, supuesto de debe adicionarse a los presupuestos de fondo o materiales que serán objeto de estudio particular en el capítulo tercero.

1.3. Contenido Jurídico de las Principales Obligaciones Impuestas por las Normas sobre Derechos Humanos.

Señalamos antes que uno de los problemas fundamentales que presenta la obligación jurídica de derechos humanos, es su alcance limitado e impreciso. Muchos estudiosos del derecho suelen preguntarse acerca de cual es el contenido real de las obligaciones que los Estados Partes suelen asumir en los tratados que suscriben y, nos atreveríamos a afirmar, que muy pocos Estados tienen claro cual es el contenido

⁸⁵ *Blanc Altemir, Antonio., op.cit. pag.102.*

de su obligación al momento de ratificar un tratado sobre derechos humanos. Intentaremos, en este sentido, dar una respuesta a ello y a las preguntas que siguen: ¿ A qué se obligan los Estados cuando suscriben y ratifican un tratado sobre derechos humanos? o en términos diversos, ¿Cuál es el contenido jurídico de la obligación en materia de derechos humanos?

Para el estudio del contenido de las obligaciones en materia de derechos humanos, nos ceñiremos al tenor que sobre las obligaciones nos dan los principales tratados sobre derechos humanos y a partir de su texto jurídico intentaremos una aproximación sistemática al sentido y alcance que éstas tienen.

A) La obligación de "respetar".

Existen distintas disposiciones, tanto en tratados sobre derechos humanos, como en constituciones, que hablan de la "obligación de respetar" que recae sobre los Estados respecto a la vigencia de los derechos humanos. Entre estas disposiciones encontramos, por ejemplo, el art.2 del PIDCP, el art.1 de los cuatro Convenios de Ginebra sobre Derecho humanitario⁸⁶ y el art.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El primero de ellos prescribe:

⁸⁶Adoptados en Ginebra el 12 de agosto de 1949, complementados por los 2 protocolos Facultativos de

"1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Presente Pacto,..."

Por su parte el art.1 de los Pactos de Ginebra señalan:

"Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias."

Finalmente, el art.1 de la Convención Americana establece:

"Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos.

1.Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella..."

La obligación señalada, en los distintos instrumentos transcritos, es una de las varias categorías de obligaciones que tienen los Estados en materia de derechos humanos, siendo la presente tal vez la más básica y elemental.

Según Zalaquett, ésta significa "no incurrir en una actividad violatoria"⁸⁷. Se trata en consecuencia de una obligación básicamente de abstención, de no efectuar actos que impliquen un atentado a los derechos protegidos; el Estado que se encuentra sujeto a esta obligación cumple con ella al abstenerse de invadir la esfera propia de los derechos humanos.

Podemos entender la obligación de respeto a los derechos humanos, en un sentido amplio, como la obligación genérica omnicomprendiva de las demás obligaciones existentes en éste ámbito. Es así que cuando hablamos del deber de respetar los derechos humanos, estamos haciendo un uso amplio del término "respeto" al interior del cual podemos encontrar las distintas obligaciones específicas que existen.

Asimismo, podemos entender la obligación de "respetar" en un sentido restringido como aquella obligación específica que tienen los Estados de abstenerse de violar los derechos humanos. "La obligación de respetar exige que el Estado y sus agentes no violen los derechos humanos..."⁸⁸ Es en este sentido en que debe entenderse la obligación de respetar, como una obligación específica, dotada de un sentido y alcance específico (dentro de la generalidad propia de las obligaciones en materia de derechos humanos).

⁸⁷Cfr. Zalaquett, José., *op.cit.*

Esta obligación se encuentra comúnmente asociada a los derechos civiles y políticos por cuanto estos exigen, por lo general, actitudes pasivas y activas de parte de los Estados. Sin embargo, existen situaciones en las que la obligación de respetar encuentra también plena vigencia al interior de los derechos de 2ª generación, como por ejemplo, respecto de la obligación de no discriminar.

Estamos en presencia de un pleno cumplimiento de la obligación de respeto, por ejemplo, cuando el Estado se abstiene de efectuar detenciones arbitrarias, cuando se abstiene de cometer delitos que atenten contra la vida y la integridad física y psíquica, cuando no interfiere en la libertad de pensamiento, conciencia y expresión, cuando no impide la libre asociación y el ejercicio del derecho de reunión, etc.

Los ejemplos nos muestran que, en general, la obligación de "respetar" envuelve una obligación de no hacer, o bien, una obligación negativa, característica que la diferenciará de otras obligaciones como las de garantizar o promover que envuelven una obligación positiva o de hacer.⁸⁹

La obligación de "respetar" se sitúa "...claramente en el plano de las obligaciones *erga omnes*. Se trata de obligaciones incondicionales, exigibles por

⁸⁸Medina Quiroga, Cecilia., *op.cit.*, pag.43.

⁸⁹Obligación positiva y negativa constituye otra de las categorías que pueden darse en esta materia. También es posible distinguir entre obligaciones principales y complementarias, atendiendo al hecho de si se preserva o no el bien jurídico por el incumplimiento de la obligación: si se cumple con la principal el valor se preserva, si no se cumple con ella, no se preserva. Al respecto cfr.

todo Estado independientemente de su participación en determinado conflicto, y cuyo cumplimiento integral interesa a la comunidad internacional como un todo;"⁹⁰

B) La obligación de "Garantizar", "Asegurar" o "Hacer respetar".

Esta segunda obligación, también la encontramos contenida en los propios tratados sobre derechos humanos, como una de las principales obligaciones jurídicas asumidas por los Estados Partes. Al respecto podemos nombrar, por ejemplo, el PIDCP en su art.2, el PIDESC en sus arts.2 y 3, el art.1 común de los Convenios de Ginebra sobre el Derecho humanitario, y el art.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El PIDCP en su parte pertinente prescribe:

"1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto..."

El PIDESC también señala:

Zalaquett, José. *Op.cit.*

⁹⁰Buergenthal, Cancado y otros. *Estudios Especializados de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1996, pag.99.*

Art.2 N°2. "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian,..."

Art.3."Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto."

Los Convenios de Ginebra, por su parte, señalan en su art.1:

"Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias."

Por último, la Convención Americana indica en su art.1:

"Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción,..."

Señalemos por último, a propósito de esta revisión de las normas jurídicas que contienen la obligación de garantizar en estudio, que la Constitución Política chilena ha adoptado el verbo **asegurar** al inicio de la consagración de las garantías fundamentales, equivalente a la expresión más comúnmente usada de garantizar. En

efecto, su art. 19 señala textualmente:

"La Constitución asegura a todas las personas:"

Una primera observación en torno a esta segunda obligación es que, en concepto de Zalaquett ella implica asegurar que aquello preceptuado se cumpla⁹¹, de tal manera que garantizar y asegurar tendrían significados equivalentes, concepción que también hacemos extensiva a la expresión "hacer respetar", por cuanto esta última así como las dos primeras tienen el mismo sentido de hacerse cargo de la plena efectividad de los derechos humanos, o en otros términos, son expresiones indicativas de la idea de un responsable, garante del pleno resguardo de los derechos humanos.

De manera muy clara el especialista en derechos humanos Antonio Augusto Cancado nos ilumina el sentido de esta obligación expresándonos que ella "...significa que las obligaciones de los Estados Partes abarcan incondicionalmente el deber de asegurar el cumplimiento de las disposiciones de aquellos tratados por todos sus órganos y agentes así como por todas las personas sujetas a su jurisdicción, y el deber de asegurar que sus disposiciones sean respetadas por todos , en particular por los Estados Partes."⁹²

⁹¹Zalaquett, José., *op.cit.*

Podemos observar que a diferencia de la obligación de respetar, la obligación de garantizar da un salto mayor en lo que a exigencias a los Estados se refiere. Ya no estamos ante un simple deber de abstinencia de no violar los derechos humanos, sino que ahora el contenido de la obligación es mucho más amplio y más comprometedor para los Estados; ahora se les exige que se constituyan en verdaderos garantes de los derechos humanos, lo cual significa que ya no pueden excusarse aduciendo que no han incurrido en conductas violatorias de derechos humanos, dado que la presente obligación los hace responsables, frente a los demás Estados, incluso por las conductas violatorias de terceros que se encuentren bajo la jurisdicción estatal. "La obligación de garantizar exige al Estado emprender las acciones necesarias para asegurar que todos los habitantes en el territorio del Estado o sujetos a la jurisdicción del Estado estén en condiciones de ejercerlos y de gozarlos."⁹³ Un ejemplo clásico sobre esta situación la podemos encontrar en la obligación que tienen los Estados de asegurar el derecho a la vida y a la integridad física, cuando éste es amenazado por grupos beligerantes y terroristas. En estos casos el Estado, si bien no es personalmente responsable por cuanto él ha respetado el derecho violado, si es responsable en cuanto no ha cumplido con su obligación de garantizar o asegurar la plena vigencia de los mencionados derechos dentro de su territorio jurisdiccional. En todo caso en situaciones como la señalada habrá que determinar claramente que la omisión estatal dio lugar al acto ilícito del tercero o que de mediar una efectiva

⁹²Buergenthal, Cancado y otros., *op.cit*, pag.99.

⁹³Medina Quiroga, Cecilia., *op.cit.*, pag.43.

conducta garantista, el hecho ilícito del tercero no hubiese ocurrido.⁹⁴

En cuanto a la forma o mecanismos por medio de los cuales los Estados cumplen con esta obligación, Zalaquett, nos señala que se garantizan los derechos humanos, a través de la adopción de medidas legislativas que tiendan a su protección y por la adopción de medidas de otro carácter⁹⁵, conceptos que son recogidos expresamente por el PIDCP en su art.2 N°2 al señalarlos:

"Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter."

En un sentido similar, el PIDESC señala en su art.2 :

"Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas..., por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas..."

⁹⁴ *Infra.3.2.1.B) la autoridad político-administrativa.*

En el ámbito del sistema interamericano, tenemos un artículo especial destinado a especificar el alcance de esta obligación, concreción de la obligación de garantizar. Se trata del art.2 de la Convención Americana el cual prescribe:

"Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades."

Asimismo, existe también en ámbito interamericano jurisprudencia que nos ha delimitado el alcance de esta obligación. Específicamente la Corte Interamericana, en el fallo del caso Velásquez Rodríguez y también en el caso Godínez Cruz, señaló que "esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el reestablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación

de los daños producidos por la violación de los derechos humanos."⁹⁶

De la sola lectura de las disposiciones citadas podemos concluir que la garantía de los derechos humanos está dada, al menos en el *mínimum*, con la existencia y operatividad de un ordenamiento jurídico-institucional garantista de los derechos fundamentales. Es bajo el cumplimiento de dicho presupuesto que podemos hablar de una vigencia específica de la obligación de "garantizar", y *a contrario sensu*, hablamos de falta de garantía cuando faltan dichos mecanismos que prescriben la adopción de medidas gubernamentales que otorguen seguridad a las personas ante una eventual ataque de sus derechos.

Los Estados partes, de acuerdo a las convenciones que hemos señalado, tienen obligaciones concretas y precisas en orden a adecuar su legislación interna, por medio de iniciativas y reformas legales y constitucionales efectivas, que sean acordes a las exigencias internacionales que han suscrito. "El Estado parte del Pacto y/o de la Convención, debe hacer una profunda y completa revisión de su ordenamiento jurídico con el fin de derogar o de enmendar, en su caso, las normas legales que contravienen sus obligaciones internacionales o con el fin de complementar las normas internacionales cuando éstas lo requieran."⁹⁷

⁹⁶Corte I.D.H. *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C N°4; *Caso Godinez Cruz*, sentencia de 20 de enero de 1989, serie C N°5.

⁹⁷Medina Quiroga, Cecilia., *op.cit.*, pag.50.

Asimismo, los Estados deben adoptar todas las demás medidas necesarias y no sólo las de orden legislativo -medidas denominadas "de otro carácter" por las convenciones- para dar pleno cumplimiento a la obligación genérica de "garantizar". A este respecto podemos entender por tales, todas aquellas medidas públicas que no correspondan a medidas legislativas, o sea, todas aquellas provenientes de otras instancias estatales distintas del Poder legislativo, es decir, la administración del Estado y el poder jurisdiccional.

A modo de ejemplo, no es compatible, el ratificar un convenio que exige garantizar la libertad de expresión y mantener normas en el ordenamiento jurídico interno que permitan la censura previa, o hacerse parte en un tratado que garantiza la igualdad ante la ley proscribiendo todo tipo de discriminación y conservar normas internas que hagan distinciones fundadas en razones de sexo, de nacimiento, de religión o de otra índole similar. En el evento de existir enclaves legislativos incompatibles con los preceptos de los tratados, el Estado debe adoptar todas las medidas, administrativas o judiciales que impidan vulnerar los derechos humanos. Así por ejemplo, al administrador y al juez no les está permitido pasar a llevar los tratados sobre derechos humanos, so pretexto de existir disposiciones legales que los obligan a actuar de manera distinta, por cuanto, primero, existe un compromiso internacional contenido en un tratado sobre derechos humanos y, segundo, dichos tratados generalmente tienen igual o mayor fuerza vinculante que las disposiciones de derecho interno. Ahora, si es la Constitución la que está en conflicto con algún

tratado sobre derechos humanos, el problema será resuelto por cada Estado en particular de acuerdo a la manera como recepcione el derecho internacional de derechos humanos, lo que en todo caso no lo exime de la responsabilidad internacional que le surja por incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

Por último en relación a esta obligación debemos señalar que algunos autores consideran en forma independiente a la obligación de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos reconocidos en normas de derechos humanos, obligación que nosotros consideramos subsumida en la obligación de garantizar.⁹⁸

C) La Obligación de "Promover".

Esta obligación la encontramos consagrada ya en la Carta de la ONU, en los arts.13 y 62 :

Art.13. "La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes:

b. ...ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos..."

⁹⁸Cfr.Medina, Cecilia, op.cit., pag.50.

Art.62. "El Consejo Económico y Social podrá hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y la efectividad de tales derechos y libertades."

Luego el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos también recoge esta obligación con el siguiente tenor:

"La Asamblea General proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades..."

Por su parte, el PIDCP y el PIDESC, también en sus respectivos Preámbulos, recogen la obligación de promoción haciendo referencia a la Carta de la ONU:

"Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos,"

Asimismo, los Pactos de 1966, hacen otra referencia a esta obligación a propósito del derecho de libre determinación. Al respecto su art.1 común prescribe:

"3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación,..."

En concepto de Zalaquett⁹⁹, esta obligación equivale a la obligación de prevenir atentados a los derechos humanos y genéricamente consiste en difundir los derechos humanos.

Los Estados no sólo se encuentran obligados a respetar y garantizar la vigencia de los derechos fundamentales, sino que también, como responsables máximos de sus gobernados, se encuentran en la obligación de formar una conciencia universal del valor del ser humano con sus múltiples expresiones y dimensiones. En esta línea de acción, la promoción de los derechos humanos, es la mejor forma de prevenir atentados o violaciones a los mismos; de ahí que debemos entender la obligación de promover en unión intrínseca con la de prevenir y asociada, en cierto sentido, con la obligación de garantizar, toda vez que una adecuada promoción es también una forma de garantía de la plena observancia de los derechos humanos.

Sin perjuicio de la estrecha unión que tiene esta obligación con otras, los

⁹⁹Zalaquett, José., *op.cit.*

tratados de derechos humanos hablan específicamente de la obligación de promover asociándola al cumplimiento de específicas obligaciones que permiten dotar a esta obligación de una verdadera especificidad. Es así como se la vincula a valores como difundir, educar, formar o enseñar, etc., siendo imperativo para los Estados, hacer uso de la enseñanza y la educación para la promoción de los derechos fundamentales, por cuanto, así lo establece como mínimo la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Ello implica, por ejemplo, que los Estados deben considerar en los planes de enseñanza escolar, en sus distintos niveles, la educación, el fomento y promoción de los derechos humanos para lo cual deben, asimismo, capacitar y formar en dichas materias. Sin perjuicio de lo anterior debemos consignar que los mecanismos de promoción que utilice el Estado pueden incluir otros de diversa naturaleza, pero igualmente idóneos para cumplir con la obligación de "promover".

D) La Obligación de "Cumplir Progresivamente".

La última de las obligaciones a examinar, corresponde a la denominada obligación de cumplir gradual o progresivamente los derechos humanos. Esta obligación tiene la particularidad de encontrarse asociada casi naturalmente a los derechos económicos, sociales y culturales y es precisamente al interior del PIDESC que encontramos su máxima expresión positiva. Tenemos por ejemplo:

Art.2. "1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas..., hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados..., la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos."

Art.11 "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia."

Art.13 a propósito del derecho a la educación:

"b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implementación progresiva de la enseñanza gratuita.

c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la

educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria.

e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente."

Art.14."Todo Estado Parte en el presente Pacto que, en el momento de hacerse parte en él, aún no haya podido instituir en su territorio metropolitano o en otros territorios sometidos a su jurisdicción la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria, se compromete a elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos."

En el ámbito interamericano, el art.26 del Pacto de San José de Costa Rica, se refiere a esta obligación en los siguientes términos:

Art.26. Desarrollo Progresivo.

"Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y

técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados."

En términos similares el Protocolo de San Salvador¹⁰⁰ señala en su art.1:

"Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de derecho interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo."

El tipo de obligación en comento, implica que el Estado que se obliga por ella debe poner todos los medios a su alcance para obtener, a mediano o largo plazo, el imperativo contenido en la norma de derechos humanos. Estas obligaciones tienen la particularidad de que su cumplimiento o incumplimiento es de bastante difícil precisión, en cuanto no es fácil trazar la raya a partir de la cual nos encontramos ante

100Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos

su violación. Esta situación no es sino concordante con la naturaleza propia de los derechos económicos, sociales y culturales cuya vigencia efectiva "no depende, a diferencia de lo que ocurre con los civiles y políticos, de la existencia en el orden jurídico de medios idóneos para garantizar su protección, sino de un orden social dominado por la justa distribución de los bienes materiales y culturales, lo cual sólo puede alcanzarse progresivamente."¹⁰¹

La obligación de cumplir progresivamente significa satisfacer o implementar, gradualmente, temporalmente. Se trata, conforme a un tipo de nomenclatura jurídico-obligacional, de una obligación de medios, a diferencia de las obligaciones de respetar y asegurar, que son obligaciones de resultado. Al Estado se le exige, hacer todo lo posible para cumplir con la obligación, dado que no todas las naciones disponen de los medios materiales para cumplir debidamente con la implementación generalizada de derechos como educación, trabajo, seguridad social y salud para todos.

La transgresión a esta obligación, si bien es de difícil determinación, la podríamos encontrar en situaciones en las cuales, disponiéndose de los medios materiales y culturales requeridos para satisfacer él o los derechos, estos no vayan destinados a su cumplimiento, o bien, que se observe un retroceso en lo que a

Económicos, Sociales y Culturales, de 1988.

¹⁰¹Nikken, Pedro. *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo.* Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1987, pag.124.

satisfacción de necesidades básicas se refiere sin que ello esté justificado de algún modo. La satisfacción de los llamados derechos de 2ª generación es prioritaria y, concorde con ello, no cabe excusa por su incumplimiento habiendo recursos para ellos. Por ejemplo, el derecho a una educación primaria, obligatoria y gratuita para todos constituye un derecho humano fundamental del cual el Estado Parte en el PIDESC no puede hacer dejación o desdeño, argumentando, por ejemplo, que las condiciones sociales permiten financiamiento particular dichos estudios, por la sencilla razón de que aquel Estado ha asumido un compromiso internacional en el sentido contrario, correspondiéndole a él garantizar la educación de todos, lo cual no obsta, por lo demás, a la existencia de ofertas y demandas por educación con distintos o mejores atributos.

El mismo principio anterior es aplicable a la salud y a otros derechos de similar naturaleza.

E) Obligación de "Cooperar a la Supervisión Internacional."

Por último tenemos como propiamente como una obligación jurídica internacional de los Estados, la de **cooperar a la supervisión internacional** contenida de manera implícita en el art.40 N°1 del PIDCP, en el art.4 N° 2 de su I Protocolo Facultativo y en el art. 41 letra d) de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

El PIDCP prescribe en su art. 40 N°1:

"Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar informes sobre las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos":

Por su parte el art.4 N°2 del Protocolo establece a propósito de las comunicaciones escritas de que puede conocer el Comité de Derechos Humanos por violaciones de los mismos:

"En un plazo de seis meses, ese Estado deberá presentar al Comité por escrito explicaciones o declaraciones en las que se aclare el asunto y se señalen las medidas que eventualmente haya adoptado al respecto."

Finalmente, la Convención Americana establece en su art.41 letra d), a propósito de las funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

"Solicitar de los gobiernos de los Estados Miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos";

Esta obligación "...implica el proporcionar información oportuna, pertinente y

veraz respecto de la situación general de los derechos humanos en el Estado o respecto de un hecho particular del que el órgano internacional está conociendo."¹⁰² En consecuencia, exige de parte de los Estados colaborar con la causa de los derechos humanos y no les está permitido ampararse en razones de orden interno, tales como una supuesta prohibición de intromisión en los asuntos internos del Estado, para incumplir la presente obligación.

2. EL SUJETO ACTIVO EN LA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

El siguiente paso en el discernimiento de la violación de derechos humanos es el intento por dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿Quién o quiénes son los sujetos que cometen una violación de derechos humanos? ¿Cualesquiera puede cometer una violación de derechos humanos o sólo el Estado es el sujeto activo de ella? La doctrina tradicional nos responde que sólo los Estados pueden ser responsables por violaciones de derechos humanos; por su parte, tendencias contemporáneas extienden esta responsabilidad a otros sujetos distintos al Estado, pensando en fenómenos conflictivos contemporáneos, tales como los poderes fácticos del narcotráfico y el terrorismo, que pondrían en jaque la concepción tradicional del

¹⁰²Medina Quiroga, Cecilia., *op.cit.*, pag.51.

Estado como único responsable.

Para el estudio de este candente tema al interior del Derecho de los derechos humanos, dividiremos el análisis en tres puntos, destinando el primero, y más extenso, para el estudio del Estado como sujeto activo violador de derechos humanos, el segundo para el análisis de la situación de los grupos beligerantes, y el tercero para el de las personas particulares.

2.1. El Estado.

Señalábamos recién que conforme a la concepción tradicional o clásica sólo el Estado puede ser sujeto activo en la violación de derechos humanos. Si volvemos la mirada hacia la historia descubriremos que "La idea de derechos humanos se estructura frente al Estado, o mejor contra él, y se convierte en un poder social negativo que establece límites invulnerables a la acción estatal, bajo el entendido de que si traspasa esos linderos elevados a canon jurídico, compromete su legitimidad y se convierte en tiranía."¹⁰³ Todo el fenómeno del constitucionalismo es la historia del límite a la acción estatal por el Derecho; los catálogos de derechos fundamentales, consagrados primero, en las constituciones de los Estados democráticos modernos, y luego a nivel internacional, por medio de declaraciones y tratados, son expresión de una suerte de conquista del ser humano frente al ejercicio del poder político sin

¹⁰³Pazos, Ramiro de Jesús y Jaramillo, Juan Fernando. *Responsabilidad de Agentes Particulares en*

límites de antaño. Sin ir más lejos, las trágicas experiencias de las guerras mundiales constituyeron el precipitante del establecimiento masivo de instrumentos que pusieran al Estado como deudor y garante de derechos frente al individuo como acreedor de los mismos.

Junto a la evidencia histórica, la doctrina internacionalista nos señalaba que sólo el Estado es sujeto de Derecho Internacional y en tal sentido sólo él puede contraer derechos y obligaciones internacionales. Se ha sustentado que "En cuanto los Estados se han comprometido por convenios internacionales al respeto de los derechos humanos, el gobierno, como representante internacional del Estado, es el responsable directo ante la comunidad de naciones por la vigencia de estos derechos."¹⁰⁴ Consecuente con este principio, sólo los Estados podrían cometer violaciones de derechos humanos y ser responsables por ellas. Sin embargo hay que aclarar que no por infringir la fuente de derecho se configura la violación de derechos humanos; la infracción a la fuente formal de derecho es un elemento más para la definición del concepto de violación de derechos humanos, según vimos,¹⁰⁵ y que en conjunción con otros determinará que nos encontremos o no ante el ilícito objeto de estudio.

No nos cabe duda hoy de que el Estado es sujeto activo en la violación de

Violaciones de Derechos Humanos y Conflicto Armado. NOVI, Santiago, 1995, pag.9.

¹⁰⁴Montealegre Klenner, Hernán. *La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos. Edición de la Academia de Humanismo Cristiano, 1ª edición, Santiago-Chile, 1979, pag.651.*

derechos humanos. La doctrina jurídica especializada está conteste al menos en incluir al Estado como, al menos, uno de los sujetos activos en la violación de derechos humanos. Los problemas acerca de si sólo es él quien puede cometer violaciones de derechos fundamentales son los que provocan las mayores divergencias, y a ellos nos abocaremos más adelante, estudiando ahora un problema distinto pero igualmente trascendente. Se trata del problema que podríamos enunciar con la siguiente pregunta: estando de acuerdo en que el Estado es agente violador de derechos humanos ¿Podríamos precisar a quién nos estamos refiriendo cuando hablamos de Estado? ¿ Quiénes son Estado y quiénes no? ¿ Es Estado sólo el gobierno de cada país y a qué se extiende éste, o bien, comprende otro tipo de autoridades distintas del gobierno, como, los legisladores, los jueces, etc.? Intentaremos dar respuesta a estas preguntas en el acápite siguiente donde abordaremos la noción jurídica de Estado.

A) La Noción Jurídica de Estado.

Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos atribuyen a los "Estados Partes" las obligaciones de respeto (en sentido amplio) a los derechos humanos que contienen; pero ¿ Quiénes son los "Estados Partes?" Para una adecuada respuesta parece conveniente recurrir al concepto que de Estado se tiene al interior de la ciencia política.

¹⁰⁵ *Supra.* Capítulo 3 punto 2.1.

Recogiendo el concepto que nos da André Hauriou, el Estado es "agrupación humana, fijada en un territorio determinado y en la que existe un órgano social, político y jurídico, orientado hacia el bien común, establecido y mantenido por una autoridad, dotada de poder de coacción".¹⁰⁶

De acuerdo a este concepto y a la concepción generalizada que la ciencia y el derecho político tienen de la noción de Estado, éste seríamos todos y cada uno de los integrantes de una sociedad organizada jurídico-institucionalmente, conformado por el elemento humano, un territorio, y un poder político.

Muchos tienden a asimilar, erróneamente, Estado con Gobierno, siendo que este último, según la doctrina, corresponde al "...ejercicio del poder supremo (estatal)"¹⁰⁷, de tal manera que a lo más podemos circunscribirlo al ámbito de uno de los elementos del Estado. El gobierno es ejercido a través de personas, denominados gobernantes, quienes en concepto de Georges Burdeau "...sólo son meros agentes o detentadores del poder estatal."¹⁰⁸

Si bien, en el fondo el Estado somos todos nosotros, no todos debemos considerarnos incluidos en la expresión "Estados Partes" que emplean los

¹⁰⁶Hauriou, André, citado por Silva Bascuñan, Alejandro en *Derecho Político. Ensayo de una síntesis*. Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 1984, pag.28.

¹⁰⁷Verdugo, Mario y García, Ana María. *Manual de Derecho Político. Instituciones Políticas*. Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 1988, pag.195.

¹⁰⁸Burdeau, Georges citado por Verdugo, Mario y García, Ana María., *op.cit.*, pag.196.

instrumentos internacionales. Si recurrimos al tenor de tratados y declaraciones podremos ver que se hace clara distinción entre Estados obligados a cumplir con determinadas obligaciones y personas titulares de los derechos, lo cual nos demuestra la dualidad Estado-súbdito en que se han entendido tradicionalmente las relaciones jurídicas al interior del Derecho público.

Debemos entender, en consecuencia, que la expresión "Estados Partes" utilizada por los tratados sobre derechos humanos hace referencia a los órganos que detentan el poder estatal, y no al Estado *sensu stricto*. Ello además es del todo coherente y lógico, por cuanto son los gobernantes los que detentan el poder político susceptible de ejercerse abusivamente en contra de sus súbditos.

Una vez aclarado el punto anterior, nos surge de inmediato una nueva pregunta ¿ A quiénes debemos ahora incluir y/o excluir bajo la denominación gobierno o gobernantes?

Sabido es que el ejercicio del poder político no se encuentra radicado en un sólo órgano o individuo, gracias al aporte fundamental que nos hiciera Montesquieu, por medio de su doctrina de la separación de los poderes o funciones. Fruto de dicho aporte es que hoy se habla de funciones separadas, distinguiéndose al menos 3 claras funciones: la función ejecutiva, la legislativa y la judicial, a las cuales debiéramos agregar, en rigor, la función constituyente y la función contralora. El gobierno, entonces, debemos entenderlo referido al menos, a quienes ejercer las funciones

ejecutivas, legislativas y judiciales.

Para los efectos del Derecho de los derechos humanos, y específicamente, para la determinación del sujeto obligado a respetar los derechos humanos, el Estado comprende, en consecuencia, a lo que en ciencia política se denomina "gobierno", ejercido a través de sus distintos poderes o funciones gubernamentales: la función ejecutiva, la legislativa y la jurisdiccional.

Cuando hablamos de Estado, entonces, como sujeto o agente violador de derechos humanos, nos estamos refiriendo, en consecuencia, a un sujeto complejo pero perfectamente determinable, integrado por quienes tiene a su cargo la custodia y los destinos de la comunidad, denominados genéricamente como "gobernantes".

B) Los Agentes Estatales, a través de cuya acción puede configurarse una Violación de Derechos Humanos.

Una vez adquirida la visión genérica de lo que debemos entender por Estado, en cuanto sujeto violador de derechos humanos, se hace necesario intentar trazar los límites entre quienes se encuentran al interior del Estado respecto de quienes se encuentran fuera de él. Para dicho efecto veremos entonces a quienes comprende el Estado, para así saber claramente quienes pueden cometer una violación de derechos humanos y comprometer, en definitiva, la responsabilidad de la máxima expresión

societaria del hombre.

- La Autoridad Político-Administrativa.

Respecto a lo que conocemos como poder ejecutivo, doctrinariamente suelen distinguirse las subfunciones ejecutiva (propriadamente tal) encargada de dar cumplimiento o ejecutar las leyes, a través de la llamada potestad reglamentaria; la política, encargada de gobernar o dirigir el Estado a nivel de las altas esferas de la política, como ocurre por ejemplo, cuando se evalúa la declaración de un estado de excepción constitucional, se rompen relaciones diplomáticas con otro Estado, se declara la guerra, etc.; y la administrativa, encargada de prestar los servicios públicos que requiere el país, a través del completo y burocrático sistema de administración pública. En el ejercicio de las dos primeras, actúa directamente la máxima autoridad política del país por lo general: llámese Presidente de la República, Primer Ministro o reciba otra denominación, sea de *iure o de facto*. En cambio en la tercera, no sólo interviene únicamente el máximo administrador del Estado sino que en ella encontramos un cúmulo de instituciones, de la más diversa naturaleza, que permiten ejercer la administración pública a lo largo de todo el país en las más diversas actividades y servicios públicos.

Tanto el detentador de la subfunción ejecutiva y política son sujetos activos en una potencial violación de derechos humanos.

El gobernante máximo del Estado, en el ejercicio de su función ejecutiva, debe ejecutar las leyes función que significa dar cumplimiento a la legislación creada por el Poder Legislativo, y normar todas aquellas materias que no caen bajo los contenidos propios y excluyentes de las leyes, función que suele denominarse "potestad reglamentaria" del Poder Ejecutivo, potestad que es ejercida a través de la dictación de decretos y resoluciones. Si estas potestades no son ejercidas o se ejercen abusivamente, o de cualquier manera que implique pasar a llevar derechos humanos fundamentales, podremos estar en presencia de una violación de derechos humanos atribuible al Estado comprometiendo su responsabilidad.

Por su parte, el gobernante máximo del Estado, en el ejercicio de su función gubernativa o política debe "...dirigir el Estado Nación en su conjunto, con libertad en la apreciación de las circunstancias, cursos a seguir, medios a emplear y decisiones a tomar que el Jefe del Estado o del Gobierno considere más adecuadas y convenientes, sin estar tales actos reglados en detalle por la Constitución y las leyes."¹⁰⁹ Las decisiones políticas del Jefe del Estado, por cierto, pueden comprometer los derechos humanos y generar responsabilidad, en Estados de *iure* en los que esta función otorga un amplio margen de acción al gobernante, y sobre todo en los gobiernos de facto.

109Cea Egaña, José Luis. *Teoría del Gobierno. Apuntes de clases de Derechos Político, Facultad de*

El problema en torno al sujeto activo en la violación de derechos humanos se nos complica a propósito de la denominada subfunción administrativa, donde encontramos gran cantidad de instituciones y órganos que a veces se encuentran muy lejos y en aparente desvinculación de las altas esferas del gobierno.

Al respecto debemos remitirnos a la estructura de la Administración del Estado conformada por una serie de servicios, organismos y empresas, no siempre bien definidos en cuanto a su naturaleza jurídica por la normativa orgánica de Derecho Público de cada Estado.

Doctrinariamente la administración del Estado suele clasificarse en: administración “centralizada” y “descentralizada”. La primera a su vez, se subclasifica en “concentrada” y “desconcentrada”, y la segunda, en “funcional” y “territorial”.

La administración centralizada "es la formada por el conjunto de entidades y servicios públicos que operan sólo dentro de o con la personalidad jurídica de derecho público del Estado, en todo el territorio del país y sometidos jerárquicamente a un órgano supremo singular y central que es el Jefe del Estado o del Gobierno."¹¹⁰ La administración central puede ser concentrada o desconcentrada, atendiendo a la circunstancia de sí se han concedido o no potestades propias a un

Derecho, Universidad de Chile, 1988, pag.63.

órgano inferior del mismo servicio.

La descentralización, por su parte, constituye el "mecanismo en cuya virtud la ley extrae del poder central un sector completo de materias, creando una persona jurídica para su gestión"¹¹¹ El ente creado posee como características el estar dotado de una personalidad jurídica de Derecho público propia, de un estatuto jurídico propio, y de un patrimonio propio, lo cual no los convierte en un ente privado: si bien se sujetan a las normas comunes que regulan la respectiva actividad, conservan, generalmente, una relación de supervigilancia ejercida sobre ellos por la administración central.

La administración es funcionalmente descentralizada cuando la respectiva función pública es "cumplida a través de todo el país por organismos públicos autónomos y técnicamente especializados en la ejecución de cometidos estatales determinados."¹¹² y territorialmente descentralizada cuando la función es "efectuada en áreas delimitadas del país mediante la creación de organismos públicos autónomos, encargados de los cometidos locales que les fija la Constitución y la ley."¹¹³

No nos cabe duda que la administración centralizada corresponde

¹¹⁰Cea Egaña, José Luis., *op.cit.*, pag.54.

¹¹¹Soto Kloss, Eduardo. *Apuntes de clases de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1995.*

¹¹²Cea Egaña, José Luis., *op.cit.*, pag.59.

¹¹³*Ibidem*, pag.,59.

efectivamente al Estado y que en tal sentido los cometidos efectuados por ella pueden potencialmente calificarse como atentatorios a los derechos humanos bajo los conceptos que hemos ido creando. Dicha situación de claridad se nos dificulta un poco en torno a los organismos y servicios que integran la administración descentralizada del Estado.

Al interior de ésta, es la descentralización territorial la que presenta menos problemas por cuanto no hay en ella una alteración en la función, en el carácter público de la función, sino en el territorio; es así, por ejemplo, que en el caso de las Municipalidades -ente territorialmente descentralizado por antonomasia- no cabe la menor duda de su carácter público; ellas son el símil del gobierno central para los efectos del territorio comunal, las decisiones son públicas y muchas veces pueden comprometer, no en grado menor, derechos humanos fundamentales de quienes se encuentran en el territorio jurisdiccional de la comuna.

En donde el carácter estatal del ente se desdibuja de manera ostensible es al interior de la administración funcionalmente descentralizada, donde encontramos, organismos y servicios de la más diversa naturaleza, sin que hasta el día de hoy, haya consenso entre los iuspublicistas sobre los rasgos que definen y diferencian un ente del otro, los criterios para clasificarlos, etc.¹¹⁴ Aquí encontramos, organismos tan disímiles, como por ejemplo, el Banco Central, la Contraloría General de la

¹¹⁴Cfr. Eduardo Soto Kloss "La organización de la administración del estado un complejo de personas

República, Carabineros de Chile, empresas como CODELCO, Correos de Chile, METRO S.A., etc.

¿ Es calificable como una violación de derechos humanos cometida por el Estado chileno, la acción u omisión violatoria cometida por un funcionario de la empresa de Correos de Chile o del Metro S.A.? Se trata jurídicamente de "empresas privadas" que, sin embargo, suelen denominarse como "empresas del Estado" por la participación, a veces exigua, que tiene el Estado en el capital de la sociedad.

Los ordenamientos jurídicos de igual modo, muchas veces, no dejan suficientemente clara la naturaleza de cada una de sus instituciones o simplemente no se pronuncian sobre un punto en que ni siquiera los especialistas se han puesto de acuerdo. Al respecto creemos que no debe perderse de vista que lo a determinar es si la persona jurídica que actúa en la sociedad, ejerce una función pública y es, a la vez, una entidad pública perteneciente o vinculada a la administración del Estado. Si la entidad es pública, tanto en su función como en cuanto a su naturaleza institucional, entonces, su actuar puede comprometer la responsabilidad del Estado por violaciones de derechos humanos. Ahora, a nuestro juicio los criterios para determinar cuando estamos ante un ente con las características señaladas, deberían ser los siguientes:

- En primer término, habría que recurrir al estatuto jurídico particular del organismo o servicio respectivo y buscar en él su definición jurídica, las responsabilidades a las que se sujeta u otros antecedentes que revelen su carácter estatal.
- Si no hay claridad al interior de su estatuto jurídico o si este no es del todo determinable o no existe, habría que recurrir a la realidad concreta de la acción del ente, determinando, por ejemplo, como se relaciona con el gobierno, que tipo de contratos suscribe, si tiene aporte presupuestario fiscal, cual es la calidad laboral de sus empleados, etc., y en base a dichos datos aplicar los principios doctrinarios de Derecho administrativo aplicables a la materia.
- En los casos en que nos encontremos con una posible violación de derechos humanos cometida por un ente sobre el cual no exista claridad en torno a su carácter estatal es aconsejable, también, solicitar una declaración de mera certeza a la justicia ordinaria para que se pronuncie sobre el punto, o bien, demandar derechamente la responsabilidad del Estado por la acción del organismo o servicio cuestionado.

Más allá de las complejidades que revisten las acciones emprendidas por estas instituciones de naturaleza “semiestatal” o “semiautónoma”, desde el punto de vista de la determinación de si sus actos pueden o no llegar a definirse como violaciones

de derechos humanos, debemos advertir que en todo caso se encontrará comprometida la responsabilidad del Estado cuando dicha actuación –más allá de las dudas- se haya efectuado con la complicidad del Estado. Si el Estado ha tenido una conducta pasiva, de mero observador del ilícito, pudiendo y debiendo hacer algo, en virtud de encontrarse dotado de las potestades para actuar, nos encontramos con que se le podría irrogar al Estado responsabilidad por violación de derechos humanos. Sin embargo se trataría de una violación por omisión, distinta y sin perjuicio de la responsabilidad por acción que le correspondiera al órgano “semiautónomo”. Existen múltiples situaciones en las cuales el Estado puede ser encontrado responsable por la acción de terceros. Un ejemplo de ello lo podemos ver en las obligaciones de fiscalización del cual se encuentran investidos una multiplicidad de órganos estatales más o menos autónomos, como por ejemplo, los Servicios de Salud respecto al cumplimiento de las normas sanitarias de deben cumplir tanto particulares como empresas privadas y públicas.¹¹⁵

La responsabilidad del Estado por la acción de estos entes de discutible naturaleza, además podrá configurarse cada vez que con la acción del “tercero” el Estado se encuentre cometiendo una infracción a alguna de sus obligaciones básicas de garantizar, asegurar, hacer respetar, promover, prevenir o cumplir progresivamente. Así, por ejemplo, el Estado, puede tener responsabilidad si no

¹¹⁵ *Cfr. sentencia de la I.Corte de Apelaciones de Arica de 27 de junio de 1998 confirmada por sentencia de la E.Corte Suprema de 11 de agosto de 1998, y que responsabilizó al Servicio de Salud de Arica por permitir que la empresa privada Promel Ltda. afectara al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación de los ariqueños, producto del acopio ilegal de desechos tóxicos.*

adopta las medidas necesarias para obtener sanciones a la delincuencia o controlar la contaminación atmosférica, etc. La responsabilidad en estos casos, aparece como difusa y diluída un tanto. Sin embargo, no se trata de acusar al Estado por toda acción que puedan cometer sus ciudadanos, bajo la premisa de que en mayor o menor medida el Estado es responsable de su nación o país. Al respecto existen algunos criterios que deben ponderarse racionalmente como:

- La acción del agente no estatal o de dudosa vinculación estatal debe tener como contrapartida una obligación jurídica del Estado consistente en garantizar, asegurar, hacer respetar, promover, prevenir o cumplir racionalmente.
- El Estado debe contar con los medios o la posibilidad real de cumplir con su obligación jurídica.
- El Estado no haya cumplido con su obligación básica.
- Fruto del incumplimiento de la obligación estatal se facilitó el hecho ilícito del “tercero”, en el entendido de que de haberse cumplido con la obligación estatal el acto podría haberse evitado.
- Si de haberse cumplido con la obligación estatal, el acto ilícito igual hubiese ocurrido, el Estado se eximiría de responsabilidad.

Más allá de la multiplicidad de situaciones teóricas que pueden darse en la realidad y en las que se comprometa eventualmente la responsabilidad del Estado,

existen instituciones al interior de la Administración del Estado que, de acuerdo a las experiencias internacionales, es decir conforme a la *praxis* criminal estatal, han estado tradicionalmente vinculadas a acciones de violaciones de derechos humanos y que nos permiten vislumbrar con mayor nitidez los casos “típicos” de violaciones de derechos humanos.¹¹⁶

La primera de ellas agrupa a todos aquellos entes públicos encargados de la seguridad del Estado o seguridad pública. Esta función tan esencial para todo Estado consistente en el resguardo de la soberanía nacional y el orden y seguridad interior, es la función pública que por antonomasia tiene y ejerce el monopolio de la fuerza que corresponde al Estado; y es por ésta y otras circunstancias, que son más proclives o vulnerables a hacer un ejercicio abusivo de dicha fuerza, sobre todo en Estados con un débil sistema jurídico-institucional.

Las instituciones generalmente encargadas de la seguridad pública, en un Estado de Derecho son, en primer término, el **Jefe del Estado o de Gobierno**, quien como máxima autoridad del Estado, ciertamente que es el primer responsable del orden y la seguridad del Estado, estando dotado para dicho efecto de una serie de facultades de orden militar, como por ejemplo, designar a las máximas autoridades militares, declarar la guerra en situaciones de conflicto internacional, etc. Las funciones que corresponden al Jefe de Estado o de Gobierno en este ámbito son

¹¹⁶Cfr. *Informes Anuales de Amnistía Internacional*.

ejecutadas, generalmente a través del Ministerio del ramo: el **Ministerio de Defensa Nacional**, quien tiene y actúa bajo la personalidad de Fisco.

Luego a un nivel jerárquico inferior y dotados de personificación, encontramos a las **Fuerzas Armadas**, institución funcionalmente descentralizada, encargada naturalmente de la defensa de la Nación y de su seguridad, integrada por "las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo mando responsable por la conducta de sus subordinados y sometidas a un régimen de disciplina que haga posible cumplir las normas internacionales de los conflictos armados".¹¹⁷ Funcionalmente suelen dividirse en fuerzas de tierra: Ejército; fuerzas de mar: Armada; y fuerzas del aire: Fuerza Aérea.

También encargados de la seguridad pública, pero con un perfil inclinado hacia la mantención del orden interno y la seguridad interior y no de la defensa institucional de la Nación, encontramos a las **Policías** nacionales, que en el caso de Chile, comprende dos ramas: Carabineros e Investigaciones.

Estas instituciones, como se adelantara, se encuentran en una condición de susceptibilidad para la comisión de violaciones a los derechos humanos, por cuanto, son el instrumento comúnmente utilizado para el monopolio y ejercicio de la fuerza, como para la obtención de inicuos propósitos políticos, lo cual generalmente trae

¹¹⁷Zalaquett, José., *op.cit.*

aparejada acciones de fuerza y acciones constitutivas de violaciones de derechos humanos.

En muchos Estados, suele existir, además de las instituciones tradicionalmente encargadas del orden y la seguridad mencionadas recién, instituciones ad-hoc encargadas de la seguridad nacional: se trata de los llamados **servicios de inteligencia estatal**. Estos organismos son creados por los Estados dotándolos de la estructura orgánica y los medios necesarios para cumplir los fines de "inteligencia" que se propone el gobierno, tales como reunir información a nivel nacional con relevancia para la seguridad interior, producir medidas de inteligencia para las políticas estatales, ejecutar diversas acciones con fines de seguridad, etc.¹¹⁸ Se trata de una función pública de difícil precisión y determinación, muchas veces de dudosa necesidad pública y que generalmente correspondiente a una más de las estrategias utilizadas por los Estados para cometer acciones de atropello a los derechos humanos.

Un último agente estatal, vinculado tradicionalmente a violaciones a los derechos humanos lo conforman los **particulares que actúan al servicio del Estado**. Se trata de una situación fáctica que desde el punto de vista del derecho, comprometería la responsabilidad del Estado, no obstante, no tratarse de una institución integrante de la administración estatal.

¹¹⁸Cfr. "Justicia Militar en Chile" de Mario Verdugo Marinkovic. Colegio de Abogados de Chile, 1990, pags.126-136.

Se trata de personas que sin actuar jurídicamente a nombre del Estado, prestan, de hecho, sea a instigación del estado o con su connivencia o condonación, diversos servicios consistentes generalmente en realizar conductas en perjuicio de adversarios políticos, de sectores sociales determinados o de los derechos fundamentales de las personas en general, para cumplir con los propósitos del Estado, sin hacer aparecer a éste como el ejecutor de la conducta. Por medio de esta verdadera institución el Estado en consecuencia, pretende aparecer como desligado de toda responsabilidad por los hechos que se sucedan en determinada circunstancia.

- La Autoridad Legislativa.

El Estado no sólo puede tener como sujeto activo de una violación de derechos humanos a la autoridad político-administrativa, sino que también podemos incluir en dicha titularidad al poder legislativo, en cuanto sus integrantes son el Estado, conforme a la definición que de éste hemos dado.

Bajo la denominación autoridad legislativa comprendemos a todos aquellos que ejercen, en forma directa, la función legislativa, de tal manera que caen bajo esta denominación Diputados, Senadores, junto aquellos órganos estatales que concurren con su voluntad a la formación de las leyes, como ocurre, por ejemplo, con el Presidente de la República, en el ordenamiento jurídico chileno.

La autoridad legislativa, comete violaciones a los derechos humanos, cada vez que en el ejercicio de sus funciones afecta un derecho humano fundamental, lo cual puede producirse, por ejemplo, por medio de la aprobación de una ley que transgreda los compromisos internacionales del Estado en materia de derechos humanos. Ante dichas situaciones, ciertamente, se puede recurrir a instancias jurisdiccionales internas que restablezcan el imperio del Derecho y si estas son insuficientes, inoperantes o no cumplen con el debido resguardo a los derechos fundamentales, denunciar dicha situación a nivel internacional, conforme al sistema internacional de derechos humanos al que se encuentre sujeto el Estado en cuestión.

La autoridad legislativa puede cometer violaciones a los derechos humanos, no sólo aprobando leyes contrarias a las leyes que consagran los derechos humanos, sino que también no cumpliendo con su deber de garantizar, esto es no aprobando o no legislando en el sentido de las exigencias de los compromisos internacionales asumidas por el Estado. Así por ejemplo, si el Estado ha ratificado un convenio para la persecución y sanción de delitos internacionales, el legislador debe remover los obstáculos legales que impidan dicho fin o aprobar leyes que repriman efectivamente dichos delitos.

Por fin, y de manera genérica, la autoridad legislativa comete violaciones de derechos humanos toda y cada vez que por acción u omisión en el ejercicio de sus

funciones, transgrede derechos humanos fundamentales.¹¹⁹

- La Autoridad Jurisdiccional¹²⁰.

Por último, puede constituirse como sujeto activo de una violación de derechos humanos a la autoridad jurisdiccional, entendiendo por ésta a todos aquellos que conforman el Poder Judicial del Estado, en conformidad al estatuto orgánico correspondiente, de tal suerte que no sólo los jueces quedan comprendidos en la denominación poder judicial, sino que todos aquellos que integran dicho estamento como funcionarios. Para ejemplificar de mejor forma la situación, el abuso cometido por el menor de los funcionarios judiciales es constitutivo de una violación de derechos humanos, si con dicho abuso se ha pasado a llevar un derecho humano caracterizado como tal en las normas sobre derechos humanos. En este supuesto la responsabilidad es del Estado, sin perjuicio de la responsabilidad común del que causó el perjuicio.

La autoridad jurisdiccional puede violar los derechos fundamentales de diversas maneras: a través de los efectos a las partes de resoluciones judiciales injustas, denegando justicia, no respetando las reglas de un juicio justo, sentenciando en contravención a la ley y al Derecho internacional, interpretando las leyes de

¹¹⁹ Cfr. comentario de José Pablo Vergara Bezanilla a fallo de la E. Corte Suprema de fecha 7 de agosto de 1984 caratulado "Comunidad Galletué con Fisco" publicado en *Revista Chilena de Derecho*, V.12.1985, pag.370 y sgtes.

¹²⁰ Cfr. Soto Kloss. Eduardo. *Responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional*.

manera abiertamente contraria a las normas internacionales sobre derechos humanos, etc.

Aclaremos, por último que no sólo los integrantes del poder judicial quedan comprendidos bajo el rótulo "autoridad jurisdiccional", sino que, en general, ésta incluye a todos aquellos órganos del Estado que ejerzan funciones jurisdiccionales.

Recordemos que la jurisdicción en concepto del jurista Eduardo Couture es "la función pública realizada por los órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual por acto de juicio se determina el derecho de las partes con el objeto de dirimir sus conflictos o controversias de relevancia jurídica mediante decisiones, con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución".¹²¹ En este sentido quedan comprendidos órganos estatales que eventualmente dirimen conflictos jurídicos entre partes sin que ella sea su función preferente, como por ejemplo, la Contraloría General de la República al resolver en juicios de cuentas; el Servicio de Impuestos Internos, en cuanto resuelve controversias jurídico-tributarias; la Comisión Nacional de Medio Ambiente, en cuanto resuelve sobre la viabilidad ambiental de proyectos que requieren de un estudio previo de impacto ambiental, etc.

2.2. Los Agentes No Estatales.

Facultad de Derecho. Depto. De Derecho Público. Universidad de Chile. 1994.

121Eduardo Couture, citado por Cristián Maturana Miquel en Apuntes de clases de Derecho Procesal.

Algunas voces contemporáneas pugnan por la inclusión de sujetos distintos del Estado entre los potenciales sujetos violadores de los derechos humanos. Entre ellas encontramos tanto personeros del ámbito académico, organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales, así como organizaciones intergubernamentales.

Las razones que se dan para dicha expansión son tanto de orden técnico-jurídico como de orden práctico. Por ejemplo, se sostiene que en el ámbito de los derechos humanos existe universalidad de respeto de parte de todo tipo de sujetos y en tal sentido no habría consistencia como para sólo responsabilizar al Estado por sus violaciones. Bajo una línea argumentativa más práctica, se sostiene que no es concebible que atropellos tan graves como los cometidos por la guerrilla queden fuera de la calificación de violaciones de derechos humanos por una cuestión puramente técnica, en circunstancias que la realidad fuerza dicha consideración.¹²²

El debate sobre la materia se resume "...básicamente en la pregunta acerca de qué actitud ha de tomarse con respecto a la violencia generada por los grupos guerrilleros y/o el narcotráfico."¹²³ Recordemos que el análisis actual versa sobre un tipo de ilícito jurídico con características propias, no subsumible en otras categorías

Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1991.

¹²²Para una visión didáctica de las posiciones de quienes postulan una expansión de los sujetos activos, ver Ramiro de Jesús Pazos y Juan Fernando Jaramillo., *op.cit.*, pags.17-22.

¹²³Pazos, Ramiro de Jesús y Jaramillo, Juan Fernando., *op.cit.*, pag.17.

de ilícitos. Se trata de un ilícito, hasta ahora caracterizado por un incumplimiento jurídico de determinadas obligaciones, asumidas, igualmente, por determinados sujetos en el ámbito del derecho internacional. Lo que debemos dilucidar a continuación es si sólo el Estado cae bajo los supuestos de un incumplimiento como el reseñado, o si es posible incluir a sujetos tales como organizaciones guerrilleras y a personas actuando en su calidad de particulares.

A continuación el análisis versará, en consecuencia, sobre el papel de los grupos beligerantes y la posibilidad de que ellos cometan violaciones a los derechos humanos, bajo los conceptos y principios que hemos ido exponiendo en este estudio, para luego ver la situación de las personas, en cuanto particulares, en los mismos supuestos.

2.2.1. Los Grupos Beligerantes.

Muchos especialistas en derechos humanos sostienen hoy que organizaciones distintas del Estado debieran ser consideradas como agentes violadores de derechos humanos. Así por ejemplo, "el Relator Especial de Naciones Unidas señor Enrique Bernal Ballesteros (Perú), en su ampliación a su "informe temático sobre mercenarios" y en cumplimiento de la Resolución 1990/75 de la Comisión de Derechos Humanos, sostiene en forma clara que grupos armados irregulares, bandos de narcotraficantes o de mercenarios, deben ser señalados como violadores de los

derechos humanos."¹²⁴

Por otra parte, y a nivel del sistema americano de derechos humanos, ha quedado en evidencia la necesidad de un tratamiento jurídico más sistemático de alta reprochabilidad respecto a los actos ilícitos cometidos por grupos armados no estatales. En esta línea, por ejemplo, se ha pronunciado el "Grupo de Trabajo sobre Fortalecimiento de la Organización" de la OEA al acordar "estudiar la posibilidad y conveniencia de elaborar un régimen jurídico especial que contemple las violaciones de derechos humanos cuando ellas son cometidas por grupos armados irregulares que practican el terrorismo."¹²⁵ En Chile, de igual modo y producto de la experiencia vivida sobre violaciones a los derechos humanos cometidas por el régimen militar, se conformó la llamada "Comisión Rettig"¹²⁶ con el fin establecer la verdad de lo ocurrido en materia de violaciones de derechos humanos. En dicha labor se mantuvo el criterio tradicional de conceptualizar como violación de derechos humanos a los actos ilícitos cometidos por la autoridad, criterio que fue mantenido por la Corporación de Reparación y Reconciliación que la sucedió y completo la labor de la primera. En ambas instancias de hecho se utilizó el criterio técnico diferenciador entre víctimas de violaciones de derechos humanos y víctimas de la violencia política. Sin embargo, se dejó plasmada una reflexión no menor y que llama urgentemente a la consideración de los especialistas:

¹²⁴Pazos, Ramiro de Jesús y Jaramillo, Juan Fernando., *op.cit.*, pag.20.
¹²⁵*Ibidem*, pag.21.

"No cabe duda que la opinión pública mayoritariamente condena toda forma de mantener o buscar el poder, o de dirimir conflictos políticos, mediante abusos y atropellos. En la conciencia pública se ha hecho carne la idea de que existen ciertos valores de humanidad que deben ser respetados no solamente por el Estado, sino por todos los actores políticos. Tales normas de humanidad se derivan en parte de las normas de derechos humanos, y en parte de las normas de Derecho Internacional Humanitario o Leyes de Guerra. Ellas rigen a todos los actores políticos, estatales o particulares, en tiempo de paz; y a todas las fuerzas combatientes, en caso de conflicto armado, cualquiera sea la naturaleza del conflicto armado de que se trate. Para la opinión pública estas normas de humanidad, profundamente intuitas, han pasado a ser sinónimo de expresión "derechos humanos". Por lo tanto, el sentido histórico o técnico de esta expresión, más restringido, ha venido siendo sobrepasado en la práctica."¹²⁷

Es evidente, al menos, la necesidad de dar una respuesta jurídica a las situaciones prácticas provocadas por quienes, siendo distintos del Estado, actúan en el escenario político generando situaciones de atropellos a los derechos fundamentales de las personas.

Una primera aproximación al problema nos exige determinar algunas características que definen a estos sujetos. Bajo nuestra concepción, todos aquellos

¹²⁶Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación., *op.cit.*

¹²⁷Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación., *op.cit.*, pag.18-19.

grupos o agrupaciones de personas, distintas del Estado, con o sin personalidad jurídica propia, pero que actúan bajo un mínimo de organización son potencialmente denominables como "grupos beligerantes", a partir del momento en que declaran utilizar o utilizan la violencia como mecanismo de acción para conseguir sus fines, sean estos propiamente políticos, como intentar acapararle el poder al gobierno de turno, deslegitimarlo, etc., sean de otra naturaleza, como simplemente ocasionar una situación de terror colectivo. En este sentido, quedarían incluidos, los grupos armados clandestinos, los grupos guerrilleros, los grupos terroristas, los grupos de oposición política que actúan haciendo uso de la violencia, y en general, todos aquellos que sean subsumibles bajo la denominación que hemos dado de "grupos beligerantes", independiente de la definición que de ellos se haga en determinado lugar y situación.

Los elementos caracterizadores del grupo beligerante son, entonces, su independencia del gobierno y la naturaleza de su actividad. El primer punto queda superado por exclusión: si el grupo no actúa bajo la personalidad jurídica del Estado, o teniendo personalidad jurídica propia, no pertenece al gobierno, bajo los términos de referencia ya estudiados, el grupo podrá ser calificado como un "agente no estatal". Luego, el grupo caerá bajo la denominación de "grupo beligerante", cuando entre sus métodos de acción, se encuentre el uso de la violencia, con fines políticos – como puede ser el pretender alcanzar el poder- o sin ellos, atropellando los derechos humanos de los miembros de la población. Así es perfectamente incluible bajo

nuestra denominación tanto a los grupos que aspiran derrocar al gobierno de turno, cuenten o no con reconocimiento de su beligerancia, a nivel interno o a nivel internacional, como a los grupos terroristas que pretenden implementar un estado social de anarquía o que por simple desquiciamiento hacen uso de la fuerza o el terror.

El ejercicio de la fuerza, en un estado de derecho, es de monopolio exclusivo del Estado, y quién intente acaparar dicho monopolio, estará incurriendo, en una contravención a las "reglas del juego" institucional. El ejercicio de la fuerza por parte de un grupo que no tiene la facultad para ejercerla, genera, en consecuencia, una situación de abuso o atropello, carente de todo amparo legal y constitucional.

El supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión, establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, aunque no excluye el ejercicio de la fuerza no significa, necesariamente, ejercicio de violencia política. Por una parte, la rebelión se puede manifestar de múltiples maneras, incluso pacíficas, como nos lo demuestra el ejemplo de Gandhi en la India o las múltiples manifestaciones contemporáneas de desobediencia civil; y por otra parte, si bien puede tener una faz de violencia, esta sólo puede expresarse en situaciones extremas constitutivas de verdaderas situaciones de peligro colectivo, similares a las que los ordenamientos jurídicos internos reconocen en situaciones de excepción, tales como, legítima defensa, estado de necesidad y otras. No olvidemos que la Declaración Universal

consagra el “derecho de rebelión”, bajo el supuesto de desprotección de los derechos humanos y como un "supremo recurso", respecto al cual la Carta espera que "el hombre no sea vea compelido".

Dadas las características del grupo beligerante, su accionar, en consecuencia, estará expuesta a juicios de reprochabilidad permanentes por parte de quienes son víctimas de los abusos que genera su *modus operandi* y por parte de quienes defienden los derechos humanos. Los efectos generados por la acción de un grupo terrorista o por un grupo guerrillero pueden ser tanto o más perniciosos y para muchos igual o más reprochables, que los cometidos por agentes estatales. Sin embargo, las acciones de estos grupos, hoy, no son calificables unánimemente, desde un punto de vista técnico, como violaciones de derechos humanos, situación que podría aparecer como paradoja pero que en el fondo no lo es si se examina y distingue atentamente una situación de otra.

Una interesante postura sobre el punto y que nos puede ilustrar preliminarmente la cuestión, es la posición que Amnistía Internacional sustenta en relación a lo que ella denomina "abusos cometidos por grupos de oposición".

Junto con condenar las acciones de estos grupos, Amnistía Internacional (AI) sostiene:

"Son los Estados los sujetos de las leyes internacionales de derechos humanos, y son los Estados quienes tienen la obligación de hacer cumplir estas normas. AI sigue considerando la aplicación práctica de las normas de derechos humanos como los derechos del individuo frente a la autoridad gubernamental.

En su trabajo sobre los abusos que cometen los grupos los grupos de oposición, sin embargo, AI se guía por las normas contenidas en las leyes internacionales relativas a la conducta humanitaria durante los conflictos armados, es decir, en el derecho humanitario (o "leyes de guerra").

El derecho humanitario establece las normas mediante las cuales han de actuar todas las partes de un conflicto armado, tanto gobiernos como grupos de oposición. La política de AI sobre los abusos cometidos por grupos de oposición se basa en estas normas, así como, para las acciones de los gobiernos, se basa en las leyes internacionales de derechos humanos...

...los gobiernos tienen la responsabilidad legal de observar las leyes internacionales de derechos humanos y de proteger a quienes están bajo su autoridad formal."¹²⁸

A diferencia de lo que ocurre con los Estados, los grupos beligerantes no han

128Amnistía Internacional. Manual. Amnesty International Publications, 2ª edición, Madrid, España, 1992, pag.40.

contraído la obligación jurídica internacional de respetar los derechos humanos. En este sentido no cumplen con un elemento a nuestro modo fundamental para que se configure una violación de derechos humanos, cual es el incumplimiento de una obligación jurídica previamente contraída: la obligación de respetar (en sentido amplio) los derechos humanos contenidos en los tratados sobre derechos humanos. Una de las cuestiones más propias del Derecho de los derechos humanos está en que éstos "...implican obligaciones a cargo del gobierno. Él es el responsable de respetarlos, garantizarlos y satisfacerlos y, por otro lado, en sentido estricto, sólo él puede violarlos. Las ofensas a la dignidad de la persona humana pueden tener distintas fuentes, pero no todas configuran, técnicamente, violaciones a los derechos humanos."¹²⁹

Por otra parte el derecho internacional de los derechos humanos tiene su ámbito de aplicación subjetivo acotado sólo a los Estados como sujetos obligados y a las personas como titulares de los derechos y en general no se hace cargo de la responsabilidad de los agentes no estatales, sin perjuicio de que todos los individuos de un Estado Parte deban respetar éste derecho.

Esta situación normativa no es del todo incomprensible por cuanto la lógica del Derecho de los derechos humanos es comprometer a quienes tienen a su cargo el resguardo y de la comunidad, en el respeto de reglas mínimas de convivencia social.

¹²⁹Nikken, Pedro., *op.cit.*, pag.27.

Las normas sobre derechos humanos, le dicen a quien gobierna que en su proceder debe respetar ciertos parámetros mínimos acordados internacionalmente por los Estados y que no puede bajo pretexto alguno rebasar. Su carácter de garante de los derechos de la comunidad, lo sitúa en un nivel de mayor responsabilidad respecto a los demás sujetos, de tal manera que no da lo mismo que un atropello o abuso lo cometa un agente estatal o uno no estatal. Al Estado le es exigible una conducta más diligente ante la comunidad, consecuente con su carácter de cautelador de quienes viven en su territorio, y en este sentido, su conducta antijurídica, lleva aparejada un reproche mayor. Las normas de derechos humanos, en este sentido, trasuntan un disvalor mayor cuando ellas son vulneradas por el Estado. Su mayor reproche jurídico y social, deriva tanto del objeto violado como del sujeto violador: la transgresión se da respecto a un bien de la más alta importancia social, pero al mismo tiempo, cometida por quien tiene la mayor responsabilidad en su respeto, no en el entendido de que algunos deben respetar más los derechos humanos respecto a otros que deben respetarlos menos, sino en el entendido de que sólo uno -el Estado- ha asumido, por encargo de todos, la función de cautelador y protector de los derechos de todos.

Bajo el entendido antes expuesto, es que podemos obtener una realización más plena del valor y principio básico del derecho consistente en la "seguridad jurídica", en tanto garantía para los demás Estados y la comunidad internacional en su conjunto; en tanto garantía para todos los habitantes del territorio jurisdiccional

del Estado que se ha comprometido a respetar los derechos humanos.

Desde el punto de vista del Derecho internacional, los grupos beligerantes, pueden quedar sujetos al Derecho internacional humanitario, contenido fundamentalmente en los Convenios de Ginebra de 1949, más sus protocolos de 1977, llamado también “Derecho de la guerra” o “de los conflictos armados”. Este derecho es un derecho de excepción aplicable a situaciones de conflicto armado en donde las partes pueden ser los Estados o Estados y los grupos armados de oposición. Esta situación se encuentra contemplada en el art.3 común de los Pactos de Ginebra que establece:

"En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en el conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones":

La norma claramente, hace referencia a sujetos distintos de los Estados Partes, incluyendo y obligando a "cada una de las Partes en el conflicto" armado interno, lo que incluye, por cierto, a grupos armados nacionales.

Las leyes de la guerra, sin embargo, no son aplicables a todo grupo beligerante ni a todo tipo de conflicto armado interno.

Sólo les son aplicables a aquellos grupos armados que gozan de cierto reconocimiento o *status* de beligerancia, como es el caso de la guerrilla organizada, los grupos o partidos políticos revolucionarios, etc. y que se ajustan a los parámetros normativos de las leyes de conflictos armados. Se excluyen, en consecuencia, a aquellos grupos que no cuentan con dicho reconocimiento, como los que efectúan prácticas terroristas que simplemente "no respetan las normas humanitarias de los conflictos, sino que, al contrario, lo característico de ellas es violarlas, sin que exista por ello posibilidad alguna de ver en los grupos terroristas a combatientes legítimos."¹³⁰ Los parámetros normativos a que hacemos referencia son aquellos consagrados en la sección II del Protocolo I adicional a los Convenio de Ginebra que esboza los rasgos definitorios de los sujetos partes del conflicto o combatientes. Establece en su art.43- Fuerzas Armadas:

“1. Las fuerzas armadas de una parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aun cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, inter alia, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados.

130Montealegre Klenner, Hernán., op.cit., pag.270.

2. Los miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto (salvo aquellos que formen parte del personal sanitario y religioso a que se refiere el artículo 33 del III Convenio) son combatientes, es decir, tienen derecho a participar directamente en las hostilidades.”

De manera más explícita el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra nos da los elementos que definen a un “grupo beligerante”. Señala en su art.1:

“El presente Protocolo...se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el de una Alta parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.”

Asimismo, las normas del Derecho internacional humanitario sólo se aplican a conflictos armados internacionales¹³¹; guerras de “liberación”¹³²; y a determinados

¹³¹ Cfr. art.2 común de los Convenios de Ginebra de 1949.

¹³² Cfr. art.1 N°3 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra.

conflictos armados internos definidos por las propias normas de la guerra.¹³³ Quedan excluidos del ámbito regulatorio humanitario internacional las “tensiones internas y disturbios internos” que para este derecho de excepción no constituyen conflicto armado, de acuerdo al art.1 N°2 del Protocolo II.

Las normas que se refieren al Derecho humanitario, si bien convergen en muchos aspectos con las normas sobre derechos humanos¹³⁴, están destinadas a regir episodios de conflicto armado, situaciones de anormalidad institucional, a diferencia de las normas sobre derechos humanos que constituyen el régimen de aplicación general, no derogable por el régimen de excepción, toda vez que un número importante de sus normas y principios no pueden dejar de aplicarse, independiente del estado institucional en que se encuentre el país.¹³⁵

Las actuaciones de los grupos llamados beligerantes pueden darse bajo el contexto de la aplicación de las normas del derecho internacional humanitario como del Derecho interno. En el primer caso, se trata de un conflicto armado donde el grupo beligerante goza del título de “combatiente” y de la “protección” de las normas humanitarias; consecuentemente, bajo este marco el grupo beligerante puede

¹³³ Corresponden a aquellos conflictos definidos en el art.1 del Protocolo II y a aquellos definidos por el art.3 común de los Convenios de Ginebra

¹³⁴ Cfr. Cancado Trindade, Antonio Augusto., *op.cit.* pag.90-128.

¹³⁵ Cfr. art.4 del PIDCP en el que se establece que en situaciones de excepción los Estados pueden ejercer el Derecho de suspensión de determinadas obligaciones, excluyéndose la autorización para suspender el art.6 sobre derecho a la vida, el art.7 sobre prohibición de aplicación de la tortura, el art.8 sobre la medida de esclavitud, el art.11 que prohíbe la prisión por deudas; el art.15 que prohíbe condenas por actos no delictivos al momento de su comisión, el art.16 sobre derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, y el art.18 sobre derecho a la libertad de pensamiento,

hacerse acreedor, en consecuencia, de infracciones o violaciones al derecho que lo está rigiendo, es decir el Derecho internacional humanitario. En el segundo caso, el grupo beligerante sólo es autor o generador de tensiones o disturbios internos que no alcanzan a estar comprendidos por el Derecho humanitario y conforma a ello quedan bajo el ámbito de aplicación del Derecho común interno de cada Estado. Como aquí se trata de la actuación de sujetos distintos al Estado en condiciones de normalidad institucional, las conductas de los grupos beligerantes, en estos casos, no son calificables como violaciones de derechos humanos sino como ilícitos ordinarios cometidos por particulares sujetos a las penas y sanciones que establezca el correspondiente ordenamiento jurídico.

No es atribuible, en consecuencia, la titularidad activa de la violación de derechos humanos a los denominados "grupos beligerantes", pero si pueden quedar sujetos a las normas del Derecho internacional humanitario según los términos que ya expresamos.

2.2.2. La Situación de los Particulares.

Cabe ver por último el rol que pueden jugar los particulares como potenciales sujetos activos de una violación de derechos humanos.

Por particulares entenderemos a todos aquellos miembros de la especie humana, individualmente considerados, y distintos del Estado y de los grupos beligerantes. Estamos hablando, en consecuencia ahora, de la posibilidad de que un ser humano común y corriente, en su calidad de tal, sea susceptible de ser calificado como sujeto violador de derechos humanos.

Sobre este punto, se plantean problemas similares a los que se expresaron para los grupos beligerantes: la violación de derechos humanos, según hemos estado analizando se configura en primer término a partir de una transgresión de obligaciones jurídicas asumidas previamente por los Estados, constitutiva de un incumplimiento jurídico *sui generis* generador de efectos jurídicos especiales.¹³⁶

La situación merece una aclaración jurídica mayor que una vez comprendida bien explicará por sí solo el planteamiento efectuado.

Todos los sujetos de derechos, Estado, instituciones, grupos, personas, tienen obligaciones jurídicas de la más diversa naturaleza. Podríamos sostener, como una primera premisa que no existe sujeto alguno que no se encuentre obligado por alguna regla de derecho y que tampoco existe sujeto alguno excluido de la protección de algún ordenamiento jurídico. En este sentido podemos afirmar con carácter general que sobre todos los sujetos de derecho existe la obligación genérica de respetar el

¹³⁶ *Supra* capítulo 3 punto 1.2.

derecho, y la específica de respetar el derecho que lo rige dependiendo la situación en la que se encuentre.

A partir de esta obligación genérica, surgen una infinidad de obligaciones específicas de respetar el derecho. Así, por ejemplo, y por regla general el Derecho interno de cada país en su conjunto, es aplicable y sólo obliga a quienes se encuentran bajo la jurisdicción del Estado en que rige, ello en virtud del ámbito y principio de aplicación territorial de las leyes. Sin perjuicio de ello, cada una de las ramas del derecho, sistematizadas, codificadas o no, prevén distintos supuestos jurídicos para su aplicación. Así por ejemplo, mientras al Derecho penal, por lo general, quedan sujetos todas aquellas personas que se encuentren en el territorio del Estado y que incurran en las conductas ilícitas que prevé, al Derecho laboral sólo quedan sujetos aquellas personas que en el territorio del Estado desempeñen un trabajo regido por el Derecho laboral respectivo.

En relación al Derecho de los derechos humanos la situación no es diferente y a él sólo quedan sujetos los sujetos destinatarios de sus normas. Las dificultades que presenta esta rama del derecho se encuentran en que no son claramente identificables sujetos activos y pasivos: mientras los sujetos obligados son restringidos, los sujetos titulares de los derechos subjetivos son múltiples. Los sujetos a quienes las normas de derechos humanos se dirigen como obligados y responsables, son única y exclusivamente los Estados, según vimos. Ellas están dirigidas a los Estados que se

hacen parte en el respectivo tratado con el propósito de comprometerlos a ellos y en esta medida sólo éstos se obligan jurídicamente. Distinta es la afirmación de si otros sujetos distintos del Estado se encuentran también obligados, bajo otros supuestos, a respetar los mismos derechos subjetivos en que consisten los derechos humanos.

El Derecho internacional de los derechos humanos, no nos deja ninguna duda de que los Estados son sujetos obligados y potenciales violadores de derechos humanos. "La nota característica de las violaciones a los derechos humanos es que ellas se cometen desde el poder público o gracias a los medios que éste pone a disposición de quienes lo ejercen. No todo abuso contra una persona ni toda forma de violencia social son técnicamente atentados contra los derechos humanos. Pueden ser crímenes, incluso gravísimos, pero si es la mera obra de particulares no será una violación de los derechos humanos."¹³⁷

El problema, sin embargo, acerca del rol de los particulares en la violación de derechos humanos se plantea en la moderna doctrina internacional y también a nivel del Derecho interno.

Existen modernamente fenómenos sociales que han dado pie para sostener que existen violaciones de derechos humanos cometidas por particulares en casos como por ejemplo, de acciones de discriminación en contra de sectores o grupos

¹³⁷Nikken, Pedro., *op.cit.*, pag.27.

determinados, como mujeres, etnias, inmigrantes de determinado origen racial o religiosos, enfermos de SIDA; actos de violencia intrafamiliar; acciones de abuso en contra de menores, etc. Sobre estos actos, hay también quienes adscriben a una responsabilidad estatal por inacción, lo que daría pie para establecer, igualmente una violación de derechos humanos para estos casos pero ya por una vía secundaria o indirecta; existiría, bajo esta doctrina dos sujetos responsables: el particular principal responsable por acción y el Estado responsable secundario por inacción.¹³⁸

En relación a este tema resulta al menos complicado redefinir el concepto de violación de derechos humanos a partir de la inclusión dentro de dicho concepto de los particulares como sujetos activos de la violación. En primer término, porque se pasaría a equiparar el ilícito cometido por el Estado con el cometido por el particular; y, en segundo lugar, si eso es lo que se persigue, no resulta suficientemente clara la línea divisoria entre la violación de derechos humanos cometida por un particular y el ilícito ordinario del mismo particular. A modo de ejemplo, no vemos por que habría que considerar el acto de violencia intrafamiliar como violación de derechos humanos y no el robo con violencia o el homicidio común. Si, todavía, se sostuviera que ambas conductas junto a otras igual o más graves son violaciones de derechos humanos, cabe preguntarse entonces cuales no lo serían y de acuerdo a qué criterios.

¹³⁸ *Supra* 3.2.1.B) la autoridad político-administrativa.

En resumidas cuentas, creemos que extender el campo del concepto de violación de derechos humanos a determinados actos cometidos por particulares plantea el desafío de reformular integralmente el concepto actual de violación de derechos humanos y el de derechos humanos mismo. Ello contradice, por lo demás, los parámetros que hemos ido desarrollando, al interior de los cuales la violación de derechos humanos presenta rasgos definitorios propios y distintos a toda otra violación o ilícito.

Asimismo, el problema de los particulares como sujeto activo de la violación de derechos humanos surge a nivel del Derecho interno constitucional por cuanto los derechos humanos se encuentran consagrados generalmente en las constituciones, bajo los conceptos de derechos fundamentales, constitucionales o bajo otra terminología similar. A este nivel, tradicionalmente se ha concebido que las garantías o derechos humanos estaban consagradas como un resguardo del individuo frente al poder omnímodo del Estado. Se consideraba que era sólo el Estado, el que por medio de la constitución, debía ser controlado y limitado por su accionar, bajo la consideración del riesgo que implica la detentación y ejercicio del poder político. Hoy, en cambio, la situación es distinta y no sólo los derechos humanos son concebidos como freno a la acción del Estado sino que también como límite a la acción de cualquier individuo de la sociedad y que se encuentre bajo los alcances de la preceptiva constitucional.

Sin embargo, no todas las transgresiones a los derechos constitucionales consagrados en las constituciones tienen igual tratamiento jurídico. Las infracciones que se cometen a las garantías constitucionales, tienen de igual modo, tratamiento jurídico diverso atendiendo a una serie de variables entre las que se cuenta, por cierto, el sujeto infractor. Así por ejemplo, una transgresión constitucional puede generar efectos propiamente constitucionales, penales, civiles, disciplinarios o de otra naturaleza. Cuando el infractor a la constitución es cometido por un agente estatal, cumpliéndose a la vez con los demás requisitos jurídicos para estar en presencia de una violación a los derechos humanos, entonces podemos hablar de una violación a los derechos humanos, en el sentido técnico que estamos analizando. Cuando la transgresión es ocasionada por otros sujetos, los efectos jurídicos serán diversos y se darán a nivel de las distintas ramas o subsistemas jurídicos que se contemplan al interior de los ordenamientos jurídicos internos. De este modo, una violación al derecho a la vida, puede configurar o una violación de derechos humanos, o una violación al Derecho internacional humanitario o un delito penal común. Si es el Estado, cumpliendo los demás requisitos jurídicos, el que ha cometido la infracción, podrán configurarse los ilícitos; si es un grupo beligerante el que comete igual infracción, cumpliéndose los demás requisitos jurídicos, podrá tratarse de una violación al Derecho internacional humanitario o al derecho interno; finalmente si se trata de sólo un particular el que ha transgredido el derecho a la vida matando a una persona, por ejemplo, podrá tratarse de un delito penal cumpliéndose también los demás requisitos exigidos para ello.

Los individuos particulares, en consecuencia, en tanto sujetos de derecho, potenciales infractores de reglas de derecho, no pueden ser considerados como violadores de derechos humanos, bajo los conceptos que hemos estado analizando. Sus obligaciones y responsabilidades no son más que las que las normas específicas les atribuyan, entre las cuales no se encuentran las de derechos humanos, *sensu strictu*.

3. EL SUJETO PASIVO EN LA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

En toda relación jurídica existe también un sujeto pasivo de la relación. Al interior de la relación que surge producto de una violación de derechos humanos, el sujeto pasivo es aquel sujeto víctima de la violación, aquel sujeto a quien se le ha transgredido el derecho subjetivo del cual es titular, que hemos denominado derechos humanos y cuyo reconocimiento se encuentra plasmado por el derecho objetivo de los derechos humanos.

Al efectuar una lectura de las normas sobre derechos humanos podremos constatar inmediatamente que todo el sistema está referido al ser humano. Veamos, por tanto, en que sentido el ser humano se constituye como sujeto pasivo de las

violaciones de derechos humanos y luego, que posibilidades existen de incluir a otros sujetos en esta categoría.

3.1. El Sujeto Pasivo Genérico: El Ser Humano.

Las normas sobre derechos humanos atribuyen los derechos subjetivos que contienen a determinados sujetos, sujetos que se constituyen en los titulares de los mismos y para los efectos de nuestro estudio, en sujetos pasivos de la violación de derechos humanos.

Las referencias más recurrentes nos hablan de los seres humanos, las personas y los individuos como los titulares de los derechos humanos. Así, por ejemplo, los instrumentos más importantes nos señalan:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en primer término indica:

Art.1."Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros."

Art.2."Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en

esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición."

El PIDCP, por su parte señala:

Art.2."1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

El PIDESC, a su respecto señala:

Art.3."Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto."

Por último, en el ámbito americano, la Convención Americana señala:

Art.1."1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno

ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

Los instrumentos expuestos nos hablan de "seres humanos, personas, individuos, hombres y mujeres". Todas las expresiones anteriores, sin duda, aluden a un mismo concepto: la persona humana o ser humano como titular de los derechos humanos, o a la inversa, como sujeto pasivo o víctima de la violación de dichos derechos. De acuerdo a lo que expresa la doctrina jurídica uniforme, sujetos de derechos son únicamente las personas, entendiendo por éstas, a su vez, a todos los seres humanos, o sea, todos aquellos individuos que pertenecen a la especie humana.

Los antedichos conceptos son de igual modo recogidos por las propias normas sobre derechos humanos.

Así, por ejemplo, el PIDCP señala:

Art.16 "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica."

Por su parte, en términos más categóricos, la Convención Americana

prescribe:

Art.1."2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano."

No cabe duda, en consecuencia, que basta con ser un individuo de la especie humana para constituirse, de pleno derecho, en titular de los derechos humanos. Esta consideración básica nos lleva, de igual modo, a la conclusión de que son en primer término los seres humanos, tanto hombres como mujeres, los que pueden constituirse en sujetos pasivos de violaciones a los derechos humanos, en iguales condiciones a las que pueden ser considerados como titulares de los mismos.¹³⁹

3.2. Los Sujetos Pasivos Específicos: Las Colectividades y los Grupos Vulnerables.

Los seres humanos no sólo pueden ser titulares de derechos fundamentales y potenciales sujetos pasivos de violaciones de derechos humanos, en tanto sujetos individualmente considerados. Este enfoque tradicional de hablar sin más de derechos del "hombre" o de derechos del "ciudadano" hoy se encuentra ampliamente superado por un fenómeno de especificación o concreción de los derechos humanos, por el cual la titularidad de los derechos humanos y de la violación de los mismos

¹³⁹ *¿Cuando comienza la vida humana?, constituye una materia cubierta por el debate ético y religioso y susceptible de diversas soluciones en el ámbito del derecho interno de los países, pero sobre el cual el derecho internacional no establece criterios ni regulaciones.*

hoy se sitúa en sujetos específicos, distintos del tradicional "hombre" considerado genéricamente. En palabras de afamado jurista italiano Norberto Bobbio "...se ha producido la ampliación del ámbito de los derechos del hombre en el paso del hombre abstracto al hombre concreto, a través de un proceso gradual de diferenciación o especificación de las necesidades y de los intereses, para los que se pide el reconocimiento y la protección."¹⁴⁰, y es así como hoy se habla de "derechos de grupos" tales como derechos de los pueblos indígenas, derechos de la mujer, derechos del niño, derechos de los discapacitados o minusválidos, derechos de los consumidores, etc.

En los ejemplos mencionados el sujeto pasivo de la violación de derechos humanos ya no es el ser humano genéricamente considerado sino que el ser humano considerado en una situación específica de protección de la cual se encuentra desamparado real o potencialmente fruto del acto violatorio.¹⁴¹

Bajo la terminología de Zalaquett, estos grupos conformarían los llamados "derechos de grupos vulnerables y/o tradicionalmente marginados o discriminados". En ellos incluiríamos a la mujer, a los pueblos indígenas, a los niños, a los discapacitados, a los consumidores, entre otros.¹⁴²

¹⁴⁰Bobbio, Norberto citado por Peces-Barba, Gregorio., *op.cit.*, pag.180.

¹⁴¹Existe todo un amplio capítulo de los derechos humanos relativo al estudio de las distintas causas o razones que originaron u originan la creación de un estatuto jurídico particular sobre derechos humanos para sujetos específicos y que no será objeto de estudio en esta ocasión. Así por ejemplo la discriminación tradicional que han sufrido las mujeres o los pueblos indígenas son el fundamento para el establecimiento jurídico de una protección especial.

Para una mayor referencia sobre el tema se puede ver a Gregorio Peces-Barba., *op.cit.*

¹⁴²Zalaquett, José., *op.cit.*

Ejemplos de esta categoría de sujetos colectivos o pertenecientes a grupos específicos encontramos en los siguientes instrumentos sobre derechos humanos:

El PIDCP y el PIDESC, en iguales términos, expresan en su art.1 común :

"1.Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podría privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia."

Por su parte la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo¹⁴³ establece :

Art.1."El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse

143Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 4 de diciembre de 1986 por medio de la Resolución 41/128.

plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él."

Los ejemplos antes citados hacen referencia al sujeto "pueblos", concepto amplio y difuso, y que hace referencia sin duda a un sujeto distinto del ser humano individualmente considerado. Ahora se trata de un sujeto colectivo y no individual y en consecuencia la violación de derechos humanos sería ocasionada sobre la colectividad en su conjunto considerada como un todo y no sobre individuos específicos que integren la colectividad.

A nivel de la normativa específica sobre derechos humanos podemos constatar referencias a categorías de sujetos pasivos aún más específicos. Así, por ejemplo, tenemos:

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial¹⁴⁴ establece en su art.2 :

"1. Los Estados partes condenan la discriminación racial y se comprometen a...promover el entendimiento entre las razas,..."

2.Los Estados partes tomarán,...medidas especiales y concretas...para

144Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 21 de diciembre de 1965 por medio de la resolución 2106 A (XX).

asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos,...

También es interesante tener presente el proyecto de Declaración de Pueblos Indígenas,¹⁴⁵¹⁴⁶ el que al efecto prescribe:

Art.1."Los pueblos indígenas tienen el derecho al disfrute pleno y efectivo de todos los derechos humanos y libertades reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el derecho internacional relativo a los derechos humanos."

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer¹⁴⁷ :

Art.2."Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer..."

¹⁴⁵Proyecto de Declaración convenido por los miembros del Grupo de Trabajo en su 11° período de sesiones, ONU.

¹⁴⁶ Cfr. Convenio N°169, sobre pueblos indígenas, de 1989, de la Organización Internacional del Trabajo.

¹⁴⁷Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1979 por medio de la Resolución 34/180.

La Convención sobre los Derechos del Niño¹⁴⁸ :

Art.1."Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad."

La Declaración de los Derechos de los Impedidos¹⁴⁹¹⁵⁰ :

"1.El término "impedido" designa a toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas o mentales."

La Declaración de los Derechos del Retrasado Mental¹⁵¹ :

"1. El retrasado mental debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismo derechos que los demás seres humanos."

Las colectividades y los llamados grupos vulnerables representan una faz de

¹⁴⁸Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989.

¹⁴⁹Proclamada por la Asamblea General de la ONU el 9 de diciembre de 1975 por medio de Resolución 3447 (XXX).

¹⁵⁰ Cfr. Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, aprobadas por la Asamblea General de la ONU, mediante resolución 48/96, del 20 de diciembre de 1993.

¹⁵¹Proclamada por la Asamblea General de la ONU el 20 de diciembre de 1971 por medio de Resolución 2856 (XXVI).

protección de derechos humanos que recae en un sujeto distinto del ser humano individualmente considerado. Aquí el sujeto amparado y por consiguiente, potencialmente vulnerado en sus derechos fundamentales ya no es el sujeto individual perteneciente a la especie humana sino que una agrupación de sujetos, una colectividad, grupo con características de vulnerabilidad que amerita una protección especial o el ser humano en función de una posición específica que adopte en la sociedad.

En cuanto a las colectividades podemos puntualizar que no es necesario que ella ostente una personalidad jurídica propia; sólo basta que la agrupación de sujetos tenga una identidad propia reconocible por el resto de la sociedad en la que se desenvuelve, sin perjuicio de que en un instrumento jurídico específico se exija el cumplimiento de determinados requisitos para ser titular de los derechos que contiene.

Por su parte, para los sujetos incluidos en los denominados grupos vulnerables, ellos se encuentran reconocidos y sujetos en primer termino al estatuto particular que los rige, y en tal medida hay que atender primeramente a los términos de dicho estatuto para determinar la titularidad activa y/o pasiva del sujeto determinado; y en segundo término, les es aplicable, ciertamente, la normativa común y general sobre derechos humanos en tanto el grupo o el sujeto perteneciente a tal grupo es un sujeto perteneciente a la especie humana.

Una mención aparte y final merecen un grupo de sujetos que si bien en cierto sentido podemos catalogarlos como grupo vulnerable al interior del Derecho de los derechos humanos, han ido recobrando autonomía pasando a formar un sistema normativo autónomo: se trata de **los refugiados**.

Según lo expresa la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados¹⁵² en su art. 1 letra A) N° 2, estos agruparían a aquellos seres humanos que:

"...debido a fundados temores de ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social y uniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda, o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él."

La condición de refugiado constituye una condición de vulnerabilidad real que ha sido definida y delimitada por un verdadero nuevo sistema normativo internacional emergente a partir de la 2ª Guerra Mundial.¹⁵³ Actualmente los

152Adoptada por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas (ONU) el 28 de julio de 1951, en virtud de la Resolución 429 (V).

153No desarrollaremos especialmente el sistema de protección de los refugiados por cuanto ello ameritaría un estudio especial que excede los objetivos del nuestro.

instrumentos que conforman este sistema son el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), aprobado por Resolución de 1950 de la ONU, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo del Estatuto de los Refugiados de 1967.

3.3. El Problema de los Sujetos Pasivos Distintos del Ser Humano.

No cabe duda que el sujeto pasivo en una violación de derechos humanos puede ser tanto un sujeto individual como uno colectivo. Así lo reconocen las normas sobre derechos humanos, entendiendo siempre y en todo caso que son los seres humanos, las personas, los titulares de los derechos y los que pueden figurar bajo los supuestos de sujetos pasivos de violaciones de derechos humanos.

El problema se nos plantea ahora con la posibilidad de que sujetos distintos al ser humano puedan ser, también, sujetos de derechos fundamentales y en consecuencia, víctimas de atropellos o violaciones de los mismos. Un ejemplo emblemático a este respecto lo representa el medio ambiente, en cuanto potencial sujeto destinatario de normas de derechos humanos. ¿ Es posible sustentar que los derechos humanos recaen no sólo sobre seres humanos, sino que también sobre otros sujetos tales como el medio ambiente, o sobre seres vivos distintos del hombre como por ejemplo, los animales, los vegetales, etc.? ¿ Es sustentable hablar de derechos del medio ambiente, de la naturaleza, de la tierra, de los animales, de las plantas o de

otros entes distintos del hombre ?

La cuestión no deja de plantear inquietud entre los estudiosos del Derecho y es, sin duda un problema que requiere de un pronunciamiento por parte de la Ciencia del Derecho, junto a los correspondientes estudios particulares. En esta sede, no pretendemos dar una respuesta a la pregunta, sino que solamente dejar planteado el problema.

En principio sólo nos atrevemos a afirmar que los derechos y el Derecho, en general, están y han sido concebidos desde larga data como un sistema intelectual destinado para la ordenación de la convivencia social humana. En este sentido, se ha postulado y se sigue postulando hoy, como verdad jurídica prácticamente irrefutable, que sólo los seres humanos, las personas, pueden ser los destinatarios de las normas jurídicas, es decir, sujetos de derechos. Las teorías del derecho subjetivo y los deberes jurídicos, sólo son pensados desde esta perspectiva.

El medio ambiente entre otros eventuales sujetos, no serían en realidad sujetos de derechos sino que más bien bienes jurídicos dignos de protección jurídica, en la medida de que son útiles al hombre o contribuyen a su plena realización social. El medio ambiente sería amparable por cuanto contribuye a la plena realización de los derechos de hombre, o más bien, en cuanto constituye el sustrato básico o elemental en el que se desarrolla la vida y por cierto la del hombre.

Cuando el medio ambiente es intervenido por la acción del hombre, alterando su orden natural, hemos constatado o podemos constatar que dicha alteración, en definitiva, provoca efectos perniciosos en el mismo hombre y en tal sentido su amparo no es sino el amparo de las condiciones de vida que la humanidad requiere. Lo que el Derecho ha tenido que hacer en relación al medio ambiente es crear o fabricar resguardos especiales para éste, que en el fondo no es sino un resguardo para la comunidad humana en su conjunto y sus futuras generaciones en cuanto ello permite la conservación del sustrato básico en el que tiene lugar el desarrollo pleno del ser humano. Gráficamente, podríamos decir que el protegido en forma inmediata es el medio ambiente, pero mediatamente, el ser humano. En todo caso, cabe hacer presente la existencia de importantes teorías ambientalistas que fundamentan la protección o resguardo de la naturaleza independiente de la utilidad o bienestar humano comprometido en ello. No existiría, conforme estas corrientes, primacía humana en el resguardo de la naturaleza sino que un interés propio y superior de la propia naturaleza.

A nivel mundial existe hoy una verdadera conciencia universal en torno al valor intrínseco del medio ambiente en cuanto objeto de amparo jurídico y en este sentido avanzamos hacia una valoración del medio ambiente en sí mismo y no en cuanto tributario del ser humano. Cuestión distinta, sin embargo, es atribuirle las propiedades de un sujeto de derecho bajo los términos de la ciencia jurídica. Para

ello sin duda será necesaria una completa y nueva reformulación de los conceptos más básicos y arraigados en las estructuras matrices del Derecho, situación de la cual aún nos encontramos bastante alejados.

En cuanto a la normativa internacional sobre derechos humanos que hacen referencia a la necesidad de protección del medio ambiente podemos decir que no existe una convención a nivel universal que regule la materia. Sólo tenemos algunos tratados bilaterales o multilaterales específicos, y escuetas y vagas referencias en instrumentos generales sobre derechos humanos e instrumentos medioambientales especiales de corte regional.

Entre los instrumentos sobre derechos humanos podemos destacar por ejemplo el PIDESC que en su art.12 establece:

"1. Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del

medio ambiente."

A nivel de los instrumentos específicamente ambientales tenemos a modo de ejemplo:

- La Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano (1972)¹⁵⁴.
- La Convención de Río sobre Biodiversidad Biológica(1992)¹⁵⁵.
- Una serie de instrumentos ambientales muy específicos, tales como el convenio para la protección del medio ambiente y la zona costera del Pacífico Sudeste; la convención marco sobre cambio climático; la convención del mar; convenciones diversas sobre utilización de material nuclear; el convenio de Basilea sobre residuos peligrosos, etc.

4. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

La violación de derechos humanos genera consecuencias o efectos especiales, distintos de los efectos que se producen por otro tipo de actos contrarios a derecho. Como estamos hablando de una antijuridicidad, consistente en un incumplimiento

¹⁵⁴Proclamada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, reunida en Estocolmo, el 16 de junio de 1972.

jurídico de carácter especial, sus efectos son igualmente especiales y distintos al resto de los efectos jurídicos que se nos dan en distintas órbitas del derecho.

Una primera consideración en relación a estos efectos jurídicos es que producto de una violación de derechos humanos surgen nuevos derechos y obligaciones entre los sujetos involucrados en la violación, es decir entre el Estado violador y la persona víctima de ella. Ahora, la relación ya no tiene por contenido el de respetar el derecho subjetivo y el exigir dicho respeto, por la sencilla razón de que ya se ha producido la transgresión. El escenario ahora es otro: la violación ya consumada y los efectos que de ella derivarán.

Los efectos jurídicos derivados de una violación de derechos humanos, son derechos y obligaciones nuevos entre los mismos sujetos que se involucraron en la violación. Estos derechos y obligaciones consisten en la nueva facultad de exigir una sanción y en la nueva obligación de sujetarse a ella, todo lo cual es resumible en el efecto de la responsabilidad del Estado como gran efecto jurídico de la violación de derechos humanos.

4.1. Consideraciones previas en torno a la Responsabilidad Jurídica en el ámbito de los Derechos Humanos.

La violación de derechos humanos es una transgresión a una obligación jurídica previamente asumida por el Estado de respetar dichos derechos. Si el Estado no cumple con su obligación genérica de respetar los derechos humanos, entonces, se genera una situación nueva cual es el tener que responder ante la afectación del bien jurídico vulnerado, tanto a nivel nacional como internacional.

La responsabilidad jurídica es una institución que gobierna al derecho en su conjunto y prácticamente sería imposible concebir el derecho sin responsabilidad. "Algunos autores la relacionan ora con el acto ilícito o el incumplimiento mismo de la obligación legal o de la convencionalmente establecida, ora con el daño ocasionado por ser el efecto cierto de la contravención, de la falta de diligencia o del riesgo asumido por su autor; en tanto que otros identifican la responsabilidad con la sanción normativa o con el deber de reparación, por ser éste el contenido de aquella y la consecuencia jurídica de la transgresión o del daño sobrevenido."¹⁵⁶ En concepto de Kelsen "un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando en caso de conducta contraria se dirige contra de él una sanción."¹⁵⁷ En donde la sanción implica un acto de coacción, consistente en un mal, "en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico."¹⁵⁸ La responsabilidad significa que el sujeto no se encuentra libre de actuar en el mundo del derecho. Su

¹⁵⁶Aguiar, Asdrúbal. *La responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos.*, en Revista IIDH, Instituto Interamericano de derechos humanos, N°17, enero-junio de 1993, pag.13.

¹⁵⁷Kelsen, Hans., *op.cit.*, pag.93.

¹⁵⁸*Ibidem*, pag.70.

conducta debe estar dirigida al respeto de los bienes jurídicos que han sido incorporados por el sistema jurídico correspondiente y ante el evento de que dichos valores o bienes sean afectados, el Derecho reacciona, incluso a través del recurso de la fuerza, con el objeto de restablecer la vigencia real de los bienes que protege.

A nivel internacional, y a nivel del Derecho de los derechos humanos, la situación es algo distinta por cuanto en este ámbito, el derecho en su conjunto no presenta las características del derecho de los ordenamientos nacionales, y por consiguiente la responsabilidad tiene rasgos propios.¹⁵⁹

De partida la responsabilidad en el ámbito de los derechos humanos sólo es posible atribuirle a sujetos que han asumido previamente obligaciones jurídicas de respeto a dichos derechos, que como sabemos y hemos analizado sólo considera al ente Estado. El derecho internacional y el de los derechos humanos es aún un derecho débil, un derecho en evolución que todavía presenta instituciones muy débiles entre las que se encuentra ciertamente la de la responsabilidad jurídica. Ello es posible ejemplificarlo echando una simple mirada a la historia de violaciones de derechos humanos sin sanción que hemos presenciado durante toda la segunda mitad del siglo XX, muchas de ellas de la mayor entidad, tales como, torturas, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas de personas, etc.

¹⁵⁹*Supra*. Capítulo III, 1.1.

Pero más allá de las deficiencias que presenta el Derecho de los derechos humanos, cuestión que por lo demás analizaremos en el capítulo final, se hace necesario plantear ahora, a modo de aporte, la situación de la responsabilidad del Estado por violaciones de derechos humanos. Para dicho análisis dividiremos el tratamiento del tema entre la responsabilidad del Estado en el ámbito del Derecho internacional y la responsabilidad del Estado en el ámbito del Derecho interno.

4.2. Responsabilidad del Estado ante el Derecho Internacional.

La violación de derechos humanos fundamentales, así como cualquier otro ilícito internacional genera responsabilidad internacional para el Estado. Ello por cuanto la violación de derechos humanos lleva aparejado el incumplimiento de importantes obligaciones jurídicas internacionales contenidas en tratados sobre derechos humanos.

La responsabilidad a nivel internacional se dará producto de un acto ilícito internacional por vulneración de un instrumento internacional y en consecuencia si el Estado al cometer un acto violatorio comete transgresión de un compromiso internacional nos encontraremos con responsabilidad a nivel internacional.

Pero ¿ En qué consiste este tipo de responsabilidad en el caso de violación de derechos humanos? ¿ Cuáles son las consecuencias que ella trae aparejada? La respuesta no es del todo uniforme aun en el ámbito internacional.

Se ha sostenido tradicionalmente de manera más o menos general que "las consecuencias ordinarias de la responsabilidad dentro de tal contexto son de índole esencialmente reparatorio, aún cuando adicionen tímidamente algunas fórmulas retributivas y de control de la legalidad vulnerada; fórmulas éstas que, por vía de un desdoblamiento funcional, permiten requerir a los Estados la cesación de sus conductas ilícitas o la imposición de penas a los individuos responsables *v.gr.* de crímenes contra la humanidad."¹⁶⁰

A la concepción clásica de una responsabilidad concebida como esencialmente reparatoria, le sale al paso una concepción de corte penalista "que postula la necesidad de establecer, además de una responsabilidad de naturaleza retributiva o reparatoria, una responsabilidad de carácter represivo o sancionador."¹⁶¹, lo que supondría avanzar en los esfuerzos de codificación de un Derecho penal internacional tanto en lo sustantivo como en lo orgánico y funcional.¹⁶²

¹⁶⁰Aguiar, Asdrúbal., *op.cit.*, pag.22.

¹⁶¹Blanc Altemir, Antonio., *op.cit.*, pag.13-14.

¹⁶² Actualmente existe un proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados que la Asamblea General de la ONU encomendó, en 1949, por resolución 799 (VII) a la

Mas allá de las dificultades prácticas producto de un derecho incipiente y aún ineficaz, debemos enfatizar la circunstancia de que hoy los instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes, es decir, los tratados, no cuentan, todavía de manera general, con el debido sistema de responsabilidades jurídicas para quienes transgreden sus prescripciones. Ello al menos significaría nuevas obligaciones, entre las que podemos señalar la de reparar el daño ocasionado; ello sin necesidad incluso de una explicitación en el instrumento correspondiente por cuanto se trata de un principio general del derecho que el que comete un perjuicio o daño debe repararlo.

Las deficiencias a nivel de responsabilidad internacional se dan en todo nivel, partiendo por la marcada escasez de normas que tipifiquen adecuadamente los ilícitos con sus consecuencias, la insuficiencia de procedimientos internacionales y la igual insuficiencia del aparataje orgánico que permita resolver las controversias y hacer cumplir las sanciones (salvo en algunos sistemas como el europeo).

La forma en que la responsabilidad estatal internacional se hace efectiva es aún deficiente por cuanto, mayoritariamente los instrumentos que tipifican delitos internacionales, se remiten a los ordenamientos internos para la aplicación de las sanciones que correspondieren. Se señala, por ejemplo, que los Estados adoptarán las medidas legislativas y las necesarias para sancionar a los culpables de tales actos, situación que se presente absolutamente ineficaz cuando es el propio Estado, por

medio de sus gobernantes el que comete la violación o cuando el gobierno sucesor al que ha cometido los atropellos a los derechos humanos, no tiene la voluntad política para hacer frente a las violaciones pasadas o se encuentra con trabas institucionales y/o político coyunturales importantes para el efectivo cumplimiento de dichos propósitos.¹⁶³

La responsabilidad del Estado a nivel internacional no sólo surge con la existencia de ilícitos con reconocimiento jurídico internacional; fuera del ámbito de las escasas normas tipificantes de delitos internacionales, la responsabilidad del Estado se generará igualmente por la sola circunstancia del incumplimiento de los deberes que el tratado sobre derechos humanos imponga, toda vez que concurren los supuestos para que estemos en presencia de una violación de derechos humanos, según los elementos que hemos aportado en este estudio. Aquí ya no deberemos remitirnos a lo que la convención pertinente sobre delito internacional nos señale, sino que deberemos recurrir a la normativa general y especial sobre derechos humanos y a los mecanismos generales o particulares de denuncia que contemple el sistema jurídico internacional correspondiente. De no ser así nos encontraríamos con el absurdo de que por las deficiencias del Derecho internacional en la tipificación de delitos internacionales, no podríamos perseguir y sancionar conductas claramente antijurídicas; en este sentido la falta de norma específica de carácter penal en el ámbito internacional, no es óbice, a nuestro modo de ver, para la configuración de la

¹⁶³Cfr. "Derechos Humanos y limitaciones políticas en las transiciones democráticas del Cono Sur" José Zalaquett en Colección de Estudios CIEPLAN N° 33, Diciembre de 1991, pag. 147-186.

responsabilidad internacional del Estado. La sola existencia de normas que imperan un determinado comportamiento jurídico obligatorio para los Estados, implica responsabilidad; pensar lo contrario sería, por lo demás, sustentar la irresponsabilidad del Estado en éste ámbito desconociendo, de paso, todo valor y eficacia a las normas que exigen de parte de los Estados ciertos comportamientos ante sus nacionales y ante la comunidad internacional.

Sin que entremos al análisis de los procedimientos internacionales de denuncias, y avocándonos directamente al tema de las consecuencias de la responsabilidad internacional podemos señalar que los rasgos más típicos de ella son los siguientes:

- a) Estamos en presencia de una responsabilidad *sui generis*, diferente en su definición y efectos a todo otro tipo de responsabilidad jurídica.
- b) Esta responsabilidad tiene por presupuesto el incumplimiento de obligaciones jurídicas contenidas en tratados sobre derechos humanos, o bien, la comisión de un hecho ilícito internacional, tipificado también en un tratado internacional.
- c) La conducta generadora de responsabilidad internacional en este ámbito configura genéricamente una violación de derechos humanos.

d) El sujeto responsable internacionalmente será siempre el Estado, sin perjuicio de las responsabilidades individuales de otro orden que puedan atribuir normas particulares.

e) El incumplimiento originador de una violación de derechos humanos debe haber ocasionado un daño o perjuicio a una persona o grupos de personas determinadas.

f) Pueden comprometer la responsabilidad del Estado una variedad de órganos y agentes.

g) El Estado responsable se encuentra en la obligación de reparar los daños ocasionados al afectado y se debe sujetar a las demás sanciones que el Derecho internacional determine.

La faz más relevante y menos desarrollada de la responsabilidad internacional del Estado, es sin duda la relativa a las consecuencias de ella. Hasta ahora, la doctrina y jurisprudencia internacional están contestes en que la reparación es un efecto indiscutido de la responsabilidad internacional. Se ha dicho, por ejemplo, "que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente..."¹⁶⁴. Los problemas aparecen en relación a las maneras o formas de obtener la reparación producto de la violación de

¹⁶⁴Corte I.D.H., *Caso Velazquez Rodriguez; Caso Godínez Cruz*, ob.cit.

derechos humanos, teniendo presente que muchas violaciones simplemente no son plenamente reparables como acontece con el asesinato, tortura, la desaparición forzada de personas, etc. Sobre este punto la jurisprudencia ha señalado que "la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior (a la violación de la Convención) y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extra-patrimoniales incluyendo el daño moral".¹⁶⁵ Este concepto jurisprudencial, ciertamente que es insuficiente, sin que nos dé solución a las situaciones planteadas recién como asesinatos y torturas, donde la reparación, expresada, no compensa en su justa medida el daño ocasionado. Al respecto, la Corte Interamericana, ha reconocido la deficiencia de las sanciones en situaciones como las planteadas sin que, en todo caso, plantee una solución sancionatoria más conveniente. Al respecto ha señalado que la *restitutio in integrum* "se refiere a un modo como puede ser reparado el efecto de un acto ilícito internacional, pero no es la única forma como debe ser reparado, porque puede haber casos en que no sea posible, suficiente o adecuada."¹⁶⁶

La escasa pero emergente jurisprudencia internacional sobre la materia, unida al marcado carácter civilista de las sanciones que se han aplicado, nos hace

¹⁶⁵C.I.D.H., caso Velásquez...; caso Godínez..., op.cit.

¹⁶⁶Corte I.D.H., caso Aloeboetoe y otros: Reparaciones, sentencia del 10 de septiembre de 1993,

plantearnos ya una formulación global de las sanciones por violaciones de derechos humanos. No basta con la mera declaración de responsabilidad de un Estado, ni basta con sanciones de tipo pecuniario insignificantes para el Estado infractor. Se hace necesaria a nuestro modo de ver la implementación de un Derecho penal internacional¹⁶⁷ que se constituya en un verdadero intimidador para quienes piensen en violar los derechos humanos. Consecuente con ello las sanciones deben tener y significar un detrimento al Estado infractor frente a la comunidad internacional, una amenaza real más gravosa frente a la conducta violatoria y que importe, en definitiva, un cambio de conducta en el Estado sancionado y una advertencia real para los que potencialmente se vean tentados en hacer abuso del poder. Todo esto supone, por cierto, la existencia de una voluntad política especial de parte de la comunidad internacional en su conjunto, antecedente fundamental para concretar las aspiraciones anteriores.

4.3. Responsabilidad del Estado ante el Derecho interno.¹⁶⁸

El tema de la responsabilidad del Estado ante el derecho interno es un tema jurídico poco desarrollado, tanto desde el punto de vista doctrinario como desde el del Derecho positivo -al menos en lo que toca al ordenamiento jurídico chileno-. Los

párrafo 43.

¹⁶⁷ Cabe destacar, al respecto los esfuerzos por crear un Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, proyecto aprobado por la ONU en 1981; el proyecto de artículos sobre Responsabilidad internacional de los Estados en el que se incluye la noción de crimen internacional, aún en estudio; y el acuerdo de junio de 1998 que crea el Tribunal Penal Internacional.

¹⁶⁸ Este punto será desarrollado con especial referencia al Derecho público chileno.

enfoques tradicionales de este tema tienden a asimilar las responsabilidades del Estado a las que reglamenta el Derecho común. Es así como suele asimilarse la responsabilidad civil extracontractual con la responsabilidad que le cabe al Estado cuando comete un acto que ocasiona perjuicio sin que medie algún vínculo contractual o convencional.

Esta situación no es más que fruto del fuerte influjo privatista que ha invadido por décadas al Derecho público, carente de una identidad propia y definida, situación originada con la complicidad de creadores, aplicadores y operadores del Derecho.

Sin embargo, ya durante el siglo XIX se vislumbran algunos atisbos de responsabilidad del Estado con rasgos propios y se comienzan a abandonar estos conceptos privatísticos para pasar a la adopción, vía jurisprudencial, de conceptos propiamente iuspublicistas. Es así como se comienza a hablar de la responsabilidad del Estado ¹⁶⁹ como un tipo de responsabilidad dotada de rasgos jurídicos propios, distinta y diferenciada a las responsabilidades tradicionales entregadas por el Derecho común.

En el siglo XX estos atisbos de autonomía tienden a asimentarse jurisprudencialmente hasta que pasada la mitad del siglo se experimenta un abandono de los sustentos iuscivilistas para irrogar responsabilidad al Estado. A

169Consultar por ejemplo, caso *Fuschs y Plath con Fisco*, de 1908, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 5, parte 2ª, sección 2ª, pag. 55 y sgtes.; *Abalos con Fisco*, de 1835 en *Gaceta*

partir de ese momento la jurisprudencia será más o menos uniforme en reconocer que al Estado le cabe un tipo de responsabilidad especial cuando transgrede el derecho ocasionando perjuicios.¹⁷⁰

En efecto, la responsabilidad que le cabe al Estado por violaciones a los derechos humanos y en general por actuaciones que lo comprometan y en las que se causa perjuicio, es una responsabilidad distinta al resto de las responsabilidades como veremos a continuación en sus rasgos más fundamentales.

Anteriormente vimos algunos sucintos aspectos de la responsabilidad del Estado ante el Derecho internacional. Al respecto cabe que nos preguntemos ahora ¿Qué ocurre con la violación de derechos humanos a nivel interno? ¿Cuál es la responsabilidad y cuales sus alcances y efectos a nivel del Derecho interno?

Como anticipáramos recién, la responsabilidad del Estado ante el Derecho interno es distinta y presenta rasgos jurídicos propios, diametralmente distintos a los tradicionalmente conocidos al interior del Derecho civil o penal, por ejemplo.

Cuando es el Estado el que se involucra en actos de ilicitud existe un plus de mayor reprochabilidad de sus conductas contrarias a Derecho, por cuanto estamos en

de los Tribunales Año 49-1890 N° 3001, sentencia 5.185, pag.1835 y sgtes.
170Consultar caso Becker con Fisco de 1965 en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 62, 2ª parte, 1ª sección, pag.6-13.; recurso de queja de Klimpel Alvarado, Felicitas de 1981, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 78, 2ª parte, 5ª sección, pag. 326-335; caso Comunidad Galletué con Fisco de 1984 en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 81, 2ª parte, 5ª sección, pag.181-189.; caso Hexagón Ltda. con Fisco de 1987 en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 83, 2ª parte, 5ª sección, pag. 170-180; caso Tirado con Municipalidad de la Reina de 1981 en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 78, 2ª parte, sección 5ª, pag. 35-44.

presencia de un sujeto garante del respeto al Derecho; no se trata de un sujeto cualquiera a quién se le exige un comportamiento medio, sino que estamos ante un sujeto especialmente responsable, en tanto tiene, por mandato constitucional, el resguardo y cuidado de la comunidad en su conjunto; en este sentido, el Estado está investido de la más alta responsabilidad, en tanto máximo garante y cautelador de los intereses generales y superiores de la Nación. Consecuente con ello, cuando el Estado incurre en conductas lesivas, debe responder por dicho daño o menoscabo de una manera distinta a como lo hacen los particulares. Esta manera distinta básicamente dice relación con mayores resguardos para los particulares afectados, mayores garantías para perseguir las responsabilidades y una mayor reprochabilidad por el acto ilícito.

Veamos a continuación cuales son estas características que definen la responsabilidad del Estado, en el marco de las violaciones de derechos humanos.¹⁷¹

Cuando un Estado ha incurrido en una violación de derechos humanos con las características que hemos definido en el presente capítulo surge de inmediato una consecuencia jurídica de singulares características que hemos denominado "responsabilidad". Esta, en lo que toca a sus alcances al interior del Derecho interno, exige en primer término de la existencia de un **daño**. El daño implica un detrimento o un menoscabo material o moral sufrido por alguien o algo, o más genéricamente,

¹⁷¹Cfr. Soto Kloss, Eduardo., *op.cit.*

una afectación real y comprobable a un bien jurídico digno de protección. No siempre el daño puede producirse respecto a una persona sino que lo sustancial es que el daño afecte a un bien jurídico como puede ocurrir por ejemplo con el medio ambiente, independiente de si con su afectación se daña a persona determinada. Los bienes jurídicos dignos de protección son determinados por los ordenamientos jurídicos y si en algún sentido son afectados o menoscabados, existirá el daño.

En segundo término, es necesario que el daño ocasionado sea contrario a Derecho, o sea, es necesaria la **antijuridicidad** del daño por cuanto éste por si solo no da pie para su reprochabilidad. Muchas veces nos vemos afectados por situaciones que implican un daño efectivo pero que no son, en sí mismas antijurídicas. Así ocurre, por ejemplo, con el establecimiento de cargas públicas, con la afectación de la propiedad o el medio ambiente para la realización de obras en beneficio de la comunidad, etc. La antijuridicidad del daño estará determinada por lo que el ordenamiento jurídico establezca como antijurídico o ilícito y en consecuencia deberemos revisar sus normas para determinar si existe o no entre ellas una excusa legal absoluta del daño; de no existir dicha norma el daño deberá ser reparado, en virtud de las normas jurídicas vigentes y en virtud del principio de que nadie se encuentra obligado a sufrir menoscabos en su persona o patrimonio ilegítimamente y en virtud del principio de que el que ocasiona un daño se encuentra en la obligación de repararlo.

Luego es necesaria la intervención de un sujeto autor del daño: **el Estado, por medio de alguno de sus órganos**. La responsabilidad siempre debe ser imputable a algún sujeto y para el caso de la responsabilidad por violación de derechos humanos esta corresponde al Estado, único sujeto que puede cometer, técnicamente, éste tipo de ilícitos.

El Estado como ya vimos, puede actuar a través de un sinnúmero de personas e instituciones; la acción u omisión de cualquiera de ellas, en tanto signifique de manera inequívoca la actuación del Estado, generará la responsabilidad objetiva de éste, sin perjuicio de las responsabilidades ordinarias que puedan caberle al individuo, persona o institución que cometió la violación. El Estado puede responder tanto en cuanto Estado administrador, legislador o juzgador, pero también puede responder por la acción de todos aquellos que sin que formalmente ostenten representación de dichos poderes, actúen de hecho o de manera inequívoca por el Estado, situación que se resolverá caso a caso por los tribunales de Justicia si es necesario.

Por último, la responsabilidad del Estado respecto a una violación de derechos humanos, requiere de, precisamente, la violación o transgresión de un “derecho humano fundamental”, que, para los efectos de hacer efectiva dicha responsabilidad a nivel del Derecho interno, tendrá que estar consagrada y garantizada por alguna norma del ordenamiento jurídico interno, que generalmente será la Constitución

Política. Lo fundamental respecto a este último elemento es que se trate de la responsabilidad estatal por violación de un derecho humano, circunstancia especial para los efectos de establecer la responsabilidad del Estado a nivel interno, en tanto que dicha responsabilidad, genéricamente, incluye o puede incluir cualquier daño o afectación a cualquier bien jurídico si se encuentra el Estado involucrado en ella.

La responsabilidad del Estado por violaciones de derechos humanos es la responsabilidad de una persona jurídica: el Estado manifestado por medio de sus diversos órganos públicos, autoridades, servicios, etc., y cuyo estatuto jurídico no es sino la propia Constitución Política de la República, en primer término, más el estatuto jurídico especial de Derecho público que corresponda, según sea el organismo violador.¹⁷² Este tipo de responsabilidad es propia del Derecho público; es una responsabilidad constitucional y cuyo fundamento jurídico lo encontramos en la misma Carta Fundamental chilena, la que a propósito del establecimiento del “principio de juridicidad” en los arts 6 y 7, señala en la parte que nos interesa:

Art.6 inc.3º: "La infracción a esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley."

"Art.7 inc.3º": Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale."

172Ello es sin perjuicio de la responsabilidad estatal cometida por entes que no cuentan con personalidad jurídica o con un estatuto orgánico especial, como puede ser el caso de organismos de

Asimismo, la Carta Fundamental, más adelante establece en el Capítulo IV sobre "Gobierno" y al interior del título "*Bases generales de la Administración del Estado*", la llamada **acción de responsabilidad del Estado** insinuada en los anteriores arts.6 y 7:

Art.38 inc.2º: "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño."

Esta norma de rango constitucional es desarrollada y complementada, aunque muy escuetamente, por la ley orgánica constitucional N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado.

En el ordenamiento jurídico chileno, la responsabilidad del Estado, es prácticamente una materia reservada a los tratadistas y iuspublicistas, sin que la jurisprudencia ni los legisladores, le hayan dado el tratamiento debido que se merece. Es en virtud de ello que su operatividad se ha visto y se ve muy reducida en relación a otro tipo de acciones de responsabilidad.

facto que actúan para el Estado o el caso de personas naturales que actúan en igual sentido.

La doctrina le ha dado fisonomía a este tipo de responsabilidad. Partiendo por otorgarle rasgos y definiciones propias del Derecho público. Se ha dicho también que a diferencia de las responsabilidades comunes civiles o penales, la responsabilidad del Estado no se cimienta en los elementos subjetivos dolo o culpa, sino que se trataría de una responsabilidad de carácter objetiva que atiende únicamente al daño efectivamente causado, independientemente de la intencionalidad. Esta innovación, de carácter excepcional para el Derecho chileno, se encuentra en armonía con los rasgos y fundamentos propios de este tipo de responsabilidad, en tanto exige de parte del sujeto obligado -el Estado- una conducta de permanente resguardo y cautela de sus acciones para un amparo efectivo de los derechos de las personas.

Se ha dicho¹⁷³, asimismo, que para la persecución de este tipo de responsabilidad no correría prescripción alguna, cuestión que de igual modo es de absoluta excepcionalidad en el Derecho chileno. Ello, en razón de que en materia de derecho público, por existir un interés público, no es posible el saneamiento de los actos dañosos cometidos por los órganos del Estado, a diferencia del derecho privado, donde sólo juega el interés de las partes y por lo tanto la posibilidad de sanear los actos viciados; y además por una razón de texto, en sentido de que en el ámbito del derecho privado se encuentra normada la prescripción de manera expresa, situación que no ocurre en la constitución política ni en otro texto vinculado, lo que

¹⁷³ *Cfr. Soto Kloss, Eduardo., op.cit.*

no daría pie para inventar una prescripción que no existe, teniendo en cuenta además que no es posible sostener la aplicación analógica de la prescripción y las normas civiles en materia de derecho público por contrariar la naturaleza y principios de este último, donde sólo puede hacerse aquello que expresamente está permitido; por último, por la sencilla razón de que la regla de la imprescriptibilidad se encuentra en mayor armonía con el principio *pro hominis* de interpretación de los derechos humanos que obliga a establecer criterios pro defensa de los derechos humanos y no al revés.

La institución de la imprescriptibilidad en todo caso existe en ciertos casos, a nivel del Derecho interno, por ejemplo, para resguardo civil del medio ambiente (acción posesoria), y a nivel internacional para la persecución del delito de genocidio, entre otros.

Por las razones anteriores y considerando que la acción de responsabilidad del Estado involucra al máximo garante de los derechos de las personas y teniendo en cuenta que muchas veces se trata de acciones graves y deliberadas violatorias de derechos humanos básicos, es que a nuestro juicio, se encuentra plenamente justificada la imprescriptibilidad de esta acción como una institución que debiera efectivamente plasmarse a nivel de Derecho positivo. Sin embargo, cabe dejar planteada la duda no resuelta acerca de lo que ocurriría con la acción civil indemnizatoria surgida de la violación de derechos humanos. A nuestro juicio, la

responsabilidad derivada de una violación de derechos humanos es perfectamente divisible como ocurre de acuerdo a las reglas generales; esto es, de un hecho punible pueden nacer distintas acciones civiles y/o penales cada una de ellas para la satisfacción de distintos intereses y sujetas a sus propias reglas. En materia de derechos humanos, la acción civil derivada del ilícito debiera regirse por las reglas de prescripción civil ordinaria, establecidas por la legislación civil, dada la naturaleza del interés jurídico -patrimonial- y teniendo en cuenta la falta de regulación especial sobre la materia.

4.4. La Responsabilidad Ordinaria.

Fuera de la responsabilidad estatal que genera una violación de derechos humanos - responsabilidad que por lo demás es la propia para el tipo de ilícito que analizamos- existen y se pueden generar responsabilidades de otro orden. En efecto, cada vez que se comete una violación de derechos humanos por parte del Estado pueden concurrir y originarse responsabilidades civiles, penales, administrativas u otras especiales. Ello, por ejemplo, nos lo demuestran los términos explícitos del art.38 inciso 2° de la constitución chilena al establecer que la responsabilidad del Estado es,

"...,sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño."

La responsabilidad por una violación de derechos humanos genera en primer término una responsabilidad para el Estado de tipo constitucional, regida por el Derecho Público y eventualmente una responsabilidad internacional si hay compromisos internacionales sobre el particular. Pero, simultáneamente y sin perjuicio de las responsabilidades anteriores, pueden establecerse responsabilidades individuales para todos aquellos que participaron en el acto violatorio. A modo de ejemplo, el funcionario policial que detiene ilegalmente a una persona puede ser responsable administrativamente por la comisión de un acto que vulneró el ámbito de sus atribuciones o fue ejecutado sin apego a Derecho, por el cual podrá ser amonestado, suspendido o expulsado del servicio, por ejemplo; civilmente, si con ello se ha provocado un perjuicio civil indemnizable; y penalmente si el acto a su vez configura un ilícito penal expresamente contemplado con una pena en la legislación penal.

Las responsabilidades descritas no son excluyentes pero ciertamente pueden afectar a distintos sujetos y traducirse en distintas consecuencias o efectos. Quien se vea afectado por una violación de derechos humanos verá en consecuencia cual es el mecanismo procesal que desea ocupar para restablecer su derecho adulterado.

Las responsabilidades son perfectamente acumulables y en tal sentido debemos tener presente que pueden coexistir simultáneamente responsabilidad por violación de derechos humanos con otros tipos de responsabilidades. En concreto,

puede el Estado ser responsable de una violación de derechos humanos ante la comunidad internacional, y a la vez ser responsable, como Estado, ante el derecho interno, sin perjuicio, además, de las responsabilidades administrativas, civiles y penales que correspondan al agente o agentes que incurrieron en el ilícito.

5.PRINCIPALES CATEGORÍAS INTERNACIONALES DE VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS.

Sin perjuicio de las deficiencias que aún presenta el ordenamiento internacional en el campo de los derechos humanos se han realizado importantes esfuerzos a nivel internacional por instituir delitos o crímenes internacionales¹⁷⁴. Concretamente, la experiencia de la segunda guerra mundial llevó a la tipificación de algunos ilícitos internacionales particulares constitutivos de graves violaciones de derechos humanos que, con el tiempo, han obtenido un mayor reconocimiento y desarrollo en el Derecho internacional.

5.1. Crímenes contra la Paz, Crímenes de Guerra y Crímenes contra la

¹⁷⁴ Cabe destacar el proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, encomendado por la Asamblea General de la ONU a la Comisión de Derecho Internacional, por resolución 177 (II) de 21 de noviembre de 1947, iniciativa postergada y retardada en diversas ocasiones y que aún no cuenta con el producto que se propuso originalmente. Cabe destacar en todo caso que con fecha 10 de diciembre de 1981 la Asamblea General, por resolución 36/106 aprobó el "Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad" el que ha sido objeto de múltiples estudios posteriores a nivel de diversa instancias.

Humanidad.

Los casos de mayor desarrollo y sistematicidad internacional, surgieron tempranamente de las prescripciones del **Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg**, conformado con posterioridad a la II Guerra Mundial¹⁷⁵ para sancionar a los responsables de las atrocidades cometidas al provocar la guerra y en el curso de la misma. En su artículo 6 el Estatuto distinguió entre los llamados crímenes contra la Paz, crímenes de Guerra y crímenes contra la Humanidad.

Los **crímenes contra la paz**, básicamente, consisten en una agresión armada. Se trata de un ilícito internacional cometido por un Estado en contra de otro, consistente en el ejercicio ilegítimo de la fuerza como mecanismo de solución de controversias, situación denominada guerra de agresión y que si bien constituyó la forma normal de solución de conflictos en el pasado, hoy consta del mayor reproche internacional, sobre todo luego de las trágicas experiencias de las dos guerras mundiales y fruto de las cuales se concibió conceptualmente este delito internacional como uno de los primeros y de mayor gravedad. Se excluyen de los supuestos de este ilícito aquellas intervenciones armadas internacionales que constan de legitimidad en virtud del Derecho internacional, como por ejemplo, aquellas que surgen producto de un acuerdo del Consejo de Seguridad de la ONU para repeler

175El tribunal fue instituido por el Acuerdo de Londres el 8 de agosto de 1945 y su actuación la realizó entre el 14 de noviembre de 1945 hasta el 1 de octubre de 1946.

una agresión ilegítima, situación por lo demás, también, absolutamente excepcional.

De acuerdo al art.6 letra a) del Estatuto se consideran crímenes contra la paz:

"...la dirección, la preparación, el desencadenamiento o la persecución de una guerra de agresión, o de una guerra en violación de los tratados, garantías o acuerdos internacionales, o la participación en un plan concertado o en un complot para la perpetración de cualquiera de los actos precedentes".

Los **crímenes de guerra**, en segundo término, se encuentran definidos por el art. 6 letra b) del Estatuto del Tribunal de Nuremberg y el Protocolo I de los Convenios de Ginebra. El primero de ellos señala que son crímenes de guerra:

"...la violación de las leyes y de las costumbres de guerra. Estas violaciones comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, los malos tratos o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil en los territorios ocupados, el asesinato o los malos tratos de los prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificada de ciudades y de pueblos o la devastación no justificada por las necesidades militares."

El segundo por su parte estableció que:

"las violaciones graves de los Convenios y del mismo Protocolo deben ser consideradas como crímenes de guerra."

Es claro ,en consecuencia, que los crímenes de guerra se producen producto de la violación de las leyes de la guerra contenidas en las Convenciones de Ginebra, de tal manera que configuran propiamente violaciones de Derecho internacional humanitario. Estas leyes reúnen el conjunto de normas jurídicas internacionales que regulan las situaciones de guerra; si se quiere, corresponden a las normas sobre derechos humanos aplicables en situaciones excepcionales, como lo es un conflicto armado y su objeto es ir en resguardo de los intereses y derechos humanitarios de aquellas personas víctimas de la guerra.¹⁷⁶

Es así, por ejemplo, que entre sus prescripciones encontramos la prohibición de la toma de rehenes, la prohibición del asesinato de los prisioneros de guerra, el rechazo al uso de armas de exterminio masivo, tales como las armas bacteriológicas, la obligación de respetar a la población civil, etc.

Sin perjuicio de lo anterior, cada uno de los Convenios de Ginebra establece en uno de sus artículos una serie de infracciones consideradas graves, a saber: el

176Materia que no abordamos en este estudio por cuanto constituye en si mismo un sistema completo y distinto del sistema de derechos humanos (en sentido estricto).

homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario.¹⁷⁷

Los Estados que estando involucrados en conflictos sujetos a las leyes de la guerra contenidas, como se dijo, básicamente, en los Convenio de Ginebra junto a sus protocolos, vulneren sus prescripciones y contenidos, se ven potencialmente sujetos a los reproches y sanciones de carácter internacional que contemplan dichas normas incurriendo en responsabilidad internacional por violación del Derecho humanitario internacional.

Los **crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad**, por último, fueron definidos imperfectamente por el mencionado art.6 letra c) del Estatuto del Tribunal de Nuremberg de la siguiente manera:

"...el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y todo acto

¹⁷⁷ Cfr. Art.50 del Convenio I, art.51 del Convenio II, Art.130 del Convenio III y art.147 del

inhumano cometido contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o bien las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos o persecuciones hayan constituido o no una violación del derecho interno del país donde hayan sido perpetrados, sean cometidos al perpetrar un crimen sujeto a la jurisdicción del Tribunal o en relación con él."

Este concepto fue reformulado más tarde por la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad¹⁷⁸, la que señala en el Preámbulo:

"Considerando que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad figuran entre los delitos de derecho internacional más graves,"

Y preceptuando en su art.1 letra b) que son imprescriptibles:

"Los crímenes de lesa humanidad, cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz,..."

De acuerdo a lo expresado por el Consejo de Seguridad de la ONU "los crímenes de lesa humanidad son actos inhumanos de carácter gravísimo, tales como el asesinato, la tortura o la violación, cometidos como parte de un ataque

Convenio IV.

178Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 26 de noviembre de 1968 por medio de la Resolución

generalizado o sistemático contra la población civil por razones nacionales, políticas, étnicas, raciales o religiosas."¹⁷⁹

En consecuencia, queda claro que los crímenes antes descritos configuran formas graves de violaciones de derechos humanos, generando ciertamente responsabilidad internacional para el Estado violador. En efecto, la Convención sobre imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad señala en su art.2 y 3 la necesidad de aplicar la imprescriptibilidad a los autores de los actos violatorios para su efectiva sanción y permitir la extradición de los mismos con igual propósito.

En relación a este importante tipo de delito internacional cabe dejar en claro que puede ser cometido tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz; su persecución es de carácter internacional en el sentido que si en el país de origen no se sanciona a los responsables, ésta puede ser perseguida por cualquier otra persona o institución extranjera. Ello no es otra cosa que el correlato necesario a lo gravísimo del ilícito, situación que se encuentra en armonía con el carácter imprescriptible e inamnistiable de este delito, conceptos que han ido asimentándose, entre los tratadistas internacionales.

2391 (XXIII).

179Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, S/25704, 3 de mayo de 1993, párrafo 48, citado en *Desapariciones forzadas y homicidios políticos. La crisis de los derechos humanos en los noventa. Manual para la acción.* EDAI, 1994, pag.122.

El tema de la imprescriptibilidad e inamnestiabilidad es uno de los aspectos jurídicos más relevantes y propios de la categoría tripartita de delitos contra la paz, de guerra y contra la humanidad. En efecto, la materia fue expresamente tratada en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad la que en su art.4 establece:

"Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a adoptar con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueren necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena establecida por la ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los artículos I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida."

Por su parte el referido art.1 y 2 establecen que los crímenes imprescriptibles son los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido.

En cuanto a la amnistía no existe todavía un instrumento especial de carácter internacional que expresamente se refiera a ella. Sin perjuicio de ello, los Convenios de Ginebra sobre Derecho internacional humanitario contemplan algunas normas sobre el tema, aplicables por cierto sólo a situaciones de anormalidad institucional, específicamente, conflicto armado. Entre ellas tenemos por ejemplo, los art.146, 148

y 158 del Convenio IV que obligan a los Estados a:

Art. 146."...tomar las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente."

Art.148."Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior."

Una referencia expresa sobre la amnistía contempla el Protocolo II Adicional a los Convenios que expresa:

“Artículo 6 – Diligencias penales.

5. A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.”

Por su parte, "la doctrina ha afirmado, que se violaría también la Convención

de Imprescriptibilidad, si en la aplicación de la amnistía los Estados llegasen a infringir el art.4 de la misma, ya transcrito, ya que si una política incluye medidas de clemencia, éstas deben ser concordantes con los límites impuestos a la discrecionalidad de los Estados por el Derecho internacional. El permitir la aplicación de la amnistía en todo caso y sin considerar en su globalidad la normativa internacional, implicaría hurtar las normas de imprescriptibilidad, ya que esta institución atentaría contra el objetivo señalado en el preámbulo de la Convención que señala:¹⁸⁰

"La represión efectiva de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para prevenir estos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, y pueden fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz."

Asimismo, existe jurisprudencia que postula "que una ley de amnistía que prohíba la investigación, el establecimiento de los responsables, y la sanción para los agentes del Estado que resulten responsables, viola las obligaciones internacionales del Estado y de sus órganos, constituyéndose en impedimentos legales al cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados internacionales."¹⁸¹

¹⁸⁰Zalaquett, José. Documento "Resúmenes de presentaciones en clases" (anexo a apuntes), pag.8.

¹⁸¹Informe de la I.Corte de Apelaciones de Santiago, op.cit., pag.10-11; caso Velázquez Rodríguez, op.cit.

5.2. Algunos Crímenes Internacionales Especiales¹⁸².

Fuera de la clasificación tripartita efectuada por el Tribunal de Nuremberg existen crímenes de carácter internacional que presentan rasgos y definiciones propias¹⁸³, lo cual no significa que se encuentren fuera de alguna o algunas de las categorías anteriores. A continuación haremos breve revisión de los más importantes internacionalmente:

A) El Genocidio.

Un tipo de violación de derechos humanos especialmente reglado en cuanto a su tipo y a sus efectos la constituye el delito de genocidio, reconocido ya por el tribunal de Nuremberg y por la Asamblea General de la ONU en 1946 al declararlo un crimen de Derecho Internacional¹⁸⁴. Hoy se le reconoce como un crimen de lesa humanidad específico y para el cual existe una Convención especial denominada "Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio".¹⁸⁵

¹⁸² Cfr. Blanc. Antonio., *op.cit.* parte segunda.

¹⁸³ No existe una definición genérica positivizada de crimen internacional. No obstante ello, el art.19 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados lo define como "el hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto.", e luego establece, sin carácter taxativo, 4 supuestos o categorías: a) violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, b) violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, c) violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, d) violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y protección del medio humano.

¹⁸⁴ Resolución 96 (I) de 11 de diciembre de 1946.

¹⁸⁵Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 9 de diciembre de 1948 por medio de la Resolución

El genocidio según el art.2 de la Convención se tipifica por actos:

"...perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:"

El propio art.2 enumera estos actos de manera taxativa, a continuación:

- "a) Matanza de miembros del grupo;***
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;***
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;***
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;***
- e) Traslado por la fuerza de niños de un grupo a otro grupo."***

Son los arts.3 y 4 los que establecen la responsabilidad por la comisión de esta violación de derechos humanos, señalando el art.3 que:

"Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán castigados, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares."

El art.4 por su parte encomienda a los Estados, como es común en materia de responsabilidad internacional, la misión de establecer los mecanismos necesarios para hacer efectiva la responsabilidad por actos de genocidio.

B) Las Desapariciones Forzadas.

Otro tipo de conductas, constitutivas de graves violaciones a los derechos humanos generadoras de responsabilidad internacional, las conforman las prácticas de desapariciones forzadas.

"Las desapariciones forzadas...pueden constituir crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o actos de genocidio."¹⁸⁶ En este sentido sus efectos son los propios de este tipo de crímenes. Su regulación específica la encontramos en la "Declaración sobre la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas"¹⁸⁷ y en una convención regional del sistema americano de derechos humanos sobre desapariciones forzadas denominada "Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas."¹⁸⁸

¹⁸⁶Desapariciones forzadas y homicidios políticos. La crisis de los derechos humanos en los noventa. Manual para la acción. EDAI, España, 1994, pag.111.

¹⁸⁷Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1992 por medio de la Resolución 47/133.

¹⁸⁸ Adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

La Declaración, si bien, no define esta práctica, de su preámbulo si se colige una definición al prescribirse en su tercer párrafo los siguientes elementos caracterizadores:

"...se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley,"

la Convención Interamericana sobre la materia, en cambio, define expresamente el ilícito señalando en su art.2:

“Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.”

Las desapariciones forzadas, lamentablemente, son un ejemplo emblemático de violaciones de derechos humanos, práctica que se ha hecho común entre las dictaduras de pos guerra a nivel mundial. Constituyen tal vez uno de los crímenes internacionales más repudiados y graves que se puedan cometer por cuanto implica la violación de "...una gama de derechos humanos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y enunciados en el PIDCP, así como en otros importantes instrumentos internacionales de derechos humanos."¹⁸⁹, tales como el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y psíquica y consiguientemente a no ser objeto de torturas, el derecho a la libertad, el derecho a la seguridad personal, el derecho a no ser detenido o arrestado arbitrariamente, entre muchos otros derechos derivados de estos.¹⁹⁰

C) Las Ejecuciones Extralegales.

Las ejecuciones extralegales o extrajudiciales constituyen también un gravísimo delito, por cuanto vulnera abiertamente todos los principios y garantías relativos al debido proceso y por cierto el derecho a la vida, entre otros derechos.

Este delito se encuentra recogido jurídicamente en una serie de resoluciones

¹⁸⁹Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Folleto Informativo N°6 de las Naciones Unidas, 1989, pag.5.

¹⁹⁰Cfr. Soto Oyarzún, Lorenzo, "Víctimas del abuso del poder político: las desapariciones forzadas de personas", 1995.

de la ONU denominadas comúnmente "Ejecuciones sumarias o arbitrarias"¹⁹¹, las que establecen las reglas mínimas que deben respetarse en el evento extremo de tener que privar de la vida a una persona.

Intentando dar una definición sobre esta figura recogemos la vertida por el tratadista Antonio Blanc quien sostiene que ejecución extralegal comprende "...a todas las muertes o privaciones de la vida realizadas fuera de la Ley, incluyendo por consiguiente tanto las producidas como consecuencia de una sentencia dictada en violación de las garantías jurídicas y procesales mínimas establecidas por el Derecho Internacional (aunque dicha sentencia se ajuste al derecho interno del Estado en cuestión), como las producidas por la acción directa o indirecta de las autoridades públicas en el curso de sus actuaciones, por grupos de personas que actúan por instigación, complicidad o tolerancia de las mismas."¹⁹²

D) La Tortura.

La tortura, por su parte, se la considerado un delito internacional, históricamente, con marcados rasgos propios; en efecto tiene su propia regulación internacional por medio de la "Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels,

191Cfr. Resolución 35/172 de 15 de diciembre de 1980; Resolución 36/22 de 9 de noviembre de 1981; Resolución 37/182 de 17 de diciembre de 1982; Resolución 38/96 de 16 de diciembre de 1983; Resolución 39/110 de 14 de diciembre de 1984; Resolución 40/143 de 13 de diciembre de 1985; Resolución 41/144 de 4 de diciembre de 1986; Resolución 44/162 de 15 de diciembre de 1989.
192Blanc Altemir, Antonio., op.cit., pag.382.

Inhumanos o Degradantes"¹⁹³ de la ONU, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura¹⁹⁴, la Convención Europea para la Prevención de la Tortura y de Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes¹⁹⁵, entre otros instrumentos regionales y universales que se refieren a ella.

El art.1 de la Convención define tortura como:

"...todo acto por el cual se inflige intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de una tercera persona información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o accidentales a éstas."

Similar definición encontramos en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, así como en los demás instrumentos que se refieren

¹⁹³Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1984 por medio de la Resolución A/39/46.

¹⁹⁴Suscrita el 9 de diciembre de 1985 en Cartagena de Indias, Colombia.

¹⁹⁵Adoptada el 26 de noviembre de 1987 en Estrasburgo.

a ella proscribiéndola.

E) El Apartheid.

El apartheid, finalmente, es también considerado un delito singular, sin perjuicio de ser considerado por la Convención que lo regula como un crimen de lesa humanidad que viola los principios del derecho internacional (art.1 de la Convención). La "Convención sobre la Represión y Castigo del Crimen del Apartheid"¹⁹⁶ define este crimen en su art. 2 como el conjunto de,

"...políticas y prácticas de segregación y discriminación racial, tal como se practican en Africa Meridional" cometidas "con el fin de instituir y mantener la dominación de un grupo racial de personas y de oprimirlos sistemáticamente."

196Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 30 de diciembre de 1973 por medio de la Resolución 3068 (XXVIII).

CAPÍTULO 4

PROBLEMAS EMERGENTES EN TORNO A LOS DERECHOS HUMANOS Y A LA VIOLACION DE DERECHOS HUMANOS

1. INSUFICIENTE TIPIFICACIÓN DE CONDUCTAS VIOLATORIAS DE LOS DERECHOS HUMANOS: DERECHO PENAL INTERNACIONAL.

Sólo a modo de una breve reflexión final, quisiéramos puntualizar que las violaciones de derechos humanos son, en parte, una práctica común de nuestros tiempos debido a la deficitaria tipificación internacional de las conductas constitutivas de las violaciones. Por una parte hace falta un mayor número de

conductas con tipificación penal internacional y con sus correlativas sanciones, y por otra, se hace necesario dotar a las existentes de las ventajas y características propias de una norma penal.

En cuanto al primero de los problemas, existen claras deficiencias normativas sobre tipificación de conductas violatorias graves a los derechos humanos, tales como sobre ejecuciones extralegales, detenciones ilegales, etc.

Respecto a la deficiente tipificación existente debemos señalar, primero, que actualmente sólo existen acotados tratamientos jurídicos específicos, tales como el que reprime la tortura, el apartheid, las desapariciones forzadas y el genocidio, fuera de los delitos genéricos estatuidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y que distinguió entre crímenes contra la paz, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.

Las regulaciones que de dichas violaciones de derechos humanos se hace es insuficiente e ineficaz desde muchos puntos de vista, situación que examinaremos a continuación a través del análisis de la Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio.

El art.2 de la Convención define el Genocidio a través de tres elementos: un acto material -por ejemplo, la matanza de miembros de un grupo-, más la

intencionalidad de cometerlo, más un sujeto pasivo consistente en grupos nacionales, étnico, racial o religioso.

El art.3 por su parte, establece quienes serán castigados por Genocidio, constituyendo, en el fondo una verdadera norma sobre autoría y participación penal.

Los problemas comienzan a plantearse en el art.5, por cuanto, éste entrega a las Partes contratantes la responsabilidad de sancionar el delito, por la vía del compromiso de adoptar las medidas legislativas necesarias para asegurar el establecimiento y aplicación de las sanciones.

Por su parte el art.6 establece perentoriamente que los acusados serán juzgados por un tribunal del Estado en que se cometió el delito; "o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.", según expresa su parte final.

Los problemas que plantea una regulación del tenor señalado consisten, en primer término en la ineficacia a que da lugar el entregar la potestad sancionatoria a los propios Estados en que se ha cometido el delito; los Estados violadores de los derechos humanos ciertamente que no llevarán a la Justicia a sus propios agentes violadores y, generalmente, esa posibilidad queda entregada a manos de los gobiernos sucesores, los que muchas veces no tienen la voluntad política de castigar

a sus predecesores, o bien, se encuentran con trabas de orden institucional que lo hacen muy difícil o imposible.

La alternativa que da la norma en orden a entregar a una corte penal internacional la sanción del delito internacional, ciertamente es más atractiva y ajustada con la justicia; sin embargo ello no es más que una buena aspiración que hoy no tiene mayor aplicabilidad por cuanto no existe una instancia penal internacional que permita hacer operativa la norma, no obstante los esfuerzos que se han hecho para ello. Asimismo, hay que agregar el defecto de que la norma internacional exige el reconocimiento voluntario de la jurisdicción, en lugar de una jurisdicción obligatoria, como ocurre a nivel de los ordenamientos internos; esto que constituye el modo usual de otorgamiento de jurisdicción a nivel internacional, ciertamente, deja sujeta a la mera voluntad de los Estados la competencia del tribunal internacional.

En otro ámbito material, la Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas, por ejemplo, si bien representa un importante avance igualmente presenta algunas de las deficiencias que hemos señalado.

Por una parte logra dar un concepto de la conducta delictiva al definir en su art.2 lo que se entiende por desaparición forzada¹⁹⁷; luego, sin embargo, encomienda

¹⁹⁷ *Supra* 3.5.2. *Delitos Penales Internacionales, letra b) sobre desapariciones forzadas.*

a los Estados el compromiso de adoptar procedimientos y medidas legislativas para tipificar el delito y su pena, lo cual deja a la voluntad y arbitrio de éstos últimos la sanción penal de la conducta ilícita.

En todo caso, esta convención contempla importantes reglas penales no modificables por los Estados Partes en relación al delito de desaparición forzada, como por ejemplo:

- Los hechos constitutivos del delito serán considerados delitos en cualquier Estado Parte.
- La desaparición forzada no se considera delito político para efectos de la extradición.
- Es imprescriptible la acción penal y la pena derivada de ella.
- Los responsables no pueden ser juzgados por jurisdicciones especiales como la militar.
- Se trata de un delito continuado permanente, en tanto no se establezca el paradero o destino de la víctima.

Las situaciones anteriores son sólo algunos ejemplos de parte los mecanismos deficitarios por los que se rige hoy el Derecho internacional; un derecho débil con una institucionalización aún en desarrollo.

La convención, por fin, presenta el inconveniente que permite la formulación de reservas y además, acepta la posibilidad de ser denunciada.

Lo ideal, a nuestro juicio en relación a estos problemas, está dado por una progresiva tipificación cuantitativa y cualitativa de las distintas violaciones de derechos humanos, teniendo como referente necesario a los sistemas penales internos de los países modernos, de tal manera que caminemos por la senda de una mayor protección y garantismo en materia de derechos humanos. Los vicios del hombre son perennes y en tal sentido siempre será necesaria la amenaza de la sanción penal como correlato retributivo y preventivo, para reprimir las violaciones de derechos humanos. La impunidad que hemos ido creando como precedente en la historia moderna de nuestra sociedad puede erigirse en una amenaza a la paz y seguridad de los pueblos si no somos capaces de forjar, un sistema penal internacional relativamente eficaz.

2. ESCASO DESARROLLO DE MECANISMOS PARA HACER VALER LOS DERECHOS CONSAGRADOS, A NIVEL INTERNACIONAL: DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL ORGÁNICO Y FUNCIONAL.

Unido indisolublemente al problema emergente anterior encontramos el relativo a

los mecanismos procesales para hacer plenamente operativas las garantías y derechos humanos. Los progresos a nivel de un derecho penal sustantivo de carácter internacional no servirían de nada si no fueran unidos inseparablemente con un avance a nivel de los procedimientos para hacer efectivos los derechos con sus correspondientes resguardos y sanciones, y con el correlativo establecimiento de instituciones jurisdiccionales encargadas de llevar adelante dichos procedimientos y de aplicar justicia para cada caso en definitiva.

Al respecto algunos avances o progresos incipientes existen a nivel del sistema que ha creado la ONU y a nivel de los sistemas americano y europeo de derechos humanos, sobre todo; los que, en todo caso, se muestran aún precarios y poco operativos.

2.1. Instancias Jurisdiccionales al interior de los Sistemas Internacionales de Derechos Humanos.

Existen diversos órganos creados bajo el alero de los distintos sistemas de derechos humanos (universal y regionales), de los cuales algunos solamente tienen en cierto grado potestad jurisdiccional que implique eventual aplicación de sanciones por violaciones de derechos humanos.

Por ejemplo, a nivel del sistema de la ONU la propia carta de la ONU

establece una Corte Internacional de Justicia¹⁹⁸¹⁹⁹, definido como el órgano judicial de las Naciones Unidas (art.92) y del cual son parte todos los Estados miembros de la ONU. La Carta de la ONU establece la obligación que tienen los Estados integrantes de la ONU en orden a cumplir las resoluciones que emanen de la Corte y en tanto el afectado sea parte en el litigio, sin embargo, la facultad de imperio o de hacer cumplir lo resuelto queda encomendado al Consejo de Seguridad (art.94). Esta instancia jurisdiccional no se avoca a resolver conflictos jurídicos entre particulares y un Estado, sino aquellos que surjan entre Estados. En relación a su competencia, ésta es de carácter voluntaria y se extiende a lo siguiente conforme a su art.36:

“1.La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes.

2.Los Estados partes en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria ipso facto y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre:

a. La interpretación de un tratado;

b. Cualquier cuestión de derecho internacional;

¹⁹⁸ Cfr. capítulo XIV de la carta de la ONU, arts.92-96.

- c. La existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría una violación de una obligación internacional;*
- d. La naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.”²⁰⁰*

La Comisión de Derechos Humanos, si bien es un órgano político de la ONU tiene la potestad de iniciar investigaciones por violaciones de derechos humanos en virtud de las denuncias que se le formulen directamente o a alguna de sus subcomisiones o grupos de trabajo. Concretamente, si se le presenta alguna situación grave de violación de derechos humanos puede tratar el tema en su período de sesiones y emitir un pronunciamiento sobre dicha situación, e incluso, crear si los hechos lo ameritan, un grupo de trabajo ad-hoc o nombrar un relator especial que se avoque a la situación.

El sistema de la ONU contempla, también, un Comité de Derechos Humanos creado por el art.28 del PIDCP y cuya principal función es examinar los informes que los Estados se encuentran obligados a emitir sobre la situación de los derechos humanos al interior de su respectivo país (art.40 del PIDCP). Asimismo, se contempla la posibilidad de que los Estados efectúen ante el Comité denuncias por violaciones de derechos humanos cometidos por otros Estados (art.41 PIDCP), para

¹⁹⁹ *Sucesora de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 1920.*

²⁰⁰ *Cfr. Salinas Burgos, Hernán. Solución Judicial de Controversias. El Derecho Internacional ante los tribunales internacionales e internos. Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile y Sociedad Chilena de Derecho Internacional, 1995, pag.52.*

lo cual se exige previamente una declaración reconociendo la competencia del Comité para tal efecto. Luego, a nivel del I Protocolo Facultativo se contempla la posibilidad de efectuar denuncias individuales ante el Comité por violaciones de derechos humanos (art. 1 del I Protocolo).

Este sistema procesal universal presente en todas sus instancias, importantes deficiencias. Por ejemplo, en relación a los informes emitidos por el propio Estado es evidente su inoficiosidad para la determinación de la real situación de derechos humanos de cada país, por cuanto vulnera el principio de que nadie puede preconstituir su propia prueba y desde esta perspectiva ciertamente que no puede dárseles mayor valor. En cuanto, por otro lado, al sistema de denuncias interestatales podemos sostener que "es débil, debido a que no es más que un simple procedimiento formal de conciliación y no prevé arreglo judicial o cuasi judicial."²⁰¹, además de su casi nula utilización. Por último, en cuanto al sistema de denuncias individuales, éste exige en primer término que el Estado al que se denuncia sea parte en el Protocolo lo cual evidentemente constituye una exigencia importante; luego, en cuanto a los efectos que este procedimiento produce la verdad es que el sistema es bastante pobre por cuanto sólo establece la obligación recaída en el Comité de efectuar las correspondientes observaciones a las partes (Estado e individuo) (art.5 N°4 del I Protocolo) y escuetamente la obligación de incluir en su informe anual ante la Asamblea General de la ONU, un resumen de sus conclusiones, sin hacer

²⁰¹Grossman, Claudio., *op.cit.*, pag.40.

referencia a sanciones de ninguna naturaleza (art.6 del I Protocolo). En esta materia, en todo caso, la labor de la Comisión ha sido enfocada básicamente hacia las violaciones graves y masivas de derechos humanos, más que a todas y cada una de las denuncias particulares las que han sido presentadas en número considerable desde la instauración del sistema.²⁰²

Por último y en relación al PIDESC procesalmente no se contempla ningún mecanismo de denuncias, ni individuales ni interestatales, estableciendo sólo un sistema de informes sobre las medidas que los Estados han adoptado en relación a los derechos económicos, sociales y culturales (art.16 PIDESC).

A nivel interamericano, las deficiencias de los mecanismos para hacer efectivos los derechos humanos no difieren mucho de las que existen a nivel universal. Estos mecanismos están establecidos en torno a las competencias de los dos órganos del sistema: la Comisión y la Corte Interamericana (art.33 de la Convención).

Ante la Comisión es posible efectuar comunicaciones por violaciones de derechos humanos (art.20 Estatuto de la Comisión); se pueden efectuar denuncias por parte de individuos que consideren violados sus derechos por el Estado correspondiente, siempre y cuando aquel Estado sea parte en la Convención (art.44

202Cfr. resoluciones N° 1235 de 6 de junio de 1967 y N° 1503 de 27 de mayo de 1970 del Consejo Económico y Social de la ONU.

de la Convención); y se pueden por también efectuar denuncias interestatales (art.45 de la Convención).

El procedimiento de comunicaciones establecida en el art.20 del Estatuto sólo rige para aquellos Estados no Partes en la Convención, a diferencia del sistema de denuncias individuales establecidas en la Convención que se aplica exclusivamente a los Estados Partes en ella. Sobre las diferencias entre un sistema y otro podemos observar que el procedimiento para los Estados Partes en la Convención "...comprenden la solución amistosa y el sometimiento del caso a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana"²⁰³

Esto, desde luego es un problema que en sí mismo torna engorroso el sistema ante la falta de unidad procedimental. En segundo término las denuncias no son resueltas jurisdiccionalmente por la Comisión, la que si lo estima pertinente puede pasar los antecedentes a la Corte la que sí puede emitir un fallo con dicho carácter, situación que no rige para los Estados por cuanto éstos sí pueden someter un asunto directamente ante la Corte.

En cuanto a la Corte Interamericana, es éste el órgano propiamente jurisdiccional del sistema, el que puede residir directamente denuncias de parte de los Estados o de la Comisión pero nunca directamente de individuos los que deben

2030'Donnell, Daniel., op.cit., pag.420.

pasar necesariamente por la Comisión (art.61 de la Convención). Tal vez el principal obstáculo en el ejercicio de sus facultades radica en que éstas sólo existen respecto de los Estados que hayan efectuado expresamente el reconocimiento de su competencia al tenor del art.62 de la Convención. Además "tampoco tiene competencia para pronunciarse sobre violaciones de la Declaración Americana u otros instrumentos de derechos humanos, aun cuando sean cometidas por estados Partes en la Convención y dichas violaciones sean conexas con violaciones de ésta."²⁰⁴

Un problema de carácter general sobre la materia es la auténtica ausencia de un Derecho procesal orgánico internacional que nos permita hablar de una verdadera instancia penal internacional *ex-ante* a los hechos y con permanencia en el ejercicio de sus funciones propiamente jurisdiccionales; "de los cuatro tribunales internacionales con competencia en materia de derechos humanos, solamente uno, el Tribunal Internacional de Justicia, tiene competencia universal y general en materia de aplicación e interpretación de tratados"²⁰⁵. Los otros tres (Corte y Comisión Americana, Corte y Comisión Europea y Comisión Africana) tienen competencias muy limitadas que entorpecen y dificultan la debida protección de los derechos humanos; en otro sentido los tribunales existentes sólo cuentan con la jurisdicción que voluntariamente le atribuyen los Estados, como hemos podido ver, situación que plantea el desafío para alcanzar una jurisdicción obligatoria internacional. Las

²⁰⁴Donnell, Daniel., *op.cit.*, pag.480.

²⁰⁵Morenilla Rodríguez, José María. *Los sistemas para la protección internacional de los derechos*

competencias que dichos tribunales poseen son insuficientes y limitadas, muchas de ellas no son propiamente jurisdiccionales; los procedimientos, en general, son engorrosos y demasiado reglados en lo formal; las sanciones prácticamente no existen faltando mucho que hacer a este respecto y en los casos en que se declaran responsabilidades la verdad es que estas son puramente simbólicas y sin que existan garantías de cumplimiento en virtud de la inexistencia de la facultad de imperio a nivel internacional. Hace excepción a lo anterior, el grado de desarrollo que ha experimentado el sistema europeo, cuyos Estados miembros acatan, en general, las decisiones y resoluciones de los organismos de derechos humanos, no tanto por la coercibilidad del sistema sino más bien por el desprestigio y descrédito moral que importa desconocer los derechos fundamentales.

2.2. Tribunales Penales Internacionales Ad-Hoc.

Existen a nivel internacional distintas experiencias concretas y particulares de tribunales penales *ad-hoc*, que se han instituido de manera especial para sancionar situaciones puntuales de graves violaciones de derechos humanos o del derecho humanitario. Se trata de tribunales ad-hoc con reales facultades jurisdiccionales y sancionatorias, creados bajo las políticas de conservación de la paz y seguridad internacionales de la ONU.

El primero de ellos fue el **Tribunal Internacional de Nuremberg** de 8 de agosto de 1945 establecido por las Potencias Aliadas de la segunda guerra mundial para sancionar los graves crímenes cometidos por las autoridades de la Alemania nazi durante de Segunda Guerra Mundial y que sesionó entre el 14 de noviembre de 1945 y el 1 de octubre de 1946. Junto a él fue establecido también un segundo tribunal denominado **Tribunal Internacional de Tokio** con similares fines para la sanción de las autoridades militares de Japón.

Estos tribunales en realidad no presentaron propiamente un carácter de tribunales internacionales sino más bien multinacionales, por cuanto “únicamente representaban a una parte de la comunidad internacional, los vencedores.”²⁰⁶. Además estaban destinados a ejercer jurisdicción penal en lugar de los tribunales nacionales, situación que no acontece con los que vendrían a continuación.

La competencia de estos tribunales incluyó los crímenes contra la paz denominados también faltas al *ius ad bellum* bajo la terminología clásica, los crímenes de guerra²⁰⁷, denominados faltas al *ius in bello*, conforme a igual terminología, y los crímenes contra la humanidad,²⁰⁸ delitos que fueron expresamente definidos e incluidos en el texto mismo del Estatuto del Tribunal de Nuremberg en el citado art.6 incisos a), b) y c).

²⁰⁶ Salinas Burgos, Hernán. *Solución Judicial de Controversias...*, op.cit., pag.154-155.

²⁰⁷ El Derecho de la Guerra que sirvió de base a estos tribunales fue fundamentalmente el contenido en las Convenciones de La Haya de 1907.

El legado de los Tribunales de Nuremberg y Tokio ha sido sustantivo y decisivo para la posteridad del Derecho penal internacional. Aquel puede resumirse en los siguientes 3 elementos²⁰⁹:

- Definió los crímenes contra la humanidad.
- Extendió el principio de la responsabilidad individual, al ámbito de los crímenes de lesa humanidad.
- Creó una instancia a nivel internacional para la sanción penal de esos crímenes.

Más contemporáneamente, el 25 de mayo de 1993, tenemos el establecimiento un Tribunal penal especial para sancionar las violaciones al Derecho internacional humanitario cometidas a partir del 1 de enero de 1991 en la ex-Yugoslavia por las fuerzas militares de Bosnia y Herzegovina²¹⁰, denominado **Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia**. “Este órgano es el primero en este género establecido después de los Tribunales de Nuremberg y Tokio en 1945-1946.”²¹¹, y comenzó sus funciones el 8 de noviembre de 1994.

²⁰⁸ *Supra* 3.5.1.

²⁰⁹ *Cfr. Rainer Huhle. De Nuremberg a la Haya. Los crímenes de derechos humanos ante la justicia, problemas, avances y perspectivas. Serie V Derecho Humanitario y Crímenes de Guerra.*

²¹⁰ *Establecido el 27 de mayo de 1993 por resolución 827 del Consejo de Seguridad de la ONU.*

²¹¹ *Salinas Burgos, Hernán. Solución Judicial de Controversias. El Derecho Internacional ante los tribunales internacionales e internos., op.cit., pag.150.*

Se trata de un Tribunal establecido en virtud del capítulo VII²¹² de la carta de la ONU, de índole judicial, sin sujeción al Consejo de Seguridad de la ONU, de carácter transitorio por cuanto su existencia se encuentra supeditada al recobramiento de la paz y seguridad en la ex-Yugoslavia, y ad-hoc, por cuanto no tiene una jurisdicción permanente.

La competencia específica de este tribunal incluye las violaciones cometidas a las Convenciones de Ginebra de 1949 (art.2); las violaciones al Derecho y Costumbre de la Guerra (art.3); el Genocidio (art.4) y los crímenes contra la humanidad (art.5).

Todos los Estados se encuentran en la obligación de cooperar con el Tribunal de acuerdo a lo que dispone la resolución 827 del Consejo de Seguridad; ella establece “que todos los Estados “deberán cooperar plenamente con el Tribunal Internacional” y adoptar las medidas necesarias” para poner en práctica la resolución, lo que incluye el cumplimiento de las órdenes o solicitudes de ayuda del tribunal.”²¹³

Finalmente, también fue establecido un tribunal *ad-hoc* para sancionar las violaciones de derechos humanos cometidos en los territorios de Ruanda y Burundi

²¹² El capítulo VII de la carta de la ONU hace referencia a la “acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión”, dotando al Consejo de Seguridad de amplias facultades para la adopción de medidas a favor de la paz y la seguridad internacionales.

²¹³ *Tribunales Penales Internacionales. Manual sobre Cooperación de los Gobiernos. Amnistía*

el 8 de noviembre de 1994²¹⁴, denominado **Tribunal Penal Internacional de Rwanda**.

Este tribunal también fue establecido en virtud del capítulo VII²¹⁵ de la carta de la ONU y tiene por objeto “enjuiciar a los presuntos responsables de genocidio y otras graves violaciones al derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y a los ciudadanos de Rwanda presuntamente responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1º de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994...”²¹⁶

La competencia específica de este tribunal comprende la persecución penal de los crímenes de genocidio (art.2); crímenes contra la humanidad (art.3); y violaciones al art.3 común de los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de los Convenios (art.4).

Por resolución 955 también se estableció la obligación que pesa sobre los Estados de colaborar, en múltiples aspectos con la labor del Tribunal.

Internacional. EDAI, España, 1996.

²¹⁴ *Establecido el 8 de noviembre de 1994 por resolución 955 del Consejo de Seguridad de la ONU.*

²¹⁵ *Op.cit, nota 212.*

²¹⁶ *Preámbulo de la Resolución 955 del Consejo de Seguridad de la ONU que aprueba el Estatuto del Tribunal Internacional de Rwanda.*

2.3. El Tribunal Penal Internacional de Roma.

Mención especial merece los esfuerzos que se han hecho, durante largos decenios por establecer un tribunal penal internacional permanente, el que finalmente fue adoptado convencionalmente con fecha 17 de julio de 1998 por la Asamblea General de la ONU.²¹⁷

Los esfuerzos que se han hecho se remontan hace ya más de un siglo cuando Gustav Moynier, fundador del Comité Internacional de la Cruz Roja propusiera la creación de una corte penal internacional para las violaciones al Derecho humanitario. Bajo el imperio de la ONU los intentos comienzan con la propuesta de A.N.R. Robinson, quien en 1989 siendo Primer Ministro de Trinidad Y Tobago propuso la creación de una corte penal internacional para los delitos de terrorismo y narcotráfico. Desde entonces, los esfuerzos han sido muchos y permanentes, como asimismo, muchas han sido las objeciones e inconvenientes de todo tipo planteadas ante una iniciativa de tal entidad. Los intentos por establecer una jurisdicción penal global han tenido que saltar obstáculos, incluso, surgidos desde sus propios impulsores y defensores. Así ,por ejemplo, el gran promotor de una corte penal internacional, profesor Bassiouni ha señalado que “la comunidad internacional no está preparada para lanzarse a la creación de una institución internacional nueva,

²¹⁷ *Adoptado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas para el*

cuyos resultados no pueden ser debidamente medidos y que justifique la creación de otra burocracia internacional con costos imprevisibles. Es más el miedo al abuso en la persecución, la involucración de los gobiernos y la posibilidad, aun cuando todo ello deba ser evitado, de tener una institución inefectiva con preocupaciones genuinas, que deben ser resueltas.”²¹⁸

No obstante los escollos y las tardanzas a partir de la década de los noventa comienza una ofensiva importante para el establecimiento de una Corte penal internacional de carácter permanente, impulsada por Amnistía Internacional, la Comisión Internacional de Juristas y otras ONG's de derechos humanos. Es así como fruto de los esfuerzos y campañas emprendidas el 25 de noviembre de 1992 la Asamblea General de la ONU dicta la resolución 47/33 por la cual solicita a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) la redacción de un Proyecto de Estatuto de una Corte permanente, trabajo que concluyó con la presentación del proyecto el año 1994. La Asamblea General, en virtud de ello crea el 9 de diciembre de 1994 el Comité *Ad-Hoc* sobre la Creación de una Corte Penal Internacional encargado de estudiar el proyecto durante el 49° período de sesiones (iniciado el 20 de septiembre de 1994). Luego en diciembre de 1995 la Asamblea General de la ONU estableció el “Comité Preparatorio de la ONU sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional”, instancia que luego de reunirse en cuatro períodos de sesiones

establecimiento de una Corte Criminal Internacional, en Roma el 17 de julio de 1998.

²¹⁸ Bassiouni, M. Cherif, *Introducción al Proyecto de Estatuto del Tribunal Penal Internacional*, citado por Jaime E. Granados en artículo titulado “¿Es posible un tribunal internacional de justicia penal permanente en el sistema interamericano? Globalización v. Regionalización.” *Vniversitas*

durante 1997 y 1998 dio lugar a que la Asamblea General de la ONU convocara a una conferencia diplomática celebrada entre el 15 de junio y el 17 de julio de 1998 con el objeto de aprobar un tratado para el establecimiento de la Corte, situación que aconteció una vez finalizada la conferencia.

El Estatuto de la Corte otorga carácter permanente a ésta para el juzgamiento de los crímenes más graves cometidos a nivel internacional. Establece también que su jurisdicción es complementaria a la jurisdicción criminal interna de cada Estado.

La Corte tiene jurisdicción sobre el crimen de genocidio (art.5, 6), los crímenes contra la humanidad (art.5, 7), y los crímenes de guerra y agresión (art.5, 8), todos ellos definidos detallan y casuísticamente en distintos acápite de los respectivos artículos.

Existe en todo caso una importante limitación temporal expresa contemplada en el Estatuto de la Corte, por cuanto sus normas sólo serán aplicables a los crímenes cometidos después de que entre en vigencia el Estatuto (art.11).

Se requiere en todo caso el consentimiento del Estado para que a éste le sea aplicable la jurisdicción penal del tribunal, la que no puede excluir los delitos contemplados en el art.5.

El Estatuto instituye además importantes principios generales del Derecho penal clásico en su texto, entre ellos el principio *nullum crimen sine lege* (art.22), el *Nulla poena sine lege* (art.23), el de prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (art.24) el de la responsabilidad penal individual (art.25), el de prohibición del juzgamiento criminal a personas menores de 18 años al momento de la comisión del delito (art.26); el de igual juzgamiento a toda persona sin distinciones basadas en la capacidad o condición oficial.

En cuanto a la estructura orgánica que adoptó la Corte, esta se encuentra formada por 4 órganos: El Presidente; una Sala de Apelaciones, otra de Primera Instancia y una tercera Sala de cuestiones preliminares; la oficina del Fiscal y una Secretaría.

La investigación se encuentra a cargo del fiscal quien durante el procedimiento debe tener una serie de normas destinadas a hacer efectiva la presunción de inocencia, otras referentes a los derechos del acusado, normas sobre medidas de protección, reparación y participación de las víctimas, etc.

También se contemplan normas sobre penas y sobre recursos procesales (apelación, revisión).

Se establece un capítulo relativo a la obligación que tienen los Estados de cooperar y asistir las labores del Tribunal Penal Internacional.

Finalmente se regulan aspectos sobre la Asamblea de los Estados Partes y cuestiones de orden financiero.

La creación de la Corte Penal Internacional es parte de la aspiración de constituir un sistema procesal penal que en el ámbito internacional se asemeje al nivel de eficacia, en la persecución penal, que poseen los sistemas procesales penales de los países con Estado de Derecho sólido. Dicho anhelo al menos en el plano normativo, poco a poco se va cumpliendo.

No ocurre lo mismo, sin embargo, en el orden de la eficacia de éstas grandes e importantes iniciativas toda vez que la secuela de violaciones a los derechos humanos no disminuyen por el hecho de su existencia. Sumado a lo anterior restan todavía importantes esfuerzos para dotar de real legitimidad a iniciativas como la presente teniendo en consideración que luego de largas décadas por llegar al acuerdo de Roma se restaron de él grandes potencias como EE.UU., China, Rusia y Francia²¹⁹ lo que, ciertamente, merma la viabilidad del proyecto. Esto nos demuestra y nos advierte, en consecuencia, lo mucho que queda por hacer en la incesante lucha por la defensa y promoción de los derechos del ser humano.

²¹⁹ Ciento veinte países, incluido Chile, suscribieron el tratado, veintiuno países se

BIBLIOGRAFIA GENERAL

1. ACTAS Oficiales de la Comisión Constituyente para la redacción de una nueva Constitución Política de la República.
2. AGUIAR, Asdrúbal. La Responsabilidad Internacional del Estado por Violación de Derechos Humanos. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos N° 17, enero-junio, 1993.
3. AMNISTIA INTERNACIONAL. Desapariciones forzadas y homicidios políticos. La crisis de los derechos humanos en los noventa. Manual para la acción. EDAI, Madrid, España, 1994.
4. AMNISTIA INTERNACIONAL. Guía de la Carta Africana de los derechos humanos y de los pueblos. Publicaciones de EDAI, España, 1991.
5. AMNISTÍA INTERNACIONAL. Manual. Amnesty International Publications,

abstuvieron y siete votaron en contra.

2ª edición, Madrid, España, 1992.

6. AMNISTIA INTERNACIONAL. Tribunales Penales Internacionales. Manual sobre Cooperación de los Gobiernos. EDAI, España, 1996.

7. AMNISTIA INTERNACIONAL. Informes Anuales, editados por EDAI.

8. BASCUÑAN Valdés, Antonio. Teoría General de la norma jurídica y de los sistemas normativos. Apuntes de clases, 1984.

9. BELLVER Capella, Vicente. Ecología: De las razones a los Derechos. Editorial Comares, 1994.

10. BENADAVA, Santiago Derecho Internacional Público. Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición actualizada, 1989.

11. BIDART, Germán J. Teoría General de los derechos humanos. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1991.

12. BLANC Altemir, Antonio. La Violación de los Derechos Humanos Fundamentales como Crimen Internacional. BOSCH Casa Editorial, S.A. 1ª edición, Barcelona, 1990.

13. BUERGENTHAL, Thomas y otros. La Protección de los Derechos Humanos en las Américas. Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Editorial Juricentro S.A.,1983.

14. BUERGENTHAL, Thomas y otro. Los derechos humanos. Una nueva conciencia internacional. Comisión Nacional de Estados Unidos para la UNESCO. EDISAR, Buenos Aires, 1978.

15. CEA Egaña, José Luis. Derecho Político. Teoría del Gobierno. Apuntes de clases, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1988.

16. CEA Egaña, José Luis. Manual de Derecho Constitucional. Edición especial de la Facultad de D° de la Universidad de Chile para apuntes de clases, 1995.

17. COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE. Justicia Militar en Chile. Editorial Ediar-Cono Sur. Santiago, Chile, 1990.

18. COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Informe Final. Santiago de Chile, Secretaría de Comunicación y Cultura. Ministerio Secretaría General de Gobierno, febrero de 1991.

19. CORPORACIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN
Constitución, Tratados y Derechos Esenciales. 1994.

20. CORPORACIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN.
Informe sobre Calificación de Casos de Violaciones de Derechos Humanos y de la
Violencia Política. Santiago, Chile, 1996.

21. GALEANO Haensch, José. Derechos Humanos. Teoría, Historia, Vigencia y
Legislación. LOM Ediciones, 1996.

22. GRANADOS, Jaime E. ¿Es posible un tribunal internacional de justicia penal
permanente en el sistema interamericano? Globalización v. Regionalización.
Revista Vniversitas Pontifica Universidad Javeriana, N°87, diciembre de 1994.

23. GROSSMAN, Claudio. Problemas Contemporáneos del Derecho Internacional.
Curso profundizado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2ª Parte, 1990.

24. GROSSMAN, Claudio y otros. Manual de Derecho Internacional de los
Derechos Humanos.

25. HART, H.L.A. El concepto de Derecho. Abelero-Perrot. 2ª Edición, Buenos
Aires,1963.

26. HUHLE, Rainer. De Nuremberg a la Haya. Los crímenes de derechos humanos ante la justicia, problemas, avances y perspectivas. Serie V Derecho Humanitario y Crímenes de Guerra.

27. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Estudios Básicos de Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 1996.

28. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Estudios Especializados de Derechos Humanos. San José, 1996.

29. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Manual Internacional de Derechos Humanos. Caracas/ San José, 1990.

30. IRIGOIN Barrenne, Jeannette. La Protección de los Derechos del Hombre en las Organizaciones Internacionales. Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, 3ª edición, 1991.

31. LLANOS Mansilla, Hugo. Teoría y práctica del Derecho Internacional Público. Editorial Jurídica de Chile, Primera edición, 1977.

32. MATURANA Miquel, Cristián. Apuntes de clases de Derecho Procesal.

Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1991.

33. MEDINA, Cecilia y otro. Sistema Jurídico y Derechos Humanos. Cuadernos de análisis jurídicos. Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales. 1996.

34. MONTEALEGRE Klenner, Hernán. La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos. Edición Academia de Humanismo Cristiano, 1ª edición, Santiago, Chile, 1979.

35. MORENILLA Rodríguez, José M^a. Los sistemas para la protección internacional de los derechos humanos. Temas Constitucionales. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia Madrid, 1986.

36. NACIONES UNIDAS. Serie de Folletos Informativos sobre Derechos Humanos del Centro de Derechos Humanos de la Oficina de las Naciones Unidas. 1989.

37. NIKKEN, Pedro. La protección internacional de los Derechos Humanos. Su desarrollo progresivo. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, 1987.

38. NOGUEIRA Alcalá, Humberto. Dogmática Constitucional. Editorial Universidad de Talca, 1997.

39. O'DONNELL, Daniel. Protección Internacional de los Derechos Humanos, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988.
40. PACHECO G., Máximo. Los Derechos Humanos. Documentos Básicos. 2ª edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, 1992.
41. PACHECO G., Máximo. Teoría del Derecho. Editorial Jurídica de Chile, 3ª Edición, 1988.
42. PAZOS, Ramiro de Jesús y otro. Responsabilidad de Agentes Particulares en Violaciones de Derechos Humanos y Conflicto Armado. Serie Plataforma de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, Novib, 1995.
43. PECES-BARBA Martínez, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.
44. PEREIRA Anabalón, Hugo. La protección de los Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Colegio de Abogados de Chile, 1990.
45. PEREZ Luño, Antonio E. Derechos Humanos, Estado de Derecho y

Constitución. Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

46. SALINAS Burgos, Hernán. Solución Judicial de Controversias. El Derecho Internacional ante los tribunales internacionales e internos. Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile y Sociedad Chilena de Derecho Internacional, 1995, pag.52.

47. SILVA Bascuñan, Alejandro. Derecho Político. Ensayo de una síntesis. Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, Santiago, Chile, 1984.

48. SOTO Oyarzún, Lorenzo. Víctimas de Abusos de Poder Político: las Desapariciones Forzadas de Personas. Trabajo preparado para el curso de Victimología, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1995.

49. SOTO Kloss, Eduardo. Apuntes de clases de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1995.

50. SQUELLA Narducci, Agustín. Estudios sobre Derechos Humanos. EDEVAL, Valparaíso, 1991.

51. URZUA Valenzuela, Germán. Manual de Derecho Constitucional. Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, 1991.

52. VASAK, Karel. Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos. Volumen I. Serbal y UNESCO, 1984.

53. VERDUGO, Mario y otro. Manual de Derecho Político. Instituciones Políticas. Editorial Jurídica de Chile. Tomo I, Santiago, Chile, 1988.

54. ZALAUQUETT, José. Temas emergentes en el campo de los Derechos Humanos y Ética política. Apuntes de clases. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1995.

55. ZALAUQUETT, José. Derechos Humanos y Limitaciones Políticas en las transiciones democráticas del Cono Sur. Colección de Estudios CIEPLAN N° 33, diciembre de 1991.

