

ME, PER
(23)
2000

M2147
C.O

UNIVERSIDAD GABRIELA MISTRAL
FACULTAD DE PERIODISMO

Objetivos de la Memoria

Objetivos Generales

Objetivos Específicos

Metodología

Introducción

MEMORIA DE GRADO:

**"DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS
HUMANOS Y SU IRRUPCIÓN EN CHILE"**

1. Antecedentes Históricos de los Derechos
Humanos

2. Concepción de los Derechos Humanos

2.1. Los Griegos

2.2. Los Romanos

**GRADO ACADÉMICO AL QUE SE POSTULA:
LICENCIADA EN CIENCIAS SOCIALES Y DE LA
INFORMACIÓN.**



ALUMNAS: CAROLINA PAZ CANDIA RETAMAL.
ALEJANDRA DEL PILAR SANTIS SANTIAGO.

PROFESOR GUIA: JORGE VAN DE WYNGARD.

4. Evolución del Derecho Internacional en relación
con los Derechos Humanos

INDICE



Objetivos de la Memoria	1
Objetivos Generales	1
Objetivos Específicos	1
Metodología	2
Introducción	3
Capítulo I: En qué consiste el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	7
1. Qué son los Derechos Humanos	7
2. Antecedentes Históricos de los Derechos Humanos	11
A. Concepción de los Derechos Humanos	12
a.1. Los Griegos	12
a.2. Los Romanos	13
a.3. El Cristianismo	15
B. Procesos Históricos	16
b.1. La Inquisición	16
b.2. Carta Magna de 1215	17
C. Tiempos Modernos	22
c.1. Maquiavelo	23
c.2. Los Doctrinarios del Siglo XVI	25
c.3. Doctrinarios de los Siglos XVII- XVIII	28
3. ¿En qué consiste el Derecho Internacional de los Derechos Humanos?	31
A. Fuentes del Derecho Internacional en relación con los Derechos Humanos	33

a.1. Tratados	33
a.2. Derecho Consuetudinario	34
a.3. Otras Fuentes	36
a.4. El Papel de las Resoluciones	36

Capítulo II: Internacionalización de los Derechos Humanos 39

4. Inicios de los Derechos Humanos	39
A. Siglos XVIII y XIX	39
B. Primera Guerra Mundial	43
C. Fascismo, Nazismo y Marxismo- Leninismo	46
c.1. Fascismo	46
c.2. Nacional Socialismo, Nazismo	48
c.3. Marxismo- Leninismo	52
D. Segunda Guerra Mundial	55
5. Internacionalización de los Derechos Humanos	60
A. Final de la Segunda Guerra Mundial y el principio de la Internacionalización	60
B. Internacionalización de los Derechos Humanos	63
b.1. En qué consiste la Internacionalización	63
b.2. La internacionalización a partir de la post- guerra	66

Capítulo III: Gobierno de Patricio Aylwin y el proceso de reinserción mundial a través de la suscripción, promulgación y publicación de los tratados internacionales 71

6. Proceso de reinserción mundial	71
7. Reforma constitucional del Artículo 5° de 1989	75

8. La polémica sobre la reforma del Artículo 5° de la Constitución	78
9. Conflictos de Primacía	83
A. Casos de supremacía del Derecho Internacional Frente a la legislación interna (antes de la Reforma al Artículo 5° de la Constitución de 1980)	85
10. Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por Chile en el período 1990-1994	91
Capítulo IV: Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su efecto en el ámbito Socio- político y jurídico chileno	94
11. Situación Histórica de Chile, 1960- 1990	94
A. Rol de la Justicia desde 1970	103
B. Tribunales de Justicia chilenos y Derecho Internacional de los Derechos Humanos	106
12. Supremacía del Derecho Internacional como consecuencia de la reforma del Artículo 5° de la Constitución de 1980	113
13. Corrientes de pensamiento jurídico sobre el derecho Internacional de los Derechos Humanos versus el ordenamiento Jurídico interno	117
A. Posturas en relación con la jerarquía de los tratados sobre Derechos Humanos	119
a.1. Tesis de la primacía de los tratados de Derechos Humanos	119
a.2. Tesis de la supremacía de la Constitución	124

Capítulo V: Caso de la detención del Senador Vitalicio Augusto Pinochet	131
14. La historia de los 503 días de detención	131
15. Implicancias del caso Pinochet en el Derecho Internacional	135
A. Soberanía Nacional	136
B. Soberanía Limitada	140
Capítulo VI: Conclusiones	143
16. Conclusiones a raíz de la tesis a favor y en contra de la superioridad jerárquica de los tratados por sobre la Constitución	146
A. Postura a favor de la primacía del Derecho Internacional Convencional	147
B. Postura contraria a la primacía del Derecho Internacional Convencional	149
17. Consecuencias de la irrupción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos En la jurisdicción chilena	151
18. Desafíos que plantea la penetración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile	153
19. Apreciaciones derivadas del caso Pinochet	155
Bibliografía	157
Anexos	166

OBJETIVOS DE LA MEMORIA.

Objetivos Generales:

El primer objetivo de esta investigación es el de conocer la evolución del tema de los Derechos Humanos, debido a que esto resulta imprescindible para entender y analizar el posterior surgimiento de la nueva rama del Derecho Internacional, conocida como "Derecho Internacional de los Derechos Humanos".

Además, se quiso realizar un análisis histórico de los antecedentes que generaron la aparición de esta nueva disciplina internacional, que se inició tras la Segunda Guerra Mundial y de la evolución que ésta ha experimentado hasta nuestros días.

Objetivos Específicos:

En segundo lugar, nuestro objetivo fue corroborar la hipótesis de que a partir del Gobierno de Patricio Aylwin, el tema del derecho internacional resurgió con fuerza, debido a la promoción que se le otorgó bajo su mandato.

Esto se intensificó aún más con la reforma, en 1989, a la Constitución Política de Chile de 1980, mediante la cual se modificó el artículo 5°, inciso segundo.

Lo anterior ha dado lugar a muchas interpretaciones, por lo que el presente trabajo clarifica las tendencias que surgieron en nuestro país, a raíz del conflicto de supremacía entre el Derecho Internacional y el Ordenamiento Jurídico Interno propio de cada Estado.

METODOLOGÍA

Ésta consistió en la recopilación de antecedentes, investigación a través de textos, diarios, revistas y entrevistados de distintas posturas y sectores, lo que nos permitió comprender el tema y efectuar un análisis de la materia para la ejecución del presente trabajo.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos es una rama del Derecho Internacional, que surge con fuerza a partir de la segunda mitad del siglo XX. Esta disciplina se fundamenta en la idea de "salvaguardar los derechos esenciales del hombre, junto con los derechos económicos, políticos, sociales y culturales que le sean propios a su naturaleza, sin distinción de raza, sexo, edad, religión, condición social y nacionalidad".

Hasta hace algún tiempo, existía un consenso mundial respecto de que la protección de los derechos esenciales de las personas le correspondía en forma exclusiva a cada Estado. Sin embargo, con el surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos esta concepción se ha transformado, pues existe el convencimiento de que la persona está por sobre el Estado y que, por lo tanto, la protección de los derechos humanos es universal.

La defensa internacional de los derechos esenciales de la persona humana, surgió después de la Segunda Guerra Mundial, específicamente con la "Declaración Universal de los Derechos del Hombre", de 1948, donde los países miembros de

la Organización de las Naciones Unidas (ONU), se comprometieron a resguardar los derechos de los individuos.

Sin embargo, el concepto de derechos humanos comienza a formarse ya en la época greco-romana. Estas civilizaciones fueron las primeras en tener una concepción racional del hombre, considerándose semejantes entre sí.

Un aporte importante en esta materia la constituyó, también, el surgimiento del Cristianismo, el que postula el principio de "igualdad de las personas", ya que los hombres son creados "a imagen y semejanza de Dios".

Durante el siglo XVI y XVII, muchos intelectuales se abocaron al estudio de los derechos del hombre; entre ellos, destacan Juan Bodín, Thomas Hobbes y Francisco de Vitoria, considerado el "Padre" del Derecho Internacional.

No obstante, como se señaló anteriormente, esta nueva rama del Derecho Internacional comenzó a desarrollarse en el siglo XX; específicamente, en el período de post guerra, donde se produce la "universalización" de los derechos humanos.

Este proceso continúa hasta hoy y ha irrumpido con fuerza en el debate político nacional e internacional, principalmente por la detención, en Londres, del Ex Gobernante chileno, Augusto Pinochet.

En Chile, el debate sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha centrado, en gran medida, en saber si los tratados relacionados con la protección de estos derechos deben tener rango legal, constitucional o, incluso, supraconstitucional.

A partir de la reforma a la Constitución Política de 1980, realizada en el año '89, se generó esta controversia. Producto de dicha enmienda, el Artículo 5°, que originalmente expresaba que *"La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos humanos que emanan de la naturaleza humana"*.

Quedó modificado, en su inciso segundo, de la siguiente manera:

"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"

DERECHOS HUMANOS

En el presente trabajo se expondrán las distintas posturas que existen respecto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las tendencias que se han generado en nuestro país. Además, se incluyen datos históricos sobre el surgimiento y la evolución de esta rama del Derecho Internacional; una revisión del Caso Pinochet, y proyecciones y desafíos que tendrá su aplicación a nivel nacional e internacional.

¿EN QUÉ CONSISTE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS?

1. ¿ QUÉ SON LOS DERECHOS HUMANOS?

Para poder comprender qué es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es necesario saber, en primer lugar, qué es lo que se entiende por derechos humanos.

Desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, este tema surgió con fuerza, a partir de 1948, con la redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, (de las Naciones Unidas), que constituyó el pilar esencial desde el cual este tópico comenzó a internacionalizarse.

Según dicho texto, los derechos humanos constituyen "el fundamento de legitimidad moral y jurídico de todo Estado nacional moderno y una exigencia que el conjunto de la humanidad ha establecido para todos los hombres y todos los países, considerando que toda violación de los derechos humanos es una agresión contra la libertad, la justicia y la paz del conjunto de los pueblos del orbe".

Si bien la carta se refiere a los derechos humanos como valores universales que emanan de la naturaleza esencial de

toda persona, es necesario precisar que estos corresponden a bienes jurídicos¹ determinados.

De esta forma, la dignidad intrínseca de toda persona y su carácter de titular de derechos inalienables, constituyen la base de los derechos humanos. Asimismo, la mayoría de los tratados generales de derechos humanos expresan claramente la idea de que la única condición necesaria para ser titular de ellos es la de ser persona humana, al utilizar de manera intercambiable y sistemática las expresiones "derechos humanos", "derechos esenciales de la persona humana" o "derechos inherentes a la persona humana".

La declaración de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), se cimienta en cuatro principios básicos, proclamados en los artículos 1 y 2, que corresponden a la libertad, la igualdad, la no-discriminación y la fraternidad.

A partir de estos, la declaración puede ser resumida en cuatro puntos:

A.- Derechos y libertades de orden personal: Se refiere a la proclamación y definición de los derechos a la vida; a la seguridad y dignidad de la persona; a igual protección ante

¹ Se entiende por bien jurídico un interés que el derecho reconoce como valioso y al cual brinda su protección, prohibiendo conductas que lo vulneran y mandando que se los resguarde o promueva.

la ley; a las garantías contra la esclavitud, la tortura, las detenciones y las penas arbitrarias, y los recursos judiciales contra los abusos del poder político (artículos 3 a 11).

B.- Derechos del individuo en sus relaciones con los grupos de los que forma parte y las cosas del mundo exterior: Se reconocen el derecho a no ser objeto de injerencia arbitraria en la vida privada o familiar, en el domicilio o correspondencia, ni de ataques a la honra o reputación; el derecho a circular libremente y a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a éste; el derecho a buscar asilo en caso de persecución; el derecho a una nacionalidad; el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, y el derecho a la propiedad, individual y colectiva (artículos 12 a 17).

C.- Facultades del espíritu, libertades política y derechos políticos fundamentales: se reconocen el derecho a la libertad de conciencia, de pensamiento, de creencia; la libertad de expresión; la libertad de reunión; la libertad de asociación; el derecho a tomar parte en la vida política y participar en elecciones periódicas y auténticas, y el

derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a funciones públicas (artículos 18 a 21).

D.- Derechos económicos, sociales y culturales: Este punto reviste de un carácter completamente nuevo en el derecho internacional, donde se reconoce el derecho al trabajo, a la seguridad social, a las libertades sindicales, a la educación, al descanso, a la vida cultural y a la protección de la creación artística (artículos 22 a 27).

Los últimos tres artículos (28 a 30) se refieren a la necesidad de que se establezca un orden social e internacional, en el cual los derechos y las libertades proclamados en la declaración se hagan plenamente efectivos.

Si bien la declaración de la ONU universaliza la idea de los derechos humanos, es necesario mencionar que hay o puede haber otros derechos que son inherentes a la persona humana y que no se encuentran mencionados en ella, ni en otros tratados internacionales que hacen expresa referencia al tema. Un ejemplo de lo anterior es el Artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, donde se prohíbe que cualquiera de sus disposiciones sea interpretada en el sentido de "excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma

democrática representativa de gobierno". Respecto de éstos, sin embargo, existirá la necesidad de demostrar su calidad de tales, para hacer efectiva la responsabilidad internacional de cada estado.

2.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

En este punto nos referiremos, por una parte, a la concepción de los derechos humanos que tenían los griegos, los romanos y los cristianos y, por otra, a los procesos históricos de los derechos esenciales del hombre que se desarrollaron durante la Edad Media. Pese a que este período histórico permite sentar los precedentes de lo que más tarde sería el surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es necesario tener en cuenta que estos derechos no pueden ni deben entenderse como la noción actual que se tiene de ellos.

Así, es necesario precisar que los antiguos poseían distintos sistemas de valoración de la dignidad humana, los que no pueden ser comparados con el concepto que se tiene hoy en día, donde la inviolabilidad de los derechos humanos se relaciona, principalmente, con la democracia.

A.- Concepción de los Derechos Humanos

a.1.- Los Griegos.

La importancia de esta civilización es que fueron los primeros en tener una concepción racional del hombre, lo que les permitió considerarse semejantes entre sí.

Aunque los griegos fueron los que desarrollaron el concepto de democracia, ésta no constituía un gobierno representativo, pues las mujeres, los niños, los extranjeros residentes y los esclavos, no participaban de ella. Además, la tortura era aceptada como un método legítimo de represión política y judicial; la esclavitud era una institución, y los bárbaros no tenían derecho participar en la polis. Los ciudadanos eran los únicos que gozaban de derechos y deberes.

Desde este punto de vista se podría afirmar que los griegos no respetaban los derechos esenciales del hombre. Sin embargo, el aporte de esta civilización fue la de considerar que la persona humana tenía dignidad y gozaba de libertad política.

a.2.- Los Romanos.

Según la concepción actual, en Roma tampoco hubo un respeto hacia los derechos humanos, pues la esclavitud y la tortura eran prácticas legitimadas. Además, las diferencias en las clases sociales eran enormes ya que los patricios eran considerados los grupos privilegiados de la sociedad y los plebeyos el sector discriminado.

Sin embargo, estos últimos fueron obteniendo paulatinas conquistas en su lucha por la igualdad. De esta forma los plebeyos fueron conquistando sus derechos. Primero reclamaron una ley agraria, que equiparara con los patricios el reparto de las tierras confiscadas en las guerras. Más tarde, su acción consistió en obtener la positivización, esto es, leyes escritas de aplicación igual para ambos grupos sociales. Hacia el año 449 (a.c), los plebeyos consiguieron que las normas jurídicas se reflejaran en un cuerpo unificado: "La Ley de las Doce Tablas". Luego, reclamaron la libertad de matrimonio sin discriminación y su último paso fue ser admitidos en el consulado y en el pontificado.

Debido a esto, se puede señalar que el aporte de Roma fue el que las distintas clases sociales obtuvieran igualdad civil, política y religiosa, además de lograr la positivización de las leyes, lo que se traduce en que, a

partir de ese momento, existió una herramienta jurídica para la protección de los derechos del hombre.

a.3.- El Cristianismo.

Con el surgimiento de la religión cristiana, se comenzaron a preconizar los principios de igualdad y fraternidad, que derivaron del precepto antropológico de la doctrina cristiana que señala que todos los hombres son hermanos por haber sido creados a imagen y semejanza de Dios.

Lo anterior produjo un vuelco en el pensamiento existente hasta ese entonces, pues se comenzó a predicar que no debía haber diferencias entre amos y esclavos y que la igualdad entre los hombres era fundamental para el perfeccionamiento humano.

En un comienzo los primeros cristianos fueron perseguidos por profesar su fe dentro del Imperio Romano, pero como su doctrina era absolutamente universal y sus principios podían ser entendidos con simpleza, se fue difundiendo por todos los rincones, hasta que en el año 313, el Emperador Constantino permitió el culto de dicha religión y el principio de tolerancia religiosa a través del "Edicto de Milán". Después de Constantino, los hechos más importantes fueron el establecimiento definitivo del cristianismo y su adopción como religión del Estado en el año 390.

B.- Procesos Históricos.

Durante la Edad Media se produjeron diversos hechos históricos, donde algunos facilitaron el desarrollo de los derechos humanos y otros marcaron un retroceso de los mismos.

b.1.- La Inquisición.

Este período se caracterizó por la existencia de un tribunal compuesto por los inquisidores que eran los encargados de realizar averiguaciones acerca de la Fe y creencia de los hombres. Su finalidad era terminar con las herejías que en la época eran definidas por la Iglesia como un crimen de lesa majestad divina, consistente en el rechazo consciente de un dogma o en la firme adhesión a una secta, cuyas doctrinas eran condenadas por la Iglesia como contrarias a la fe.

Durante la inquisición se produjo un retroceso en el ámbito de los derechos humanos pues cuando una persona era considerada hereje se castigaba a través de torturas, sin tener tampoco la posibilidad de defenderse.

Este proceso tuvo su máxima expresión en 1252, cuando el Papa Inocencio IV dictó la bula "Ad Extirpanda". En ella se

justifican tanto la inquisición como la tortura al señalar que " la tortura se aplica a los ladrones y a los asesinos... ¿Qué son pues los herejes sino ladrones y asesinos del alma?".

Así, la idea de la tolerancia y de la convivencia entre personas de distintas creencias era imposible. Por otra parte, ambas posiciones, la de la iglesia y la de los herejes, eran mutuamente excluyentes ya que la sociedad medieval sólo admitía ortodoxamente la unidad y la homogeneidad.

Aunque los métodos de tortura pueden ser considerados como un atropello a los derechos esenciales del hombre, el período de la inquisición debe analizarse dentro de un cuadro en que la unanimidad de los hombres de la Edad Media, la consideraban una institución vital, pues para ellos la conservación de la Fe aceptaba todo tipo de excesos.

b.2.- Carta Magna de 1215.

Inglaterra al igual que el resto de Europa debió soportar las invasiones de los bárbaros. En primer lugar, dos pueblos germánicos, los anglos y los sajones, luego los daneses y finalmente los normandos, ocuparon Inglaterra hacia el año 1000. La dinastía normanda fue suplantada por los

"Plantagenets": Enrique II, su hijo Ricardo Corazón de León y luego Juan sin Tierra, en 1200.

En dicho país los principios del control de la autoridad real no eran una novedad, de igual manera que el sistema parlamentario y el reconocimiento de garantías. Desde el siglo IX ya había una Asamblea de Notables, la "Winagenot", que centralizaba poderes impositivos, elegía al rey y ejercía funciones judiciales. Cada una de estas etapas culminaba con un contrato en el que se hacía constar expresamente los derechos y garantías reconocidas, y entre ellos se hallaban el Código de Derecho del Rey Alfredo (en el siglo IX) y la Carta de las Libertades de Enrique I (en el siglo XII).

Los excesos cometidos por los últimos reyes, el sistema de terror que habían instaurado y el desprecio que el pueblo inglés sentía por Juan sin Tierra creó una situación insostenible de rebelión.

En Mayo de 1215, la rebelión de los señores los llevó a ocupar Londres, con el propósito de obtener garantías y derechos. Finalmente, Juan sin Tierra pactó con los amotinados y juró la Carta Magna en 1215.

La Carta Magna ha sido calificada como uno de los monumentos jurídicos más importantes para el establecimiento

de los derechos humanos. En sus normas, establecía serias limitaciones al poder real, respecto a los ejes estratégicos de la época, que eran los impuestos y límites a la discrecionalidad del rey:

Se ha establecido, justificadamente, que la Carta Magna,

1.- Se estableció el Gran Consejo del Reino, integrado por los arzobispos, obispos, condes y barones, que se podía convocar con dos días de anticipación. Ese Consejo era el que prestaba el consentimiento para la fijación de los nuevos impuestos. La Confiscación fue prohibida y los Oficiales Reales debían pagar por los bienes el precio que fijaban sus dueños.

2.- La Carta Magna estableció el principio de que la pena es el resultado de una ley anterior y fundamentada sobre la base de una sentencia dictada de una manera legal. Los hombres libres, no podían ser detenidos sino en cumplimiento de normas y sentencias.

3.- Por medio de las normas de la Carta Magna, se consagró la libertad de la Iglesia, la libertad personal, el derecho de propiedad y las garantías procesales que hemos consignado.

4.- Para asegurar la debida observancia de las obligaciones establecidas, se constituyó una especie de Comisión Fiscalizadora, integrada por 25 barones. En caso de que se

comprobara la violación por el rey de las obligaciones pactadas, los barones tenían derecho a apoderarse de bienes de propiedad real, hasta la reparación de los perjuicios mediante sentencia.

Se ha considerado justificadamente, que la Carta Magna, tuvo la importancia de consignar, en forma expresa, un conjunto de principios y normas consuetudinarias que ya se reconocían en Europa en los siglos XII y XIII. También se ha considerado que las disposiciones eran concretas, en el característico estilo pragmático inglés y no abstracciones bajo la forma de principios generales universales. Ese fue el motivo por el cual sus disposiciones se han mantenido como fundamento del derecho público americano e inglés, esto es, la solución práctica para el caso concreto.

Enrique III, quién sucedió en el trono a Juan sin Tierra, heredó el Reino Inglés, con los problemas que sembró su padre, más las que agregó por sus propias ambiciones y debilidades. Este rey encarnó el fracaso real: fue vencido por Francia, fracasó en Alemania y sus sueños de poder internacional, lo llevaron a comprometer el patrimonio inglés, celosamente resguardado por el Consejo Real, que se reunía anualmente y que comenzó a denominarse Parlamento en 1239.

La situación recién estalló en 1258, cuando los señores feudales del parlamento tomaron las armas y exigieron a Enrique III nuevos derechos y disposiciones que luego integraron los Estatutos de Oxford. Como era de esperar, Enrique III violó dichos estatutos y fue tomado prisionero por los señores feudales, encabezados por Simón de Montfort, que convocó de inmediato al parlamento. Lo nuevo de esta convocatoria fue que, además de los obispos y barones, pasaron a formar parte del Parlamento, dos caballeros por condado y se invitó al pueblo a designar diputados, que integraron la llamada Cámara de los Comunes, que junto con la Cámara de los Lores ya existente, originó lo que hoy conocemos como Parlamento Inglés.

La instalación del Parlamento, con integración popular en la Cámara de los Comunes, tuvo por efecto generalizar los derechos humanos, que embrionariamente se habían establecido. Esto significa que las garantías procesales y libertades comenzaron a extenderse a los demás estratos de la sociedad de la época.

Por lo tanto, la Carta Magna y sus extensiones hasta llegar al parlamento representativo, son hitos que deben analizarse teniendo en cuenta sus influencias posteriores,

como también el impacto que estas normas causaron en la época.

C.- Tiempos Modernos.

En la historia de los derechos humanos los tiempos modernos se pueden situar en el período comprendido entre el siglo XV y el XVIII, específicamente hasta la Toma de la Bastilla en 1789.

Es necesario señalar que en esta etapa se produjeron importantes cambios respecto de los derechos humanos. En primer lugar, el hombre común comenzó a conquistar ciertos derechos y libertades, adquiriendo bienes y el control económico en las ciudades. Pero lo más importante se dio desde el punto de vista filosófico, porque los tiempos modernos se caracterizaron por una exaltación de la razón, lo que significó que la noción de los derechos humanos pasara de una concepción metafísica a una real.

Al mismo tiempo surgió el Estado, lo que se tradujo en la conquista de los derechos del pueblo, esto es la intervención individual en el estado por medio de la

participación popular, base de la democracia, sin la cual no hay derechos humanos.

c.1.- Maquiavelo.

Si bien durante el periodo de los tiempos modernos se racionalizó el concepto de los derechos humanos hay que señalar que Maquiavelo utilizó esta racionalización en contra de ellos.

Su filosofía nace a partir de la Teoría de la Razón de Estado cuyo fundamento es "*el fin justifica los medios*". En ella, Maquiavelo señala la diferencia entre moral política y moral corriente, esto es, una suerte de corte o separación cuando se trata de los negocios públicos desempeñados por personas privadas o como se ha dicho también, vicios públicos o virtudes privadas. De esta forma, para Maquiavelo lo importante es que el rey aparente, ante sus súbditos, ser buen gobernante, pero sin serlo realmente.

Si se analiza el principio de que "*el fin justifica los medios empleados*" se ve claramente que de éste se desprende la doctrina de la "Razón de Estado" como principal argumento, lo que a lo largo de la historia se ha utilizado para cometer graves violaciones a los derechos humanos.

De este modo, a medida que se fue produciendo un crecimiento del estado, dicha doctrina fue empleada para cometer actos desmedidos en contra del derecho de las personas. Esto se refleja en los seguidores de Maquiavelo, como Hitler, Stalin y Pol Pot, para quienes los intereses del estado estaban por encima de cualquier consideración acerca los Derechos Humanos.

c.2.- Los Doctrinarios del siglo XVI.

Además de Maquiavelo durante esta época hubo diversos doctrinarios que fundamentaron la teoría del Estado, los límites del poder real y los derechos humanos. Algunos de los autores más importantes fueron:

1.- Juan Bodín: Publicista y magistrado francés, que nació en 1530 y murió en 1596. Su obra fundamental fue "La República".

Curiosamente, a pesar de sostener el principio de la autoridad absoluta, preconizó la igualdad y la no-justificación de la esclavitud. Bodín ha sido el creador de la doctrina de la soberanía absoluta, que durante años constituyó uno de los principales obstáculos para la aplicación internacional de las normas de protección de los derechos humanos. Es decir, él era contrario a la idea de la internacionalización de los derechos del hombre, lo que se relaciona con la facultad de aplicar el derecho internacional por sobre el de cualquier Estado, sin poder alegar la soberanía nacional.

2.- Thomas Hobbes: Nació en Inglaterra en 1587 y es considerado uno de los políticos doctrinarios más importantes del siglo.

Su gran descubrimiento fue el llamado "estado de naturaleza" en el que el hombre vive y donde sólo puede ser el lobo de los demás. En su obra "Leviathan", concibe que para evitar la violencia, los hombres instituyen el poder por medio del pacto social, por el cual cada uno renuncia a parte de su libertad, a cambio de la seguridad que ofrece la autoridad concentrada.

En su obra, Hobbes señaló que "el único modo de erigir un poder común capaz de defendernos, es conferir todo su poder y fuerza a un hombre o a una asamblea de hombres que pueda reducir todas las voluntades a una sola. Esto es más que sentimiento o concordia; es una verdadera unidad de todos ellos en una idéntica persona, hecha por pacto de cada hombre con cada hombre... Hecho esto, la multitud, así unida en una persona se llama república, en latín *civitas*. Esta es la generación de ese gran Leviathan".

Respecto de los Derechos Humanos, se puede señalar que a través del Pacto Social, Hobbes afirma el principio de soberanía absoluta, el que legitima la "Razón de Estado". Esto se traduce en un estado grande y super poderoso, que

regula todos los aspectos de la persona, en lo nacional e internacional.

Este pensamiento formó parte de los discursos de algunos gobernantes de estados totalitarios del siglo XX, quienes lo utilizaron en contra de los derechos humanos. Sin embargo, es importante destacar que gracias al pensamiento no deliberado de Hobbes y de los doctrinarios, se comenzó a establecer en la sociedad, la legislación positiva de los derechos esenciales del hombre.

3.- Hugo Grocio: Nació en Delft, Holanda, en 1583. Su obra más importante se denomina "De Iure Belli Ac Pacis". Es considerado el fundador del derecho internacional. Su pensamiento se basa en que el derecho internacional público para los derechos humanos constituye el aparato ortopédico para hacer efectiva la protección de los hombres, más allá de las soberanías nacionales.

4.- Francisco de Vitoria: Fraile dominico de la Universidad de Salamanca, que vivió entre el año 1486 y 1546. Aunque no llegó a publicar ninguno de sus trabajos, su doctrina se conoce por los apuntes de clases tomados por sus estudiantes, lo que más tarde se recopiló bajo el título de "Relectiones".

Vitoria sostuvo que el emperador no era ni podía ser emperador de todo el mundo, debido a que no tenía título jurídico ni teológico para ese cometido, al negar que el Papa pudiera conceder tierras ajenas, pues carecía de potestad sobre estas. Además de estas posiciones, agregó otras más audaces, como por ejemplo, que no se podía invocar el derecho de ocupación por el descubrimiento, pues las tierras estaban ocupadas por los indios, que ejercían lícitamente los derechos soberanía y propiedad.

Debido a su pensamiento, Vitoria debe ser considerado el co-fundador del derecho internacional, pues sostuvo que la fuerza no daba derechos dentro de una época en la que éste se sustentaba en la fuerza.

c.3.- Doctrinarios de los siglos XVII - XVIII.

A medida que el despotismo se extendía por Europa, con reyes que no admitían ninguna limitación a su poder, lentamente se iban sentando las bases doctrinarias sobre los derechos humanos. Los intelectuales de la época fueron elaborando sus ideas políticas, que se pueden categorizar como liberales, pues se contraponían al despotismo de la época. Los pensadores más sobresalientes fueron:

1.- John Locke: Nace en Wrington en 1632 y muere en Londres, en 1704. Postula que en caso de que el hombre se hallare bajo un régimen de gobierno que limita su libertad, tiene derecho a reaccionar para restablecer sus derechos naturales. Para él, un gobierno legítimo consiste en aquel que respeta los derechos naturales y que, por lo tanto, permite al hombre conservar su libertad y su vida. En el caso de que los derechos individuales sean coartados, Locke justifica el derecho de rebelión al señalar que cuando la insurrección es de todo el pueblo, no es insurrección.

De esa manera, su aporte se tradujo en un afianzamiento de los derechos humanos, al ser contrario al absolutismo de los reyes de la época.

2.- Jean Jacques Rousseau: Nació en Ginebra en 1712 y murió en 1778.

En su libro "El Contrato Social" defiende los derechos esenciales del hombre, al manifestar que "el hombre ha nacido libre y sin embargo vive en todas partes entre cadenas".

Como Locke, estableció el principio de que todos los hombres son iguales y libres, y que el objeto de la organización social es el de garantizar los derechos,

asegurando que los individuos se conformen al interés de la mayoría, que constituida en el pueblo, es la única soberana.

Otro de los aspectos considerados por Rousseau ha sido el de la república, entendida como *"todo Estado regido por leyes bajo cualquiera que sea la forma de administración... todo gobierno legítimo es republicano... todo gobierno dirigido por la voluntad general que es la ley"*. Por lo tanto, para Rousseau la ley es producto de la soberanía nacional.

3.- Charles-Louis Montesquieu: Nació en Francia en 1689 y murió en 1755. Su obra más importante es *"El Espíritu de las Leyes"*, pilar fundamental para los derechos humanos. Se caracterizó por tener planteamientos más realistas que filosóficos y por desarrollar la doctrina más moderna de su época.

Para Montesquieu existían tres formas de gobierno distintas: La Monarquía, la República y el Despotismo. Él las diferencia señalando que *"el gobierno republicano existe mientras exista la virtud; la monarquía mientras exista el honor, y el despotismo sólo se sostiene por el miedo"*.

Pero sin duda, el aporte más importante de Montesquieu fue establecer el principio de la división de los poderes. Al

dividir las funciones del Estado en ejecutiva, judicial y legislativa, sentó las bases de que no puede haber libertad si los poderes del gobierno están concentrados en una sola mano. Esto lo justificó postulando que *"todo estaría perdido si el mismo hombre o el mismo cuerpo de los próceres, o de los nobles o del pueblo, ejerce estos tres poderes"*. Por lo tanto, para Montesquieu el mejor sistema de gobierno es el republicano, pues permite que cada poder del Estado este a cargo de diferentes autoridades.

3.- ¿EN QUÉ CONSISTE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS?

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por objetivo salvaguardar los derechos esenciales del hombre (tales como su dignidad, libertad e igualdad ante la ley), junto con los derechos económicos, políticos, sociales y culturales que le sean propios a su naturaleza, sin distinción de raza, sexo, edad, religión, condición social y nacionalidad.

Su calificativo de internacional se basa en que su objetivo se dirige a las relaciones que contengan elementos

vinculados a soberanías distintas, pero no basta con que haya sólo elementos internacionales, pues es necesario que estos sean relevantes, esto es, que comprometa efectivamente a otras legislaciones.

Si bien el tema del derecho internacional de los derechos humanos está teniendo cada vez más auge, éste enfrenta un problema que radica en establecer qué tipo de normativa, si la nacional o la universal, es la que debe prevalecer en relación con determinadas materias. Así pues, cuando los estados partes firman y ratifican algún documento internacional, quedan comprometidos a acatar lo establecido en él. Sin embargo, el cumplimiento de estos tratados supone, en ciertas ocasiones, un conflicto con la legislación propia de cada nación, debido a que existen casos en que la Constitución se opone a la declaración internacional. En estas situaciones surge la disyuntiva de qué es lo que debe primar, si el derecho internacional o la jurisdicción interna.

El problema está en que si un país suscribe una declaración, es porque está dispuesto a cumplirla. Pero, debido a la naturaleza aún imperfecta del derecho internacional, el no-acatamiento de lo dispuesto trae como consecuencia sólo una condena moral, es decir, no hay una

sanción legal, ya que esta normativa carece de la facultad de coerción propia de los sistemas jurídicos internos.

Por lo anterior, la acción, promoción y defensa de los derechos humanos en el plano internacional, busca mecanismos de sanción de carácter moral, político y diplomático utilizando, incluso, medidas severas de presión internacional, como castigos políticos, económicos, multilaterales o bilaterales.

A.- Fuentes del Derecho Internacional en relación con los Derechos Humanos.

Como toda rama del derecho internacional, las fuentes creadoras de la normativa internacional de los derechos humanos, excede el marco de los tratados, ya que también son fuentes de ella, la costumbre y los principios generales de derecho, los cuales se influyen recíprocamente.

a.1.- Tratados: Son acuerdos escritos entre dos o más estados u organizaciones internacionales, que crean derechos y obligaciones jurídicas entre las partes. Se basan en el principio de que los pactos son "ley" para los contratantes. Los hay bilaterales y multilaterales o colectivos.

Respecto de los derechos humanos, hay que hacer una distinción entre los tratados-contratos y los tratados-ley. Si bien ambos tienen carácter obligatorio, los primeros contienen acuerdos que regulan ciertos intereses de los estados contratantes en sus relaciones recíprocas, por lo tanto, establecen obligaciones y derechos subjetivos y no tienen contenido normativo, pues no crean reglas de conducta de carácter general y permanente. Los segundos, en cambio, tienen por finalidad crear normas de conducta. Es así como José Zalaquett, profesor del Departamento de Derecho Internacional de la Universidad de Chile, afirma que "aunque hay quienes disputan la validez de esta distinción, no cabe duda que es significativa para los sistemas normativos humanitarios, cuyos tratados tienen, por lo general, el carácter llamado de tratado-ley".

a.2.- Derecho Consuetudinario (Costumbre Internacional): Es el que se forma por una práctica de los estados, que es admitida como derecho. Además de ser constante y uniforme, la costumbre debe ser generalmente aceptada; cuando lo es, obliga a todos los estados, aun cuando uno o más de ellos no haya participado en esta práctica. Sólo se excluye a aquel o

a aquellos estados que junto con no participar, se hayan opuesto a su nacimiento de manera constante y clara.

Si bien la costumbre ha ido perdiendo importancia como fuente constitutiva del derecho internacional, en el campo de los derechos humanos sigue teniendo gran relevancia.

El valor que la costumbre tiene en dicha materia sirve para elevar de jerarquía a un derecho, pues hay textos internacionales sobre derechos humanos que no tienen la fuerza vinculante del tratado y que la costumbre puede elevar a norma de derecho consuetudinario o incluso a norma de *Jus Cogens*, que es un conjunto de normas imperativas de derecho internacional general, que obliga a todo estado, no admitiendo acuerdo en contrario. Estas normas son, además, imprescriptibles y no dejan de ser oponibles a un estado, aun cuando éste las proteste². Sin embargo, como aún no existe una norma internacional jurídicamente vinculante, que establezca las normas que tienen la categoría de *Jus Cogens*, existe una gran ambigüedad en su identificación, lo cual genera diversas discrepancias entre tratadistas, jueces y abogados.

Un punto interesante es el papel que ha llegado a tener la acción de las organizaciones no gubernamentales (ONG) como

²Artículo 53, de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

actores internacionales puesto que han iniciado prácticas que, como consecuencia, modifican la conducta de las naciones llegando, e incluso, a transformarse en costumbre internacional.

a.3.- **Otras fuentes:** En el estatuto de la Corte Internacional de Justicia (artículo 38) se mencionan también como fuentes los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. También se hace referencia a las decisiones judiciales y a la doctrina de los tratadistas, como medios auxiliares para determinar las normas de derecho internacional. Según Zalaquett, "los autores tienden a estimar que, más que fuentes de creación del derecho, deben ser miradas como instrumentos de interpretación o bien como prueba de derecho consuetudinario".

a.4.- **El papel de las resoluciones:** Su función es iniciar estudios y formular recomendaciones. Pueden dar inicio a una costumbre o ser prueba de ella, como sería el caso de una resolución de la Asamblea General de la ONU, aprobada por unanimidad y que en su preámbulo declare que tales o cuales principios son reconocidos ampliamente por la comunidad de naciones.

Hay resoluciones de organizaciones intergubernamentales regionales que obligan a los Estados miembros sin necesidad de que sean ratificados por ellos. Sin embargo, las resoluciones de la Asamblea General de la ONU no son obligatorias para los Estados miembros³.

De acuerdo a su forma y contenido las resoluciones de organizaciones intergubernamentales de derechos humanos, pueden ser de distinto tipo:

a.4.1.- Las declaraciones tienen la naturaleza de una resolución, pero son de particular importancia en materia de derechos humanos. Las Naciones Unidas las ha definido como "un instrumento solemne que se utiliza sólo en casos muy especiales de grande y verdadera importancia y cuando se espera obtener el máximo de observancia por parte del mayor número de estados posibles". Estas declaraciones se refieren a los derechos de manera global (como la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos); a derechos de un grupo o sector (como las Declaraciones sobre Derechos de la Mujer o de los Niños), y a temas especiales (como la discriminación racial o libertad religiosa o de conciencia).

a.4.2.- Las Reglas Mínimas son recomendaciones pormenorizadas para proteger ciertos derechos en determinadas situaciones,

³Según lo establece la Carta de la ONU, artículos 10 y siguientes.

como lo son el tratamiento de reclusos o detenidos y el sometimiento de menores a la justicia.

a.4.3.- Las Normas de Etica Profesional son resoluciones concernientes a una determinada profesión en relación con los derechos humanos.

a.4.4.- Las Recomendaciones son resoluciones en materia de derechos humanos, sean de aplicación general (por ejemplo, recomendaciones sobre medidas para prevenir ejecuciones extrajudiciales o para combatir la tortura), o dirigidas a un país determinado.

INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

4.- INICIOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

A.- Siglos XVIII - XIX

La positivización real de los derechos humanos comienza con la "Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano", de 1789. Lo anterior se sustenta en que esta declaración sentó las bases de los futuros tratados sobre los derechos del hombre, al basarse en el lema de la Revolución Francesa, "*Libertad, Igualdad y Fraternidad*" para todos.

Sin embargo, se puede mencionar que este documento tuvo un precedente histórico que fue la "Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica", del 4 de julio de 1776, a través de la cual los 50 estados participantes se desligaron de la colonia inglesa y lograron formar una nación independiente.

Más que derribar el orden social o cambiar el sistema establecido, el propósito de la Revolución Norteamericana fue de carácter organizativo, pues su intención fue distribuir el poder en forma armónica en todos los sectores de la

sociedad. Esto queda demostrado en su preámbulo, donde se expresaba que: "Sostenemos como verdades evidentes que todos los hombres nacen iguales, que están dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales se cuentan el derecho a la vida, a la libertad y el alcance de la felicidad; que para asegurar estos derechos, los hombres instituyen gobiernos, derivando sus justos poderes del consentimiento de los gobernados; que cuando una forma de gobierno llega a ser destructora de estos fines, es un derecho del pueblo cambiarla o abolirla, e instituir un nuevo gobierno, basado en esos principios y organizando su autoridad en la que el pueblo estime como la más conveniente para obtener su seguridad y felicidad".

Así, la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos, constituyó uno de los primeros y más efectivos pasos para la historia de los derechos humanos, no solamente por su valor, de índole pragmática, sino también porque inició el derecho de autodeterminación colonial, sustento intelectual para todo el proceso de independencia en Latinoamérica y el mundo.

Pero como se señaló anteriormente, el surgimiento de los derechos humanos propiamente tal, comenzó a partir de la declaración francesa de 1789, ya que en ese momento se

produjo la positivización y racionalización de los derechos de todas las personas.

Esta fue aprobada el 27 de agosto de 1789 y estuvo compuesta por 17 artículos y un preámbulo. Pese a que no fue un documento del todo original (por la existencia de otros similares como la declaración de los EE.UU.) sirvió para responder adecuadamente a los reclamos de la sociedad estratificada en clases y presionada por la burguesía en expansión. Además, tuvo múltiples efectos y consecuencias tanto internas como externas, en materia de derechos humanos.

Las consecuencias más importantes de la declaración de los "Derechos del Hombre y del Ciudadano", fueron:

1.- Que su proceso de positivización fue fundamental para, a partir de ese momento, estructurar en cuerpos normativos expresos las normas de derechos humanos.

2.- Se estableció el principio de igualdad, mediante el cual todos los hombres gozaban de los mismos derechos (en la época se excluía a las mujeres, negros e indios).

3.- Se establecieron las bases de la democracia (gracias al concepto de igualdad) y de la autodeterminación de los pueblos. Este último, permitió que la sociedad francesa obtuviera el derecho de existir como una nación independiente.

En consecuencia, hasta el siglo XVIII, el objetivo esencial fue la positivización de los derechos, muchos de ellos establecidos sólo en el plano teórico.

En cambio, el siglo XIX se dirige a que, por medio de la igualdad, se tienda a generalizar y extender los derechos a todos. A modo de ejemplo, si bien con la Carta Magna, de 1215, un pequeño grupo de señores feudales arrancó concesiones personales al rey, éstas no se extendieron a las mujeres, ya que no ejercieron el derecho de sufragio hasta el siglo XX.

La historia de los derechos humanos, en el siglo XIX, plantea diferencias sustanciales con respecto a la de los siglos anteriores. Hasta ese entonces, los progresos en esta materia se produjeron linealmente, esto es, dentro de unidades territoriales bien diferenciadas del resto (esto, porque Francia y Estados Unidos, lugares donde se habían dictado las declaraciones previamente explicadas, permanecieron encerrados en sus propios proyectos), y con centralización en las decisiones, o sea, con unidad en cada avance o retroceso. Esto significa que los derechos humanos se establecían dentro de una estructura de poder en pugna, pero bien clara en la determinación de sus objetivos y propósitos.

Durante el siglo XIX, hay dos elementos que se presentan e influyen en los derechos humanos. En primer lugar, como resultado de la cultura, lazos históricos, lengua, religión, tradiciones, etc., se van consolidando unidades territoriales que pretenden romper los lazos que la vinculaban con las grandes potencias. Éstas no pueden controlar la situación largamente postergada y las naciones comienzan a presionar para autodeterminarse fuera de tutelas y dominios.

El segundo elemento que presenta el siglo XIX, viene unido con el desarrollo de la ciencia y la técnica; la industrialización y la aparición de los obreros, dentro de sociedades estratificadas luego del feudalismo, que empiezan a plantear los derechos humanos de índole económico-social en la reivindicación de la dignidad del trabajo negándose a considerarlo como mercancía.

Estas dos corrientes, la de la autodeterminación y la de los derechos económicos-sociales, dentro de nuevas sociedades industriales, son las corrientes que permanecerán vigentes durante el desarrollo del siglo XX.

E. - Primera Guerra Mundial.

El avance en materia de derechos humanos se produjo una vez terminada la Primera Guerra Mundial (y no durante su desarrollo), pues desde ese momento, y debido a la situación geográfica que se estaba gestando, comienza a surgir una preocupación por las minorías.

Tras finalizar la guerra, la caída de los imperios de Guillermo II (en Inglaterra), de los Romanov (en Rusia) y de los Habsburgo (en Alemania), causó la explosión de los pueblos de la Europa central. Así, cada uno de estos grandes imperios se transformó en una síntesis de minorías de diversos orígenes raciales y nacionales. Estas consistían en núcleos de población, que por razones de raza, religión, idioma o tradición, fueron privados de algunos derechos civiles y políticos, o que eran perseguidos, personal o patrimonialmente, por pertenecer a ellos.

El final de la guerra y los tratados de paz que lo instrumentaron, protegieron a las minorías de Polonia, Checoslovaquia (actualmente República Checa y Eslovaquia), Austria, Servia, Croacia, Eslovenia, Rumania, Hungría, Grecia, Bulgaria, Turquía y Armenia.

Por medio de los Tratados de Versalles, se aseguró la protección de las minorías, reconociéndoles el derecho a la vida, la libertad de culto, de pensamiento y de reunión, la

enseñanza pública en su propio idioma, la igualdad civil y política, la admisibilidad en los empleos públicos, el libre ejercicio del comercio, etc.

Toda la problemática de las minorías quedaba en manos de la naciente "Sociedad de las Naciones", antecesora de las "Naciones Unidas". Los reclamos de estas minorías se dirigían al Consejo de dicha organización internacional, con un procedimiento reglado para los reclamos de discriminaciones, que consistía en conceder vista del reclamo al estado denunciado, y en caso de divergencias, se sometía el caso a la jurisdicción de la Corte Permanente de Justicia Internacional, predecesora de la actual Corte Internacional de Justicia.

La Sociedad de las Naciones, como organización internacional, surgió luego del fin de la Primera Guerra Mundial y su labor en la promoción de los derechos humanos (vista desde la óptica de la época) fue bastante eficaz. No obstante, su labor ha sido históricamente cuestionada por su falta de solución a los problemas que quedaron pendientes tras la firma de Versalles (que marcó el fin del conflicto). También, por no poner fin a los procedimientos bélicos, teniendo en cuenta que la organización había establecido una burocratización previa al conflicto, pero no lo ponía fuera

del derecho, esto es, no calificaba a la guerra o a la amenaza de guerra, como actos antijurídicos.

Las críticas a la Sociedad de las Naciones fueron muchas, sin embargo, ésta actuó de la mejor manera posible, ya que los estados no estaban preparados ni habían elaborado un sistema de convivencia que pudiera establecer una institucionalización de las relaciones internacionales que les permitiera superar el conflicto.

C.- Fascismo, Nazismo y Marxismo-Leninismo.

En los años próximos a la Primera Guerra Mundial, tres sistemas políticos, económicos, sociales y culturales se instalaron en el mundo. Estos provocaron que los temas de los derechos humanos entraran, posteriormente, al debate internacional.

c.1.- FASCISMO.

Todos los inconvenientes que se vivían en Europa tras la guerra también se repetían en Italia. El debilitamiento de la lira, la carestía de vida, la desocupación, huelgas, disturbios, inestabilidad política y partidos políticos que no estaban a la altura de los acontecimientos, con un régimen

parlamentario paralizado; todo ello, más 650 mil muertos en la guerra fueron la génesis del fascismo.

La población, dentro del desorden y del caos, creyó que todas las culpas recaían en la debilidad del sistema y no dudaron en apoyar el nuevo proyecto autoritario de Mussolini, instrumentado alrededor del partido fascista.

Mussolini resumió todas las críticas al sistema vigente y movilizó hábilmente a las masas, creando grupos de choque y alentando las soluciones de mano dura. En 1922, Mussolini marchó sobre Roma y el rey Víctor Manuel cedió el poder, entregándoselo al "Duce", en principio por medio del Parlamento, llegando de una manera democrática al poder y confirmando su representatividad en las elecciones de 1923.

Durante los tres años siguientes, Mussolini fue aumentando la concentración del poder y estableciendo una policía especial, concluyendo, de esta forma su "etapa democrática", con la destitución de los 123 diputados opositores. El "Duce", no estuvo solo en esta tarea de destrucción del sistema, sino que fue acompañado por los factores de desorden expuestos, la atomización de los partidos liberales, el hastío de la clase obrera y la complicidad de la burguesía.

Si bien en el fascismo se produjeron excesos, necesario señalar, sin embargo, que cuando se analizan procesos políticos como estos, donde se producen violaciones a los derechos humanos, se suele incurrir en el error de atribuir toda la responsabilidad de lo sucedido al conductor de dichos sistemas de gobierno, desconociendo que este ha sido apoyado por gran parte o la mayoría del pueblo, que acepta y convalida con consensos y votos los excesos del régimen.

c.2.- Nacional Socialismo, NAZISMO.

Debido al "Crack" Bursátil, crisis que tuvo su origen en la Bolsa de Comercio de Nueva York (el 24 de octubre de 1929), se produjo una recesión a escala mundial.

En Alemania, la producción bajó su ritmo, los precios internacionales cayeron junto con la producción agrícola, mientras aumentaban las quiebras de las empresas y el número de desempleados (que en 1931 alcanzó una cifra de 3 millones de personas). Este descalabro económico trajo consigo cambios políticos. El partido Nazi fue ascendiendo en la preferencia del electorado; de 400 mil votos en 1928, pasó a 1 millón 500 mil, en 1932; a 6 millones 400 mil votos y finalmente a 13 millones de votos, transformándose en el primer partido del "Reich".

Hiltler llegó al poder por vía del sufragio a la edad de 44 años. Inició su actividad política dentro de un pequeño partido bávaro de extrema derecha, en el que rápidamente adquirió liderazgo y constituyó su equipo con algunos oficiales retirados, como Goering y Hess, y algunos intelectuales como Rosenberg, Goebbels y otros.

En agosto de 1934, Hitler alcanzó la presidencia y cancillería de Alemania y se lanzó a ejecutar su plan, basado en el lema "*Una sola raza, un solo Estado, un solo jefe*". Bajo este enunciado, Hitler comenzó a desarrollar un sistema totalitario en la nación alemana, donde no se respetaron los derechos esenciales de las personas. Un ejemplo de lo anterior fue el propósito de Hitler de depurar la raza aria, para lo cual inició una política de persecución racial, en primer lugar con los judíos y, posteriormente, con los arios de origen no-alemán y con los discapacitados, enfermos mentales y portadores de taras hereditarias.

A través de la prensa y de la radio se puso en práctica una intensiva campaña difamatoria. En todas las escuelas se introdujo como asignatura obligatoria la "ciencia de la raza", asignatura pseudocientífica que se instituyó en todas las facultades. En particular, la juventud fue especialmente educada en el sentido de considerar los principios del

antisemitismo como una sólida base para una Gran Alemania futura.

EL 15 de septiembre de 1935, Hitler promulgó las llamadas "Leyes de Nuremberg" para la protección de la sangre y el honor alemán. Estas normas degradaron oficialmente a los judíos alemanes a la categoría de ciudadanos de segunda clase y, además, fueron privados de la nacionalidad alemana. Se prohibieron los enlaces matrimoniales, así como las relaciones sexuales extramatrimoniales entre "arios" y "judíos"; estos últimos perdieron el derecho a voto y a desempeñar un cargo público.

El propósito de una sola raza llevaba consigo, también, el desarrollo de una sola cultura. Esta cultura oficial nazi pretendía tener una arquitectura, música, artes plásticas, literatura, y cines únicos, conformes con un modelo nazi, a la usanza de los egipcios que, durante tres mil años, utilizaron el rostro del faraón para representar al estado.

Si bien el ideal nazi se basaba en un totalitarismo, en el cual el poder estaba concentrado en manos de "Führer", es necesario señalar que el poder judicial continuaba funcionando. Sin embargo, éste estaba sometido al poder coercitivo del Estado, dentro de una estructura piramidal en la que Hitler ostentaba la soberanía y el poder sobre los

tribunales de justicia, en calidad del más alto magistrado del pueblo.

Lo anterior se basaba en un principio de la época, en el cual se establecía que *"Los jueces deben sujetarse a la voluntad del Führer como representante del derecho superior, siempre que procedan según sus ideas... el Estado nacional socialista contempla la vida terrenal del hombre con visión amplia. No se detiene ni ante tradiciones históricas, ni ante ciertos derechos naturales o derechos humanos... En la vida cotidiana del derecho, el auténtico nacionalsocialista deberá limitarse a seguir las directrices del Führer, que por principio deberán considerarse justas"*.

Por último, cabe señalar que también el ejército y las organizaciones intermedias pasaron a ser controladas por el orden jurídico nazi. A la vez, se estructuró un sistema de seguridad nacional por medio de una trilogía integrada por la Gestapo (policía secreta) y las SS y SD (servicios de seguridad), que usaron una ordenada metodología de tortura, asesinatos e internaciones en campos de concentración, lo que constituía un paso intermedio antes de la eliminación de los enemigos del régimen, los judíos y los cristianos, dentro de una organizada red de delación, coerción y traición.

La puesta en marcha del nazismo se transformó, en la práctica, en la implementación de una ideología corrosiva que terminó por destruir a Alemania.

c.3.- MARXISMO-LENINISMO.

Otro obstáculo para los derechos humanos fue el establecimiento del marxismo, ya que contrapuso los principios de libertad con los de igualdad.

La crisis de 1930 tuvo resultados devastadores para todo el mundo, que aún no había aprendido sobre la interdependencia y la internacionalización económica y, al igual que en los casos anteriores, ésta también azotó a Rusia. Sin embargo, las cosas habían empeorado desde antes. Así, con la destitución del Zar Nicolás II y la llegada al poder de los bolcheviques, en 1917, comenzaron las expropiaciones, desaparecieron las clases sociales y apareció la burocracia comunista y los privilegios de los tecnócratas predilectos del régimen.

Con todos estos cambios, comenzó una represión organizada, legislada y reglamentada, que en gran parte de sus resultados, se asemeja al nazismo. Ésta se vio reflejada en las violaciones de los derechos humanos ejecutadas en forma sistemática y organizada, que estuvo a cargo de Lenin,

que luego de la Revolución de 1917, se halló en el Kremlin, entronizado como el nuevo Zar de Rusia.

Lenin no improvisó la violación de los derechos humanos, sino que por el contrario, sometió al pueblo ruso a un sistema "juridizado" y legitimado para controlar el poder. El instrumento para estos propósitos se consiguió por medio del artículo 58 del Código Penal soviético, pues estaba redactado en 14 puntos, bajo la aclaración previa de que en la URSS, no existen los delincuentes políticos, sólo los comunes.

Los 14 puntos, redactados personalmente por Lenin, contenían la definición de las actividades "contrarrevolucionarias", la rebelión y la usurpación del poder, cualquier tipo de ayuda a otras potencias, ayuda a la burguesía internacional, inducir a un estado extranjero a declarar la guerra a la URSS, espionajes o relaciones que inducen a sospechar espionaje; propaganda o agitación tendiente a minar o debilitar el poder soviético, actuación en organizaciones o bandas para cometer los delitos antes señalados, la no denuncia de los delitos expuestos, haber servido a la policía secreta del Zar, y el sabotaje o contrarrevolución económica. Lo anterior, más la instigación y complicidad, cubrían prácticamente toda la existencia del hombre.

Lenin se encargó, por sí mismo, de ratificar ese juicio por lo que, en mayo de 1922, agregó a los artículos que prescribían la pena de muerte, otros seis más y agravó algunas penas con el destierro, al afirmar que "en mi opinión, puede ampliarse la aplicación del fusilamiento, a todas las actividades mencheviques, social revolucionarias y similares; se ha de hallar una fórmula que sitúe estos hechos en una relación con la burguesía internacional... Espero que la idea básica esté clara: exponer una tesis real (no puramente jurídica) que apoye la entidad y la justificación del terror, su necesidad y sus límites. El tribunal no debe eliminar el terror... sino establecerlo y reglamentarlo por principio, con claridad, sin adornos. La articulación debe ser lo más extensa posible, pues sólo la conciencia del derecho revolucionario impone las condiciones para una más o menos amplia aplicación práctica".

Bajo el mandato de Lenin, quien es considerado el Padre de la Unión Soviética, se produjo un endurecimiento del régimen soviético, a través de la aplicación a gran escala de la pena de muerte y de una fuerte represión de la población por medio de los servicios secretos de seguridad, que permitieron el desarrollo de la ideología marxista.

En la práctica, esto se tradujo en un atropello a los derechos humanos, estereotipo que fue seguido por los sucesores de Lenin, tales como Stalin, Kruschev y Breznev, quienes adaptaron los principios de la represión leninista al progreso de la ciencia y la tecnología.

D.- Segunda Guerra Mundial.

El 1 de septiembre de 1939, con la invasión alemana a Polonia, se desencadenó la Segunda Guerra Mundial, que duró cinco años y medio y que costó la vida de 55 millones de personas.

Así, de forma activa o pasiva, países de todos los continentes se vieron implicados o afectados por la segunda guerra mundial, una contienda en la que naciones con siglos de civilización se enfrentaron en una escala destructiva sin precedentes.

La segunda guerra mundial fue un conflicto armado que se extendió prácticamente por todo el mundo, entre los años 1939 y 1945. Los principales contendores fueron, de un lado, Alemania, Italia y Japón (llamadas las potencias del Eje) y del otro, Francia, el Reino Unido, los Estados Unidos, la Unión Soviética y, en menor medida, la China (denominados los Aliados).

La guerra fue en muchos aspectos una consecuencia, tras un difícil paréntesis de veinte años, de las graves disputas que la Primera Guerra Mundial había dejado sin resolver.

Muchos fueron los atropellos que se cometieron durante la Segunda Guerra Mundial. La principal razón es que, con este segundo conflicto internacional, cambió fundamentalmente la concepción de la guerra, sobretodo por la radical eliminación de la distinción entre civiles y combatientes y entre blancos militares y no militares (bombardeos masivos, ataques nucleares y genocidio). De esta manera, los enfrentamientos entre los países enemigos, se trasladaron desde los campos de batalla a las ciudades. Como consecuencia de lo anterior, el saldo de muertes civiles superó ampliamente a las militares.

Pero sin duda, las violaciones más significativas que se cometieron contra los derechos humanos durante esta contienda bélica, tuvieron lugar en la Alemania Nazi y, posteriormente, en Hiroshima, Japón.

La frustración alemana después de la derrota y los duros términos del Tratado de Versalles, tuvieron como resultado una radicalización del nacionalismo alemán, lo que produjo el advenimiento al poder de Adolfo Hitler.

Cuando Europa se encontraba ya en plena guerra, el "Führer" decidió, en marzo de 1941, el exterminio biológico total de los judíos, dictamen que fue guardado en el mayor secreto y que tenía que ser llevada a cabo por tropas de asalto de la SS.

El 20 de enero de 1942, el jefe del servicio de seguridad de la SS, dio a conocer, en una conferencia secreta en Berlín, la "solución final". Esta era la tesis para la destrucción masiva de los judíos de Europa, que consistía en la muerte inmediata de todos los incapacitados para el trabajo y para los aptos, trabajos forzados en condiciones mínimas de vida, hasta llegar a la muerte por agotamiento. Para la "liquidación inmediata" se ordenó la utilización del gas en los campos de exterminio⁴ y los fusilamientos en masa.

En un comienzo, las víctimas fueron aniquiladas con gases de escape de un motor Diesel. Más tarde, el asesinato masivo se perfeccionó, con la utilización del gas "Cyklon B", de efectos muy rápidos. Con él, los judíos fueron muertos con un procedimiento racionalizado, en vagones de trenes acondicionados o en salas que estaban camufladas como duchas. Estas acciones fueron verdaderas hecatombes, donde se

⁴ Estos se encontraban en Auschwitz, Belzec, Treblink, Mauthausen, Majdanek, Sobibor e Izbica.

aniquilaba a hombres indefensos, cuyo único "crimen" era ser judío.

La magnitud y la crueldad de estos actos, a los que se llegó por orden de los gobernantes nazis, constituyeron el llamado "Holocausto". Sólo en las cámaras de gas de Auschwitz y Birkenau fueron asesinados en dos años, más de un millón setecientos cincuenta mil judíos, en Majdanek casi un millón y medio, y en el territorio de Kamientoz-Podolski fueron fusilados treinta y un mil.

Poco a poco se privó a los judíos de todos los derechos humanos y civiles. Quien pudo, procuró escapar al extranjero. La persecución de los adversarios políticos y la opresión de la libertad de opinión empujaron también a miles de personas fuera del país.

En todo el tiempo que duró la guerra se mataron aproximadamente 6 millones de judíos y unos 3 millones entre otras minorías.

El otro atropello significativo a los derechos humanos se produjo en las postrimerías del conflicto, en 1945, cuando la guerra en Asia y en el Pacífico se caracterizaba por la desesperada defensa que adoptaron los japoneses, ya que se sentían dominados por sus enemigos. Los norteamericanos no

cesaban en su acoso y a partir de experimentos alemanes, habían elaborado una bomba atómica.

Harry Truman, quien asumió la presidencia estadounidense tras la muerte de Franklin Roosevelt, había estimado que la bomba atómica podía utilizarse para derrotar a Japón, de tal forma que costaría menos bajas a Estados Unidos que una invasión tradicional.

El 6 de agosto fue lanzada la primera bomba atómica sobre la ciudad de Hiroshima, destruyendo totalmente a la población y causando más de cien mil víctimas. Dos días después, la Unión Soviética declaró la guerra a Japón, y el 8 de agosto, los estadounidenses lanzaron una segunda bomba nuclear sobre Nagasaki, que tuvo efectos aún más destructores que la primera. Los japoneses, ante esta demostración de fuerza, se rindieron formalmente el 2 de septiembre de 1945.

La Segunda Guerra Mundial arrojó un balance de entre 55 y 60 millones de muertos, de los cuales un gran número fueron civiles. Los bombardeos masivos de ciudades e instalaciones industriales generaron, asimismo, enormes pérdidas materiales. La capacidad ofensiva de las nuevas armas y tácticas de guerra⁵ explica las grandes destrucciones y

⁵Las más usadas fueron transportes y bombardeos aéreos, portaviones, unidades de paracaidistas, tanques con potentes cañones, bombas autopulsadoras y bombas atómicas.

matanzas producidas, sobre todo, en la Unión Soviética, Alemania, Japón, Francia y el Reino Unido.

Las conferencias de paz de Teherán (1943), "Yalta" y "Potsdam" (ambas en 1945) cambiaron el mapa del mundo y sentaron las bases de un nuevo período histórico en el que la vieja Europa cedió su hegemonía a las dos nuevas superpotencias que se consolidaron durante y tras la guerra: los Estados Unidos y la Unión Soviética.

5.- INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

A.- Final de la Segunda Guerra Mundial y el principio de la internacionalización.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, surgieron varias conclusiones. Algunas permitieron no incurrir en las mismas equivocaciones, y otras profundizaron los dichos errores en diferentes lugares del mundo.

Las ideologías suelen considerarse como modas, por lo que cambian según la época. Esto fue lo que sucedió con las ideologías dejadas de lado por su ineficiencia, inoperancia y, especialmente, por la violación de los derechos humanos.

La primera consecuencia que se advirtió fue la internacionalización, no en el sentido de estructurar un orden internacional, sino entendido como una mundialización del conflicto. Los horrores de la guerra no sucedieron sólo en Alemania o Hiroshima; los bombardeos, la destrucción y la muerte fueron consideradas como una derrota global de la civilización, capaz de progresar tecnológicamente, pero no de usar dicho progreso para la paz, respetando los derechos humanos. Por otra parte, La concepción de los problemas planetarios comenzó cuando se percibieron como de todos, los bombardeos que se veían en los noticiarios alemanes e ingleses, eran bombardeos a todo el género humano.

La segunda consecuencia fue que las víctimas de este conflicto no fueron sólo los combatientes, sino que también civiles, pues la lucha también se desarrolló en las ciudades. Cada uno de los bandos enemigos trataba de infringir un daño mayor al otro en sus localidades no militares y no en los frentes de combate. Las bombas no diferenciaban entre los que eran o no nazis y entre los que apoyaban la guerra y los que no, produciendo una suerte de uniformidad en la masacre.

La tercera consecuencia dejó en evidencia y en tela de juicio a uno de los principales culpables: el estado. Éste, como sujeto y agente generador de normas jurídicas, pero

también como base ética, protagonizó un fracaso estrepitoso. Este es el caso del Estado de los regímenes fascista, nacionalsocialista y marxista-leninista, los cuales tuvieron un crecimiento desmesurado que se produjo a expensas de las personas, quienes fueron transfiriendo sus derechos y facilitando que un poder absoluto asumiera un rol totalitario, que se encargara de todas las funciones. De esta manera, el estado se transformó en productor, artista, consumidor, dueño del mercado, policía y, en definitiva, en un estado terrorista. Como es de suponer, la historia terminó mal, pues el proyecto tenía como requisito esencial la violación de los derechos humanos.

Es así como la concepción de los derechos humanos, que tenían todos, comenzó a incorporarse a todas las culturas. Ninguno de los países derrotados estaba dispuesto a cometer los antiguos errores, por lo que, finalmente, la experiencia fue útil, ya que a final del siglo XX, los vencidos (Alemania, Italia y Japón) se han convertido en potencias mundiales de la paz, respetando los derechos humano y produciendo desarrollo económico que tiene como base estos mismos derechos.

La Segunda Guerra Mundial dejó como lección la necesidad de canalizar el recelo al Estado, a través de la

implementación de estructuras internacionales de protección de los derechos humanos, por medio de la Organización de las Naciones Unidas (de 1945) y las organizaciones regionales que estaban como un germen en la mente de los políticos estadistas europeos y de los juristas y diplomáticos americanos. Así, algunos estados que participaron en el conflicto mundial, se propusieron la protección internacional de los derechos humanos.

B.- Internacionalización de los derechos humanos.

B.1- ¿En qué consiste la internacionalización?

La internacionalización consiste en el proceso que llevan a cabo los estados, para procurar la protección de los derechos humanos fuera de los mismos estados. El principio general del Derecho Internacional había sido, hasta entonces, que no se podía penetrar en la soberanía de los estados, pues esta era impermeable a las violaciones de los derechos inherentes al hombre. Afectar el anterior principio significaba poner en marcha otros preceptos que condenaban la intervención, que es la injerencia indebida en asuntos internos o externos de otros estados.

El abuso de estas doctrinas, sus consecuencias y la desconfianza en el estado, como producto de los experimentos de ingeniería social y estatal del nazismo, fascismo y marxismo, llevaron a considerar que la violación de los derechos humanos, en cualquier país, no es obstáculo para que la persona sea protegida por medio de sistemas internacionales, que reconozcan la subjetividad internacional de la persona humana.

Esta subjetividad habilita a hombres, mujeres, niños o grupos de personas a someter a juicio a los estados, sin ningún privilegio, y si el caso lo amerita, aplicarles una sanción que puede consistir en una indemnización; en restablecer la situación a la normalidad, y en muchos otros casos, a efectuar las reformas legislativas que correspondan, para no volver a violar estos derechos. La característica principal de estos juicios y eventuales condenas, es que se realizan por medio de estructuras externas al estado, esto es, ante una jurisdicción internacional, que al ser independiente del estado, garantiza su efectividad y ecuanimidad, con amparo de los derechos humanos.

Esta manera de encarar la protección de estos derechos, encuentra sus inicios después de la Segunda Guerra Mundial. La disciplina de los derechos humanos ha adquirido

independencia científica y se ha separado gradualmente del derecho constitucional, constituyéndose como un objeto y método científico autónomo. Además, estos adquieren una efectividad al participar en el proceso de interdependencia de los estados, pues este tiene como consecuencia la cooperación internacional. Un ejemplo de este trabajo en conjunto, en materias estratégicas de derechos humanos, son las acciones para la abolición de la esclavitud en 1885, del terrorismo internacional desde 1960 en adelante, y la acción mundial contra el "apartheid".

Gracias a la internacionalización de los derechos del hombre, la persona individual ha sido admitida como sujeto de derecho internacional, con plenas aptitudes para adquirir derechos y responsabilidades internacionales. Esta ha sido una de las herramientas básicas de la que se ha valido la normativa mundial para sobrepasar la soberanía absoluta de los estados, en materia de derechos humanos. Esto ha permitido que las personas queden con plena capacidad para denunciar e interponer acciones en contra de los estados.

B.2.- La internacionalización a partir de la post-guerra.

En el período de post- guerra, se forjó un nuevo orden mundial, con distintos componentes. Uno de ellos es el orden normativo de carácter humanitario, que se forma a partir de tres sistemas normativos internacionales, que corresponden a los derechos humanos, el derecho internacional humanitario (que adquiere una mayor sistematización) y el de refugiados.

Estos sistemas, aunque están relacionados entre sí, responden a distinta lógica y tienen, por lo tanto, su propio carácter, así como una normativa e instituciones especializadas propias.

El emergente derecho internacional de los derechos humanos representó un consenso expreso sobre determinadas obligaciones internacionales de los estados, lo que trajo como consecuencia el inicio de un activismo ciudadano de carácter internacional.

El desarrollo del tema de la internacionalización, desde la post- guerra, ha atravesado por distintas etapas. Estas son:

a) Primera Fase: Va desde la post - guerra hasta los años setenta. Hay un predominio de la actividad intergubernamental, internacional (ONU), o regional (OEA,

Comunidad Europea), tendientes a crear normas, instituciones y procedimientos en materia de derechos humanos.

b) Segunda fase: Comienza a partir de la década de los setenta, donde surge y se desarrolla un activismo ciudadano, primero a través de organizaciones no gubernamentales de derechos humanos (Amnistía Internacional, Comisión Internacional de Juristas, y más tarde, Human Right Watch), a las que se suman luego organizaciones análogas a escala nacional y regional, en diversas latitudes.

c) Tercera fase: Con los cambios políticos de la post-guerra fría, surgen los "temas emergentes", también llamados "de tercera generación" en derechos humanos y en campos humanitarios afines, los que se refieren, por ejemplo, a los derechos de la mujer, pueblos indígenas, infancia y maternidad, entre otros.

El tema de los derechos humanos entra en el plano internacional de modo sistemático con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, cuando tiene lugar una expansión y decidida internacionalización de ellos, con la creación de la Organización de las Naciones Unidas.

Desde un primer momento, los países integrantes de la carta de la ONU, que se firmó el 26 de junio de 1945 en San

Francisco, coincidieron en que el nuevo organismo internacional tenía como principal finalidad la de "facilitar la solución de problemas internacionales, de orden económico, social y humanitario, y promover el respeto de los derechos humanos", por lo que es considerada el punto de partida del desarrollo del derecho internacional contemporáneo.

La tarea de elaborar un código internacional de derecho, fue encomendada por el Consejo Económico y Social de la ONU, a la recién creada Comisión de Derechos Humanos, quienes intentaron conciliar los distintos puntos de vista de los integrantes del comité de redacción. Se discutieron las cuestiones acerca del valor jurídico de la declaración, de la necesidad de un segundo instrumento, la definición y catálogo de los derechos humanos, etcétera.

La presidenta del Comité de Redacción y representante de Estados Unidos, Eleanor Roosevelt, consideró que la declaración "era, ante todo, una declaración de principios básicos, para servir de ideal común a todas las naciones y que podía muy bien convertirse en la Carta Magna de toda la humanidad... Su ratificación, por la Asamblea General, tendría una importancia comparable a la proclamación de los derechos del hombre, de 1789; la de los derechos humanos en

la declaración de independencia de los Estados Unidos, y otras declaraciones similares hechas en otros países".

El texto finalmente acordado se aprobó el 10 de diciembre de 1948, por 48 votos a favor, ninguno en contra y ocho abstenciones⁶.

De esta manera, la declaración reafirmó no sólo los derechos inalienables de todo ser humano sino que, además, proclamó otros jamás expresados hasta entonces, en otro documento.

La Declaración de los Derechos Humanos de la ONU, significó la primera concepción universal de los derechos esenciales del hombre y de su protección. Además, trajo diversas consecuencias, como el cuestionamiento al concepto de soberanía absoluta, noción que dejó de ser impermeable ante la protección de los derechos humanos, debido a que la Segunda Guerra Mundial provocó una pérdida de confiabilidad en el Estado.

Por todo lo anterior, se puede afirmar que la fase fundacional (teórica) del resguardo de los derechos humanos concluye con la aparición de las Naciones Unidas y, que a partir de la post-guerra, se produce la internacionalización de estos, con el nacimiento de una nueva etapa, donde se deja

atrás el plano teórico para pasar al ámbito de la vida real, con la aparición de las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, y el interés de los estados por formar parte de nuevas declaraciones y tratados internacionales.

6.- PROCESO DE REINSECCIÓN MUNDIAL

El gobierno de Patricio Aylwin comienza el 11 de marzo de 1990, día en que el General Augusto Pinochet le entrega el mando, con un acto solemne, en presencia del Congreso Pleno.

Los cuatro objetivos programáticos de su gobierno fueron la reinsección mundial, la reconciliación nacional, la justicia social y la democratización, materias que dio a conocer en su discurso del 21 de mayo de 1990, ante el Congreso Nacional.

En relación con la reinsección de Chile en la comunidad internacional, en dicho discurso el Presidente Aylwin planteó que "el objetivo fundamental de nuestra política internacional es la plena reinsección de Chile en el mundo de los países democráticos. Nuestro interés es participar en todos los foros de encuentro multilateral y en las relaciones

¹⁰¹ Las abstenciones fueron de Arabia Saudita, Bielorrusia, Checoslovaquia, Polonia, Ucrania, Unión Sudafricana, URSS y Yugoslavia.

CAPITULO III:

GOBIERNO DE PATRICIO AYLWIN Y EL PROCESO DE REINSERCIÓN MUNDIAL A TRAVÉS DE LA SUSCRIPCIÓN, PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES

6.- PROCESO DE REINSERCIÓN MUNDIAL

El gobierno de Patricio Aylwin comienza el 11 de marzo de 1990, día en que el General Augusto Pinochet le entrega el mando, en un acto solemne, en presencia del Congreso Pleno.

Los cuatro objetivos programáticos de su gobierno fueron la reinserción mundial, la reconciliación nacional, la justicia social y la democratización, materias que dio a conocer en su discurso del 21 de mayo de 1990, ante el Congreso Nacional.

En relación con la reinserción de Chile en la comunidad internacional, en dicha oportunidad el Presidente Aylwin señaló que *"el objetivo fundamental de nuestra política internacional es la plena reinserción de Chile en el concierto de las naciones. Nuestro ánimo es cooperar en todas las instancias de encuentro multinacional y en las relaciones bilaterales con los demás Estados, con nuestro modesto pero*

decidido aporte al desarrollo de los pueblos, al logro de la justicia y la paz entre los países, y al pleno imperio de los derechos humanos y del derecho internacional en todos los rincones de la tierra... Su adhesión al orden jurídico lleva a Chile a sustentar los principios de la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, cuando el país soberanamente así lo decida. Sustenta, por ende, el principio de la intangibilidad de los tratados, el de la igualdad jurídica de los Estados; el de la convivencia pacífica de los mismos; el de la autodeterminación de los pueblos; el de no-intervención en los asuntos internos privativos de la soberanía de otros Estados; el de la solución de las controversias internacionales por medios jurídicos y pacíficos; el de la prohibición del uso de la fuerza o amenaza de su empleo, y el de la cooperación internacional".

De este modo, Chile se fue reincorporando al plano mundial, pero de una manera más bien política que económica, lo que se tradujo no sólo en visitas de jefes de Estados extranjeros y giras presidenciales al exterior, sino también en la firma y ratificación de tratados, los que se mencionarán más adelante.

Todo este proceso fue antecedido por una negociación política entre el gobierno de Augusto Pinochet y

representantes de algunos partidos de la oposición. Como resultado de dichas conversaciones se determinó realizar un plebiscito en julio de 1989, con el objetivo de reformar la Constitución de 1980.

El electorado aprobó, con un 88%, las 54 reformas a la Carta Fundamental, las que entraron en vigencia el 17 de agosto de 1989, y quedaron establecidas en el artículo número uno de la ley de reforma constitucional número 18.825.

Es necesario mencionar, eso sí, que la protección de los derechos humanos no nació junto con el gobierno de Patricio Aylwin ni gracias a su idea de reincorporar a Chile en el ámbito mundial, pues estos ya se encontraban consagrados en la Constitución creada bajo el mandato de Augusto Pinochet. Una de las normas de este precepto fue el Artículo 1, que reproduciendo el Artículo 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece que "*los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derecho*", y agrega que "*el estado está al servicio de la persona humana*". La otra es el artículo 19°, que asegura a todas las personas un sinnúmero de derechos y garantiza que ellos no podrán ser afectados en su esencia. Además, a fines del '88, el gobierno militar ratificó la "Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura", la "Convención Contra la Torturas y

otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes", de las Naciones Unidas y la "Convención Sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer". Por otra parte, se cumplió con promulgar y publicar el "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" y se publicó el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", que había permanecido sin promulgación entre los años '72 y el '76 y sin publicación desde 1976 hasta 1989.

Lo que se concibió, más bien, durante el período del presidente Aylwin fue que Chile se hiciera partícipe de los tratados internacionales que resguardan los derechos propios de la persona. Con esto, el objetivo fue que Chile se adhiriera a los diferentes instrumentos internacionales que promovían el desarrollo de los derechos humanos, con lo que se hacía un compromiso hacia la universalización de estos, lo que implicaba aceptar las obligaciones universales que se derivan de ellos, como también la guía en la interpretación de las normas de estos derechos por las reglas y prácticas internacionales desarrolladas desde 1948 en adelante.

7.- REFORMA CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 5° DE 1989

La enmienda al inciso número 2 del artículo 5° (una de las 54 reformas de 1989), consistió en rectificar el contenido de dicho artículo, el que señalaba antes de su corrección que "La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana."

A lo anterior se le añadió que "...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 que se encuentren vigentes".

El objetivo que perseguía la reforma era un fortalecimiento de los derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico interno. Pero, además, se estableció que era deber de todos los "órganos del estado" el garantizar dichos derechos. En relación con este punto, es necesario

mencionar, que como la enmienda no hace referencia explícita a los órganos "constitucionales", se entiende que es deber de toda institución que tenga una función pública, el resguardar los derechos del hombre. Esto supone también que todos los organismos públicos del Estado deben respetar y promover tales derechos permitiendo, además, el goce y ejercicio de estos, lo que implica el establecimiento de recursos para protegerlos y la creación de tipos legales, civiles o penales que amparen a los individuos.

Por otra parte, cabe mencionar que los órganos del Estado no están sólo obligados en virtud del inciso segundo, sino que también por la "Convención Americana sobre Derechos Humanos", ratificada por Chile.

La idea de corregir el artículo 5° de la Constitución del '80, surgió debido a la coyuntura política del momento. Por una parte, estaba el deseo del gobierno militar de hacer notar su postura frente a la protección de los derechos humanos y, por otra, la de los sectores opositores al gobierno que pretendían, a través de la reforma, lograr una mayor defensa de estos.

Pero, al mismo tiempo, se puede afirmar que la reforma a la Constitución era también parte de un proceso de internalización de estos derechos, que se basaba en el

consenso de que si son "universales", deben ser resguardados por el sólo hecho de ser inherentes al hombre, cuyo respeto está por encima de las soberanías de las naciones.

La segunda es el artículo 8º que constituye una de las normas más polémicas de la Convención de 1978. Esta, porque al modificar el artículo 1º original, se prohíbe la aplicación de tratados como consecuencia de conflictos respecto de quienes Estados están a la par o por sobre la soberanía.

En relación con lo anterior, surgen dos posturas: la primera se refiere a aquellos que sostienen que los tratados internacionales son los que deben regir, los que apoyan esta postura afirman que el derecho internacional chileno es Chile desde antes de la reforma y la constitución, según el artículo 1º de la Constitución de 1980, el cual establece que el ordenamiento jurídico de Chile es el derecho internacional. Ahora, existen tratados celebrados entre Chile y otros países que son legalmente vigentes en Chile y aplicables en Chile, pero que no son tratados internacionales. Así, existen tratados celebrados entre Chile y otros países que son legalmente vigentes en Chile y aplicables en Chile, pero que no son tratados internacionales. Así, existen tratados celebrados entre Chile y otros países que son legalmente vigentes en Chile y aplicables en Chile, pero que no son tratados internacionales.

Chile ratificó el "Código de Comercio", cuando que ratificó, en 1971, la "Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados", cuyo artículo 1º establece la noción de los tratados que están en oposición con él. De este modo, los artículos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que están en oposición con él. De este modo, los artículos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que están en oposición con él.

II.- LA POLÉMICA SOBRE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 5° DE LA CONSTITUCIÓN

La enmienda al artículo 5° constituyó una de las reformas más polémicas de las aprobadas en 1989. Esto, porque al modificar el inciso segundo, se produjo una ambigüedad, lo que trajo como consecuencia conflictos respecto de si los tratados están a la par o por sobre la constitución.

En relación con lo anterior, surgieron dos posturas. La primera, se refiere a aquella que sostiene que los tratados internacionales son los que deben primar. Los que apoyan este argumento, afirman que el derecho internacional tenía validez en Chile desde antes de la reforma a la constitución, pues nuestro país no se encontraba ajeno a la comunidad internacional. Además, existían tratados celebrados entre Chile y otros Estados, que tenían vigencia legal en el país; los tribunales chilenos aplicaban el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho.

Asimismo, Chile reconocía el "Jus Cogens", puesto que ratificó, en 1981, la "Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados", cuyo artículo 53 establece la nulidad de los tratados que estén en oposición con él. De este modo, los partidarios de la supremacía de los tratados postulaban que

el ordenamiento jurídico chileno no requería una disposición como la enmendada para darle validez a los tratados que consagran los derechos humanos, pues estos ya eran válidos desde antes.

Finalmente, los que apoyaban esta postura concordaban en que si en la Constitución estaban resguardados los derechos humanos, la reforma tenía como objetivo que los tratados complementaran al artículo 19 de la Carta Fundamental, resguardando aquellos derechos que en ella, no estuvieran consagrados.

La postura contraria, en cambio, es favorable a la superioridad de la Constitución. Es decir, ésta es la norma positiva de mayor autoridad, seguida por las leyes y tratados internacionales promulgados y publicados en el país, que comparten entre sí el mismo rango. Además, afirman que existen pocas contradicciones entre las normas de la Constitución del '80 y los tratados de derechos humanos, ya que el artículo 19 referente a los "Derechos y Deberes Constitucionales", abarca prácticamente todos los derechos humanos, incluyendo el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (Artículo 19, número 8).

Por último, los seguidores de esta postura argumentan que los derechos humanos pueden dividirse en tres categorías

que, por lo tanto, cada estado establecerá en su Carta Fundamental, los derechos que le son obligatorios, además de los no-obligatorios que se sientan capacitados para garantizar y proteger. Esto, debido a que en la clasificación de los derechos humanos, el primer grupo corresponde a aquellos que deben ser obligatorios para todos los estados⁷.

En segundo lugar se encuentran los derechos que deben ser implementados dependiendo del desarrollo económico y cultural de cada Estado (como, por ejemplo, el derecho a la educación gratis para todos, protección social, remuneración justa por el trabajo e igualdad ante la justicia).

Y, finalmente, el tercer grupo abarca a aquellos derechos que constituyen un anhelo para los países (como la plena capacidad del Estado para ofrecer ocupaciones, la distribución equitativa de alimentos, total cobertura de la salud física y mental).

Después de haber estudiado estas dos posturas, es importante señalar que los tratados sobre derechos humanos tienen fuerza de ley. Esto se ratifica con la reforma al artículo 5° de la Constitución Política de 1980, donde se señala "...garantizados por esta Constitución, así como por

⁷ Entre los que se destacan el derecho a la vida, la igualdad jurídica, la libertad, la seguridad personal, la libertad de culto, de reunión, de opinión y de pensamiento.

los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes", con lo que los tratados pasan a ser parte de la legislación chilena. Así lo afirma Mario Calderón, abogado en Jefe de la Dirección Consular de Chile, quien afirma que "si el día de mañana se suscita un conflicto menor entre un derecho común y un derecho garantizado por un tratado internacional, el magistrado tiene la obligación de dar prioridad al derecho garantizado por el pacto, pero la Constitución siempre prima". Él lo clarifica a través de un ejemplo al argumentar que en Chile "existe la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques. Si usted gira un cheque sin fondos, no paga o no tiene con qué pagar, se va detenido inmediatamente. Pero, actualmente, no se puede porque el Pacto (de derechos civiles y políticos) prohíbe la prisión por deudas. Por lo tanto, una persona que ha girado un cheque de buena fe, y puede probar que fue de buena fe, no se aplica la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, porque el pacto lo prohíbe".

Respecto del caso anterior, hay que aclarar que lo que prima es el derecho contemplado en el tratado internacional, y no el tratado en sí. En relación con esto, Calderón explica que "en un caso de conflicto entre una norma de derecho común y

el derecho contemplado en un tratado, el tribunal debe aplicar el derecho contemplado en el tratado".

En la instancia jurídica existen casos de confrontación entre la Constitución Política y algunos tratados de derechos humanos que han sido firmados por Chile. En los casos de esta especie, se analizarán los siguientes:

Artículo 19 inciso 3, de la Constitución 1980 versus artículo 1º numeral 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En este caso, la confrontación se da en materia de el derecho a la vida, pues la Constitución chilena establece que "No se permitirá aplicar pena de muerte" y el artículo 1º numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que "Nadie será condenado a pena de muerte".

En cambio, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que "Nadie será condenado a pena de muerte".

9.- CONFLICTOS DE PRIMACÍA

En la historia jurídica chilena existen casos de confrontación entre la Constitución Política y algunos tratados de derechos humanos que han sido firmados por Chile. Para los efectos de esta memoria, se analizarán los siguientes.

a) Artículo 9° inciso 3, de la Constitución 1980 versus artículo 6° número 4, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En este caso, la confrontación se da en relación con el indulto, pues la Constitución chilena establece que "No procederá respecto de estos delitos (terrorismo, en cualquiera de sus formas) la amnistía ni el indulto, como tampoco la libertad provisional respecto de los procesados por ellos. Estos delitos serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales".

En cambio, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala que "Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto a la conmutación de la pena capital, podrán ser concedidos en todos los casos".

El problema surge por que la Constitución es categórica al prescribir "No procederá...". Pero, al mismo tiempo, el Pacto es determinante al disponer "... en todos los casos", lo que puede interpretarse como la facultad que se le otorga al Estado de analizar cada caso en particular para saber si el individuo es o no acreedor al indulto.

Artículo 19 número 7, letra C de la Constitución de 1989 versus artículo 9 número 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Esta contradicción tiene relación con el tiempo de detención de un individuo, ya que la Constitución establece que "Podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el sólo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las 24 horas siguientes. Si la autoridad hiciera arrestar o detener a alguna persona, deberá, dentro de las 48 horas siguientes, dar aviso al juez competente, poniendo a disposición al afectado".

En cambio el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, no da ningún plazo de detención, sino que usa la fórmula "sin demora", para las mismas circunstancias señaladas. Tampoco exige que sea necesariamente puesto a disposición de un juez, ni que éste sea competente según las

normas procesales, sino que, a falta de él, se puede llevar a la persona detenida o arrestada por infracción legal ante "un juez" u "otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales".

Esta protección de la seguridad personal del inculcado, es más amplia en el texto internacional y por su intermedio se altera o modifica nuestra norma constitucional, al darle una competencia a funcionarios que no la tienen, lo que estaría vulnerando el artículo 7 de la Constitución Chilena que señala:

"Los órganos del estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley".

A - Casos de supremacía del Derecho Internacional frente a la legislación interna (antes de la Reforma al Artículo 5° de la Constitución de 1980).

Diversos han sido los casos en que se ha presentado un conflicto entre el derecho internacional y la legislación chilena.

Los siguientes fallos, resueltos por la Corte Suprema, ofrecen un apoyo histórico a la argumentación de la primacía del derecho internacional:

1.- Uno de los primeros casos en que la Corte reconoció la superioridad del derecho internacional consuetudinario fue en la sección XI del fallo titulado "La indemnización. Prevalencia del derecho internacional". En esa oportunidad, la Corte Suprema afirmó: "es sabido que, en estos casos, prevalece la aplicación del Derecho Internacional a los preceptos de la legislación interna". Además, en su análisis de un fallo de la Corte de La Haya, la Corte Suprema chilena afirmó que "este fallo tiene, además, la importancia de reconocer que las normas de derecho internacional son de aplicación preferentemente a las leyes locales"⁸.

2.- En otro fallo sobre un caso de extradición activa, en 1959, la Corte Suprema consideró que "de acuerdo con el citado artículo 637, del Código de Procedimiento Penal, es forzoso recurrir a los principios del derecho internacional, para obtener un pronunciamiento acerca de la extradición de

⁸ "Tribunales Chilenos y Derecho Internacional de los Derechos Humanos". John Detzner. Capítulo VI, página 108.

que se trata, principios que, por otra parte, priman siempre sobre los preceptos del derecho interno del estado"⁹.

Existen también casos, específicamente algunos relacionados con asilos y ocurridos después del Pronunciamiento Militar de 1973, donde el Estado chileno ha reconocido la primacía del derecho internacional consuetudinario:

1.- La Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, en una ocasión, planteó claramente el asunto. Un Tribunal de Menores había decretado orden de arraigo por dos infantes, que se encontraban junto a su madre, asilados en una embajada. La Asesoría consideró que "la situación descrita plantea el problema jurídico de resolver cuáles son las normas que prevalecen, si las de derecho interno relativas al obediencia que la autoridad administrativa debe a las resoluciones válidamente emitidas por el Poder Judicial, o las de derecho internacional, que gobiernan consuetudinaria o convencionalmente, la institución del asilo".

⁹Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LVI, 2ª. Parte, sección 4ª; página 66.

Después de revisar algunos casos, la Asesoría concluyó que "al caso concreto planteado en la consulta, la Asesoría Jurídica considera que por sobre la resolución judicial emanada del referido Tribunal de Menores, corresponde aplicar las normas de Derecho Internacional que gobiernan la institución del asilo"¹⁰.

2.- En otro caso, la Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores consideró, en 1973, la cuestión de "las posibilidades de proceder a la expropiación legal del inmueble que ocupa la ex Embajada de Cuba"¹¹.

Primero, analizó las normas del Derecho Internacional que permiten, con limitaciones, tal expropiación, si se funda en "una ley que declara al inmueble de utilidad pública para la ejecución de una obra" pública, e incluye la indemnización. Añadió, sin embargo, que según el Derecho Internacional, tanto convencional como consuetudinario, ésta posibilidad "excluye la expropiación por represalias o por pago de deudas insatisfechas". Concluyó "que el derecho internacional no permite la incautación de bienes de otros estados aunque estén rotas las relaciones entre ellos y se

¹⁰Informe número 96 de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, del 14 de Noviembre de 1973.

¹¹Informe número 99 de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, año 1973, páginas 545-558.

para compensar créditos que se tengan con dicho estado"¹².

De este modo y gracias a todas las acciones del gobierno, y de los citados fallos de los tribunales chilenos, se indica claramente la primacía del Derecho Internacional, tanto convencional como consuetudinario, sobre el derecho interno de Chile en el caso de controversia o conflicto entre ellos. Tras la reforma al Artículo 5°, uno de los casos que concitó mayor interés, fue el "Caso Martorell".

Francisco Martorell Cammarella, periodista chileno, escribió el libro "Impunidad Diplomática", en el cual describía las actividades del Ex Embajador de Argentina en Chile, Santiago Espinoza Melo. Este libro fue publicado en Argentina el 21 de Abril de 1993 y en Chile sería al día siguiente. Pero antes de su publicación en nuestro país, Andrés Luksic Craig y otras personas aludidas en el libro, interpusieron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, pidiendo que se prohibiera su distribución en Chile, invocando el Derecho a la Intimidad y Vida Privada.

La defensa de Martorell argumentó, a su favor, que siempre primaba la libertad de expresión por sobre la

¹² Tratado de "Tribunales Chilenos y Derecho Internacional de los Derechos Humanos". John A.

protección a la vida privada. Para el Abogado en Jefe de la Dirección Consular, Mario Calderón, "ésta es una cuestión de ver cuál es el orden que le asigna la Constitución Política a uno y otro. El Artículo 19° coloca el derecho a la vida privada y a la intimidad, en el número 4; En cambio, la libertad de expresión está ubicada en el 12. Además, el Pacto de Derechos Civiles y políticos, le da prioridad a la vida privada por sobre la libertad de expresión".

Esto lo podemos demostrar al revisar el Artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala en un inciso 1° que "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación". Esto se reafirma en el inciso 2°, donde se señala que "toda persona toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias y esos ataques".

Por su parte, en el Artículo 19, inciso 2°, se estipula que "toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole". En su inciso 3° agrega que "el ejercicio del derecho previsto en el párrafo dos de este artículo entraña deberes y

responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a.- Asegurar el respeto a los derechos y reputación de los demás..." Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20

Finalmente, en el Caso Martorell, el 31 de Mayo de 1993, la Corte de Apelaciones dictó la prohibición de carácter permanente de la publicación y distribución del libro. Esto fue confirmado por la Corte Suprema el 15 de Junio del mismo año.

De esta manera queda demostrado cómo la justicia chilena invoca los tratados internacionales no sólo para resolver conflictos de primacía, sino también para apoyar sus resoluciones judiciales.

10.- TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS SUSCRITOS POR CHILE EN EL PERÍODO 1990-1994.

Como ya se ha señalado, durante el período comprendido entre 1990 y 1994 Chile suscribió, ratificó y promulgó diversos tratados internacionales sobre derechos

humanos, como una manera de reinsertarse en el plano mundial.

Estos fueron:

1.- Se promulga Convención sobre Derechos del Niño, adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de Noviembre de 1989 y suscrita por Chile el 26 de Enero de 1990.

Decreto Supremo 830 (Diario Oficial: 27 de Septiembre de 1990).

2.- Se aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica", suscrita el 22 de noviembre de 1969, en San José de Costa Rica.

Decreto Supremo 873 (Diario Oficial: 5 de Enero de 1991).

3.- Se retiran reservas formuladas a la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, promulgada por Decreto 809/88.

Decreto 40, Relaciones Exteriores. (Diario Oficial: 13 de Marzo de 1991).

4.- Se promulga Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptados el 16 de Diciembre de 1966, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 2200 A.

Decreto 747 (Diario Oficial: 20 de Agosto de 1992).

5.- Acuerdos complementarios con Costa Rica sobre cooperación en medio ambiente; sobre cooperación en materia de desarrollo urbano y vivienda; sobre asistencia a la niñez, y sobre asistencia en el campo de la salud y la seguridad social, 1992.

6.- Se promulga el Acuerdo Básico de Cooperación Económica, Industrial, Científico - Tecnológica, Técnica y Cultural, Chile - República Italiana.

Decreto 1.424

Diario Oficial 04 febrero 1994.

CAPITULO IV:

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU EFECTO EN EL ÁMBITO SOCIO-POLÍTICO Y JURÍDICO CHILENO

Desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha evolucionado hacia el establecimiento de normas supranacionales.

Antes de analizar los efectos que la jurisprudencia universal ha tenido en nuestro país, es necesario recordar las circunstancias por las cuales Chile comienza, a partir de 1990, a formar parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

11.- SITUACION HISTÓRICA DE CHILE, 1960-1990.

La sensación de angustia que quedó en la comunidad Internacional tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, llevó a los estados a hacer una revisión de los principios tradicionales de no-intervención en los asuntos internos de cada nación.

De este modo, se creó en 1945 la "Carta de las Naciones Unidas" y en 1948, la "Declaración Universal de los Derechos Humanos". Chile firmó ambas como muestra de la necesidad mundial de evitar que en el futuro se volvieran a atropellar los derechos humanos. Asimismo, en 1949 se adhirió a los Convenios de Ginebra.

Estos avances hacia la protección de los derechos del hombre se vieron dificultados por una nueva reorganización del orden internacional, llamado Guerra Fría. Durante este período, el mundo quedó dividido ideológicamente en dos órbitas, una liderada por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) y la otra, por Estados Unidos de América.

La polarización de esos años provocó que la protección de los derechos humanos pasara a un rol secundario. Así lo explica el Analista Internacional Libardo Buitrago, quien sostiene que "históricamente los países privilegiaron durante el período de la Guerra Fría un mirar al lado respecto de la aplicación de los derechos humanos. Es decir, en las órbitas de influencia de las dos superpotencias se violaron sistemáticamente los derechos esenciales del hombre, por lo tanto, más que el respeto a la vida o el derecho de garantizarles a los humanos el derecho a vivir bien, lo que ocurrió después de la Segunda Guerra Mundial fue que el mundo

privilegió estar ubicado dentro de una ideología, por lo que podemos hablar de que en la lucha de las superpotencias por abarcar más territorio, el fin justificaba los medios”.

El proceso político chileno, en esas décadas, se vio influido tanto por las tensiones ideológicas del mundo como por sus propias tensiones que se arrastraban e incrementaron a partir de los desacuerdos entre los partidos de la época y el incipiente clima de violencia que comenzó a generarse en el país. Un ejemplo de esto es el surgimiento del Movimiento de Izquierda Revolucionaria, MIR, creado en Concepción, entre 1965 y 1966.

Este grupo subversivo pretendió establecer una sociedad socialista por medio de la violencia. Al respecto, Mario Calderón, Abogado en Jefe de la Dirección Consular de Chile, señala que “la situación de los derechos humanos en Chile comienza ya a mediados de la década de los sesenta, cuando el mundo estaba totalmente dividido en el bloque soviético y occidental. Entonces, en nuestro país, quienes primero optaron por utilizar la violencia como medio fue la izquierda; ellos legitimaron el uso de la violencia. Por lo demás, una verdad histórica que tampoco se ve fue lo que en realidad pretendió en Chile, en 1970, el llamado gobierno de

La Unidad Popular: incorporar a Chile al área socialista, al igual que Cuba".

La llegada al poder de Salvador Allende trajo consigo un clima de violencia política y de enfrentamientos, odios sociales exacerbados por la ideología y graves amenazas provenientes del terrorismo.

La Unidad Popular (UP), bloque gobernante, estaba integrado por la Izquierda Democrática (radicales y pequeños grupos) y la Izquierda Marxista (Comunistas, socialistas y Mapucistas). El MIR no formaba parte de la UP, pero la apoyaba como grupo violentista de extrema izquierda.

La idea del nuevo gobierno era la de instaurar la llamada "Vía Chilena al Socialismo". Como señala el historiador Francisco Frías Valenzuela¹³ "Allende, expresaba que se trataba de realizar una "revolución a la chilena, con sabor a empanadas y vino tinto", pero poco más tarde declaraba al periodista francés Debray que sólo como "necesidad táctica" había aceptado el Estatuto de Garantías que le impusiera la Democracia Cristiana a cambio de su elección por el Congreso, pues "en ese momento lo importante era tomar el gobierno".

¹³ Manual de Historia de Chile", página 476. Editorial Zig-Zag, 1986, Edición Abril, 1999.

De este modo, Allende ignoró el compromiso de respetar los derechos humanos resguardados en el Estatuto de Garantías Constitucionales.

Durante el "Gobierno de los mil días" Chile se mantuvo ajeno al ordenamiento jurídico internacional, referente a los derechos humanos.

Los tres años del gobierno de la Unidad Popular terminaron con un país arruinado económicamente y con numerosas huelgas y paralizaciones de chilenos (profesionales, mujeres y trabajadores) que pedían la acción de las Fuerzas Armadas.

Así, el 11 de Septiembre de 1973, a través del pronunciamiento militar, se puso fin al mandato de Salvador Allende.

El poder fue asumido por la Junta de Gobierno formada por el General de Ejército, Augusto Pinochet Ugarte, el Almirante José Toribio Merino Castro, el General de Aviación Gustavo Leigh Guzmán y el General de Carabineros César Mendoza Durán, todos ellos Comandantes en Jefe de sus respectivas ramas de las Fuerzas Armadas. Presidió la Junta el General Pinochet.

Como describe Francisco Frías Valenzuela "en la imposibilidad de someterse al procedimiento ordinario para la

dictación de las leyes, por un Decreto Ley, la Junta disolvió el Congreso Nacional (24 de Septiembre, 1973). A ella le correspondió ejercer los poderes ejecutivo, constituyente y legislativo, manteniendo el poder judicial sus funciones y la independencia que le encarga la Constitución... A la CUT (Central Unitaria de Trabajadores) se le canceló la personalidad jurídica. A los partidos Marxistas (Comunista, Socialista, Unión Socialista Popular, MAPU, Radical e Izquierda Cristiana) se les prohibió, considerándoles asociaciones ilícitas. A los demás partidos se les declaró en receso (11 de Octubre, 1973)... El territorio nacional fue declarado en Estado de Sitio, entendido como "estado o tiempo de guerra", para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo, que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales (Decreto Ley Número 5).

El accionar de las Fuerzas Armadas fue resumido por el Almirante Merino al declarar que *"Tal vez sea triste que se haya quebrado una tradición democrática que en este continente sea larga. Pero cuando el estado pierde sus calidades, vienen aquellos que por mandato, deben mantener su vigencia y asumir ese cargo"*.

Durante el Gobierno Militar se acusó a agentes del Estado de perpetrar ejecuciones políticas, desaparición de

personas y torturas. Algunos de los casos donde se imputa este tipo de responsabilidad, fueron los siguientes:

- el 16 de Septiembre de 1973 el cantante popular Víctor Jara, es encontrado muerto con signos de haber sido torturado.

- La ejecución de 72 presos políticos entre el 15 y el 19 de octubre de 1973, en las ciudades de La Serena, Copiapó, Antofagasta y Calama a manos de la llamada "Caravana de la Muerte", una comitiva militar encabezada por el General Sergio Arellano Stark.

- La muerte del ex Comandante del Ejército Carlos Prats y su esposa Sofía Cuthbert, en Buenos Aires, Argentina, el 29 de Septiembre de 1974, a consecuencia de una bomba colocada en su automóvil.

- Asesinato del diplomático español Carmelo Soria, en Junio de 1976. Su cuerpo torturado y estrangulado fue encontrado en un canal el 16 de Julio.

- Homicidio del ex Ministro chileno de la Unidad Popular, Orlando Letelier y de su asistente norteamericana Ronnie

Moffitt, el 21 de septiembre de 1976, en Washington D.C., a consecuencia de una bomba colocada en su automóvil.

- Secuestro y muerte de tres miembros del Partido Comunista, Manuel Guerrero, José Manuel Parada y Santiago Nattino. Los tres fueron encontrados degollados el 29 de marzo de 1985.

- Carmen Gloria Quintana y Rodrigo Rojas son quemados vivos por una patrulla militar, el 2 de julio de 1986, durante una protesta en Santiago Poniente.

- Doce miembros del Frente Patriótico Manuel Rodríguez (FPMR), mueren el 15 y 16 de junio de 1987, en Santiago, en la llamada "Operación Albania".

Es necesario señalar también que el 22 de Septiembre de 1988, el Gobierno Militar firma la "Convención Contra la Tortura", de las Naciones Unidas, estableciendo tres reservas al acuerdo. Estas consistieron en:

1.- La solicitud de no decretarla hasta el 11 de Marzo de

1990.

2.- Que no se aplicara retroactivamente.

3.- Formuló que las Naciones Unidas no tiene jurisdicción sobre los asuntos internos de Chile.

Ese mismo año, el gobierno, de acuerdo a la Constitución Política de 1980, convocó a un plebiscito, el 5 de Octubre, donde triunfa la "Concertación por el NO", rechazándose la reelección del Presidente Pinochet.

En Abril del año siguiente, el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" (ratificado por Chile en 1972) es incorporado a la jurisprudencia chilena y, en Diciembre del mismo año se realizan elecciones donde el demócrata-cristiano Patricio Aylwin es elegido Presidente de la República.

Una de las principales preocupaciones del gobierno de Aylwin era abordar el tema de los derechos humanos generado durante el régimen militar. Para ello el gobierno creó la Comisión de Verdad y Reconciliación, el 25 de abril de 1990. Tras nueve meses de investigación, la también llamada Comisión Rettig, presentó un informe público que contenía un registro general de hechos sindicados como violaciones a los derechos humanos, con resultado de muerte o desaparición y el estado emocional de los familiares y personas vinculadas a los atropellos de los derechos humanos.

Sin embargo, la comisión no tuvo éxito pues no logró determinar el paradero de los llamados "detenidos desaparecidos". Ante esto el gobierno dictó la ley número 19.123, promulgada con la aprobación de todos los sectores políticos, a través de la cual se creó la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Por medio de ésta se otorgaron pensiones y derechos de salud y educación a los familiares más cercanos de las víctimas.

El abogado, Pedro Daza explica que "esta corporación llegó a su fin hace ya algunos años y el tema de los detenidos desaparecidos, desde ese instante, quedó íntegramente entregado a asociaciones particulares, organismos no gubernamentales (ONG) y a esfuerzos individuales. El tema terminó dirigido por el Partido Comunista y sectores duros del Partido Socialista.

Finalizadas la Comisión y la Corporación, y distribuidos los beneficios que creaba la ley número 19.123, el tema abandonó la agenda del gobierno y de los actores centrales del sistema político"¹⁴.

A.- ROL DE LA JUSTICIA DESDE 1970.

¹⁴ Citado de "La Herencia del Pasado". Revista Perspectivas, Universidad de Chile, 1999.

La justicia también tuvo un rol importante durante este período histórico, pues fue parte de los conflictos políticos de esos años.

Respecto de la justicia constitucional, en 1970 se creó el Tribunal Constitucional para el control preventivo de Constitucionalidad de la Ley.

A comienzos de los setenta, surgen las primeras voces críticas acerca del Poder Judicial, de parte de la izquierda marxista, acusándolo de representar los intereses de la clase dominante. Hacia fines del gobierno de Allende, los propietarios agrícolas que sufrían tomas ilegales de terreno recurrían a los tribunales para impugnar la legalidad de dichos actos.

Los tribunales daban amparo a esas pretensiones, pero el gobierno se tornaba reticente a prestar la fuerza pública para el cumplimiento de las resoluciones judiciales. La actitud del gobierno hace surgir reclamos de la Corte Suprema, con lo cual se genera un clima hostil entre gobierno y Corte Suprema, que va en creciente aumento.

La Corte Suprema, que desde hacía cuarenta años aproximadamente, había quedado marginada del primer plano del

acontecer nacional se vio repentinamente involucrada en el agresivo y hostil clima político chileno.

El Pronunciamiento Militar de 1973 devolvió la calma a los miembros de la Corte, la que no demoró en reconocer a las nuevas autoridades. Durante el Gobierno Militar, los tribunales fueron el único de los poderes estatales que mantuvo su estructura prácticamente inalterada. Ese sistema político implicó algún grado mayor de reconocimiento a la función judicial, que obraba como fuente de continuidad y legitimidad.

El único intento significativo de cambio deliberado producido durante el régimen militar, provino de la corriente modernizadora del Estado, que a partir del año 75 se impuso dentro de la administración estatal.

Así, el Poder Judicial chileno se va constituyendo en un ente al que se le respeta cada vez más plenamente su independencia funcional, al costo de no involucrarlo en los conflictos sociales de connotación jurídica más relevante, y asignarle cada vez menos recursos y de respetarle sus rutinas y formas de trabajo, mientras el resto del país atraviesa por las más diversas y profundas experiencias de cambio.

B.-TRIBUNALES DE JUSTICIA CHILENOS Y DERECHO

INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Respecto al comportamiento que los tribunales de justicia chilenos tienen en relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es necesario señalar, en primer lugar, que en nuestro país el cumplimiento de resoluciones dictadas por tribunales extranjeros, se encuentra reglamentado en el Código de Procedimiento Civil. El Artículo 247 de dicho Código dispone que corresponde a la Corte Suprema decidir si procede el cumplimiento en Chile de una sentencia dictada por un tribunal extranjero.

Por otra parte, se puede afirmar que en una mayoría de casos, en el último tiempo, tanto la Corte Suprema como las Cortes de Apelaciones, han aplicado tratados internacionales sobre derechos humanos.

En repetidas oportunidades, los tribunales chilenos han hecho referencia al "Pacto de San José de Costa Rica", como asimismo a otros convenios, tales como el "Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos" de la Asamblea General de las Naciones Unidas y los "Convenios de Ginebra".

La justicia chilena se ha caracterizado por aplicar los tratados internacionales en temas tales como:

1.- La libertad individual, tanto frente al arresto como medida de apremio, como a la prisión preventiva (por ejemplo, en lo relativo a la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques);

2.- El derecho de los extranjeros a permanecer en el territorio nacional ante medidas de expulsión adoptadas en su contra por la autoridad;

3.- Para impedir los apremios ilegítimos empleados por la autoridad pública en contra de particulares;

4.- En la protección de la honra y la intimidad, y

5.- Sobre la amnistía y la prescripción de la acción en los delitos que afectan a los derechos humanos.

En materia relativa a la prescripción de la acción penal y a la amnistía de delitos cometidos en tiempos de guerra se han considerado, de manera especial, los convenios internacionales.

Como ejemplo de lo anterior, se pueden señalar dos sentencias dictadas por la Corte de Apelaciones, con fecha 26 y 30 de Septiembre de 1994. Ambos fallos fueron redactados por el abogado integrante pro Democracia Cristiana, Humberto Mogueira.

Si bien estos fueron, posteriormente, revocados por la Corte Suprema, permiten ejemplificar la postura respecto de la prevalencia y vigencia de los tratados internacionales con relación a los textos legales nacionales y sobre la prescripción y la amnistía:

Considerando sexto, letra e) "Que para la doctrina nacional los tratados y convenios internacionales están ubicados necesariamente en una jerarquía superior a la ley, en la medida que el Estado al incorporar el tratado a su ordenamiento interno, de acuerdo al procedimiento previsto en la Carta Fundamental, quiere que sus órganos cumplan los tratados mientras no exista voluntad de denunciarlos; que, en tal sentido, se pronunciaron en la Comisión de Estudios de la Constitución en su sesión del 20 de Junio de 1974, los comisionados Alejandro Silva Bascuñán y Jaime Guzmán Errázuriz, sin que la Comisión llegara a establecer una norma

expresa que determinara la jerarquía de los tratados internacionales".

(letra i) "Que la Constitución Política de la República no fundamenta la validez de la norma internacional, sino que sólo su aplicabilidad. Una vez incorporado el tratado o convención, según determina la Constitución al derecho interno, es la propia convención internacional la que decide cómo deben ser aplicadas sus normas, debiendo considerarse preferentemente el tratado, o lo que es lo mismo, inaplicarse las leyes que se ocupan de la misma materia que el tratado ha incorporado al ordenamiento nacional, ello se desprende del hecho que es el propio Presidente de la República y el Congreso Nacional, a través de sus dos ramas, los que van a aprobar el tratado internacional antes de su ratificación.

(letra m) "Que ello no implica la inhabilitación perpetua del legislador nacional para ocuparse de la materia contenida en el tratado, sino que para recuperar el legislador nacional su competencia en la materia regulada por el tratado, el Estado debe denunciar el tratado de acuerdo con el procedimiento establecido en el respectivo tratado o en la regla de derecho internacional".

(letra d) "Que la Corte Permanente de Justicia Internacional ha resuelto que "es un principio de Derechos de Gentes generalmente reconocido que en las relaciones entre potencias contratantes, las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un tratado" (Serie B, N° 17, pág. 32) y que "un Estado no puede invocar frente a otro Estado su propia Constitución para substraerse a las obligaciones que impone el derecho internacional a los tratados vigentes (Serie A/B, N° 44, pág.24). Criterios imperativos que ésta Corte comparte ampliamente".

(letra f) "Que ante una eventual colisión o conflicto entre el principio de seguridad jurídica y el principio de justicia y de fuerza vinculante de los derechos humanos, llevan necesariamente a la preocupación por la justicia en el caso concreto y declarar la invalidez o inaplicación de los actos o normas emanadas de los poderes políticos que los desconozcan o que sea el resultado del procedimiento en el curso del cual tales derechos esenciales hayan sido vulnerados".

En la misma sentencia se afirma que si se acepta que el hecho ocurrió en estado de guerra interna, correspondería hacer aplicación de los Convenios de Ginebra (año 1949), y ese hecho sería imprescriptible y no sujeto a amnistía.

Con tal fundamento, concluye que los
(Considerando 9°) "Que al ser plenamente aplicables los Convenios de Ginebra de 1949, debemos considerar su Artículo I común a los cuatro Convenios de Ginebra, el cual determina que en caso de conflicto armado, sin carácter internacional, que se desarrolle en el territorio de un Estado parte, la obligación de dicho Estado de aplicar a las personas que no participen directamente en las hostilidades o las personas que hayan quedado fuera de combate por diversas razones, un trato humanitario quedando prohibido, en todo tiempo y lugar, los atentados a la integridad corporal, las mutilaciones, los tratos crueles, inhumanos y degradantes, las torturas y suplicios y los atentados a la vida.

A continuación, concluye "de esta manera, tales delitos que constituyen infracciones graves de la Convención, son imprescriptibles y no sujetos a la amnistía".

En pro de la doctrina antes señalada, cita también la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por Chile con reservas el

año 1988, reservas que se reiteraron en 1991; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1989 y la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por el país el año 1990 (Pacto de San José).

Con tales fundamentos, entre otros, concluye que "no cabe la prescripción de la acción penal ni la amnistía sobre los delitos de tortura" y, en general, los delitos de lesa humanidad, que violen los derechos humanos esenciales. Deduce del Art.15, inciso 2º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en estos casos es inaplicable el principio de legalidad y irretroactividad de la ley (numerando decimocuarto).

12.- SUPREMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL COMO CONSECUENCIA DE LA REFORMA DEL ARTICULO 5° DE LA CONSTITUCION DE 1980.

El 30 de junio de 1989 los chilenos, mediante un plebiscito, aprobaron un conjunto de reformas al texto de la Constitución. Una de las modificaciones más importantes fue la que se refiere al inciso segundo del Artículo 5° de la Carta Fundamental, que trata sobre las Bases de la Institucionalidad.

Tras la enmienda, el artículo establece que: "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".

A partir de esta reforma la protección de los derechos humanos en Chile, emana de dos tipos de fuentes jurídicas. La primera, a través de las disposiciones expresas de la propia Constitución, y la segunda, a raíz de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Como consecuencia de la reforma al Artículo 5°, se produjeron dos efectos. El primero fue que, a partir del reconocimiento legal de los tratados internacionales, se ampliaron los derechos humanos protegidos por la Constitución; en segundo lugar, se vinculó el régimen jurídico interno de Chile al orden internacional de los derechos humanos.

Todo esto provocó que durante el gobierno del Presidente Patricio Aylwin se generara una nueva corriente de pensamiento jurídico, que planteaba la supremacía del derecho internacional en relación con el derecho interno de cada Estado.

Esta nueva corriente se vio reflejada en el discurso del Presidente Aylwin del 11 de marzo de 1990, al afirmar que:

"...Nuestro ánimo es cooperar en todas las instancias de encuentro multinacional y en las relaciones bilaterales con los demás Estados, con nuestro modesto pero decidido aporte al desarrollo de los pueblos, al logro de la justicia y la paz entre los países, y al pleno imperio de los derechos humanos y del derecho internacional en todos los rincones de la tierra... Su adhesión al orden jurídico lleva a Chile a sostentar los principios de la primacía del derecho

internacional sobre el derecho interno, cuando el país soberanamente así lo decida....” en su artículo constitucional.

Posteriormente, esta nueva corriente jurídica se tradujo también en el trabajo realizado por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (entre los propósitos a cumplir se le encomendó, recomendar medidas administrativas y legales para esclarecer las violaciones a los derechos humanos). Ésta había sido creada el 25 de abril de 1990 a través del Decreto Supremo 355, por medio del cual el Presidente Aylwin creó dicha Comisión.

Una vez concluido su trabajo, la Comisión formuló 5 grandes propuestas en relación con los derechos humanos¹⁵ :

1.- La adecuación del ordenamiento jurídico nacional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

2.- Desarrollo de un Poder Judicial que garantice efectivamente esos derechos.

3.- Un compromiso pleno de respeto de estos derechos por parte de las Fuerzas Armadas y de Orden.

4.- La creación de una institución de Estado para la protección de esos mismos derechos.

¹⁵ Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Parte Cuarta, página 839.

5.- Promover las modificaciones específicas del orden normativo que asegure ese respeto en materia constitucional, penal y procesal penal.

Lo anterior se confirma aún más con las palabras de Francisco Cumplido¹⁶, Ex -Ministro de Justicia 1990- 1994, quien manifestó que "los que negociamos la reforma, entendimos que colocamos en un mismo nivel los derechos esenciales de la persona contenidos en la Constitución y en los tratados... Sólo en un caso nosotros introdujimos una reforma directa convenida en el Artículo 19; pero en el resto entendimos que elevábamos a rango constitucional los derechos esenciales de la persona, contenidos en los tratados internacionales ratificados y vigentes. No dijimos que elevábamos a rango constitucional el tratado porque éste tiene diferentes partes... Pero lo que queríamos y representaba "nuestra sed" era incorporar las normas sustantivas, y no las adjetivas, como primera cuestión. No porque se desconocieran solamente por los órganos del Estado y, por lo tanto, había que vincularlos, sino además, el hecho de incorporar en el derecho positivo los derechos humanos anteriores al Estado, constituye una garantía de certeza jurídica... Ese es mi punto de vista y los términos en que

nosotros realizamos la reforma. Es muy posible que no haya sido técnicamente perfecta y que dé lugar a interpretaciones, pero fundamentalmente nuestra confianza quedó entregada en la labor sustancial del legislador y del juez, para que resuelvan a través de la interpretación auténtica o de la interpretación judicial estos problemas que quedaron pendientes"¹⁷.

13.- CORRIENTES DE PENSAMIENTOS JURÍDICO SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS VERSUS EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO.

Con la reforma al Artículo 5° inciso 2° de la Constitución de 1980, se originó un debate sobre el rango que deben tener los tratados internacionales. La discusión se centra en cuál es la jerarquía que los tratados tienen en el orden interno, es decir, si es supralegal, constitucional, o supraconstitucional.

Para introducir el tema de las tesis, es necesario tomar en cuenta que el Derecho Internacional no regula la manera en que él debe ser incorporado para adquirir validez en los

¹⁷ Profesor de Derecho Constitucional, Secretario general de la Universidad de Chile y ex - Ministro de Justicia 1990- 1994.

¹⁸ "Constitución y Tratados Internacionales". Ius Et Praxis, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca. Año 2, Número 2, 1997. Páginas 96-98.

ordenamientos jurídicos nacionales. Sin embargo, doctrinariamente existen dos visiones en relación con la independencia o interconexión que existe entre ambos sistemas jurídicos.

La doctrina monista, desarrollada por Kelsen, Verdross y Binz, sostiene una concepción unitaria de todo el derecho, del cual forman parte en un plano de subordinación, los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados. Es decir, el Derecho Internacional tiene la primera prioridad para su aplicación. Sin embargo, en esta visión no se plantea el modo de incorporar el Derecho Internacional al ordenamiento interno de un Estado.

La segunda visión corresponde a la doctrina dualista, fundada por el jurista alemán Triepel. Ésta considera que el sistema legal internacional y el nacional forman dos esferas legales separadas. Dicha teoría sostiene que el Derecho Internacional sólo puede tener efecto en el derecho interno si es transformado en ley nacional por ciertos procedimientos internos de cada Estado.

Ninguna de estas concepciones está validada por el Derecho Internacional. Como señala el profesor Humberto Wogueira, *"la práctica y la jurisprudencia internacional no consagran el monismo ni el dualismo"*.

A.- POSTURAS EN RELACIÓN CON LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

a.1.- Tesis de la primacía de los tratados de derechos humanos.

En Chile también existen dos posturas. La primera se apoya en la reforma al Artículo 5° inciso segundo, que incorpora los tratados internacionales sobre derechos humanos a la Constitución.

Para los partidarios, el Artículo 5° señala la primacía de los derechos humanos en un doble ámbito: en el nacional y en el internacional. Además, los autores que coinciden con esta postura afirman que los derechos esenciales están antes del Estado y por sobre él por lo que deben ser protegidos, respetados y promovidos. En cuanto Chile aprueba, ratifica, promulga y pública un tratado debe acatarlo, ya que se compromete de buena fe a hacerlo.

Como señala el profesor de Derecho Internacional Público, Mario Rossel¹⁸, "los estados no pueden exhibir un doble estándar en orden a que acaten las normas internacionales aunque no las cumplamos en el orden interno."

Creo que del Artículo 5° se desprende claramente que los derechos humanos también están en el orden internacional obligando a Chile; vale decir, Chile está obligado no sólo por los pactos de derechos humanos sino por todos aquellos principios y derechos que puedan surgir del derecho internacional¹⁹.

Para estos pensadores, un tratado tiene primacía cuando cumple con los requisitos que el propio Artículo 5° establece, es decir, que haya sido ratificado y que se encuentre vigente. De esta forma, si el pacto cumple con esas condiciones entonces debe tener primacía. Rossel agrega, además, que "sobre el particular existen algunas normas fundamentales de Derecho Internacional. En primer lugar, un estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado (artículo 27, Convención de Viena, 1969). En segundo lugar, la violación de una norma de derecho interno relativa a la competencia para celebrar tratados, en principio no puede ser alegada como vicio de consentimiento salvo que la violación sea manifiesta y afecte a una norma fundamental de derecho interno (Artículo 46, Convención de Viena).

¹⁹ Profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad de Valparaíso y Universidad del Mar.

²⁰ "Constitución y Tratados Internacionales". Ius Et Praxis, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca. Año 2, Número 2, 1997. Página 117.

A escala mundial, está tomando cada vez más fuerza la concepción de que la humanidad es una sola y que se rige por valores y principios comunes, siendo capaz de reaccionar como humanidad en su conjunto, por encima de nacionalismos o intereses estatales, cuando se afecta gravemente la dignidad y los derechos de las personas.

Lo anterior se ve complementado con los pactos internacionales de derechos humanos que comienzan a configurarse como un ordenamiento supraestatal, que ya no consiste en un simple pacto de asociación, sino en un pacto a través del cual los estados se subordinan al bien jurídico superior de los derechos esenciales de las personas, constituyendo estos un derecho vinculante para ellos.

De esta manera, para los partidarios de dicha postura, la soberanía estatal externa queda disminuida y limitada, ya que los derechos del hombre son objeto de tutela en el ámbito internacional frente a los Estados mismos, surgiendo los tribunales y cortes internacionales con decisión jurisdiccional vinculante para los Estados parte. Sobre esto, Humberto Nogueira señala que *"hay una superación de nociones clásicas que van quedando obsoletas en el derecho interno de los estados y en el Derecho Internacional, no existiendo dominio reservado ni soberanía estatal ante el atropello o*

dos normas en conflicto, su condición de normas válidas dada por una norma jerárquica superior a ambas, lo que no ocurre en el caso de conflicto de una norma interna con una internacional. Así, no hay una prevalencia jerárquica entre leyes y tratados, por lo que ambas serán igualmente válidas aunque entren en conflicto; el tratado no determina la nulidad de la norma de derecho interno, sino que sólo prevalece la aplicabilidad de la norma internacional sobre la norma interna, por que así lo determina el Derecho Internacional el que a su vez se aplica por que así lo han decidido los órganos constitucionales pertinentes en el ejercicio de la soberanía nacional, pero que debe ser aplicado conforme al Derecho Internacional una vez que la Constitución haya autorizado su incorporación y aplicabilidad"²⁰.

Un punto importante que destacan los seguidores de la idea de la superioridad de los pactos, es que al ser los Estados los únicos agentes violatorios de derechos humanos, los tratados constituyen la única herramienta a través de la cual los particulares pueden protegerse de dichos atropellos. Al respecto, el profesor Santiago Benavada²¹, postula una corrección de la Carta Fundamental, señalando que "se

²⁰ Humberto Nogueira. Ius Et Praxis. Año 2, Número 2, 1997. Páginas 18-19.

vulneración grave de los derechos humanos, aún con fuerte resistencia de algunos operadores políticos y jurídicos internos de los Estados. Esta limitación de la soberanía estatal por la dignidad de la persona humana y sus derechos esenciales, poco a poco se abre camino y logra crecientemente una consagración constitucional positiva en las constituciones latinoamericanas".

Los adherentes insisten en que no se trata de un problema de jerarquía de los tratados sobre las leyes y la Constitución, ya que el cumplimiento de los tratados no puede ser alterado por una ley o por una reforma constitucional posterior. Ello se debe a que las condiciones de validez del tratado vienen impuestas por el ordenamiento jurídico internacional, limitándose el ordenamiento jurídico interno a determinar las condiciones de su aplicabilidad, por lo tanto, como afirma Humberto Nogueira "no son aplicables a las normas internacionales de los tratados los principios aplicados en el derecho interno de que norma posterior deroga a la norma anterior, ni que la norma especial deroga a la norma general, ni que la norma jerárquica superior derogue a la inferior, ya que tales principios sólo operan cuando la contradicción eventual producida entre dos normas puede resolverse de acuerdo al criterio de validez, por recibir las

requiere de la adecuación de la legislación chilena a los tratados de los que Chile es parte mediante la dictación de legislación y de medidas administrativas específicas, que equipen debidamente a los tribunales y a las autoridades para dar cabal cumplimiento interno a las obligaciones convencionales asumidas por Chile. Mientras ello no ocurra, el país corre el riesgo de infringir estas obligaciones y de incurrir en responsabilidad internacional.

La prevalencia del derecho interno sobre las normas de Derecho Internacional válidamente incorporado al derecho interno, por más que se haga efectiva (lo que no implica que se haga válida), constituye una violación de normas internacionales incorporadas al derecho interno, y por ello, una transgresión al derecho interno y a la Constitución, un debilitamiento del Estado de Derecho y una afectación de la seguridad nacional como del honor del Estado de Chile".

2.- Tesis de la supremacía de la Constitución.

La segunda postura, más conservadora, plantea que no se puede elevar a un rango supra-constitucional a los tratados internacionales, puesto que todas las normas de derecho

¹¹ "El Mercurio", Cuerpo A, 20 de Marzo de 1991.

aplicables en Chile deben, necesariamente, subordinarse a la Carta Fundamental. El profesor de Derecho Político y Constitucional de la Universidad de Chile, Gustavo Cuevas, explica esto señalando que "por tanto son inconstitucionales las normas que se encuentran en abierta pugna con la Constitución, por que es un principio jurídico básico que se halla esencialmente vinculado con aquel otro que postula que el ejercicio de la soberanía nacional corresponde a su único y legítimo titular que es el pueblo"²².

Otro de los puntos que los partidarios de esta tesis señalan como argumento de la supremacía constitucional, es que el único propósito de la reforma fue entregar una mayor protección a los derechos humanos y que la corrección del texto original del artículo 5° consistió en subsanar una notoria omisión de la Constitución Política de 1980, que se refiere al deber de promoción de los derechos fundamentales por parte del Estado y de sus órganos; deber que, en la Constitución de 1980, se limitaba únicamente a "la integración armónica de todos los sectores de la nación" (Artículo primero inciso 5°). De este modo y como lo expresa el Doctor en Derecho, Lautaro Ríos, "parece evidente que el

²² "Tratado y supremacía Constitucional". Gustavo Cuevas. "El Mercurio", Cuerpo A, jueves 3 de noviembre de 1994.

sentido y propósito de la oración agregada al inciso del Artículo 5° de nuestra Carta, fue restaurar el deber de promoción de los derechos esenciales, atribuyendo este deber a todos los órganos del Estado, a través de los cuales se ejerce la soberanía y especificando que tales derechos no son solamente los garantizados por la Constitución, sino también los contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

Así, para los adherentes de esta postura, queda claro que el objetivo preciso de esta reforma fue la de respetar y promover los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados vigentes, pero no la de igualar en rango a ambos, ya que no está estipulado explícitamente en la Carta Fundamental Chilena.

Sobre esto Ríos explica que "la única Carta que atribuye jerarquía constitucional a ciertos y determinados instrumentos internacionales consagrados, se preocupa de hacerlo de manera expresa y rigurosa... Ninguna Constitución contempla el logro automático de la jerarquía constitucional mediante un simple proceso semántico como el que se pretende hacer con la oración agregada al inciso segundo del Artículo 5° de nuestra Carta, que tiene, manifiestamente otro alcance".

Conforme a esta postura es conveniente reflexionar que si se eleva a rango supraconstitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, estos chocarían con el sistema mixto de control de la constitucionalidad de la ley, entregado a la Corte Suprema y al Tribunal Constitucional. Además, también vulneraría el rígido sistema de reforma de la Ley Fundamental, que requiere un quórum de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio, lo cual está contenido en el capítulo XIV. De esta manera, si se aceptara el rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos, la Carta Fundamental podría ser fácilmente modificables y perdería su carácter de semirígida.

Para estos pensadores queda de manifiesto que los tratados internacionales tienen jerarquía de ley por el procedimiento al que son sometidos para ser promulgados. Según Gustavo Cuevas, si "los tratados internacionales se tramitan como leyes y se aplican como tales una vez ratificados, promulgados y publicados, es forzoso aceptar una interpretación diferente en virtud de la cual se les asigne un valor superior al del derecho interno".

La soberanía es un argumento importante dentro de esta tesis. Como señala la misma Constitución, ésta "reside

esencialmente en la nación". Gustavo Farren argumenta que la Carta Fundamental corresponde al orden normativo superior en el que se sustenta el Estado, "de modo tal que violenta este orden constitucional la imposición, por un órgano o autoridad de cualquier otro orden normativo que sea ajeno y contradictorio con este único estatuto fundamental del Estado, legitimado según los procedimientos contemplados por la misma Ley Suprema".

A lo anterior Pedro Daza, Director del Instituto Libertad, agrega que "la soberanía es un atributo de la independencia que se expresa en la facultad del Estado de organizarse políticamente y ejercer su jurisdicción, es decir, administrar justicia en su territorio, respecto de sus nacionales y extranjeros, y en el extranjero en casos de excepción. La soberanía abarca el conjunto de competencias regladas y discrecionales que el Derecho Internacional atribuye al Estado y que son ejecutables en un plano de independencia e igualdad respecto de otros estados"²³.

Una cuestión que se debe resaltar es que la reforma al Artículo 5° se realizó con la intención de proteger y elevar el rango constitucional los **derechos** contenidos en los tratados y **no** los tratados propiamente tales. Esto es

reafirmado por el Abogado en Jefe de la Dirección Consular de Chile, Mario Calderón al expresar que "si el día de mañana se suscita un conflicto menor entre un derecho común y un derecho garantizado por un tratado internacional, el magistrado tiene la obligación de dar prioridad al derecho garantizado por el pacto, pero la Constitución siempre prima".

A lo anterior se le suma, como última defensa de esta tesis, una observación de carácter semántico expuesta por el profesor Lautaro Ríos:

"Algunos fundan la elevación del rango de los tratados sobre derechos humanos en la expresión "así como" utilizada por la reforma, al imponer a los órganos del Estado el deber de respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes."

Al usar la expresión "así como", que significa "de la misma manera", la Constitución colocaría a los derechos humanos garantizados por los tratados en un mismo nivel jerárquico que los garantizados por la Constitución.

Existe aquí una transposición de conceptos que es útil esclarecer. Efectivamente, la expresión "así como" es una

¹⁰ "Memoria, Impunidad y Derechos Humanos". Revista Nueva Sociedad, Número 161, mayo-junio

locución que denota comparación, equivaliendo a "como" o "de igual manera" (Real Academia).

Pero del sentido gramatical de la oración no puede haber duda que la igualación comparativa se refiere a la forma verbal "garantizados" con la que se califica a los derechos esenciales y no a la jerarquía normativa de los distintos instrumentos que la garantizan.

La lectura correcta del texto es así: "Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución y garantizados **de igual manera** por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

A mayor abundamiento, imaginemos la hipótesis de que el texto hubiese dicho: "Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución **así como por** las leyes de la República".

¿Acaso podría pretenderse que, a partir de esta redacción, debiera considerarse a las leyes con igual jerarquía normativa que la Constitución?

CASO DE LA DETENCIÓN DEL SENADOR VITALICIO AUGUSTO

PINOCHET

14.- LA HISTORIA DE LOS 503 DÍAS DE DETENCIÓN

En julio de 1996 el Juez español, Manuel García Castellón, inició un juicio, en su país, contra la Junta Militar chilena (juicio que luego sería asumido por el juez Baltazar Garzón). El abogado querellante era Joan Garcés, quien impulsó la causa en nombre de los familiares de los 94 chilenos, españoles, franceses, brasileños y estadounidenses que desaparecieron a raíz de la llamada "Operación Cóndor".

El 21 de septiembre de 1998 Pinochet viaja a Inglaterra con pasaporte diplomático chileno, con la intención de someterse a una operación debido a una hernia lumbar que lo aquejaba.

El 9 de octubre ingresa a la "London Clinic" para ser intervenido quirúrgicamente. En la madrugada del 16, del mismo mes, 15 agentes de Scotland Yard ingresan a la clínica con una orden de detención, extendida por la Audiencia Nacional de España por el proceso de extradición llevado en su contra en ese país, por el asesinato de ciudadanos

españoles en Chile, entre las fechas 11 de septiembre de 1973 y 31 de diciembre de 1983.

Pinochet y su caso creaban revuelo en todo el mundo, comenzando especulaciones sobre las potenciales repercusiones en el Derecho Internacional. En Chile la detención del senador vitalicio dio paso a sentimientos encontrados de indignación y alegría por lo que estaba sucediendo.

La posición del gobierno era difícil, principalmente porque gran parte de sus miembros habían luchado contra el ex gobernante y ahora debían defenderlo de lo que se consideraba una intromisión ilegítima en asuntos soberanos del país.

El 23 de noviembre del mismo año, la Sala Penal de la Audiencia Nacional de España confirma la inhibición del juez Manuel García Castellón en favor de Baltazar Garzón. El 25 de noviembre, día en que Augusto Pinochet cumplía 83 años, los "Lores" de la Ley deciden por tres votos contra dos que el senador chileno no gozaba de inmunidad soberana otorgada por la Alta Corte de Londres o "High Court". El fallo es entregado al Ministro del Interior británico, Jack Straw, quien debe decidir la extradición del General antes del 2 de diciembre de ese mismo año. Al día siguiente, diputados socialistas envían una carta a Straw argumentando que no existen en Chile las condiciones para juzgar a Pinochet.

El primero de diciembre, Pinochet es trasladado a una casa en "Virginia Water", en la que debía permanecer, bajo vigilancia policial, hasta que se resolviera su caso de extradición a España. Así, el viernes 11 de ese mes el Ex Comandante en Jefe del Ejército de Chile, comparece ante el tribunal de "Bow Street" para ser notificado judicialmente de la decisión del ministro del Interior Straw de dar inicio al proceso de extradición.

Debido a que el primer fallo sobre la inmunidad del senador fue impugnado, ya que uno de los lores tenía relación con Amnistía Internacional, el 9 de enero de 1999 se designan los "lords" que fallan, nuevamente, sobre la inmunidad de Pinochet. El 21 de febrero el Secretario de Estado del Vaticano, Monseñor Angelo Sodano, justifica, como razones humanitarias, la nota en favor de Pinochet enviada a Inglaterra, donde dice que "un país no puede ofender la soberanía de otro".

Seis de los siete jueces del Comité de Apelaciones de la Cámara de los Lores determinan, el 24 de marzo, que el Ex Gobernante Chileno no tiene inmunidad para casos de torturas cometidos después del 8 de diciembre de 1988 y recomiendan al ministro Straw, pronunciarse respecto de la extradición.

El 14 de octubre el gobierno chileno pidió formalmente al ministro Straw, la puesta en libertad del senador Vitalicio por razones de salud. El 5 de noviembre se confirma al ministro británico la decisión de someter a exámenes médicos independientes al general Augusto Pinochet, para considerar la solicitud de liberación por razones humanitarias antes de que finalizara el proceso.

Es así como el 5 de enero de 2000, cinco médicos examinan a Pinochet y elaboran un informe que sirvió de base al Ministro del Interior británico, para anunciar el 11 de enero, que Pinochet no estaba en condiciones para ser juzgado y por lo tanto paralizaba la extradición a España. Pero no hizo efectiva su decisión y a cambio abrió un plazo de alegaciones a las partes.

El 17 de enero, el gobierno español vuelve a anunciar que no recurriría la decisión final de Straw sobre el caso Pinochet "fuera cual fuera". En tanto el gobierno belga y cinco organizaciones pro derechos humanos, encabezados por Amnistía Internacional, lograron que el tribunal Superior de Londres ordenará que al "Home Office" dar a conocer a los países que solicitaron la extradición (España, Francia, Bélgica y Suiza) el informe médico del senador, abriéndose un nuevo plazo para alegaciones que expiraba el 22 de febrero.

El Ministro Jack Straw desestimó las alegaciones y el 2 de marzo, un mes y medio después de su anuncio, ordenó el regreso a Chile del Senador Vitalicio, Augusto Pinochet.

15.- IMPLICANCIAS DEL CASO PINOCHET EN EL DERECHO

INTERNACIONAL

La detención del ex gobernante Chileno, Augusto Pinochet, ha causado impacto en todo el mundo. Él fue acusado haber cometido violaciones a los derechos humanos durante su gobierno (1973-1990). Este proceso abrió un abanico de opiniones respecto de la viabilidad del juicio entablado en su contra en España y sobre la posibilidad de someter a proceso a los ex Jefes de Estado y de Gobierno que hayan cometido violaciones a los derechos esenciales de la persona humana, en sus propios países y contra sus nacionales, por parte de otro Estado.

Es así, como en nuestro país se vio nuevamente dividido en dos. Los partidarios del senador vitalicio junto con el gobierno acusaron a España y Gran Bretaña de estar violando la soberanía nacional y jurisdiccional chilena. En cambio, los detractores afirmaban que si en Chile no existían las condiciones para enjuiciar a Pinochet, era correcto que España lo hiciera, ya que quienes cometen crímenes en contra

de la humanidad, pueden ser perseguidos en todo el mundo y por cualquier Estado.

De esta forma comenzó el debate nacional e internacional sobre cuál es la competencia que tienen los tribunales de un país para investigar, someter a proceso y fallar sobre las violaciones a los derechos humanos cometidas por otro Estado contra sus nacionales y en su territorio.

A.- Soberanía Nacional.

El caso del ex Comandante en Jefe del Ejército ha sido para muchos un retroceso para la justicia internacional ya que como señala el profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Chile y ex Director de Estudios Internacionales, Francisco Orrego Vicuña, "esto ha significado el retroceso más grande que ha tenido el Derecho Internacional desde la Segunda Guerra Mundial. Se dice que ha contribuido al progreso de la justicia, pero en los hechos ha contribuido a destruirla, por varias razones, entre ellas, la pretensión de ejercer esta justicia en contra de los países más débiles solamente, la distorsión que el proceso ha generado en las reglas establecidas de competencia y jurisdicción, la violación que se ha producido del derecho al

debido proceso, que bajo el pretexto de hacer respetar los derechos humanos los ha terminado violando..."²⁴.

De igual forma, las máximas autoridades del Estado Chileno rechazaron lo que ellos llamaron la "intromisión" de los tribunales extranjeros en hechos cometidos en Chile y que de acuerdo con la legislación nacional su investigación compete al Poder Judicial nacional.

Sobre esto, el ex Presidente de la Corte Suprema, Roberto Dávila, el 20 de octubre de 1998, expresó que "creo que ha llegado la hora en que como abogado y Presidente de la Corte Suprema diga claramente que los delitos que se cometen o se hayan cometido en Chile deben ser conocidos claramente por los tribunales chilenos". A esto se puede agregar lo declarado por el actual Presidente de la Corte Suprema, Hernán Álvarez el primero de marzo de 2000, quien señaló que "no me resulta posible cerrar esta cuenta en la que, en mi carácter de Presidente de esta Corte, me he referido a la Potestad Jurisdiccional que nos compete, sin que pueda dejar de expresar, a título personal, mi rechazo por la intromisión y violación de nuestra soberanía jurisdiccional y del principio de territorialidad de la ley penal, que ha

²⁴ "Las enseñanzas que deja para el Derecho Internacional según los expertos". Diario La Segunda, jueves 2 de marzo de 2000, página 27.

significado la detención y procesamiento en el exterior de un chileno y senador vitalicio... por causa de delitos cometidos en Chile, en circunstancias que este caso corresponde ser juzgado por los tribunales del país"²⁵. De la misma manera piensa el Canciller Juan Gabriel Valdés, al afirmar que "la jurisdicción de nuestros tribunales estaba amenazada y se ha restablecido".

Para otras ex autoridades chilenas como el ex Procurador General de la República, Ambrosio Rodríguez, "la Convención contra la Tortura ha sido interpretada en forma errónea para otorgarle un carácter universal y que tiene como fin modificar los antiguos tratados de inmunidad jurisdiccional de los Jefes de Estado". Por este motivo dice "que no puede creer que por la incorporación de un tratado supranacional a la legislación chilena se deben modificar los preceptos de derecho nacional"²⁶.

Para el ex Canciller uruguayo, Héctor Gros-Espiel, el caso Pinochet ha reafirmado la voluntad democrática de América Latina, pero que "al mismo tiempo, ha sido solidaria en términos de exigir la aplicación del principio de

²⁵ "Suprema reaccionó ante atentado a nuestra soberanía". Diario La Segunda, jueves 2 marzo 2000, página 13.

²⁶ "Una convención que tortura", Diario El Mercurio, domingo 28 marzo de 1999, páginas D 14 - D 15.

jurisdicción predominante en este caso y a los demás estados sólo un carácter de subsidiarios".

Pero la detención de Augusto Pinochet, para el abogado en Jefe de la Cancillería, Mario Calderón, es más un problema de fuerzas políticas que un intento de hacer justicia, pues para él "en el Caso Pinochet, no es él el importante, ya que lo que se ve atropellada es la soberanía de Chile. La pregunta sigue siendo la misma, se habría atrevido Inglaterra y España a proceder en esta forma contra cualquier ex gobernante de Estados Unidos... Los derechos humanos son un medio y no un fin, los usan por razones políticas y nada más."

De la misma forma opina el Analista Internacional, Libardo Buitrago, al explicar que "la persecución ha estado contaminada por la ideología, entonces también la defensa de ellos tiene la contaminación ideológica, por lo que depende del ángulo donde uno se pare, se violan o respetan los derechos humanos. Ese es el gran dilema que hay que resolver en el contexto internacional".

B.- Soberanía Limitada.

En la otra cara de la moneda están aquellos que piensan que la detención del senador vitalicio y la posterior referencia a la Convención contra la Tortura fueron correctas y válidas. Además, de que el "caso Pinochet" significó un gran avance para el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Para el Abogado y Analista Internacional, Javier Díaz, "la referencia que los lores hacen sobre la Convención en su último fallo es correcta, porque la Convención prima para los Estados Partes por sobre las legislaciones nacionales... los convenios internacionales tienen primacía sobre la ley interna y, en este caso, procedería la extradición, dada la imprescritibilidad de lesa humanidad"²⁷.

Pero, para quienes estaban en desacuerdo con la detención del senador vitalicio, ésta fue un gran paso para el desarrollo del Derecho Internacional, pues, a su juicio, se confirmó que ya no existe inmunidad absoluta para los ex Jefes de Estado y de Gobierno, que hayan estado vinculados a crímenes contemplados en el Estatuto de Roma, durante su mandato. Para el ex canciller uruguayo, Héctor Gros-Espiel,

²⁷ Idem.

"el caso Pinochet fortifica la necesidad de que exista esta corte (Tribunal Penal Internacional), con competencia para juzgar los delitos contemplados en el Estatuto"²⁸.

Para esta postura, el Caso Pinochet ha fortalecido ciertas premisas. Una de ellas es que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos limita la soberanía de los Estado en materias de jurisdicción. El Director del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, Rodrigo Díaz Albónico, estima que "existe en este sentido, una clara tendencia hacia una jurisdicción internacional -dentro de la cual se enmarca la Corte Penal Internacional, que es positiva, a pesar de que uno pueda estar en desacuerdo con algunos elementos-, a la que el caso Pinochet ha contribuido, a pesar de que haya terminado por razones humanitarias... Es cierto que en una primera etapa esa jurisdicción internacional podrá estar influenciada por la posición de los países más fuertes, pero en el largo plazo se va a producir una aceptación del Derecho Internacional, sin excepciones"²⁹.

Lo que ha dejado claro este caso es que el procedimiento de extradición, cuando sea necesario, debe ser único y simple, y debe estar supeditado al poder judicial. Sobre

²⁸ Idem, 24.

esto, Rodrigo Díaz expresa que "en estos casos, el respeto a los derechos humanos debe estar por sobre las consideraciones de tipo política, del mismo modo que las personas están antes que los países".

Internacional de los Derechos Humanos
existencia a generarse después del fin de la Segunda Guerra
mundial, período tras el cual se empieza a tomar conciencia
respecto de las violaciones que se cometían hasta ese
momento. La Declaración Universal de los Derechos Humanos,
de parte de las Naciones Unidas en 1948, fue el primer
documento de que a partir de esa época los países
comenzaron a avanzar en la protección de los Derechos del
hombre.

De esta manera, comenzó a surgir la idea del derecho que
se conoce como "derecho internacional de los derechos
humanos" y que hoy en día se ha convertido en un punto sensible para
los actores internacionales.

Si bien es verdad que en estos tiempos se advierten
nuevos problemas no resueltos que en el tiempo han
sido agravados, como por ejemplo, las catástrofes
naturales en Kosovo y Zaire, entre otras. Se puede decir,
entonces, que el problema de las violaciones a los derechos
humanos sigue existiendo en diversas

²⁴ Idem, 24.

CONCLUSIONES

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos comienza a generarse después del fin de la Segunda Guerra Mundial, período tras el cual se empieza a tomar conciencia respecto de las violaciones que se cometían hasta ese entonces. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, que emanó de las Naciones Unidas en 1948, fue el primer antecedente de que a partir de esa época los países comenzarían a avanzar en la protección de los Derechos del Hombre.

De esta manera, comenzó a surgir la rama del derecho que se conoce como "Derecho Internacional de los Derechos Humanos" y que hoy se ha convertido en un punto sensible para los actores internacionales.

Si bien es verdad que en este terreno se advierten mejoras, subsisten problemas no resueltos que el tiempo ha contribuido a agravar, como por ejemplo, las matanzas raciales en Kosovo y Zaire, entre otras. Se puede decir, entonces, que el problema de las violaciones a los derechos humanos son hechos que se siguen cometiendo en diversas partes del mundo.

La premisa básica que se debe tener presente respecto de este tema es que al hablar de violaciones a los derechos humanos no nos referimos exclusivamente a la autoridad ejecutiva (gobierno de turno), por ser ésta quien representa al Estado en las relaciones internacionales. No se debe olvidar que el Estado está compuesto por tres poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), los que en conjunto son responsables de todas las acciones violatorias contra el Derecho Internacional Convencional en materia de derechos humanos.

De esta manera, un Estado que firma y ratifica un tratado está obligado (moralmente) a su cumplimiento mientras no exista un pronunciamiento de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional o se haya anulado por la vía del Artículo 46 de la Convención de Viena. Si se deja inaplicable el tratado, lo cual sólo puede decidirlo el Derecho Internacional, éste dejará de ser ley interna. Sin embargo, si los contemplados en el tratado son derechos esenciales de la persona, una vez reconocidos y garantizados ya no pueden desconocerse, pues constituyen un límite a la soberanía estatal.

Por esa razón, la condición de validez del tratado viene impuesta por el ordenamiento jurídico internacional,

Limitándose el ordenamiento interno a determinar su aplicación, ya que el Derecho Internacional Convencional sobre derechos humanos, no puede ser alterado por una ley o una reforma constitucional posterior.

Lo anterior no significa que los tratados de derechos humanos queden fuera del control constitucional, sino que el criterio de dicha vigilancia debe tener como premisa básica asegurar y mejorar su protección, lo cual es una de las funciones del Estado estipuladas en la Constitución Chilena de 1980.

Entonces, es obligación del Estado reconocer estos derechos y garantizarlos frente a sí mismo, estableciendo las mejores condiciones para el máximo goce de ellos, promoviéndolos y adoptando todas las medidas jurídicas necesarias, en conjunto con los jueces que deben interpretar los tratados, teniendo siempre en cuenta que estos defienden los derechos esenciales de la persona humana, valor y principio fundamental de todo ordenamiento jurídico, tal y como lo establece la constitución de Chile en sus artículos 1º, 5º inciso 2º y 19 número 26.

Las interpretaciones de los derechos en la jurisdicción interna, no pueden desvincularse de la hecha por la internacional, respecto de los derechos humanos asegurados

por los convenios o tratados internacionales incorporados al ordenamiento jurídico chileno.

Sin embargo, la primera conclusión que se puede sacar al respecto es que este tipo de conocimiento está en su etapa inicial. Esta rama del Derecho Internacional existe como tal hace sólo cincuenta años, lo que históricamente constituye un período muy corto de tiempo.

Por esto y debido a lo imperfecto de esta disciplina, es imposible determinar cuál de las dos tesis -analizadas en esta memoria- es la correcta, por lo que habrá que esperar que el Derecho Internacional avance.

16.- CONCLUSIONES A RAIZ DE LAS TESIS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA SUPERIORIDAD JERARQUICA DE LOS TRATADOS POR SOBRE LA CONSTITUCIÓN

Antes de la Segunda Guerra Mundial en el planeta existía la noción de que lo que sucedía dentro de una nación era del solo interés de ésta, en razón del principio de no-intervención, independencia y de soberanía absoluta de los Estados. Así, un país no podía inmiscuirse en nada de lo que

ocurría dentro de otra nación, tanto en tiempo de guerra como de paz.

Al cambiar, en 1945, las relaciones internacionales (donde los estados adoptaron compromisos externos relacionados con su conducta interna y sus propios nacionales), se derivaron importantes consecuencias.

A.- Postura a Favor de la Primacía Derecho Internacional Convencional.

La primera consecuencia, es que al reestructurado orden mundial se integra un nuevo actor en materia internacional, que es la persona particular o natural, quién pasa a ser titular de derechos internacionales, o como otros lo llaman "ciudadano del mundo" y, por lo tanto, puede exigir la protección por parte de la comunidad internacional de estos derechos frente a los Estados de los que son nacionales y que estén violando sus derechos humanos.

La segunda consecuencia es que los estados que han cedido parte de su soberanía nacional en este tema en especial, actualmente no pueden invocar la reserva de la jurisdicción interna para evitar que la comunidad mundial asuma su competencia subsidiaria en esta materia, pues los

derechos humanos y su defensa son una cuestión que le interesa y compete al mundo en su conjunto.

Lo anterior se sustenta en la Convención de Viena, letra del artículo 2: "Se entiende por 'ratificación', 'aceptación', 'aprobación' y 'adhesión', según sea el caso, el acto internacional así denominado, por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado". Es así como el interés mundial por los derechos humanos surge porque los Estados a través de declaraciones, pactos y convenciones se han obligado internacionalmente a respetarlos.

De esta forma, los derechos esenciales de la naturaleza humana limitarían la soberanía chilena y su ejercicio; harían lo mismo con el poder constituyente y, por lo tanto, la Constitución que emana de ese poder. De esta manera, los tres poderes del Estado y el Tribunal Constitucional serían limitados por los derechos humanos. Así se puede concluir que el respeto a los derechos esenciales tiene primacía sobre las normas constitucionales y leyes chilenas que desconozcan estos derechos. Por lo tanto, ninguna ley interpretativa ni complementaria podría afectar los derechos humanos.

B.- Postura Contraria a la Primacía Derecho Internacional Convencional.

Esta tesis postula la supremacía de la Constitución, por ser ésta la Carta Fundamental del ordenamiento jurídico y la depositaria de la voluntad y soberanía de cada pueblo.

De acuerdo a esta postura, el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos debería implicar un reordenamiento del escenario internacional. Esto significa que todos los países deberán estar en un mismo nivel. Es decir, para casos de violación de los derechos humanos se deberá contar con la facultad y la obligación de juzgar a cualquier Estado por los atropellos cometidos y no sólo a los que tienen menos poder que otros, como ocurre en la actualidad.

En el ámbito mundial, será necesario que exista una entidad encargada de regular el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Actualmente, se encuentra en creación el Tribunal Penal Internacional (TPI). Sin embargo, para que esta organización tenga una función normal, deberá contar con ciertas características, como por ejemplo, ser un organismo independiente, con estatuto propio y que regule a todas las

personas humana y países, sin excepción de ninguna naturaleza.

CHILENA

En el caso Chileno, las violaciones de derechos a los derechos humanos se imputan al gobierno militar, caso que es un error, ya que los problemas de esta materia han existido desde los gobiernos anteriores.

La enmienda al Artículo 19, inciso segundo, de la Constitución Política de 1980, fue realizada con el objeto de reforzar la defensa de los derechos humanos en Chile y para evitar que hechos tan lamentables como los ocurridos en las décadas pasadas se vuelvan a producir.

El estudio e adherir a los diversos instrumentos internacionales es una clara demostración del deseo de Chile de incorporarse al desarrollo internacional de los derechos humanos, con todo lo que esto significa: un compromiso hacia la internacionalización de la agenda y nacionalización de los derechos esenciales de la persona, lo que implica, necesariamente, aceptar las obligaciones internacionales derivadas de estos instrumentos y, además, aceptar ser regidos en la traducción de estas normas, por las reglas y

17.- CONSECUENCIAS DE LA IRRUPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA JURISDICCIÓN CHILENA

En el caso Chileno, los problemas de violación a los derechos humanos se imputan como exclusivos del gobierno militar, cosa que es un error, ya que los problemas de esta materia han existido desde los gobiernos anteriores.

La enmienda al Artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de 1980, fue realizada con el objetivo de reforzar la defensa de los derechos humanos en Chile y para evitar que hechos tan lamentables como los vividos en décadas pasadas se vuelvan a producir.

El ratificar o adherir a los diversos instrumentos internacionales es una clara demostración del deseo de Chile de incorporarse al desarrollo internacional de los derechos humanos, con todo lo que ello significa: Un compromiso hacia la universalización y hacia el ininterrumpido progreso de los derechos esenciales de la persona, lo que implica, necesariamente, aceptar las obligaciones internacionales derivadas de estos instrumentos y, además, aceptar ser guiados en la traducción de estas normas, por las reglas y

prácticas internacionales que se han desarrollado desde 1948 en adelante, las que deben tener una interpretación dinámica.

Las fuentes de derecho internacional son válidas en nuestro país desde la aprobación de los Derechos del Hombre de la ONU, y en Chile se las consideraba, por lo menos, a la par en jerarquía con la ley. El fortalecimiento, entonces, con la reforma del artículo 5° inciso segundo, sólo podría referirse a la incorporación de las normas internacionales sobre derechos humanos, contenidas en los tratados, a la Constitución, elevando de tal manera la jerarquía de estas fuentes.

La reforma distinguió, además, a los tratados de derechos humanos respecto del resto de los tratados, ya que los primeros consagran "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" y estos derechos restringen el ejercicio del poder.

Esta incorporación tenía sentido ya que los derechos consagrados en los tratados internacionales no son necesariamente los mismos que están protegidos en el artículo 19 de la Carta Fundamental.

Sin embargo, la inclusión de ciertos derechos que no se encuentren garantizados en la Constitución Política de Chile, puede traer, a futuro, efectos negativos, pues existiría la

probabilidad de que el Congreso Nacional ratifique ciertos tratados que, paradójicamente, al consagrar nuevos "derechos" terminen atentando contra derechos básicos de las personas, como por ejemplo, serían los casos del "derecho" al aborto, al uso libre de drogas y a la clonación.

18.- DESAFIOS QUE PLANTEA LA PENETRACIÓN DEL DERECHO

INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE

1.- En el ámbito jurídico y político, crear y contar con una normativa donde se especifique el valor que se le entrega al Derecho Internacional y los criterios bajos los cuales se aplicará, o bien hacer una reforma a la Constitución, agregando un capítulo en el que se especifiquen dichos puntos.

En este capítulo se deberán especificar las siguientes materias: el respeto de la independencia y de la igualdad jurídica de los Estados; la no- injerencia en los asuntos internos de los Estados; la autodeterminación de los pueblos, y el principio de solidaridad internacional. También este capítulo debería prescribir si las normas de Derecho Internacional generalmente aceptadas, se entienden

incorporadas al ordenamiento interno y si generan directamente derechos y obligaciones.

La detención del Ex-Gobernante chileno Augusto Pinochet

2.- Es positivo para el país que las autoridades ejecutivas y legislativas suscriban y ratifiquen tratados internacionales de protección a los derechos esenciales de la persona humana.

Sin embargo, constituye un desafío para ellos hacerlo de manera armónica con nuestra legislación interna y tener pleno conocimiento del contenido de los instrumentos internacionales a los que se está adhiriendo.

que fuer un afán revanchista, para lo que se

3.- En el ámbito social, se deberá comenzar a enseñar a la población acerca del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, explicar en qué consiste y los alcances que éste tendrá en nuestro país. En definitiva, educar a la ciudadanía respecto de este tema, lo que se podrá efectuar en los colegios a través de las clases de Educación Cívica, así como también en las escuelas de Derecho de las diferentes Universidades.

Los Medios de Comunicación también deberán tener un papel fundamental en la educación y difusión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile.

19.- APRECIACIONES DERIVADAS DEL "CASO PINOCHET"

La detención del Ex Gobernante chileno Augusto Pinochet Ugarte en Londres, ha sentado un importante precedente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero también ha puesto a la luz pública lo imperfecto y manipulable que aún es.

El objetivo que persigue esta rama del derecho es la justicia, en tanto que el proceso contra el ex Comandante en Jefe del Ejército se transformó en un caso político que lo único que buscó fue un afán revanchista, pues lo que se consiguió finalmente fue violar los derechos humanos que decían estar protegiendo.

El "Caso Pinochet" acabó con la inmunidad absoluta que tenían los ex Jefes de Estado y de Gobierno, y pone en la mira la de los Jefes de Estado en ejercicio. Junto con esto, también pone en evidencia la necesidad de que entre en vigencia el Estatuto de Roma y la Corte Internacional de Justicia, que tendrá la competencia para juzgar los delitos que este contempla.

Este caso, además, ha puesto sobre la mesa la necesidad de que los países respeten y hagan respetar el principio de

jurisdicción predominante (jurisdicción territorial) y que en el caso de Chile fue desconocida por España e Inglaterra.

La manipulación de la cual fue objeto Chile, hecha por países que también están involucrados en el Estatuto de Roma, hace pensar que estas interpretaciones erróneas y abusivas puedan volver a ocurrir en el futuro con países pequeños, como le ocurrió a Chile con el Caso Pinochet.

Entonces, lo que hace falta es crear una verdadera institucionalidad que debata e investigue a fondo, sancionando a quienes violan los derechos humanos, pero de una manera igualitaria para todos los países.

La defensa de los derechos humanos no debe apoyarse en una ideología o tener un color político ya que esto lo desvía de su objetivo que es la justicia.

El Derecho Internacional debe desarrollarse a la par con los tiempos en que vivimos para, de esa manera, hacer justicia. Así, lo primero que necesita es un sistema estructurado que garantice realmente la igualdad (de todos los países) frente a él, pues de lo contrario los errores de interpretación y los abusos del derecho serán frecuentes.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Constitución Política de la República de Chile, 1980.
Editorial Jurídica de Chile.
- 2.- "Declaración Universal de los Derechos Humanos."
Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948.
Aprobada en la Novena Conferencia Americana, Bogotá, Colombia, 1948.
- 3.- "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales". Firmado y ratificado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 03 de enero de 1976.
- 4.- "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos". Firmado y ratificado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976.

5.- Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica". Aprobada en la Conferencia de los Estados Americanos de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.

6.- "Derechos del Hombre y Legislación Interna". Cuadernos de Análisis Jurídico, número 10. Serie de Seminarios, Universidad Diego Portales, 1989.

7.- "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos". Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Seminarios número 25, Coordinadora Cecilia Medina. Escuela de Derecho Universidad Diego Portales.

8.- "Curso de entrenamiento en Derecho Internacional de los Derechos Humanos para jueces y abogados de Sudamérica". Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Seminarios número 26. Cecilia Medina Q. (Coordinadora). Palacio de La Haya, Septiembre - Octubre, 1991.

9.- "Los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional y su relación con el derecho convencional constitucional internacional a la luz del Artículo 5° de la Constitución

Chilena". Cuadernos de análisis Jurídico, N° 27, Dogmática Constitucional y Derechos Humanos, Junio 1993, Universidad Diego Portales.

10.- "la Reforma del Artículo 5° de la Constitución Chilena de 1980 en relación con los tratados". Natacha Panatt K. "Temas de Derecho", Publicación del Departamento de Derecho, Área de Investigación Jurídica, Universidad Gabriela Mistral. Año V, número 2, 1990.

11.- "La herencia del pasado y los Derechos Humanos". Pedro Daza. Revista Perspectivas, Universidad de Chile, 1999.

12.- "Vigésima Cuarta Jornada de Derecho Público". Fernando Sainger. Revista de Derecho Universidad Católica. Volumen 20, número 2 y 3, tomo II, 1993. Páginas 647 - 668.

13.- "El Derecho a la Igualdad en la Jurisprudencia Constitucional". Humberto Nogueira Alcalá. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XVIII (1997). Páginas 167 - 184.

14.- "Constitución, Tratados y Derechos Esenciales". Gastón Gómez Bernales. Hemeroteca, Universidad de Talca.

15.- "Consideraciones Sobre Soberanía, Derechos Humanos y Tribunal Penal Internacional". Humberto Nogueira Alcalá, 1999. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile.

16.- "Constitución y Tratados Internacionales". Ius Et Praxis, Derecho en la Región. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca. Año 2, número 2. Impresos Universitarios S.A., Talca 1997.

17.- "Diagnóstico del Sistema Judicial Chileno". Juan E. Vargas y Jorge Correa. Corporación de Promoción Universitaria, 1995.

18.- "El Poder Judicial Chileno y la Violación de los Derechos Humanos". Roberto Garretón M. Serie Documentos de Trabajo CPU, Documento de trabajo número 28/29. Octubre, 1989.

19.- "El Poder Judicial Chileno y la Protección de los Derechos Humanos, Situación Actual y Proposiciones". Lautaro

Ríos A. Serie Documentos de Trabajo CPU, Documento de trabajo número 27/89. Octubre, 1989.

20.- "The Experience of Chile". Cecilia Medina Q. Seminar on the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms. Maastricht, 11-15 March, 1992.

21.- "Constitución, Tratados y Derechos Esenciales". Estudio preliminar y selección de textos por Cecilia Medina. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1994.

22.- "Tribunales Chilenos y Derecho Internacional de Derechos Humanos. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno Chileno". John Detzner. Comisión Chilena de Derechos Humanos. Programa de Derechos Humanos, Academia Humanismo Cristiano (junio 1988). Editorial Nuevo Tiempo S.A. Junio, 1988.

23.- "Memoria, Impunidad y Derechos Humanos". Revista Nueva Sociedad, Número 161. Venezuela, Mayo-Junio, 1999.

24.- "El Canal del Tiempo". Editorial revista "APSI". Página 21. Edición 16 - El Agosto, 1979.

- 24.- "Manual de Historia de Chile". Francisco Frías Valenzuela. Editorial Zig-Zag, 1986, Edición Abril, 1999.
- 25.- "Aplicación interna de los Tratados". Santiago Benavada. "El Mercurio", 20 de Marzo de 1991.
- 26.- "Tratado y Supremacía Constitucional". "El Mercurio", 3 de Noviembre de 1994.
- 27.- "Enfrentar el Pasado". Editorial revista "APSI". Página 5. Edición 1° - 15 de Octubre, 1979.
- 28.- "A seis años de un pronunciamiento". Revista "APSI". Página 4. Edición 1° - 15 de Julio, 1979.
- 29.- "Caso Letelier: El recurso de la forma". Revista "APSI". Página 2. Edición 1° - 15 de Agosto, 1979.
- 30.- "¿... Y el Proyecto Ortúzar?". Marcelo Contreras. Revista "APSI". Página 4. Edición 16 - 31 de Agosto 1979.
- 31.- "El Túnel del Tiempo". Editorial revista "APSI". Página 5. Edición 16 - 31 Agosto, 1979.

32.- Artículo "Urge la reconciliación". Revista Ercilla. 19

32.- "Derechos Humanos: Un Problema no resuelto". Andrés Lagos. Revista "APSI". Páginas 2 y 3. Edición de Diciembre, 1979.

Artículo "El Impacto del Sistema Ruffo". Revista Ercilla. 6 de Marzo, 1991.

33.- Artículo "Una reunión Histórica". Diario "El Mercurio". 31 de Marzo, 1991.-

34.- Artículo "Jaime Guzmán: La otra visión". Diario "El Mercurio". Marzo, 1991.-

35.- Artículo "La tarea está Inconclusa". Revista Ercilla. 13 de Marzo, 1991.

36.- Artículo "Se acabó la transición". Revista Ercilla. 26 de Junio, 1991.

37.- Artículo "No hay quiebre institucional". Revista Ercilla. 13 de Marzo, 1991.

38.- Artículo "Aylwin conjugó el verbo reconciliar". Revista Ercilla. 6 de Marzo, 1991.

39.- Artículo "Urge la reconciliación". Revista Ercilla. 10 de Abril, 1991.

- Diario "El Mercurio". Años 1998-1999-2000.

40.- Artículo "El impacto del Informe Rettig". Revista Ercilla. 6 de Marzo, 1991.

- Internet.

- Entrevistas.

FUENTES GENERALES

- Diario "El Mercurio". Años 1998-1999-2000.
- Diario "La Segunda". Años 1998-1999-2000.
- Diario "La Hora". Años 1998-1999-2000.
- Internet.
- Entrevistas.

ANEXOS

ENTREVISTA A

LIBARDO BUITRAGO

Analista Internacional.

¿Cuál ha sido la importancia que han tenido los derechos humanos?

El tema de los derechos humanos es cobrado bastante importancia y ha pasado en el mundo en la etapa reciente. Históricamente lo ha tenido, pero los países privilegiados durante el periodo de la Guerra Fría se viraron al lado de respecto a la aplicación de los derechos humanos. Es decir, en las órbitas de influencia de los dos superpotencias se violaron sistemáticamente los DMB. Por lo tanto, más que el respeto a la vida o el derecho de pertenecer a los humanos el derecho a vivir y a morir.

ANEXOS

Después de la Segunda Guerra Mundial fue que el mundo privilegió estas ubicadas dentro de la ideología, por lo tanto, podemos hablar de en la lucha que se dio en el espacio de las superpotencias, el fin justificaba los medios.

Y al el medio era violar los derechos humanos para que hubiera procesos dictatoriales en cualquiera de las dos ideologías, pasaron a ser un tema absolutamente secundario.

Siendo así, uno se encontraba con sistemáticas violaciones a los DMB de diferente manifestación, que van desde persecución a tortura.

Los gobiernos los utilizaron para afirmarse en el poder y esa fue una característica fundamental que se apreció desde la década del 50 en el mundo, con la aparición de los regímenes totalitarios, que tienen una idea de libertad. Su único derecho humano es el que ellos proponen y los demás no

ENTREVISTA A:

LIBARDO BUITRAGO

Analista Internacional.

P: ¿Cuál ha sido la Importancia que han tenido los derechos humanos?

R: El tema de los derechos humanos ha cobrado bastante importancia y no porque en el pasado no la haya tenido. Históricamente la ha tenido, pero los países privilegiaron durante el período de la Guerra Fría un mirar al lado de respecto a la aplicación de los derechos humanos. Es decir, en las órbitas de influencia de las dos superpotencias se violaron sistemáticamente los DDHH. Por lo tanto, más que el respeto a la vida o el derecho de garantizarles a los humanos el derecho a vivir bien, lo que ocurrió después de la Segunda Guerra Mundial fue que el mundo privilegió estar ubicado dentro de la ideología, por lo tanto, podemos hablar de en que la lucha que se dio de avances de espacio de las superpotencias, el fin justificaba los medios.

Y si el medio era violar los derechos humanos para que hubiera procesos dictatoriales en cualquiera de las dos ideologías, pasaron a ser un tema absolutamente secundario.

Siendo así, uno se encontraba con sistemáticas violaciones a los DDHH de diferente manifestación, que van desde persecución a tortura.

Los gobiernos las utilizaron para afirmarse en el poder y esa fue una característica fundamental que se apreció desde la década del 50 en el mundo, con la aparición de los regímenes totalitarios, que tienen una idea de fuerza. Su único derecho humano es el que ellos proponen y los demás no

cuentan. Eso queda muy bien expresado en lo que fue a comienzos de siglo la idea nacional socialista, donde en aras de la pureza aria, no importaba violar los derechos humanos de los judíos, de los gitanos y de las minorías, o de las mayorías que, distinta a los alemanes, pudieran estar pensando porqué en el proyecto de ellos lo único básico era la pureza racial y sobre eso es fundamental lo de las persecuciones.

P: ¿Qué ocurrió durante la Segunda Guerra Mundial?

R: En la Segunda Guerra Mundial, hay una gran evidencia de violaciones a los derechos humanos. Quizás, nunca un pueblo haya sufrido tanto como el pueblo judío. Seis millones de ellos sufrieron o murieron, pero fueron torturados previamente y eso fundamentalmente porque había una idea fuerza y esa idea fuerza era en razón de un discurso político-ideológico.

Lo mismo que con el Fascismo, Entonces, este siglo lo podemos caracterizar como aquel donde el perfeccionamiento de los métodos de convivencia se han chocado con los proyectos políticos (fascistas, totalitarios, liberales y comunistas). Es decir, los derechos humanos han sido violentados por cualquier manifestación de orden política y en democracia también ocurren violaciones a los derechos humanos, o sea, no es solamente atribuible a un rol totalitario o al manejo autoritario de un poder, sino que también en democracia, agentes del estado violan derechos humanos o pueden ocurrir como en el caso de sociedades que están en conflicto en donde actores de la violencia también los violan, aunque no sean agentes del Estado.

P: Pero, ¿los agentes del Estado son los únicos que pueden violar los Derechos Humanos?

R: Sí, la interpretación de los derechos humanos uno siempre la tiende a asociar única y exclusivamente a aquella violación que hacen los agentes del Estado. Pero hay otra forma de violencia y es cuando grupos minoritarios, en una sociedad en aras de reivindicaciones de su naturaleza también violan los derechos humanos de las demás personas, bajo el secuestro, la extorsión, el chantaje, que son también formas de violación de derechos. Pero, claro, ellos tienen una motivación de orden político y eso pasa a ser de nivel contrario.

Entonces eso nos lleva derechamente a plantearnos el eje central de la tesis, que es que los derechos humanos parecen ser una utopía, la utopía del nuevo milenio. Qué quiero decir con eso y es que si uno abre el mapa del mundo se encuentra con más de 80 lugares donde los derechos humanos se están violando de manera consuetudinaria, es decir, que en los organismos que se encargan de velar por el cumplimiento de los derechos humanos tienen mucho más trabajo que antes y no importa que régimen sea, pues hay más acusaciones de violaciones que antes, o sea, no ha habido una completa armonización entre los ideales de construir una sociedad y que ella respete y sea tolerante, sino que por el contrario, ocurre que uno ve que en los desencuentros se usa la fuerza y métodos de fuerza que no necesariamente son la violencia, sino que otras prácticas como persecución ideológica, la no igualdad de oportunidades, etc.

P: Entonces, ¿Cómo se puede solucionar el problema de los derechos humanos en un mundo tan complejo?

R: Tomémoslo de manera general y digamos entonces que hoy el mundo está excluyendo de los derechos humanos una fuente de inspiración, de manera de poder tapar esa falla histórica que hemos tenido; y que es que hemos perseguido y humillado y afectado a las demás personas. Entonces, hemos querido reparar esa falla histórica y las naciones han entrado en esa tónica de intentar, y es un intento hasta ahora, de buscar los mecanismos que le permitan resolver que haya una violenta persecución a los derechos humanos. Yo creo que una primera aproximación que tienen que hacer es esa y descubrir que en esta sociedad moderna la tecnología, que es el rezago de la Sociedad Industrial, la precede un conducto de continuas violaciones de derechos humanos, y se violan por cualquier condición.

P: ¿Qué sucede con los organismos internacionales que velan por ellos?

R: No tenemos mecanismos internacionales que nos permitan, salvo las condenas de la Organización de Naciones Unidas (ONU) y que para el efecto práctico no tienen ninguna validez, en el sentido de operatividad, salvo el sancionar en las naciones unidas a un país, no tiene operatividad de detener la persecución de los derechos humanos. Me explico, la ONU evalúa los casos de derechos humanos, los estudia, los analiza, lo puede denunciar en un país donde se estén violando, se investiga y cuando hay méritos, lo que hay es una sanción condenatoria, pero no hay una efectiva sanción

contra ese agente o estado que los violente, de manera que sea coercitivo el ordenamiento internacional.

¿Qué pasa si una persona que está en el poder, como un dictador, viola de manera sistemática los derechos humanos, ¿cómo se puede hacer algo al respecto? ¿Qué pasa si una persona que está en el poder, como un dictador, viola de manera sistemática los derechos humanos, ¿cómo se puede hacer algo al respecto?

Hay que tener en cuenta que el poder no es absoluto, sino que está limitado por la ley y por la moral. Por eso también es importante que existan mecanismos de control y supervisión que permitan que el poder se ejerza de manera responsable y transparente.

¿Qué pasa si una persona que está en el poder, como un dictador, viola de manera sistemática los derechos humanos, ¿cómo se puede hacer algo al respecto?

El poder no es absoluto, sino que está limitado por la ley y por la moral. Por eso también es importante que existan mecanismos de control y supervisión que permitan que el poder se ejerza de manera responsable y transparente.

Entonces, esta separación permite tener brújulas por las cuales se vive a los derechos humanos. Esa es la gran autonomía que existe y resolverla es la gran tarea de este nuevo milenio. Yo la llamo la "Utopía de la igualdad de los

P: Entonces, ¿qué hace falta en esta utopía de los derechos humanos?

R: Lo que hace falta es que el mundo encuentre un verdadero consenso de entender cuáles son las garantías que una sociedad puede tener y cuáles reglas del juego deben mantenerse, porque hay muchas formas en que uno puede violentar los derechos humanos. Y sobre esas formas no hay hoy un instrumento que se considere universalmente aceptado y validado. Por eso tenemos casos de personas que continúan en el poder y que son claros violadores de ellos. (Ejemplo: Milosevic, que ha hecho una limpieza étnica.)

Hoy no existe una institucionalidad, pues las 185 naciones no nos hemos puesto de acuerdo respecto a cómo abordar el tema de la tortura y los derechos humanos, porque esto está contaminado por el tema ideológico, por nacionalismos, o por las etnias, o por las tribus.

P: ¿Qué pasa si una persona que está en el poder, como Milosevic, viola de manera sistemática los derechos humanos, quién es el que los juzga y quién dice que esa persona no puede continuar en el poder?

R: Ahí chocamos con una fuente de la legitimidad y es que vamos al principio primario del concepto de legitimidad y es que el mandatario va siempre a señalar que su fuente de legitimidad es su electorado, y que él responde en función a eso y no a un mecanismo internacional.

Entonces, esa separación permite esas brechas por las cuales se viola a los derechos humanos. Esa es la gran dicotomía que existe y resolverla es la gran tarea de este nuevo milenio. Yo la llamo la "Utopía de la igualdad de los

derechos humanos", pues tendrá que correr mucha agua debajo del puente para alcanzar una defensa y que una sociedad respete los derechos humanos. Para que eso ocurra necesariamente la misma sociedad tiene que comprender cuál es su rol para que ningún actor se sobrepase. Entonces uno dice que los mecanismos jurídicos deben encargarse de velar para que no se presenten esas situaciones. Por ejemplo, cuando uno habla de democracia, uno entiende que la labor del gobierno es gobernar y que la labor de la oposición es que no se comenten abusos. Pero actualmente no se corrigen anomalías que se puedan dar respecto del incumplimiento de los derechos humanos.

La violación de los derechos humanos debe prevenirse en el mismo momento en que se intenta cometer, porque a esa persona que se le ha violado su Derecho, es muy difícil restituirle lo que le han violentado. Osea, esa persona que queda odiando a la sociedad. Por eso, está también el individuo que tiene que ver qué representan los derechos humanos ¿Son una garantía, son un beneficio, o qué son?...Yo, lo entiendo como una garantía, un beneficio y un derecho. Y los entiendo así como quedó definida en la declaración de la Revolución Francesa, donde se decía que los hombres eran iguales y por eso se fomentaban las tres ideas de igualdad, fraternidad y libertad. Cuando se habla de fraternidad, se entiende como el apoyo al otro ser, y también de divergencia, pero sin llegar a recurrir a la violencia.

Lo que hay que hacer es ver cómo esa divergencia no transgreda ni violenta a ninguno, de manera que ninguno de esos actores se sienta tentado a tocar al ser humano. Creo que es una utopía, pero una utopía que está planteada para

resolverse en el tiempo. Aunque existan algunos mecanismos, hay ejemplos donde se comprueba que no se cumple el reglamento internacional del derecho. Entonces, lo que hace falta es crear una verdadera institucionalidad donde se debata a fondo y se sancione a fondo a quienes violan los derechos humanos. Mientras eso no ocurra, habrá casos como el de Sudán, donde un gobierno totalitario tiene a media república vendiéndose como esclavos, pero donde también no hay una sociedad que reclama, ni una sociedad internacional que reclama.

P: ¿Qué sucede si esto está ideologizado?

R: Lo primero que deberíamos hacer es darnos cuenta que los derechos humanos no tienen color político ni una ideología detrás. Como la persecución ha estado contaminada por la ésta, entonces también la defensa de ellos tiene la contaminación ideológica, por lo que depende del ángulo donde uno se pare, se violan o se respetan los derechos humanos. Ese es el gran dilema que hay que resolver en el contexto internacional.

P: ¿Qué pasa con los mecanismos de control como la Corte Internacional de Justicia?

R: La Haya ha logrado después de mucho tiempo la comparecencia física de los acusados, pero ve los grandes genocidios, pero también hay medianos y pequeños atropellos a los derechos humanos.

Por eso se está creando el Tribunal Penal Internacional donde todos los países han suscrito la buena intención. Pero en la práctica sólo 15 países la han suscrito para que se

ejecuten sus argumentos. A eso es lo que me refiero. Debemos tener una institucionalidad que comprenda todos los casos y no sólo grandes genocidios.

que un mandatorio puede desconocer la responsabilidad y sacar al tema de la extraterritorialidad. Primero es definir las jurisdicciones que le vamos a dar al Tribunal, que cuando se van a hacer las investigaciones, cuando se pasa a lo que es el juicio y al momento de la denuncia se va a determinar automáticamente una culpa, pero hay derecho a la defensa, esto es que todas las garantías que se piden para quienes se acusa, las acusa el acusador. Debe ser un sistema donde exista la fiscalía y la defensa.

Lo tercero es ver que hacer el juicio a una persona resulta posible, como hacer que la ley internacional encuentre cooperación con sistemas judiciales transnacionales para poder a apresar personas requeridas por el contexto internacional.

Uno dice, ya se rige por la Constitución, pero si se suscribe un Tratado Internacional y además a él entonces se adhiera se facilita ese proceso. Ahora, la última pregunta es que hacer con esos que violan los derechos humanos, porque, además de la obligación de investigar y sancionar, se conocen los procedimientos que se van a seguir para las personas que se conocen que han cometido esos delitos, pero también se debe tener derecho a la rehabilitación.

¿Que pasa en el tema de la justicia internacional es que no hay organismos con validez?

Los estados tienen sus límites hacia atrás que los inhabilita para recibir hacia delante. (caso de Alemania.)

P: ¿Cómo podría actuar un tribunal grande?

R: Yo diría que al Tribunal le falta mucho camino por recorrer, pues primero hay que saber su real competencia, ya que un mandatario puede desconocer la competencia y sacar el tema de la extraterritorialidad. Entonces, lo primero es definir las herramientas que le vamos a dar al Tribunal, que delitos se pueden investigar. Resuelto eso, se pasa a lo segundo que es quién denuncia y tercero que la denuncia no es automáticamente una culpa, pues hay derecho a la defensa. Esto es que todas las garantías que se piden para quienes acusan, las tenga el acusado. Debe ser un sistema donde exista la fiscalía y defensa.

Lo tercero es ver qué hacer si la persona resulta culpable, cómo hacer que la ley internacional encuentre cooperación con sistemas judiciales transnacionales para acceder a aportar personas requeridas por el contexto internacional.

Uno dice, yo me rijo por mi Constitución, pero si se suscribe un Tratado Internacional y adherimos a él entonces deberíamos facilitar ese proceso. Ahora, la última pregunta es qué hacer con esos que violan los derechos humanos, porque recordemos que la condena lleva implícita una reivindicación, o sea es una sanción que da una sociedad pero las personas en presidio, por brutales que hayan sido, deben tener derecho a la rehabilitación.

P: ¿Qué pasa en el tema de la justicia internacional es que no hay organismos con validez?

R: Los estados tienen una historia hacia atrás que los inhabilita para resolver hacia adelante. (caso de Alemania.)

Qué va a hacer con los derechos humanos, si siempre estará el abuso de Hitler.)

Lo difícil es ver que pasa con las historias hacia atrás. Creo que es muy probable que hacia delante haya que dejar atrás las violaciones pasadas en atención de legislar hacia delante. Es una profunda contradicción, pero así es.

P: Es un poco lo que pasa con España, ya que si Franco violó los derechos humanos. ¿Por qué están juzgando a Pinochet? pues en España también se violaron los derechos humanos y están dejando atrás esa historia...

R: En el caso de Pinochet yo recuerdo una investigación donde en Paraguay se encontraron documentos sobre la "Operación Cóndor", que fue denunciado y sobre eso se planteó en España abrir la investigación. Por lo tanto, este caso parte porque hay una investigación y elementos que permiten formular un caso para llamar a Pinochet a un interrogatorio y a luz de eso Garzón amerita si continúa la investigación y si producto de ella se detiene a Pinochet.

La actual situación es que él está dando una lucha para no ser extraditado a España, pero eso no significa que sea automáticamente sometido a proceso.

Tras ese interrogatorio se puede abrir o liberar la persona. Es decir, cuando un proceso se abre, lo primero que se hace es tomar las indagatorias, a las personas implicadas y luego se buscan pruebas que culpen o salven la situación. Y sobre eso el juez decide si seguir o no un juicio. Si se juzga, la fiscalía deberá ver si es culpable.

P: Qué pasa con el tema de la extraterritorialidad, porque Pinochet podría desconocer el fallo de la justicia española, porque Garzón no es un juez chileno. ¿Qué pasa cuando chocan las posturas?

R: A mí me pareció clara la postura de Chile de pedir un arbitraje, es decir vayamos y consultemos a un tercero si procede que España investigue. Chile lo planteó, pero España no lo quiso cursar, lo que no debe ser mal interpretado, pues España estaba en todo el derecho de no cursar.

Si hubiese una institucionalidad que dijera que un Estado soberano ante otro Estado soberano debe cursarse una solicitud de arbitraje y decidir el tribunal que lo compete, uno diría, bueno, alguien obliga. Pero aquí nadie obliga a España a someterse a arbitraje y eso es el mejor ejemplo de que no hay una Institucionalidad adecuada.

Sin embargo, la interpretación de Garzón es que España sí tiene jurisdicción para juzgar y se otorga el derecho de abrir el proceso de investigación, de llevarla adelante y de pedirla y aquí lo novedoso es que estando Pinochet en Chile no se hubiese procedido de igual manera, porque entre España e Inglaterra existe un tratado bilateral de extradición y entre los países de la UE, también. Por lo tanto, a la luz del tratado de extradición y ante un requerimiento, de cualquier estado a otro estado, éste debe de facilitar el cumplimiento de la justicia. Eso es lo que reza el tratado de extradición entre estos estados, por lo tanto, lo que ha hecho España es pedir la comparecencia de Pinochet en Madrid. Y lo que ha hecho Gran Bretaña es dar la posibilidad de cumplir eso.

Es decir, la lucha jurídica que se vive en el Reino Unido es si procede o no procede. O sea, para que Pinochet sea entregado por la petición formulada por España, tienen que darse condiciones y es que el delito que se le impute sea condenable a una pena superior a 12 meses. Si se da ese caso, procede la extradición, a la luz de la ley británica y esto nos permite llegar a la primera gran conclusión y es que como no hay normativas integrales y válidamente aceptadas, entonces cada cual da la interpretación y cada cual ajusta el derecho. Es decir, se "chileniza el derecho británico" y se "britaniza" el derecho chileno.

P: Entonces esto se puede volver un caos, porque cada uno puede decidir juzgar a otra persona, como juzgar a Bush por lo que sucedió en el golfo... o, qué pasa si los tribunales chilenos deciden que Pinochet es culpable y esto lo decide también España?

R: En este último caso, si se halla responsable por parte de Chile, es decir si Chile lo exigiera, él debería comparecer ante los tribunales chilenos y eso sí que lo tiene claro el derecho. O sea, es claro que en este caso prima el país de origen. En eso sí estamos claros.

P: Entonces, ¿por qué Chile no ha pedido la extradición de Pinochet?

R: Porque los jueces que llevan las causas están avanzando, pero están en proceso de sustanciamiento, y el sistema judicial chileno es bastante lento, misterioso y largo, para saber si es culpable o no es culpable. Recordemos que el proceso de extradición obedece a presentar indagatorias y

tampoco han sido pedidas las indagatorias acá y eso, la sola petición de indagatorias da derecho a una extradición.

Osea si yo necesito a una persona para que venga y dé indagatorias y está residiendo en otro país, él tiene que comparecer. Es decir, cuando un individuo en cualquier estado, es pedido por la justicia, tiene que comparecer. Pero a dos pedidos, siempre prevalece el país de origen.

P: ¿De qué forma cree usted que el juzgamiento de Pinochet va a influir en Chile? ¿Qué puede provocar política y socialmente?

R: Independientemente de personas, creo que las personas tienen el derecho a ser juzgadas. Pero quién los juzga, dónde se juzga y cómo, eso es lo que no está resuelto.

P: Pero si se condenara en España a Pinochet, dónde debería cumplir la condena?

R: Frente a esa hipótesis, yo sostengo que el derecho a defensa lo tienen todos. Creo que no hay ni buenas ni malas causas, sino que buenos y malos abogados. Lo que digo es que frente a un escenario así, hay que estudiar la legislación del país. Y la española dice que los mayores de 75 años no son encarcelables. Entonces, ¿se rompe la ley española? hay que rehacerla? ¿Qué van a hacer con Pinochet si no se puede recluir? Entonces, ahí España debería repensar en su escenario jurídico.

P: No habría un castigo para él allá, pero si lo habría en Chile, pues aquí no existe esa legislación.

R: Ahí se ve la dicotomía y el hecho de que el derecho no está estandarizado. El punto medular que quiero definir es que hace falta un tema global, integral sobre los derechos humanos. Establecer qué tipo de sanción son las que se deben adoptar, en qué cárcel se detienen y quién defiende a los juzgados internacionalmente.

La gran falencia es que el derecho no ha avanzado al ritmo de los tiempos. Hace falta estandarizar el derecho a nivel internacional. Mientras no exista eso, vamos a tener interpretaciones erróneas, o tal vez aceptadas, pero que no las aceptemos.

P: Pero con Pinochet, se supone que se le está juzgando por los crímenes cometidos aquí, pero que pasa con Fidel Castro que viola los derechos humanos y que sigue yendo a España y no es juzgado?

R: Pero lo de Pinochet son sólo acusaciones. Mientras un tribunal del mundo, cualquiera que sea, no diga que él fue, no se puede afirmar que ocurrieron esos hechos. Y eso también hay que tenerlo claro, porque él sigue siendo inocente hasta que un tribunal no diga que es culpable.

P: Pero me refiero a que ¿porqué se persigue a unos y no a otros?

R: Por la dificultad de que gobernantes en ejercicio se pueden pasear por el mundo. Es el caso de Kabilia (gobernante del Zaire), que lo recibe el presidente de Francia con los brazos abiertos y con expresos documentos donde Kabilia pide, a raíz del caso Pinochet, que no lo van a detener. Y fue y se

paseó por todo París. Entonces ahí viene la ambivalencia, ya que ley pareja es dura, pero pareja.

Pero también, creo que si una sociedad no es capaz de resolver, investigar y sancionar a los agentes que violan los derechos humanos, es una sociedad que puede generar cualquier cosa. Por eso digo que este siglo es venganza de lo que fue atrás. Entonces, en términos prácticos, el mundo va más hacia un encuentro de venganza que hacia la paz. Un ejemplo de eso es Kosovo, donde los niños que viven la guerra después se van a odiar. Por eso el Derecho Internacional se ha quedado atrás.

No existe forma de resolver estos problemas y ahora la informativa va a ser la nueva forma de atropellar los derechos humanos.

Las bases de datos, las correspondencias, los correos electrónicos son nuevas formas de violentar los derechos humanos pues ya no puedo escoger quien escribe o quien no.

Una sociedad anda con relativo ordenamiento, pero debe llegar un ordenamiento internacional en que ningún delito quede impune.

P: Pero ¿qué pasa si creara una institución que regule el mundo, dónde primara el Derecho Internacional? ¿Crearía esto un nuevo ordenamiento internacional, pues los países quedarían todos iguales?

R: Esa sería la primera aproximación de igualdad entre los países, porque hay otros tipos de desigualdad, como la tecnológica. Pero la jurídica sería la primera.

Porque por ejemplo, frente al terrorismo tampoco hay igualdad, pues los países se asustan. Entonces, o nos vamos

al caos y a la anarquía, donde impera la ley del más fuerte, o nos vamos a una convivencia donde podamos ser iguales.

P: Y dentro del Derecho Internacional qué importancia tienen los tratados entre los países?

R: Son las primeras armas y herramientas que se tienen. Hoy los tratados de extradición están orientados al cruce de información, de personas, para aproximarse al tema del DDII: pero hace falta mucho.

P: Pero los temas de la tortura, de la mujer, a veces se contraponen con el interno. ¿Qué es lo que prima entonces en ese minuto?

R: El tratado Internacional y el ordenamiento jurídico interno deberían cambiar a favor de ese tratado. Por ejemplo en Afganistán, no hay un lugar del mundo donde la mujer haya quedado más reducida a una mínima expresión. ¿Quién defiende el derecho? ¿Quién defiende a esa mujer que debió asesinar a su marido y que fue asesinada en un circo romano, en un show? Ahí se estaba aplicando la ley del Corán para castigar a una mujer y en eso la sociedad lo aplaudió. Para mí, como occidental, me llena de horror y de espanto pues no tuvo derecho a defenderse. Ella fue asesinada frente a un circo y quizás el efecto que quiso mostrar el legislador fue que la aplicación de la ley sea un ejemplo de que eso no deba volver a ocurrir.

El derecho tiene primero una función preventiva. Es decir, primero establecer algunas normas para evitar que. Lo ideal es no violarlo y por eso se debe poner el acento en no violar las leyes. Luego viene una función correctiva. Pero después viene la rehabilitación que es el gran problema del mundo. Pues una persona que es hallada culpable, tiene el legítimo derecho a rehabilitarse después de haber cumplido condena. Por que no olvidemos que la sanción se hace en representación de la sociedad y por eso mismo ésta debe rehabilitar después. El gran problema de la justicia mundial es que no tienen verdaderos instrumentos de rehabilitación sino de perfeccionamiento del delito. Por eso también digo que a los presos se les viola el derecho humano básico, pues la sociedad no les entrega verdaderamente el acto de rehabilitación. Todo eso está ligado aun tema de presupuesto y de estado.

P: ¿Qué efectos puede tener en Chile la detención de Pinochet o casos como éste donde otros países desconozcan la soberanía de una nación? ¿puede esto provocar problemas internos?

R: El caso de Pinochet es muy emblemático por lo que representó y por lo que él es. Entonces, está detenido en un continente en donde 25 años se presentó como el más malo de los malos. Es muy difícil cambiar su imagen pues sistemáticamente Europa hizo una campaña en su contra.

Aquí hay que conciliar la historia de un país y el dolor de un carabinero muerto y también el de un detenido desaparecido. Ambos casos son absolutamente entendibles. Y se llega a esos casos por la sociedad, entonces lo que se debe hacer es prevenir y los actores políticos son los primero que deben trabajar en eso. Pienso finalmente que respecto del

caso Pinochet, va a ir lentamente desapareciendo en intensidad, el fenómeno va a depender de las ganas que él tenga de luchar, de la buena defensa que él tenga para reflexionar sobre el caso.

Para mí él está sindicado. Yo como extranjero lo veo sindicado. Seguramente un familiar de detenido desaparecido lo encuentre automáticamente culpable. Yo respeto esa postura, pero la mía es que hasta que un tribunal no lo encuentre culpable, no puedo decir que es culpable o inocente. Yo estoy esperando a que cualquier tribunal diga qué es lo que es.

Porque acusar verbalmente a una persona, es muy fácil, pero probarlo es una gran labor.

Yo espero que el fallo de la justicia, de cualquiera que sea, pues yo validaría un fallo español, no habría porqué desconocerlo. Si él compareciera ante la Corte española o mientras un tribunal del mundo no lo encuentre culpable, no se le puede denominar así. La esencia del derecho es probar o negar y esa ciencia se trata de recabar antecedentes que permitan demostrar inocencia o culpabilidad.

P: Y si él es declarado culpable o inocente, ¿no pasaría que aquí ya va a haber una polarización en el país?

R: En el caso de Pinochet, la polarización va a dejar de existir en 30 años más, cuando los actores del proceso mueran.

P: ¿O sea tiene que pasar una generación?

R: Sí, una generación. Por eso es que España todavía no olvida a Franco, pues no ha pasado una generación.

Esto no va a ser tan fácil aún, porque a los militares no se les va a olvidar el dolor, así como tampoco a quienes perdieron a un carabinero. El dolor lamentablemente se internaliza.

P: ¿El caso de Pinochet, será una ayuda para lograr un derecho más uniforme, más acabado, va a ser, en definitiva, un precedente?

R: Ya es un precedente. es decir, desde el 16 de octubre de 1998, el Derecho Internacional sentó un precedente, ya sea bueno o malo, regular...Pero hay un hecho concreto del cual va a haber que esperar la evolución para saber qué efectos van a haber y en qué se va a terminar. Se va a saber si hay igualdad de condiciones de juzgamiento, porque otra de las cosas que no existen es igualdad de condiciones. Me explico, el Derecho será igual cuando otros actores, aunque estén en el poder, sean juzgados y tengan el mismo tipo de sanción.

E: En ese caso, entonces, no habría que desconocer ningún fallo de ningún país, pues sería a través de una investigación, algo serio.

R: Sí, porque yo tampoco prejuzgaría mala intención de un juez. Yo diría que va a ser trabajo de la defensa. Por eso digo que en Derecho no hay ni buenos ni malos casos, sino buenos o malos abogados.

Esto debería ser un impulso para que trabajemos en el Derecho Internacional. Mi visión es que hace falta tener visión para que las sociedades del nuevo milenio miren hacia delante, porque con mirar hacia atrás no sacamos nada.

El Derecho Internacional propiamente tal es muy antiguo. De hecho, se rebonta precisamente a la Edad Media. El Derecho Internacional es básicamente el que rige las relaciones de los Estados entre sí.

Los sujetos del Derecho Internacional son fundamentalmente tres: El primero es el Estado. El Estado es el más antiguo, continúa en el tiempo, después de los Estados los Organismos internacionales, a partir de la Segunda Guerra Mundial, por ejemplo, las Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos, etcétera. Pero el sujeto más importante de todos, el más trascendental, que es la persona humana, sólo vino a reconocerse como tal desde 1948 en adelante. O sea, el derecho de protección de la persona humana es el más nuevo de todos, lo que no deja de ser absurdo y esto como consecuencia de las dos guerras.

Entonces, el Derecho Internacional, actualmente, el Derecho Internacional Público, propiamente tal, que sigue rigiendo las relaciones entre los Estados con todas sus variantes y el Derecho Internacional de protección de la

ENTREVISTA A:

MARIO CALDERÓN

Profesor de Derecho Internacional Público; Abogado en Jefe del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile; DR. Honoris Causa en Ciencias de la Paz de Organización de Naciones Unidas.

P: ¿Cómo define usted el Derecho Internacional y, específicamente, la rama que se relaciona con los derechos humanos?

R: Bueno, el Derecho Internacional propiamente tal es muy antiguo. De hecho, se remonta prácticamente a la Edad Media. El Derecho Internacional es básicamente el que rige las relaciones de los Estados entre sí.

Los sujetos del Derecho Internacional son fundamentalmente tres: El primero es el Estado. El Estado es el más antiguo, más profesional; después se consagraron los Organismos Internacionales, a partir de la Segunda Guerra Mundial, por ejemplo, las Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos, etcétera. Pero el sujeto más importante de todos, el más trascendental, que es la persona humana, sólo vino a reconocerse como tal desde 1945 en adelante. O sea, el derecho de protección de la persona humana es el más nuevo de todos, lo que no deja de ser absurdo y esto como consecuencia de las dos guerras.

Entonces, el Derecho Internacional, actualmente, el Derecho Internacional Público, propiamente tal, que sigue rigiendo las relaciones entre los Estados con todas sus variantes y el Derecho Internacional de protección de la

persona humana, han pasado a ser la forma más nueva. Entonces, el Derecho Internacional de la protección de la persona humana tiene hoy varios sistemas de protección:

- Primero, existen varios organismos internacionales que tienen competencia en el tema y esos organismos son de carácter universal, que son el sistema de las Naciones Unidas y de carácter regional (cada región tiene su propia estructura jurídica, cada región pertenece a las Naciones Unidas, pero tiene su propia estructura jurídica).

Dentro del sistema de las Naciones Unidas, que es el más importante y que se remonta a 1945, los órganos que tienen competencia en materia de protección de la persona son: Primero, la Asamblea General, que es la más importante y que reúne a todos los Estados; después, el Consejo de Seguridad, luego el Consejo Económico y Social, del cual depende la Comisión de Derechos Humanos, que es el órgano más antiguo en esta materia. Pero en la práctica, el órgano más importante de las Naciones Unidas, es el Consejo de Seguridad.

P: El Consejo de Seguridad ¿cuánto puede intervenir tratándose de un tema que afecte los derechos de los seres humanos?

R: La función básica que tiene el Consejo es velar por la paz y la seguridad internacional. Entonces, cuando la situación de los Derechos Humanos en un determinado país, por un conflicto entre determinados países, pone en peligro la seguridad internacional o la paz internacional, ahí interviene el Consejo. Y es muy importante la intervención del Consejo, porque es el único órgano internacional que puede aplicar sanciones contra los Estados.

P: ¿Qué tipo de sanciones?

R: Van desde las sanciones diplomática hasta la suspensión de las relaciones y el corte de relaciones de alcance económico y termina con las de carácter militar. Eso es lo que ha hecho el Consejo en varias oportunidades, lo hizo en Ruanda, Yugoslavia y que lo vino a hacer muy tardíamente, a mi juicio, en Yugoslavia a propósito del problema en Kosovo, que fue una de las brutalidades más grandes que se han cometido en contra de los Derechos Humanos, por parte de los Estados Unidos y los miembros de la OTAN, porque se pasó a llevar todo el sistema internacional y se tomó la justicia por su mano, sin obtener ningún resultado. Porque las minorías kosovares que decían proteger, no sacaron ningún beneficio, sólo hubo víctimas inocentes. Los bombardeos no tuvieron ningún objetivo y no estaban autorizados por el Consejo de Seguridad, por lo que todo lo que hizo la OTAN en Kosovo fue ilegal y contraproducente. En lugar de sacar a Milosevic que es un dictador, lo afirmaron más.

Ahora, en el ámbito de las Naciones Unidas, estos son los órganos que tienen competencia en materia de Derechos Humanos, pero también están los instrumentos, es decir, los tratados. Y ahí los instrumentos son los siguientes: primero, la Carta Constitutiva de las Naciones Unidas, es decir, el tratado que constituyó a las Naciones Unidas, donde por primera vez hay una referencia concreta a que a este organismo le corresponde la protección de los derechos de la persona humana, en todas partes y en cualquier circunstancia.

Después, está la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que también es de la ONU, del año 1948. Éste es el

instrumento más importante de todos, porque es donde, por primera vez, se dijeron cuáles son los derechos humanos y cuáles son los deberes que tienen los Estados con respecto a esa materia. Pero la Declaración es sólo una declaración, no es un tratado, por lo tanto, no tiene fuerza vinculante.

Pero cuál es la importancia de la Declaración Universal y es que ella es la fuente de todos los tratados que se dictaron después. De ahí emanaron todos los tratados que se dictaron después.

Ahora, la Declaración, si bien no es un tratado, tiene una fuerza moral y ética muy grande y la importancia, como les digo, es que es el comienzo de la codificación de los sistemas de protección.

Ahora, ¿cuáles son los tratados más importantes? Son muchos. Les voy a mencionar los más importantes: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención sobre los Derechos de la Mujer; la Convención sobre los Derechos del Niño; las Convenciones sobre las Prácticas Contra la Tortura; las Convenciones Contra la Discriminación Racial, y una enorme cantidad de tratados más pequeños, por así decirlo. Eso por lo que se refiere a la ONU.

Porque los estándares contra los Derechos Humanos se siguen

P: ¿Cuál es el Sistema Regional que conformamos nosotros?

R: El sistema Regional que nos compete a nosotros es la Organización de Estados Americanos -OEA. Ésta también tiene una serie de organismos que se preocupan por la protección de los Derechos Humanos. Y son: En primer lugar, la Asamblea General de la OEA que, al igual que la Asamblea General de la ONU, tiene competencia en esta materia. Después está lo que

se llama la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que es un organismo colegiado que tiene como función velar por la aplicación y protección de los Derechos Humanos en el hemisferio y hacer informes respecto de aquellos Estados que no los respeten. Pero la Comisión no tiene facultades coercitivas, el informe solamente, claro que a los Estados les interesa mucho no tener un mal informe, porque un mal informe tiene mucha publicidad.

Después, está la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero ésta tiene un serio problema que es que al igual que la Corte Internacional de Justicia, tiene que diseñar una jurisdicción voluntaria, es decir, ellas conocen los casos que los Estados Voluntariamente le someten.

P: Y ¿Eso funciona?

R: Más o menos, regular. Si un Estado acusa a otro, el Estado puede decir, perfectamente, que no le reconoce competencia a la Corte y de ahí no pasa. Entonces, por eso se está tratando de crear un "Tribunal Penal Internacional", de acuerdo a que los países que firmen el tratado respectivo tengan la obligación de someterse a él. Yo creo que es indispensable la creación de un Tribunal Penal Internacional, porque los atentados contra los Derechos Humanos se siguen cometiendo prácticamente a diario, en todas partes. Ustedes ven que China, Cuba y Corea del Norte siguen siendo Estados totalitarios; los Estados fundamentalistas Islámicos siguen violando los Derechos Humanos; el terrorismo, que es una violación masiva de los Derechos Humanos, se sigue cometiendo.

Pero, desgraciadamente, este proyecto que está en

discusión y que el Gobierno de Chile firmó y ahora está en el Congreso, tiene una serie de vicios muy importantes, que ha mi juicio lo van a hacer inútil.

Las mismas Naciones Unidas le encomendaron a la Comisión de Derechos Humanos que estableciera cuáles serían los requisitos mínimos que debería tener un Tribunal Penal Internacional. La diferencia entre un organismo internacional con competencia en materia de Derechos Humanos y un Tribunal Penal Internacional, es que un organismo conoce las infracciones que cometen los Estados y sanciona a los Estados y el Tribunal conoce las acciones que cometen las personas naturales (los gobernantes, políticos y militares). Hasta la fecha no hay un Tribunal Penal Internacional. Hubo uno muy importante "los Tribunales de Nuremberg y de Tokio" al final de la Segunda Guerra Mundial, para juzgar los crímenes de guerra, pero desgraciadamente no tuvieron constancia en el tiempo.

Los **crímenes internacionales** fueron establecidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y son tres.

- 1.- Los crímenes contra la paz,
- 2.- Los crímenes contra la humanidad,
- 3.- Los crímenes contra el Derecho Internacional Humanitario.

Los crímenes contra la paz, son todos los que tiendan a preparar o provocar una guerra de agresión contra los Estados, por cualquier motivo, ya sea por quitarle territorio, imponerse por la fuerza, todo lo que rompe la paz es un crimen internacional, a menos que actúe por legítima defensa. Esa es la única excusa que se acepta en estos momentos.

Los crímenes en contra de la humanidad son aquellos que toman específicamente la protección de la persona humana. Por ejemplo, el delito de genocidio. ¿Han oído hablar del genocidio? Es el exterminio masivo y sistemático que hace el Estado de ciertos sectores por razones raciales, culturales, étnicas o religiosas... eso es el crimen de genocidio. Otro es el crimen del Apartheid, que es el régimen de discriminación racial que se establecía en Sudáfrica. Crímenes contra una comunidad, toda acción que pretenda exterminar o atentar contra los derechos de la persona humana propiamente tal. Los crímenes contra el Derecho Internacional Humanitario, éste regula el derecho que se llama de la guerra, antiguamente los Estados tenía el derecho a hacer la guerra, pero también existía el derecho de cómo hacer la guerra. Entonces, ahí surgió el Derecho Humanitario que trata de que la guerra sea menos cruel y menos bárbara. Se trata de limitar los armamentos, se trata de mejorar la suerte de los combatientes y de todas las personas que se ven involucradas en una guerra. La infracción al Derecho Internacional Humanitario actualmente también es un crimen internacional.

R: No, porque tal vez varias veces he que los juzgamos...

P: Entonces, ¿Cuáles son los requisitos mínimos que según la ONU debe reunir un Tribunal Penal Internacional?

R: Primero debe ser UNIVERSAL, es decir, debe comprender a todos los Estados o por lo menos a la mayor parte de ellos, porque si no lo es no tiene ningún valor práctico, porque siempre los más grandes no van a formar parte de él.

Después debe ser INDEPENDIENTE, no debe depender ni estar subordinado a ningún Estado ni a ningún organismo ni organización. Si un tribunal no es independiente pierde todo

su valor.

Después debe ser OBJETIVO, debe aplicar a todos el mismo tratamiento de la ley no importando su tamaño, etcétera.

En cuarto lugar, debe RESPETAR lo que se llama el ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL, que es el sistema de convivencia que los Estados han ido creando a través de la historia, o sino se agarrarían a balazos todos y eso está expresado en muchos tratados y convenciones. Finalmente, un Tribunal Penal Internacional tiene que ser EFICAZ.

Este proyecto que se está analizando no es universal, porque de los 196 Estados que componen la ONU, hoy en día, sólo lo han ratificado hasta la fecha 84 y dentro de los que no lo han hecho y dicen que no lo van a hacer están Estados Unidos, China Popular, India y Paquistán, es decir, más de la mitad de la población mundial y los cuatro, además, son potencias nucleares. Qué valor va a tener un Tribunal con esas carencias.

P: Estados Unidos no ha querido firmar este tratado, para no quedar a la misma altura que el resto de los países...

R: No, porque Estados Unidos nunca ha querido comprometerse en ningún tratado de esta índole. Es el campeón de los Derechos Humanos y el que menos ha firmado estos tratados. Y les cuento una anécdota que yo tuve en la ONU hace muchos años... También hay lo que se llama la Organización Mundial del Trabajo -OIT- que es un órgano de las Naciones Unidas y vela por los derechos laborales, y este organismo funciona a través de convenios que celebra con los Estados miembros. Estos convenios son a la fecha 125 y en un debate que tuve con el representante americano, me dijo que Chile sólo había

firmado 47 de los tratados, que él denunciaba que Chile había firmado sólo 47. Yo le pregunte cuantos había firmado Estados Unidos y me contesto "no tengo el dato", yo si lo tengo, 7 y ahí se acabó el debate.

En segundo lugar, debe ser independiente y el estatuto de este tribunal que se está discutiendo dice que "el Consejo de Seguridad puede suspender cualquier procedimiento de este Tribunal por un año renovable indefinidamente". Entonces de qué independencia me hablan.

Otra cosa que es muy grave es que este Tribunal Internacional tiene que vincularse necesariamente con la ONU, porque de lo contrario no va tener fuerza para hacer cumplir sus resoluciones. La fuerza que tiene un Tribunal para hacer cumplir sus resoluciones es lo que se llama imperio, un Tribunal que no tiene imperio no sirve para nada, qué saca con dictar una sentencia si no puede cumplirla, pero quién es el único órgano que le puede dar imperio porque tiene uso de la fuerza, el Consejo de Seguridad, pero éste tiene una composición muy curiosa desde la Segunda Guerra Mundial, desde la creación de la ONU.

El Consejo se conforma por 15 miembros, de los cuales 10 se van renovando periódicamente cada 2 años, pero hay 5 que se quedan ahí para siempre y son Estados Unidos, China Popular, la Federación Rusa, Inglaterra y Francia. Estados Unidos y China no lo integran y la Federación Rusa, Inglaterra y Francia han dicho que la integran, pero no van a acatar sus resoluciones en cuanto concierna a sus nacionales. La eficacia del Tribunal va a depender del Consejo de Seguridad, pero los 5 miembros tienen el derecho a veto, entonces que va a pasar el día de mañana si, por ejemplo, se

quiere llevar a juicio al presidente Milosevic por las atrocidades que ha cometido en Kosovo, inmediatamente la resolución va a ser vetada por la Federación Rusa o China Popular.

A la inversa, si se quiere llevar a juicio a los dictadorzuelos que protegen los franceses inmediatamente Francia va a vetar. Además, este Tribunal rompe el ordenamiento jurídico internacional, ya que rompe una primera regla básica que es que los tratados sólo afectan a los que los han firmado y que es el abc del Estatuto del Tribunal, que dice que éste puede colocarse en competencia respecto de Estados que no son parte, de ahí viene la gran diferencia; si un Estado que no es parte no quiere someterse de qué va a depender en definitiva... del tamaño, de la importancia. Quién le va a decir a Estados Unidos sométase. Nadie. En cambio a nosotros nos han atropellado y basureado de la manera más escandalosa a propósito del caso Pinochet.

En el caso Pinochet, no es él el importante ya que lo que se ve atropellada es la soberanía de Chile. La pregunta sigue siendo la misma. ¿Se habrían atrevido Inglaterra y España a proceder de esta forma contra cualquier ex gobernante de Estados Unidos?

P: ¿Cuál es el problema principal que tienen los Derechos Humanos?

R: Es que para mucha gente, desgraciadamente, los Derechos Humanos son un medio y no un fin, los usan por razones políticas y nada más que para ello, y la mejor prueba es la siguiente: Durante la subsistencia del régimen comunista en Rusia, China, Asia y Cuba, según un estudio que hicieron

catedráticos franceses de izquierda, murieron 110 millones de personas. No hay ningún ejemplo de algún intelectual izquierdista de occidente que haya denunciado alguna vez esos crímenes, ninguno; si el régimen es de derecha siempre es condenado, si es de izquierda tiene licencia para matar igual que el agente 007. Esa es la tragedia que tiene el sistema de los Derechos Humanos. El problema que tienen los organismos internacionales encargados de este tema es que por la misma razón se han politizado abiertamente.

P: Entonces el caso de Milosevick, es porque tiene el respaldo de los rusos y chinos...

R: Todo el problema se reduce básicamente a una cosa de poder. El Estado poderoso puede hacer lo que quiera y no le va a pasar nada. Rusia está masacrando a los chechenios y nadie le dice nada. Todos los Estados se van apoyando recíprocamente entre sí. Entonces el problema de los Derechos Humanos es mucho más complejo de lo que parece a primera vista.

P: ¿Se podría entonces decir que la completa protección a los derechos humanos sería una utopía?

R: Desgraciadamente es una utopía, pero no por eso hay que dejar de luchar por ello. La única forma es no ceder y seguir dando la lucha a brazo partido. Este Tribunal Penal Internacional es una estafa, no va a ser nunca lo que se pretende que sea y tal como está, va a ser un instrumento de los países grandes contra los chicos.

P: ¿Qué pasaría si se constituye el Tribunal Penal y sus leyes se contradicen con las internas de un país?

R: Buena pregunta. Precisamente, ese es uno de los efectos más negativos y que no se vieron y a mi juicio Chile nunca debió haber firmado ese tratado. Primero, porque en muchos términos es incompatible y, por ejemplo, una ley muy importante que es una Convención, que está incorporada en Chile como una ley, que es la Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales, que impide que los ex Jefes de Estado sean sometidos a procesos por otro Estado. La igualdad ante la ley tampoco existe, porque un estado es más fuerte que los otros. Mientras existan estas diferencias es imposible que un Tribunal Penal Internacional pueda ser eficaz.

En lo que se refiere a los Derechos Humanos en nuestro país, aquí, a mi juicio, también hay una serie de problemas muy graves y es que la pasión política normalmente domina el seso. La situación de los Derechos Humanos en Chile comienza ya a mediados de la década del '60, cuando el mundo estaba totalmente dividido en el bloque soviético y el occidental. Quienes primero optaron por utilizar la violencia como medio,

fueron los de izquierda. Ellos legitimaron el uso de la violencia. Por lo demás, una verdad histórica que tampoco se ve, es qué fue lo que en realidad pretendió en Chile el llamado Gobierno de la Unidad Popular: Incorporar a Chile al área socialista al igual que Cuba.

¿Cuál habría sido el costo? Mucho se habla en Chile de que hay de derogar la "Ley de Amnistía", lo que es considerado como un perdonazo a favor de los militares, pero sabían ustedes que la Ley de Amnistía perdona para los dos lados. Entonces, ¿cuál es el número de personas que se beneficiaron?, Yo tengo el número: 578 por el lado militar y 1830 por el otro lado, por delitos terroristas.

Si vamos a derogar la Ley de Amnistía ¿lo vamos a hacer para unos o para todos?

Si se va a derogar para unos ¿por qué?. Ahora hagan la prueba de decirle a la izquierda que van a derogar la Ley de Amnistía para ellos y vean la que se arma.

Este tema tiene una gran cantidad de tergiversaciones y de criterios interesados. Nadie tiene la autoridad moral para tirar la primera piedra. Todos, de una u otra manera, son responsables.

P: Entonces ¿Cómo se puede resolver el problema de los Derechos Humanos en Chile?

R: A mi juicio, la única salida sería partiendo de la base de que el Estado fue el responsable de lo que paso. Primero cuando el Estado permitió que una minoría tratara de apoderarse del poder, pero para así instaurar una dictadura comunista. Segundo, cuando el Estado permitió que funcionarios suyos cometieran abusos y crímenes. Entonces, la

única solución es que el Estado determine cuáles son las víctimas de todos los niveles y luego proceda a darles una reparación. Esta Comisión, que está trabajando ahora, no va a llegar a ningún lado, porque cada cual se va a encasillar en su propia posición y porque, obviamente, lo que pretende la izquierda es descargarse de toda responsabilidad y cargársela únicamente a los militares. No le veo ningún destino.

P: Respecto del tema de los Derechos Humanos en Chile ¿Cuál ha sido la influencia de él dentro de Chile?

R: Él ha tenido una influencia muy positiva. Porque no te olvides que Chile es un caso único en la historia, es la única vez que un gobierno militar, que tiene todo el poder, aceptó someterse a elecciones y acató el resultado. No hay ningún ejemplo en la historia de que un gobierno dictatorial se haya sometido a las urnas y haya acatado el resultado. Eso es un punto que hay que tener muy presente para mantener un mínimo de objetividad. Yo no justifico ni avalo todos los excesos y crímenes que cometió la DINA, pero todo tiene antecedentes.

El profesor Gonzalo Vial, que es el mejor historiador que hay en Chile, tuvo una posición muy crítica del Régimen Militar. Del Informe Retting en gran medida él fue el redactor y en el informe Retting se dijo que el famoso "Plan Z" no era cierto, El Plan Z se decía que era un plan que había preparado la izquierda para liquidar físicamente a unas 10 mil personas que eran opositoras. Entonces, dijo que eso había sido una mentira, un invento de los militares, pero don Gonzalo Vial este año en los facsímiles que publica "la Segunda", dijo ahí que había cometido un grave error, porque

el Plan Z era cierto y había sido elaborado por el Partido Socialista.

P: Si hubiesen ganado tenían todo listo para encaletar a todos los que no eran del partido. ¿Los chilenos?

R: Al Estado le corresponde reparar, nunca le van a devolver la vida a nadie, pero por lo menos sí una reparación y el pagar esta reparación es la mejor garantía de que esto no va a volver a ocurrir.

P: ¿Cómo cree usted que va a influir políticamente el caso Pinochet? No por Pinochet sino como caso.

R: En todo caso va a ser negativo. Porque ya sea condenado o absuelto, siempre el sector favorable o contrario nunca va a estar conforme.

R: Creo que esto que sucede con Pinochet es el peor favor que se le ha hecho a Chile. Lo peor es que se ha hecho con una motivación política. El señor Garzón es una caricatura de juez. Yo le pregunto una sola cosa, si el señor Garzón es tan partidario de la justicia ¿Por qué no ha sometido a juicio a ningún estadista o dictador del lado de la ex-cortina de hierro? Es nada más que por un sólo lado.

R: España tuvo la Guerra Civil más sangrienta de la historia. Un millón de muertos. Se cometieron todos los excesos habidos y por haber y después de la Guerra Civil tuvo una dictadura que duró 40 años y que terminó sólo con la muerte del dictador. ¿Qué autoridad tienen entonces los españoles para dar lecciones? Porque no empezaron por allá, la caridad empieza por casa... Siempre la verdad tiene dos caras la que se muestra invariablemente y otra. Todo lo que he dicho son hechos que se pueden comprobar no es ninguna

apreciación subjetiva.

P: ¿Y porqué dice usted que le va a hacer un escaso favor a Chile? ¿Por qué va a dividir más a los chilenos?

R: Por supuesto. Porque si en definitiva Pinochet es liberado, toda la izquierda va a reclamar los Derechos Humanos. Y si es condenado, el sector que lo apoya que es la otra mitad del país va a reclamar lo mismo; y la discusión va a ser peor. Y la campaña electoral desgraciadamente ha ido por lado y lado cada vez más por el camino de las descalificaciones personales y los principios han quedado de lado. Porque en el fondo están latente actores que precipitaron el problema.

Garzón argumenta que no se puede juzgar a Fidel Castro, por ser Presidente en ejercicio ¿Cuál es la base de ese argumento?

R: Castro es un dictador que gobierna hace 40 años donde no se permite la libertad de expresión, donde la disidencia es encarcelada y donde sólo se permite la existencia del Partido Comunista. Y es un dictador hereditario, porque acaba de designar a su sucesor, a su hermano Raúl. Entonces, bajo ningún concepto Castro tiene justificación. Las víctimas del régimen cubano son alrededor de 80 mil y varios cientos de miles procesados y desterrados. No se permite ninguna disidencia. Pero Castro es intocable y van todos los presidentes a rendirle pleitesía.

P: Pero ¿Porque entonces se puede enjuiciar a un Ex-Presidente como Pinochet y no a Fidel Castro?

R: Porque uno es de izquierda y el otro de derecha. Los dictadores de izquierda tienen licencia para matar, si no es de izquierda y es militar no la tiene.

P: ¿Cómo ha manejado tan bien la Izquierda Internacional este tema?

R: Porque tiene un control de todos los medios de difusión, en gran parte. En eso han sido mucho más hábiles, pero mucho más hábiles que la derecha.

Y ahora en relación con el caso Pinochet, me gustaría porque la defensa no le ha planteado ¿qué pasa con los derechos humanos de Pinochet? No se han respetado en absoluto... El caso que le sirve de precedente contra la tortura dice que toda persona acusada tiene derecho a que se presuma su inocencia hasta que no se pruebe lo contrario... Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que la acusación tenga un límite para seguir presentando pruebas... De hecho después del dictamen de la cámara, Garçon continúa presentando pruebas, y esto ha dicho nada. Entonces las garantías procesales mínimas de Pinochet no han sido respetadas y se han violado en absoluto.

P: Si Pinochet es encontrado culpable ¿Dónde debe cumplir la condena?

R: Aquí. El problema es, en primer lugar, si se encuentra culpable de acuerdo a qué. Porque todavía no se sabe de acuerdo a qué lo va a juzgar Garçon. La Convención contra la Tortura no le sirve por más que inaplicable ya que Chile tiene

P: En el caso Pinochet, se ha utilizado como un argumento para su enjuiciamiento el Tratado contra la Tortura

R: A mi juicio en forma completamente inapropiada. El Tratado contra la Tortura dice muy claramente que si en el Estado de donde es nacional la persona que es sometida a juicio existen las condiciones para juzgarlo, ningún otro Estado puede atribuirse competencia. Y en Chile están las condiciones, mira todos los procesos que hay. Pero ¿por qué otro Estado se apropia el derecho de juzgarlo? Y eso es lo absurdo y eso atenta absolutamente contra los principios básicos del Derecho Internacional.

Y ahora en relación con el caso Pinochet, no entiendo porque la defensa no lo ha planteado ¿qué pasa con los Derechos Humanos de Pinochet? No se han respetado en absoluto... fíjese que la misma Convención contra la Tortura dice que toda persona acusada tiene derecho a que se presuma su inocencia hasta que no se pruebe lo contrario... Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que la acusación tenga un límite para seguir presentando pruebas... De hecho después del dictamen de la cámara, Garzón continúa presentando pruebas, y nadie ha dicho nada. Entonces las garantías procesales mínimas de Pinochet no han sido respetadas y se han violado en absoluto.

P: Si Pinochet es encontrado culpable ¿Dónde debe cumplir la condena?

R: Aquí. El problema es, en primer lugar, si se encuentra culpable de acuerdo a qué. Porque todavía no se sabe de acuerdo a qué lo va a juzgar Garzón. La Convención contra la Tortura no le sirve por que es inaplicable ya que Chile tiene

las condiciones para juzgarlo; tampoco le sirven los delitos por los cuales lo está procesando, se cometieron todos en Chile y contra gente chilena. En el caso de que lo extraditaran de acuerdo a qué lo va a juzgar Garzón.

Garzón se acaba de sacar la careta como ustedes saben. Está tratando de hacerse famoso procesando a todo el mundo y a su ex correligionario Felipe González, lo cual le quita toda seriedad al asunto.

El Derecho Internacional siempre ha tenido los medios para condenar a un Estado. Si no hay un Tribunal Penal Internacional, no hay ningún organismo, ninguno que pueda arrogarse el derecho de juzgar a otra persona.

Imagínense que España hubiera querido hacer esto con el Ex Presidente Bush, cuál habría sido la respuesta de Estados Unidos, una respuesta diplomática o la Infantería de Marina. Desgraciadamente, todo es cuestión de fuerza y poder.

P: ¿Por qué Chile no pide la extradición?

R: Porque sólo se puede pedir la extradición cuando la persona no quiere, cuando la persona se resiste a volver, ahí se pide la extradición. Y Pinochet lo único que quiere es volver a Chile, entonces porqué van a pedir la extradición.

P: ¿Qué pasa con la reforma al Artículo 5° de la Constitución?

R: Es muy sencillo. Lo que dice la Constitución Política, y te lo puedo decir porque fui parte de la Comisión que elaboró el texto actual, es que "La soberanía reside esencialmente en la nación". Qué es la soberanía? Es la facultad que tiene el Estado para organizarse y para ejercer las competencias

propias dentro de las que está administrar justicia, que es lo que se llama jurisdicción. Entonces después qué es lo que te dice de la soberanía... El ejercicio de la soberanía no es ilimitado, muchos han pretendido que si el Estado es soberano puede hacer lo que quiera, todos los regímenes totalitarios tienen la presunción que la soberanía es la facultad del Estado para hacer lo que se les da la gana, es lo que hacía la URSS, Alemania Nacional socialista, lo que hace Cuba, lo que hace Corea del Norte y lo que hace China. Si yo soy soberano puedo hacer lo que quiera. Eso es un error..... la soberanía no es ni más ni menos que eso, la facultad de organizarse y de ejercer las competencias que le competen al Estado. Entonces "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".

Esto plantea dos dudas que son muy pocos los que la han ido resolver y no tienen ningún problema. Cuando dice "el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana". Primera pregunta: dónde están y cuáles son. Les cuento a propósito una anécdota.

Los tratados sobre Derechos Humanos tienen fuerza de ley y Chile es parte del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y ese pacto en su Artículo Cuarto, dice que en casos excepcionales los Estados pueden suspender los derechos planteados en este pacto, menos tales, tales y tales derechos. Derecho a la vida, derecho a la integridad física,

el derecho a un justo proceso, el derecho a no ser privado de la libertad por no-cumplimiento de una obligación civil, derecho a la libertad de conciencia. Todos, derechos que no se pueden suspender por ninguna circunstancia es esencial, y el pacto es parte de la legislación chilena.

Después, qué es lo que te dice la Constitución Política, "garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". Si el día de mañana se suscita un conflicto menor entre un derecho común y un derecho garantizado por un tratado internacional, el magistrado tiene la obligación de dar prioridad al derecho garantizado por el pacto, pero la Constitución siempre prima. Con un ejemplo te lo explico:

Ustedes saben que en la actualidad existe la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques. Si ustedes giran un cheque sin fondos, no pagan o no tienen con que pagar se van presos inmediatamente, pero actualmente no se puede porque el Pacto prohíbe la prisión por deudas. Por lo tanto, una persona que ha girado un cheque de buena fe y puede probar que fue de buena fe, no se aplica la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, porque el Pacto lo prohíbe.

P: Entonces lo que prima es el tratado...

R: No, lo que prima es el derecho contemplado en el tratado, para el caso específico que se trate. Ese es otro error que se comete al decir que el tratado sobre Derechos Humanos prima sobre la legislación nacional, eso es un disparate. En un caso de conflicto entre una norma de derecho común y un derecho contemplado en un tratado, el Tribunal debe aplicar

el derecho contemplado en el tratado. *establezca un mecanismo que regule a todos los Estados de manera equitativa*

P: En Chile, en general se ha respetado esta regla...

R: Sí, yo he hecho varios informes sobre la correcta aplicación de estos, ya que yo participé en la redacción. Al principio, costó mucho que se entendiera, nadie entendía lo que quería decir, pero ya se ha uniformado la jurisprudencia y en caso de duda siempre se aplica la norma correspondiente.

P: ¿Dónde hay más ejemplos?

R: Hay un caso muy famoso que se llama el caso Martorell, sobre un periodista que escribió un libro que se llama "Impunidad Diplomática", y ahí la Corte Suprema utilizó la doctrina correcta. Martorell escribió un libro con las memorias de un Ex Embajador, que era un pillo de 7 suelas y las familias que se vieron comprometidas pidieron a la justicia que prohibiera la circulación del libro, invocando el derecho a la intimidad de la vida privada que estaba sobre el derecho de libre expresión. Entonces, la defensa de Martorell dijo que no era así y que primaba siempre la libertad de expresión. Entonces, era cuestión de ver cuál es el orden que le asigna la Constitución Política a uno y a otro. El artículo 19 coloca al derecho a la vida privada y la intimidad en el número 4 de art. 19 y la libertad de expresión en el 13, y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos le da prioridad a la vida privada sobre la libertad de expresión.

Pero claro que cuesta mucho por una razón y, desgraciadamente, en Chile el Derecho Internacional es como una especie de misterio glorioso para todo el mundo.

P: Entonces se ve muy difícil que se establezca un mecanismo que regule a todos los Estados de manera igualitaria

R: Es muy difícil, pero no por ello vamos a dejar la lucha, lo peor es renunciar a los principios.

P: Usted está diciendo, como que antes, ante la Comisión Interamericana de DDHH, juicio en contra de CHILE por violaciones a los DDHH, ¿qué fue eso?

R: Las acciones que nosotros tomamos antes ante la Comisión Interamericana de DDHH, que se refieren a los casos de desaparición de personas, que se refieren a los casos de tortura, que se refieren a los casos de violación de los derechos humanos.

A principios de los años '80, cuando se creó la Comisión Interamericana de DDHH, nosotros fuimos uno de los países que más acciones presentó. En ese momento, el gobierno chileno estaba intentando aplicar la Ley de Amnistía, que era una ley que buscaba amnistiar a los militares y a los funcionarios públicos que habían cometido crímenes de lesa humanidad. Nosotros fuimos uno de los países que más acciones presentó ante la Comisión Interamericana de DDHH, que se refieren a los casos de desaparición de personas, que se refieren a los casos de tortura, que se refieren a los casos de violación de los derechos humanos. Nosotros fuimos uno de los países que más acciones presentó ante la Comisión Interamericana de DDHH, que se refieren a los casos de desaparición de personas, que se refieren a los casos de tortura, que se refieren a los casos de violación de los derechos humanos.

Yo creo que hoy día debemos tener unas 60 denuncias en contra de Chile, pero bueno hubo una primera vez y que fue por el caso del sacerdote Juan Ignacio, el poblador Pedro

ENTREVISTA A

NELSON CAUCOTO

Abogado especialista en derechos humanos.

P: Usted está siguiendo, como querellante, ante la Comisión Interamericana de DDHH, juicios en contra de CHILE por violaciones a los DDHH, ¿en qué está eso?

R: Las acciones que nosotros hemos desarrollado ante la Comisión Interamericana no tienen relación con lo que sucede con el caso Pinochet.

A principios de los años ' 90, cuando nosotros vimos que no teníamos ninguna posibilidad de seguir prosperando con nuestras causas en los tribunales chilenos, porque en nuestros tribunales había un círculo de impunidad, se reproducía la impunidad de las Fiscalías Militares-Corte Suprema, donde se hace aplicación, yo diría, abusiva de la amnistía. Abusiva, es decir, para casos en los que no se podía aplicar la amnistía, para casos en los que ni siquiera se logró acreditar un delito, ni establecer la identidad de los responsables. Osea, en Chile se aplicó la amnistía con absoluta violación de las leyes internas, de la propia ley de este Estado. Sin embargo, se aplicó la amnistía y frente a eso no podíamos intentar nada más; en algún minuto se me ocurrió comenzar a enviar denuncias a la Comisión Interamericana acusando al Estado de Chile de "denegación de justicia".

Yo creo que hoy día debemos tener unas 60 denuncias en contra de Chile, pero bueno hubo una primera vez y que fue por el caso del sacerdote Juan Encina, el poblador Pedro

Vergara Inostroza, por el dirigente socialista Ricardo Lagos Salinas y un dirigente radical del cual no recuerdo el nombre. Bueno presente cuatro casos en un año, casi al comienzo de los '90 y esos tuvieron una tramitación en la Comisión Interamericana, ésta una vez que recibe la denuncia pide al gobierno de Chile que informe. La verdad es que la respuesta del Gobierno de Chile en todos los casos ha sido la misma, ha dicho que este es un gobierno democrático y que este gobierno democrático respeta los fallos de los tribunales.

El gobierno de Chile no puede hacer nada en contra de la amnistía, porque hay correlaciones políticas internas que no favorecen precisamente a la anulación y derogación de ésta, el gobierno no puede hacer nada. Que el gobierno ha hecho mucho en otros planos, como la reparación, el gobierno ha instituido reparaciones por la vía de monumentos, la creación del memorial, tanto en Santiago como en otras partes, y todas las compensaciones que ha entregado la corporación de reparación.

El gobierno ha dicho, que ha hecho muchas cosas por reparar el nombre de la gente que fue ejecutada, pero no cuestiona los hechos, ya que ellos ocurrieron durante la dictadura y no durante el período democrático y en el fondo se lavan las manos. El gobierno se lava las manos diciendo que no tienen nada que ver con lo que sucedió en el pasado; que todo es responsabilidad de la dictadura y de los tribunales de justicia, que son los que están aplicando la ley de amnistía, y que el gobierno respeta a los tribunales, puesto que los poderes del Estado son independientes.

El Estado es uno sólo, haya estado Pinochet, Allende o Frei, quien halla estado o este, el estado es uno solo hay una continuidad histórica, de manera que estos Gobiernos Constitucionales no pueden estar diciendo que fue obra del pasado y por lo tanto tienen que responder y la Comisión Interamericana les dijo lo mismo, que yo les estoy diciendo a ustedes.

Lo que hace el poder judicial es el Estado el que está actuando, lo mismo pasa con las Fuerzas Armadas y lo que aquí se está entendiendo como Estado el gobierno, lo que demuestra una tremenda ignorancia.

P: En definitiva qué determinó la Corte Interamericana.

R: A nosotros nos costó mucho que la Comisión sacara una resolución condenatoria de Chile; nos costo mucho por que, entendamos año 93, 94, ésta es una democracia muy prestigiada en el exterior, es muy sólida, es decir, afuera se piensa que están todos los problemas resueltos y que Chile tiene una transición exitosa y que puede ser imitada por otros países, que los chilenos hemos logrado concordia, paz, tranquilidad y reconciliación, junto con verdad y justicia. Es más en la OEA, Organización de Estados Americanos, a la cual pertenece la Comisión Interamericana, la fuerza de Chile es potente.

A nosotros nos costó un mundo, tuvimos que esperar tres cuatro años para que la Comisión recién dictara la resolución condenatoria, nosotros reclamábamos por que a los otros países los condenaban más rápido y por qué a Chile no.

Finalmente, la Comisión dijo que Chile estaba violando el Derecho Internacional, que Chile al amnistiar estos procesos y no proseguir la investigación, al no establecer

los responsables y el paradero de las víctimas, violaba la Convención Americana de Derechos Humanos y por lo tanto Chile aparece como un violador de ese tratado internacional. La Comisión le ordena al Estado de Chile ignorar o anular la amnistía, instar a los tribunales que sigan investigando para establecer el paradero de las víctimas y se sancione a los responsables.

P: Y ¿Chile aceptó ese fallo adverso?

R: Chile no le ha hecho caso a esa resolución de la Comisión Interamericana, es más, yo diría que aquí hay una suerte de pacto, estamos hablando de una época en que, en nuestro país se había impuesto una política malévola de imponer lo que llaman la "democracia de los acuerdos", un cierto pacto entre la clase política, los medios de comunicación y los militares, de no molestar a estos últimos, vivamos en paz, estamos bien. Yo te diría que esto que es una resolución histórica no tuvo ninguna cobertura por los medios de comunicación y nosotros sabíamos en que terreno estábamos trabajando.

P: ¿Hay otras resoluciones negativas para Chile?

R: Bueno, seguimos trabajando y logramos una segunda resolución, esto fue en 1998, de cerca de 30 casos. El Estado se defendió argumentando lo mismo y nuevamente la Comisión, un poco más fuerte, llega a la misma conclusión de que se deben abrir las causas e investigar, tienen que establecer el paradero de los desaparecidos y tienen que sancionar a los responsables y juzgarlos.

P: Y ¿Qué pasa con Chile al no acatar los fallos?

R: En noviembre estuve en Washington, por que nos citaron a una audiencia, al Estado de Chile y a nosotros que somos los peticionarios frente a la comisión. La Comisión está preocupada de que no le hagan caso a sus resoluciones, por que la comisión es una instancia que no es ninguna intrusa, ya que fue establecida en un tratado internacional y Chile le reconoció competencia y al incorporarla a la ley interna tiene plena fuerza obligatoria, entonces, es una ley más al interior de Chile.

Bueno, la Comisión nos llamó para pedirle cuenta al Estado, para ver por que Chile no le ha hecho caso a las dos resoluciones y para ver cual es el avance del estado del país. Yo les dije que no ha habido ningún avance, que Chile se estaba riendo de ellos y que le está haciendo un gran daño al sistema interamericano de protección de los derechos humanos; algo que ha costado tanto crear y que ha costado tanto poner en movimiento. Los demás países le hacen caso a la comisión, Argentina, hay un juicio de todos los presos argentinos contra Argentina y la Comisión les dijo que tienen que indemnizar y los indemniza por día preso, es decir los países le hacen caso y quiero hacer la excepción de Perú y Chile.

Todos tienen la imagen de que Chile es el país más respetuoso de los derechos humanos y que va a la vanguardia de la suscripción de los tratados internacionales, ¡Claro que va a la vanguardia de la suscripción de los tratados internacionales, pero no los cumple!. Este es un tema donde el Estado de Chile flagrantemente no cumple un tratado Internacional y esto no aparece en los medios... Y Chile no cumple el derecho internacional, por que esto es derecho

internacional, entonces, que haya una comisión que haga incurrir en gastos, pérdida de tiempo, viajar a Washington y todo lo que significa y que no le hagan caso a la resolución, es una pésima señal que damos los chilenos al mundo.

Entonces lo que no tiene en cuenta el Estado chileno que ellos que están abiertos a mercados externos, todos ello y la globalización gira en torno al derecho internacional.

P: Entonces ¿por qué Chile firma tratados que después los va a desconocer?

R: Bueno, ya tengo un concepto en cuanto al derecho internacional, es decir, tiene dos caras. Aparece como un instrumento que se firma en un momento determinado y que se va a cumplir, pero también aparece como un instrumento que se firma y que se va a desconocer.

P: Cambiando un poco el tema, ¿cuál es a su juicio el avance que ha tenido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos?

R: En lo que ha avanzado es en un mayor grado de positivización. Normalmente el Derecho Internacional es un derecho consuetudinario, de costumbre y ahora se ha avanzado en la positivización del haber más tratados, más normas, más organizaciones internacionales, que se han judicializado.

P: Chile es un país que siempre habla sobre lo importante que es el Derecho Internacional, entonces. ¿Por qué no respeta estas resoluciones?

R: Porque en Chile estamos muy subdesarrollados en ese sentido. Por que los jueces no toman en cuenta a la Comisión Interamericana, tampoco. En cambio, en Argentina es un tema que se enseña en la universidad, el poder judicial le tiene un tremendo respeto a este sistema interamericano y hay otros países que también se lo tienen, y en Chile nos falta eso, nos falta considerar que ahí tenemos, no un montón de viejos intrusos, sino que instituciones o entidades que están actuando en favor de nosotros y que el Estado no pueda violar impunemente nuestros derechos, son jueces imparciales y de distintas nacionalidades para tener más confianza.

P: Entonces ¿Por qué Chile firma tratados que después los va a desconocer?

R: Bueno, yo tengo un nombre para esa actitud, es una actitud esquizofrénica, es decir, tiene dos caras. Aparece como un campeón de los derechos humanos, pero no respeta esto que es un instrumento de ellos.

P: Cambiando un poco el tema, ¿cuál es a su juicio el avance que ha tenido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos?

R: En lo que ha avanzado es en un mayor grado de positivización, normalmente el Derecho Internacional es un derecho costumbrista, de usos y ahora se ha avanzado en la positivización al haber más tratados, cada vez más normas, hay organizaciones internacionales, que se han judicializado

como la Corte interamericana, la africana de derechos humanos y también la Europea de derechos humanos, que protegen el bien jurídico que es la persona. Además, se ha expandido este concepto, lo que yo creo que es lo más revolucionario, de que "la persona es más importante que el Estado".

P: ¿Qué sucede con la soberanía y la territorialidad?

R: El soberano es el pueblo, las autoridades son soberanas por que el pueblo ha delegado en ellos su soberanía. La propia constitución de Pinochet dice que la soberanía está limitada por los derechos humanos, entonces no reclamemos que estamos atentando contra la soberanía de un estado, si éste ha suscrito estos acuerdos y tratados internacionales y si ese estado ha reconocido que los derechos humanos pueden limitar la soberanía.

No vale en la soberanía ese añejo concepto de soberanía y territorialidad para enfrentarse a esta nueva dinámica que abre las puertas a la justicia universal, decir que los derechos humanos no tienen frontera, es efectivo.

Ahora en el caso de la territorialidad, en Chile hay un código muy antiguo que es el Código Orgánico de Tribunales, que en su artículo 6, señala casos en los que nuestros tribunales o nuestra ley chilena puede, precisamente, expandirse más allá de nuestro territorio, eso es extraterritorialidad y hay casos en que la ley extranjera puede ser aplicada en Chile.

P: Pero, ¿Qué sucede con los tribunales internacionales, no es mejor que ellos juzguen estos casos y no un Estado, en el cual no sucedieron los hechos?

R: Lo que pasa es que el Derecho Internacional ha ido funcionando así precisamente, es decir, no está todo acotado en el marco del Derecho Internacional, no está todo resuelto. Hay principios básicos en este derecho como el de la "justicia universal" o la "universalización de la justicia".

Que es lo que pasa en el caso Pinochet, donde hay que distinguir que efectivamente la Convención Contra la Tortura es de jurisdicción universal, cual es el distingo que se hace. ¿No es mejor un tribunal internacional! ¿claro que es mejor!, pero hay que darse cuenta que este aún no está creado y eso significaría dejar a Pinochet excluido de sus responsabilidades. Es una buena respuesta para dejar impune a Pinochet, verdad.

No nos saquemos la suerte entre gitanos, cuanto tiempo tuvimos para enjuiciar a Pinochet y hubo algún tribunal que lo haya hecho, ninguno. En el Derecho Internacional rige esta norma de la subsidiariedad, que el Derecho Internacional no se entromete si tú asumes tu responsabilidad de investigar y de juzgar; si Chile hubiese asumido su tarea, ¿el Derecho Internacional fuera!, pero cuando tu no has investigado, ni juzgado, no debes dejar que otro lo haga. Nadie quiere este tribunal, por que quiénes le temen ¿los que violan los derechos humanos!.

relación, o en el área de unos ciertos derechos que los Estados han consagrado en respetar y en garantizar y que se llaman derechos humanos.

P: ¿En qué instancia se encuentra ahora el derecho internacional de los derechos humanos?

ENTREVISTA:

CECILIA MEDINA

Profesora de Derecho, Universidad de Chile. Miembro de la Comisión Andina de Juristas, CAJ.

P: Primero que nada, nos gustaría saber qué es lo que usted entiende por derechos humanos.

R: Es una rama del Derecho Internacional y es un conjunto de normas que regulan generalmente relaciones entre Estados o entre Estados y organizaciones internacionales y esta rama del Derecho Internacional tiene la peculiaridad que en vez de regular eso, regula las relaciones en materia de la conducta de los Estados respecto de las personas sujetas a su jurisdicción.

Eso es lo complicado de definir. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, porque una parte del Derecho Internacional Público y cuando llega a la sustancia se da cuenta que es otra cosa. Es como una anomalía del Derecho Internacional. Y se llama Derecho Internacional porque se gesta a un nivel que trasciende las fronteras. Pero en realidad, es un conjunto de normas que regula la conducta de los Estados con las personas sujetas a su jurisdicción en relación, o en el área de unos ciertos derechos que los Estados han consentido en respetar y en garantizar y que se llaman Derechos Humanos.

P: ¿En qué instancia se encuentra ahora el derecho internacional de los derechos humanos?

R: El Derecho Internacional de los Derechos Humanos como tal, empezó a desarrollarse después de la Segunda Guerra Mundial, y en términos históricos, eso no es mucho tiempo.

Si ustedes piensan en el Derecho Internacional Público van a ver que cuarenta o cincuenta años no es mucho tiempo. Se ha desarrollado a una velocidad increíble después de los años setenta y yo creo que ese es el problema de Chile, que cuando vino el desarrollo feroz, en términos de cantidad y calidad, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, nosotros, los chilenos, estábamos en un proceso de separarnos de todo eso, que fue el período de Pinochet. Piensa que los dos Pactos Internacionales generales, que son el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entraron en vigencia en 1976, ahí se empezó a utilizar y ahí se empezó a desarrollar el derecho en forma violenta. En esa época, desde el 76 y hasta el 89, nosotros estuvimos absolutamente marginados de eso y no sólo marginados, sino que aquí hubo un plebiscito o un referéndum en que los chilenos fueron llamados a pronunciarse a favor o en contra de las Naciones Unidas. El voto sobre el cual se pronunció la población era el de saber si estaba a favor de Pinochet o a favor de las Naciones Unidas. No fue el plebiscito del año 88 u 89 sino que fue el anterior.

Desde el 73 hasta el 89 la posición de Chile en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos fue de rechazo completo y recién el 90 empezó a generarse una idea de que aquí también había que hacer algo. Y si ustedes miran los Tratados van a ver que Pinochet, por ejemplo, antes de dejar el poder ratificó la comisión contra la tortura.

Ratificó la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer. Entre los años 86 y 89 promulgó y publicó el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que se aplicaba a Chile desde 1976 porque habíamos ratificado el año 72.

Entonces, recién en esa época empezó a admitirse la idea de este derecho acá y llega el 90 y Aylwin tiene que lidiar con el pasado, entonces viene la Comisión Rettig, la Corporación de Reparación, etc. Pero todo puesto con mucha relación en el pasado y si ustedes ven las primeras denuncias ante los organismos internacionales de parte de los chilenos, es sobre el pasado. Recién ahora se está empezando a pensar que se debe construir una sociedad que respete los derechos humanos pero no sólo de la perspectiva del pasado, sino que también del presente y del futuro.

P: ¿Qué pasa con la reforma al Artículo Cinco? ¿Quedan los tratados por sobre la Constitución? En definitiva, ¿Cuál es la interpretación que se debe hacer de es reforma?

R: Mira, los tratados y no sólo los de Derechos Humanos sino que cualquiera, no tienen asignada en la Constitución alguna jerarquía. La Constitución simplemente no dice nada. Lo único que dice es cómo se tramita en el Congreso la ratificación de los tratados. (Artículo 50°)

Entonces, ha quedado entregado a la jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Corte de Apelaciones la posición de los tratados en general. Y la Corte Suprema en la mayoría de sus fallos ha dicho que el tratado está por encima de la ley. Todos los tratados. Entonces, la discusión de los tratados empieza ya desde ahí y no con los Derechos Humanos, sino que

con los tratados en general. Y si tú miras la gestación de la Constitución del 80, cuando se discutió el Artículo 5, Alejandro Silva Bascuñán, prof. de D° Constitucional dijo que sería conveniente poner en la Constitución expresamente que los tratados están por encima de la ley. Por debajo de la Constitución, pero por encima de la ley. Y toda la Comisión le respondió que eso no era necesario pues era obvio.

Después, viene el problema de los Derechos Humanos que se generó porque el Pacto de Derechos Civiles y Políticos estaba ratificado por Chile el año 1972, lo ratificó Allende. Pero, cuando lo ratificó, el Pacto no estaba en vigencia internacional. Porque los tratados son como los contratos multilaterales. Se necesita la ratificación de un número x de Estados para que el tratado entre en vigencia, y ese número en el año 72 no se había alcanzado. Entonces, Chile había ratificado ese tratado, pero éste no estaba internacionalmente vigente. Por lo tanto, en la época de Allende no se promulgó ni se publicó porque no estaba vigente internacionalmente y la vigencia se produjo en 1976. Ahora desde el punto de vista del Derecho Internacional, desde ese propio minuto en que entra en vigencia el tratado, si hay un Estado que lo ha ratificado antes, desde ahí el tratado obliga.

Y entonces cuando empezaron a producirse las violaciones sistemáticas y graves a los derechos humanos, hubo abogados que empezaron a invocar este tratado ante los tribunales. Y los tribunales dijeron que no se podía aplicar porque no estaba promulgado ni publicado. Y la verdad es que era porque Pinochet no quería.

Esto, entonces, cuando se hizo la negociación del año 89, cuando el gobierno militar perdió el plebiscito, se quiso dejar establecido que los Derechos Humanos consagrados en los tratados también eran un límite al ejercicio de la soberanía. Ahí, entonces, nació la modificación al Artículo 5°. No tiene nada que ver con el tratado mismo, sino que son los derechos humanos dentro del tratado. Y esta modificación del Artículo Quinto, yo pienso, no era necesaria, porque si ustedes ven el Artículo 5° general, el de la Constitución del '80, van a ver que dice "El ejercicio de la soberanía está limitado por los derechos esenciales de la persona humana". Y qué se le agregó. Sólo la explicación de que los derechos esenciales de la persona humana están en tratados, además de lo que está en la Constitución. Eso es lo que se agregó.

Y se agregó una frase que también se puede interpretar porque si yo tengo mi ejercicio de la soberanía limitado por los órganos del estado, quiere decir que yo no puedo pasar por encima de los Derechos Humanos. Y se le agregó esta frase de que "todos los órganos del Estado deben respetar y garantizar estos hechos esenciales de la persona humana, contenidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales vigentes en Chile".

P: Entonces con el Gobierno de Patricio Aylwin Chile vuelve a reinsertarse en el plano internacional

R: Se empezó a insertar de a poco el año 89, después del plebiscito, cuando Pinochet perdió.

P: Y respecto de estos tratados, ¿cómo ha sido el trato que le ha dado la Corte?

R: Escaso. Mira, en general en todo Latinoamérica y no sólo en Chile. Como nosotros tenemos toda una historia de dictaduras, de falta de democracia ha habido de parte de la gente que lleva el poder una enorme reticencia por los Derechos Humanos, por el control internacional. Hay una enorme facilidad retórica para apoyar los derechos humanos, pero una enorme reticencia para permitir un control. Ese es el punto. No vas a encontrar nadie que diga que los Derechos Humanos no deben existir, nadie que diga que la tortura es buena, o que el no permitirle a una persona que hable es algo permitido, pero lo disimulan porque no quieren el control.

Entonces, cuando los países del Cono Sur, en los años 80, retornaron a la democracia, había que hacer un esfuerzo inmenso de educación y los gobiernos no lo han hecho. Tendría que haberse educado al poder judicial y a todos los órganos del Estado.

Tendría que haberse educado a los congresistas, pero nadie ha hecho nada. Y en Chile esa tarea, cosa curiosa, la hice yo, un pedacito de esa tarea, con gente de la Diego Portales y con dinero de los holandeses. Hice 14 cursos para jueces y abogados, para difundir y explicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y esos jueces saben del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y lo comienzan a aplicar. A veces, ellos mismos me mandan sentencias para que yo vea los frutos.

Pero la Corte Suprema, por ejemplo. Ahora hay dos personas en la Corte Suprema que tuvieron el curso que yo hice y si ustedes ven la Corte Suprema está empezando a cambiar bastante su posición. Está empezando esto a extenderse, a diferencia de Argentina, donde todas las

facultades de derecho tienen una cátedra de derecho internacional y los jueces argentinos son muy diferentes a los chilenos. Han tomado al Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde que se empezó a aplicar.

P: Qué pasa con el hecho de que Chile no ha acatado los fallos que ha hecho la Comisión...

R: Con la Comisión hay un problema de que no se sabe cuál es la obligatoriedad de los informes de la Comisión. Yo pienso que la Comisión es un órgano de la OEA y que lo que la Comisión dice debería tener autoridad.

Pero no es como un fallo de la Corte Interamericana, pues ahí hay obligación internacional de cumplirlo y si el fallo establece una indemnización, ésta se puede hacer exigible como si fuera contra el fisco, lo que aquí es un proceso que se hace a través del Ministerio de Hacienda, de dictar un decreto ordenando el pago, por que al fisco no se le puede embargar bienes. Esa es la obligatoriedad del fallo.

P: ¿Qué influencias puede traer en el ámbito jurídico y político que el derecho internacional de los derechos humanos se este aplicando en Chile?

R: En el ámbito político, yo creo que si el Derecho Internacional se aplicara habría un cambio sustancial en la manera en cómo los individuos miran al derecho y al estado de derecho. Es decir una aplicación amplia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos genera una mayor participación de la gente. Estimula a la gente, ya que ellos no confían en el derecho. No confían en que lo que ellos digan o hagan va a tener alguna influencia. Entonces, en la

medida en que lo que ellos digan o hagan vaya a estar respaldado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y va a estar respaldado, por lo tanto, por los tribunales y las leyes, se van a dar cuenta las personas del enorme poder que tienen. La gente tiene mucho poder y si no, miren cómo votaron a Nixon y cómo no votaron a Clinton, pues la gente no lo encontró lo suficientemente grave como para terminar con su calidad de presidente de la república, mientras que lo de Nixon fue desde el punto de vista de la democracia una cosa mal vista.

Ese es el poder de la gente, poder que sirve cuando lo que ella dice o hace tiene alguna influencia. Y esa influencia se la da el respeto por los tribunales, por la libertad de expresión, por el acceso a los cargos públicos. El conjunto de todo eso potencia la participación de la gente.

P: Y en el ámbito jurídico, ¿qué podría pasar?

R: Ahí, de partida, yo creo que habría que hacer un cambio radical en la enseñanza del derecho. Las facultades de D° deberían incorporar la enseñanza del Derecho Internacional de una manera diferente a la de hoy. Hoy se enseña el Derecho Internacional en algunas universidades, pero lo que se enseña no es nada de esto. Y si el Derecho Internacional de los Derechos Humanos comienza a aplicarse, éste se inserta en el Derecho Procesal, en el Civil, en el Constitucional, en el Penal, en el Comercial, en el del Trabajo. Por lo tanto, debería haber un cambio radical en la enseñanza del derecho.

P: ¿Y eso va a ser posible?

R: Sí, pero no todavía. Los Derechos Humanos se mueven mucho en el plano cultural y el cambio cultural es una cosa demorosa. El cambio cultural significa una o dos generaciones. A veces se producen algunas revoluciones, pero en general los cambios son lentos.

P: Y el Caso Pinochet, ¿podría sentar un precedente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos aquí en Chile?

R: Yo creo que en el mundo sin duda que ya lo sentó. En Chile no sé, porque como los chilenos no teníamos idea del derecho internacional, el arresto de Pinochet cayó sobre nosotros como si viniera de la luna.

Entonces, la gente decía, pero qué es esto, porque choca con las nociones de del Derecho Internacional Público de hace 50 años atrás. Y como nosotros nos saltamos todo ese desarrollo y nos cae esto encima, la reacción de los chilenos es de rechazo. En circunstancias de que si hubiésemos estado en conocimiento del desarrollo del Derecho Internacional hubiésemos dicho que es la aplicación de ciertas normas específicas, entre ellas la Convención de la Tortura ratificada por Pinochet. Pero él no se dio cuenta de lo que firmaba y la gente que lo ha asesorado tampoco se dio cuenta.

Y entonces ahora están llenos con el discurso de la soberanía, que era algo bueno hace 50 años atrás, pero no hoy. Porque el problema de la soberanía no es que se atropelle, uno se va reduciendo como Estado en el mundo desde ahora. El propio estado reduce ahora el ámbito de la soberanía cada vez más, cada vez que se firma un tratado se

disminuye la soberanía. Y no es que se reduzca la soberanía, sino que en realidad, se ejerce en menos cosas.

El mundo se está globalizando y cada vez más se disminuye el ámbito dentro del cual se ejerce soberanía.

Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica

P: ¿Por qué surge el problema de prioridad entre los tratados y las leyes internas?

R: Esto tiene una trayectoria histórica, al tema de que nuestro derecho constitucional, hablamos del siglo XX, fundamentalmente la Constitución de 1949 y la de 1989, cuando han determinado en el preámbulo de la Constitución el lugar que le otorgan a los tratados internacionales en la jerarquía de las normas, cuando estos se incorporan al derecho interno, por lo tanto, no están definidos en la norma constitucional misma.

Además el constituyente de 1989 fue deliberadamente ambiguo en esa materia. En la actual Constitución es la que se refiere a la normativa general de incorporación de los tratados al ámbito interno, no hay discrepancia con la Constitución de 1949.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia bajo la Constitución de 1949 la jurisprudencia tanto de los tribunales superiores, tanto Corte de Apelaciones como Corte Suprema, es ambigua sobre la materia. Hay sentencias que señalan que el derecho de centros prima sobre el derecho interno y por otra parte hay también sentencias que señalan que el Derecho Internacional tiene el mismo valor que el precepto legal en el ordenamiento jurídico.

ENTREVISTA A:

HUMBERTO NOGUEIRA

Abogado especialista en Derecho Internacional, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Talca.

P: ¿Por qué surge el problema de primacía entre los tratados y las leyes internas?

R: Esto tiene una trayectoria histórica, el tema es que nuestro derecho constitucional, hablemos del siglo XX, fundamentalmente la Constituciones de 1925 y la de 1980, nunca han determinado en el propio texto de la Constitución el lugar que le otorgan a los tratados internacionales en la jerarquía de las normas, cuando estas se incorporan al derecho interno, por lo tanto, no están definidos en la norma constitucional misma.

Además el constituyente de 1980 fue deliberadamente ambiguo en esa materia. En la actual Constitución en lo que se refiere a la normativa general de incorporación de los tratados al ámbito interno, no hay diferencias con la Constitución de 1925.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia bajo la Constitución de 1925, la jurisprudencia tanto de los tribunales superiores, tanto Corte de Apelaciones como Corte Suprema, es ambigua sobre la materia. Hay sentencias que señalan que el derecho de gentes prima sobre el derecho interno y por otra parte hay también sentencias que señalan que el Derecho Internacional tiene el mismo valor que un precepto legal en el ordenamiento jurídico.

Lo que ocurre en la Constitución de 1980, es que la doctrina tiende a generar un consenso mínimo, en el sentido de que los tratados se encuentran por sobre normas de derecho interno a excepción de la Constitución, ya que ésta es la que determina como el Derecho Internacional se incorpora al Derecho Interno y, además, por que hay un control preventivo de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional, pero esto es para tratados en general.

P: Pero luego de la Convención de Viena ¿Qué sucede con tratados?

R: El Constituyente chileno está consiente que luego de ratificar la convención, este no puede oponer obstáculos a sus obligaciones internacionales, y su incumplimiento genera, claramente, responsabilidad internacional, de acuerdo con el procedimiento del propio Derecho Internacional.

P: Entonces, al incorporarse el tratado al ámbito interno, ¿ es derecho interno o internacional?

R: Si bien la Constitución fija el procedimiento en el cual el tratado se incorpora al derecho interno, el tratado no es derecho interno, es derecho internacional, lo cual significa que entre tratados y, por otra parte, ordenamiento jurídico interno no existe el mismo procedimiento de producción, por que en el fondo son fuentes formales distintas las que producen una y otra norma.

Al ser fuentes distintas, el derecho interno no puede dejar sin efecto una norma de derecho internacional, por que de lo contrario podría estar dejando sin efecto una obligación que no emana sólo de la voluntad estatal, sino que

emana de la voluntad del Derecho Internacional donde están implicados otros Estados o la comunidad internacional. Uno no puede dejar sin efecto normas de las cuales uno es sólo una de las partes que ha participado en el proceso de construcción del tratado o si se ha incorporado con posterioridad.

Todo lo que se refiere a su validez, eficacia, derogación o pérdida de vigencia, se rigen por el Derecho Internacional y específicamente, por la Convención de Viena.

P: ¿ Qué sucede en el caso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la modificación del artículo 5 inciso segundo de la Constitución de 1980?

R: Esta reforma obliga el respeto y promoción de los derechos asegurados no sólo por la Constitución sino también por los tratados internacionales ratificados por el Estado y que se encuentren vigentes, obviamente vigentes en el ámbito internacional. Esto hace, por lo tanto, que el propio constituyente chileno reconozca primacía a los derechos esenciales de la persona humana, que son anteriores al Estado el cual sólo los asegura y garantiza, y por lo tanto, no puede desconocerlos.

En esta materia, hay un bloque constitucional de derechos humanos, un bloque compuesto por una parte, por la normativa que se refiere a derechos humanos y sus garantías, que está en el propio texto de la Constitución, y el otro aspecto, es el que está asegurado por las normas del Derecho Internacional Convencional de los derechos humanos.

P: Entonces, ¿Cuál es la consecuencia social y político-cultural de la irrupción en Chile del Derecho Internacional de los Derechos Humanos?

R: Las Consecuencias de carácter cultural son, en primer lugar, la toma de conciencia cada vez mayor en la comunidad nacional, que la dignidad de la persona humana, y así está estipulado expresamente en la Constitución, conforma el fundamento de todo el ordenamiento jurídico y de todo el ejercicio del poder y, por lo tanto, éste nunca puede pasar por encima de la dignidad ni de los derechos humanos; además, hay una norma expresa en la Constitución, la 19 número 26, que prohíbe a los poderes constituidos afectar el contenido esencial de los derechos humanos, ellos sólo pueden regular el ejercicio de estos derechos, pero no pueden afectar el contenido esencial. Incluso bajo la amenaza de desaparición del Estado, situación máxima de excepción que es el Estado de Asamblea, sólo pueden suspenderse o limitarse el ejercicio de determinados derechos, pero sólo de algunos, ya que hay derechos que nunca pueden ser afectados bajo ninguna situación, aún cuando el Estado desaparezca.

En este punto hay que agregar que, está eliminada la concepción sustancialista del Estado y medialista de la persona humana.

P: Cambiando de tema hacia el caso Pinochet ¿Cuál es la implicancia de la detención del Ex Gobernante chileno, Augusto Pinochet?

R: La Comunidad Internacional ha empezado a darse cuenta que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es aplicable. Hay determinadas convenciones y tratados como la

Convención Contra la Tortura que, para los Estados que la han ratificado, establece una jurisdicción que puede ser ejercida por cualquier juez de cualquier país del mundo y, por lo tanto, cuando alguien comete sistemáticamente actos de tortura, nunca esta libre de ser juzgado ya que esos delitos son imprescriptibles, mientras viva está con la amenaza permanente.

En el caso chileno, eventualmente, está situación estaba protegida por la Ley de amnistía, es otro problema si esta ley prevalece o no respecto de la convención; si la convención tiene o no efecto retroactivo respecto de determinados crímenes o si habían normas vigentes en Chile al momento de la comisión de esos actos, que estaban igualmente prohibidos por el Derecho Internacional Humanitario.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional, la Convención Contra la Tortura, en el artículo 5° párrafo tercero, habilitaba una jurisdicción de carácter universal y, por lo tanto, en cualquier parte del mundo se puede juzgar a un criminal en términos del crimen de tortura.

Obviamente, el Caso Pinochet, desde el punto de vista jurídico, no se habría producido si los tribunales chilenos le hubieran imputado al general, antes de que lo haya imputado y pedido la extradición España y no sólo España, por que hay seis países más pidiendo la extradición a Inglaterra.

En el Caso Pinochet se habilita subsidiariamente la jurisdicción de otros países, ya que en Chile nunca se ha imputado a Pinochet. Ahora el Caso Pinochet pareciera que va a ser solucionado no por el punto de vista jurídico, sino por la perspectiva de la misericordia.